

**ENTREPRISES PUBLIQUES – Mise à la retraite d’office – Discrimination liée à l’âge – Nullité (deux espèces) – Réintégration – Préjudice de carrière – Repositionnement (deuxième espèce).**

Première espèce :  
COUR D’APPEL DE PARIS (Pôle 6 - Ch. 4) 2 juin 2009  
**Mme D. contre EDF-GDF**

FAITS ET DEMANDES DES PARTIES :

Mme D., née le 22 juillet 1942, après le décès de son mari agent EDF en date du 12 mai 1988, a été engagée, en application de la dérogation visée à la loi du 7 juillet 1979 sur l’âge maximum de recrutement de certaines catégories de femmes, en sa qualité de veuve, le 2 mai 1989, et titularisée le 3 avril 1990 en qualité d’agent par Electricité de France dite ci-après EDF ;

Les demandes de Mme D. en dérogation pour travailler au-delà de 60 ans pendant vingt et un mois pour avoir quinze ans de service formées les 24 juillet 2000 et le 5 mars 2001 ont été refusées par lettres en retour des 28 juillet 2000 et 23 novembre 2001 ;

Mme D. a été mise d’office à la retraite le 1<sup>er</sup> août 2002 à l’âge de 60 ans après notification du 30 avril 2002 ;

Son dernier salaire mensuel s’élevait à 1 532 € ;

Mme D. demande de dire que la mise à la retraite d’office constitue un licenciement nul et de condamner EDF à payer la somme de 3 064 € à titre d’indemnité de préavis, 1 532 € pour non-respect de la procédure, 80 000 € sur le fondement de l’article L. 1132-1 du Code du travail et 2 500 € pour frais irrépétibles ;

EDF demande de confirmer le jugement ;

Le Ministère public conclut à la nullité de la mise à retraite d’office de Mme D. en ce qu’elle avait atteint l’âge de 60 ans prévu par le décret du 16 janvier 1954, alors que celle-ci ne bénéficiait pas de l’ancienneté lui permettant de bénéficier d’une pension au taux maximum.

SUR CE :

**Il est expressément fait référence aux explications et conclusions des parties visées à l’audience et aux observations du Ministère public ;**

**EDF oppose les règles de la mise à la retraite des agents EDF régies par l’article 2 du décret du 16 janvier 1954 pris en application du décret du 9 août 1953 et l’article 3 de l’annexe 3 du statut national du personnel (issu du décret du 22 juin 1946), desquelles elle conclut qu’un agent ne totalisant pas quinze années de service prévues pour avoir le droit à une pension statutaire proportionnelle, peut être mis à la retraite d’office à l’âge de 60 ans ;**

**La salariée oppose : à titre principal, la directive européenne du 27 novembre 2000 relativement à l’interdiction des discriminations en fonction de l’âge en ce que “les Etats membres peuvent prévoir que les 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” ; directive disant ne pas porter atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite, mais qui a été appliquée lors d’un litige portant sur la mise à la retraite d’un salarié par la CJCE ;**

**Subsidiairement, la circulaire Pers(onne)l 70 du 10 février 1947 et le manuel pratique des questions du personnel selon**

lesquels la mise en inactivité d'office à 60 ans est subordonnée à l'accomplissement d'un service de quinze ans nécessaire pour l'obtention d'une pension d'ancienneté professionnelle ainsi que la circulaire TS 49 de 1959 allant dans le même sens et comme étant la norme la plus favorable ;

La directive du 27 novembre 2000 a été intégrée dans le droit national français par la loi du 16 novembre 2001 dans les anciens articles L. 122-45 et L. 122-45-3 du Code du travail tels qu'applicables à l'époque de la mise à la retraite ;

La lettre de refus du 28 juillet 2000 est libellée comme suit : *“Conformément aux ambitions de l'accord national du 25 janvier 1999, l'entreprise EDF participe à la lutte contre le chômage et l'exclusion. A ce titre, l'Usi Ouest met tout en œuvre pour développer l'emploi, notamment par la réduction du temps de travail, le recrutement de jeunes et les départs en inactivité. En conséquence, la politique de l'unité est de ne pas prolonger les durées d'activité des agents. Seules les situations exceptionnelles ou les nécessités du service peuvent justifier des dérogations aux dispositions statutaires et réglementaires”* ;

La lettre de refus du 23 novembre 2001 ajoute que les agents recrutés tardivement sont informés qu'ils ne pourront bénéficier d'une retraite statutaire et que la loi du 7 juillet 1979 n'a pas pour objet de permettre de faire carrière et d'acquérir des droits de pension, mais seulement d'offrir à des personnes en difficultés des facilités d'insertion professionnelle ;

L'information alléguée donnée à la prise d'emploi de Mme D. n'est pas établie et l'interprétation de la loi du 7 juillet 1979 en ce qu'elle n'est pas destinée à acquérir des droits à pension est sans fondement, le droit à pension étant accessoire à l'occupation de tout emploi selon des conditions spécifiques à chaque établissement public ; la circulaire Pers 758 du 31 juillet 1980 relative à ce point stipule l'examen préalable à la mise à la retraite de la situation des salariés au regard d'une éventuelle prolongation en fonction de leur âge et des services déjà effectués ;

Ces refus opposés sont discriminatoires au regard de la directive européenne du 27 novembre 2000 intégrée dans le droit français par la loi du 16 novembre 2001 et applicable à la demande de poursuite d'activité faite par Mme D., qui ressort des conditions d'emplois visées par la directive, au

regard de la brièveté tant de la demande portant sur une durée de vingt et un mois que du temps de service effectif de treize ans qui a été sa seule activité professionnelle en sa qualité de veuve, ayant été auparavant mère au foyer ;

Ces refus ne sont pas objectivement et raisonnablement justifiés par un objectif légitime, notamment par des objectifs de politique de l'emploi et le moyen employé n'est pas approprié et nécessaire, l'activité de Mme D. pouvant être prolongée selon sa demande, sans porter atteinte au développement de l'emploi des jeunes visé dans l'accord d'entreprise du 25 janvier 1999, en raison du court temps de service sollicité, par comparaison avec l'intérêt de la salariée d'acquérir une pension statutaire d'ancienneté proportionnelle très modeste de 459 € par mois par rapport à la pension de retraite du régime général estimée au 4 mai 2005 à un montant mensuel de 268 € ;

La mise à la retraite ayant un caractère discriminatoire constitue donc un licenciement nul ;

Il sera alloué la somme de 3 064 € à titre d'indemnité de préavis ;

L'indemnité au titre de l'article L. 1132-1 du Code du travail sera fixée à la somme de 36 000 € appropriée à la durée de l'emploi et à la perte de chance de percevoir une retraite améliorée de 459 €, étant observé que Mme D., mère de deux enfants, ne justifie pas de son décompte de pension statutaire de 557 € au lieu de celle de 459 € justement calculée par EDF, en l'absence de toute bonification réservée aux mères de trois enfants ;

L'indemnité pour non-respect de la procédure n'est pas cumulable avec les dommages-intérêts ci-dessus alloués, s'agissant d'une entreprise de plus de onze salariés et d'un emploi de plus de deux ans.

**PAR CES MOTIFS :**

**Infirme le jugement et statuant à nouveau :**

**Dit que la mise à la retraite de Mme D. constitue un licenciement nul ;**

**Condamne la société EDF à payer à Mme D. la somme de 3 064 € pour préavis et 36 000 € de dommages-intérêts au titre de l'article L. 1132-1 du Code du travail et 2 500 € pour frais irrépétibles.**

**(Mme Dinthilac, prés. - M. Henriot, min. public - M<sup>es</sup> Beckers et Leroy, av.)**

Deuxième espèce :  
COUR D'APPEL DE PARIS (Pôle 6 - Ch. 11) 10 décembre 2009  
SNCF contre Mme D.

**FAITS ET PRÉTENTIONS DES PARTIES :**

La SNCF a engagé D. en qualité d'auxiliaire, le 2 juillet 1973.

La salariée a été admise au cadre permanent, le 1<sup>er</sup> janvier 1976 et, en conséquence, a été soumise au statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel.

Le 1<sup>er</sup> janvier 1992, elle a été placée sur la qualification E, qualification du collègue "maîtrise", niveau 2, position de rémunération 19.

Le 1<sup>er</sup> avril 1993, elle a obtenu la position de rémunération 20 et le 1<sup>er</sup> avril 1995, la position de rémunération 21.

Le 1<sup>er</sup> avril 1997, elle a accédé à la qualification F, qualification du collègue "cadre", niveau 1, position de rémunération 22.

Le 1<sup>er</sup> avril 2001, elle a bénéficié de la position de rémunération 23.

Le 10 janvier 2005, le directeur des gares lui a notifié sa mise à la retraite dans les termes suivants : *“Je vous rappelle que vous atteindrez votre cinquante-cinquième anniversaire à la date du mardi 19 avril 2005. Par conséquent, et conformément à la réglementation en vigueur, je vous indique que votre mise à la retraite sera prononcée à cette date ; votre dernier jour de présence effective dans l'entreprise sera donc le lundi 18 avril 2005.”*

Le 26 janvier 2005, D. a sollicité le bénéfice de l'article 11 du statut permettant la poursuite de son activité professionnelle entre 55 et 60 ans et demandé que la décision de sa mise à la retraite soit reconsidérée.

Le refus de ses demandes et la confirmation de sa mise à la retraite à compter du 19 avril 2005 lui ont été notifiés le 1<sup>er</sup> mars 2005.

Le 31 mars 2005, elle a saisi le Premier ministre d'une demande d'abrogation des dispositions autorisant la SNCF à la mettre d'office à

la retraite et, en particulier, de l'article 2 du décret n° 54-24 du 9 janvier 1954.

Le 17 juin 2005, elle a saisi le Conseil d'État d'un recours en annulation de la décision implicite de rejet du Premier ministre après avoir, le 28 juillet 2004, saisi le Conseil de prud'hommes de Paris d'une demande en nullité de sa mise à la retraite d'office pour discrimination contraire à l'article L. 122-45 du Code du travail et de demandes subséquentes de réintégration, de reconstitution de carrière et de paiement de dommages.

Par arrêt du 19 mai 2006, le Conseil d'État a rejeté sa requête, estimant que la possibilité ouverte à la SNCF de mettre d'office à la retraite tout agent remplissant les conditions d'âge et de durée de services valables définies par le règlement de retraites ne constitue pas une discrimination interdite par l'article L. 122-45 du Code du travail.

Le procureur général près la Cour d'appel de Paris a développé ses observations, rappelant :

- que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit être considéré comme un principe général du droit communautaire,

- que l'article 6, paragraphe 1, de la directive communautaire 2000/78/CE permet cependant aux Etats membres de 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 et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires,

- que l'article L. 1133-1 du Code du travail est la transposition en droit interne de cette disposition communautaire,

- que la conformité au droit communautaire des dispositions générales et impersonnelles de l'article 2 du décret n° 54-24 du 9 janvier 1954 offrant à la SNCF la faculté de prononcer d'office l'admission à la retraite consacrée par l'arrêt du conseil d'État du 19 mai 2006 ne permet pas pour autant de préjuger de la même conformité de toute mesure individuelle susceptible d'être prise sur le fondement de ce texte,

- que l'hypothèse d'un usage abusif de la faculté ouverte à la SNCF de prononcer une mise à la retraite d'office ne peut être écartée *a priori* en dépit des dispositions réglementaires qui l'autorisent expressément,

- qu'il appartient au juge saisi d'une demande tendant à voir sanctionner une discrimination fondée sur l'âge de rechercher si la mesure critiquée est susceptible d'être justifiée, au cas particulier, au regard des conditions fixées par l'article L. 1133-1 du Code du travail et de sanctionner l'usage abusif, dans un but discriminatoire, du droit de prononcer une mise à la retraite d'office,

- que l'importance aujourd'hui accordée au principe de non-discrimination, importance renforcée par le caractère strictement limitatif des dérogations qui peuvent y être apportées en matière d'âge, conduit à considérer que toute mesure de mise à la retraite prise sur le fondement du décret de 1954, sans que les justifications exigées par l'article L. 1133-1 soient réunies au cas particulier, caractériserait l'abus de prononcer une telle mesure,

- que dès lors, bien que la mesure soit prévue et autorisée par le décret de 1954, la cour d'appel sera amenée à déterminer si la mise à la retraite de D. n'est pas constitutive d'un abus de droit, ce qui revient à rechercher si, comme mesure individuelle, cette mise à la retraite est susceptible d'être objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et si elle constitue un moyen approprié et nécessaire pour réaliser cet objectif,

- que la généralité des motifs invoqués pour la SNCF n'est pas susceptible d'expliquer la nécessité de la mesure individuelle,

- que, d'autre part, l'objectif d'adaptation ou de réduction des charges de salaires est insusceptible de caractériser, selon la Cour de justice des communautés européennes (arrêt du 5 mars 2009 C-388/07), le motif légitime justifiant qu'il soit dérogé au principe de non-discrimination,

- qu'enfin, le fait que D. avait saisi le conseil de prud'hommes de demandes tendant à faire sanctionner une discrimination dans son déroulement de carrière, le 26 juillet 2004, soit avant même que l'entreprise ne lui notifie sa mise à la retraite d'office, le 10 janvier 2005, conduit à s'interroger sur la réalité du motif ayant déterminé l'employeur à décider sa mise à la retraite.

SUR CE :

- Sur la rupture du contrat de travail

Sur les demandes tendant à la nullité de la mise d'office à la retraite de la salariée, à sa réintégration dans l'entreprise et à la réparation de ses préjudices :

**Le règlement de retraites de la SNCF fixe à 60 ans l'âge limite de maintien en service.**

**La décision de mettre à la retraite d'office D. a été prise par application de l'article 2 du décret n° 54-24 du 9 janvier 1954 permettant à la SNCF de prononcer d'office l'admission à la retraite pour ancienneté des agents remplissant la double condition d'âge et d'ancienneté de services prévue par l'article 7 du règlement des retraites de la SNCF, soit à 55 ans pour les agents sédentaires ayant comptabilisé vingt-cinq années de services et pouvant bénéficier d'une pension de retraite normale.**

**Si les dispositions réglementaires appliquées ne constituent pas en elles-mêmes une discrimination interdite par l'article L. 1132-1 du Code du travail ainsi que l'a jugé le Conseil d'État dans son arrêt du 19 mai 2006, il convient de vérifier que leur application au cas de l'espèce répond aux conditions exigées par l'article L. 1133-1 du même code, transposition en droit interne de l'article 6 de la directive européenne 2000/78/CE.**

**Il appartient donc à la SNCF de démontrer que la différence de traitement appliquée à D., fondée sur l'âge de 55 ans qu'elle a atteint le 18 avril 2005, par comparaison aux employés n'ayant pas encore atteint cet âge, est justifiée par un objectif légitime et que le moyen de sa mise à la retraite d'office utilisé pour réaliser cet objectif est approprié et nécessaire.**

**À cet égard, la SNCF n'a pas précisé l'objectif qu'elle a poursuivi en décidant la mise à la retraite d'office de D. et ne s'est pas expliquée sur le caractère approprié et nécessaire de cette mesure pour remplir son objectif. A la demande qui lui a été précédemment faite par la Halde, par délibération du 24 septembre 2007 puis, par courrier du 22 août 2008, de préciser l'objectif visé en l'espèce et de montrer le caractère approprié et nécessaire de la décision individuelle prise à l'égard d'une salariée qui avait manifesté sa volonté de poursuivre son activité et ne pouvait bénéficier de la pension maximale prévue par le règlement des retraites de l'entreprise, la SNCF n'a pas apporté de réponse. Dans l'instance l'opposant à D. devant le Conseil d'État, elle avait soutenu que l'objectif légitime visé était de lui permettre "d'adapter ses effectifs à l'évolution du contexte dans lequel elle se situe" et que la mise à la retraite d'office constituait une mesure destinée à "apporter à l'entreprise publique une souplesse durable dans la gestion de ses effectifs, en fonction de l'évolution de son organisation et de son activité". La généralité du motif invoqué ne permet pas de le rattacher à la politique sociale, politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle propre à l'entreprise et susceptible d'expliquer la mesure individuelle de mise à la retraite d'office. Par ailleurs, cet objectif général d'adaptation de la masse salariale à l'évolution du contexte et à l'évolution de l'organisation et de l'activité de l'entreprise qui est partagé par les entreprises du secteur privé, dans lesquelles la mise à la retraite n'est autorisée qu'à compter de 65 ans, ne saurait**

caractériser le motif légitime permettant la dérogation au principe de non-discrimination.

Dans ces conditions, la mise d'office à la retraite de D. apparaît comme une mesure individuelle préjudiciable reposant sur une différence de traitement en raison de l'âge, mesure qui, par application de l'article L. 1132-4 du Code du travail, est un acte nul.

En conséquence, la salariée devra être réintégrée dans l'entreprise.

L'effet rétroactif de la réintégration permettra la réparation intégrale de son préjudice financier par le versement par l'employeur d'une indemnité égale à la différence entre la pension perçue depuis le 19 avril 2005 et la rémunération que la salariée aurait dû percevoir si elle était demeurée dans son emploi.

Dès avant la notification de sa mise à la retraite d'office, D. a manifesté son souhait de travailler jusqu'à l'âge de 60 ans. Le maintien de la mesure prise malgré sa contestation lui a causé un préjudice moral certain en réparation duquel il y a lieu de lui allouer une indemnité de 50 000 €.

- Sur l'exécution du contrat de travail

Sur les demandes tendant à l'annulation des refus de notation et d'inscription sur les listes et tableaux d'avancement, tendant au reclassement et à la réparation des préjudices :

D. a accédé à la qualification F, niveau 1, position de rémunération 22, le 1<sup>er</sup> avril 1997 et a obtenu la position de rémunération 23, le 1<sup>er</sup> avril 2001.

Elle occupait le poste de délégué territorial adjoint à la direction des gares.

La description de ce poste, qui lui a été remise le 26 novembre 2002, mentionne sous la rubrique "parcours professionnel requis", "cadre niveau G ou équivalence reconnue".

L'examen des entretiens individuels annuels de D. montre qu'elle a atteint ses objectifs et que ses points forts sont un excellent travail en équipe, une compétence confirmée et une réactivité dans le suivi des dossiers.

L'entretien de 2003 relève qu'elle s'est adaptée au-delà de l'exigence de la fiche de poste et qu'il est souhaitable qu'elle obtienne la qualification G requise sur cette fiche.

Par lettre du 4 mars 2003, la salariée a demandé à être retenue dans les propositions de qualification G. Le directeur de la Direction des gares lui a répondu, le 1<sup>er</sup> avril 2003, que sa demande n'avait pu être satisfaite, ses responsables hiérarchiques estimant qu'elle n'avait pas encore acquis l'expérience nécessaire dans son poste pour accéder au deuxième niveau de sa qualification.

En 2004, elle n'a pas davantage été retenue pour accéder à une qualification supérieure.

Le 23 mars 2004, le responsable hiérarchique chargé de la remise de la fiche de restitution des orientations du comité de carrière a noté sous la rubrique "Orientations de carrière" : "Vous tenez votre dernier poste avant la retraite en 2005", après avoir coché l'appréciation globale des résultats et des performances suivante : "Vous répondez en partie aux exigences du poste".

Il apparaît que cette appréciation contredit tant les conclusions de l'entretien individuel du 9 décembre 2003 que celles de l'entretien individuel du 26 octobre 2004 aux termes desquelles la salariée était considérée comme répondant complètement aux exigences du poste.

D. n'a bénéficié d'aucun avancement après le 1<sup>er</sup> avril 2001 alors qu'elle occupait, avec la qualification F un emploi qui requerrait la qualification G. Le désaccord, le

9 décembre 2003, du notateur N + 2 avec le notateur N + 1 sur la validation du potentiel G n'est pas motivé et n'est la conséquence d'aucune note insuffisante de la salariée.

Le motif de la stagnation de sa carrière est révélé par "l'orientation de carrière" précisée le 23 mars 2004 lui indiquant qu'elle tenait son dernier poste avant la retraite en 2005.

Il apparaît qu'à partir de cette date, le refus de la SNCF de l'inscrire sur les listes et tableaux d'avancement procède d'une discrimination fondée sur la décision déjà prise de la mettre d'office à la retraite et donc fondée sur son âge. En conséquence, il convient d'annuler les différentes décisions de refus ainsi que la fiche de restitution des orientations du comité de carrière du 23 mars 2004 et d'ordonner la reconstitution de la carrière de la salariée sur la base d'une promotion au premier niveau de la qualification G à partir du 1<sup>er</sup> avril 2004.

La demande d'annulation de diverses mentions apposées sur le compte rendu d'entretien individuel de 2004 ne paraît pas fondée.

Le préjudice financier de D. sera réparé par les conséquences de la reconstitution de sa carrière qui comportera un rappel de salaire à compter du 1<sup>er</sup> avril 2004.

La Cour dispose au dossier des éléments suffisants pour fixer la réparation du préjudice moral subi de ce fait à 2 000 €.

La décision de réintégration de la salariée rend inopportune la publication sollicitée.

- Sur les demandes d'indemnité au titre de l'article 700 du Code de procédure civile (...)

#### PAR CES MOTIFS :

Infirme le jugement déferé sauf en ce qu'il porte condamnation de la SNCF au paiement d'une indemnité au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et au paiement des dépens.

Statuant à nouveau et y ajoutant,

Dit que la mise d'office à la retraite de D. à compter du 19 avril 2005 constitue une mesure individuelle discriminatoire contraire à l'article L. 1132-1 du Code du travail.

Dit que cette décision notifiée le 10 janvier 2005 est nulle et de nul effet.

Ordonne la réintégration de D. dans les effectifs de la SNCF avec effet rétroactif.

Condamne la SNCF à supporter les conséquences financières de cette réintégration et à payer à D. une indemnité de 50 000 € en réparation de son préjudice moral.

Dit que les refus de la SNCF de présenter D. sur les listes et tableaux d'avancement depuis le 23 mars 2004 procèdent d'une discrimination fondée sur l'âge.

En conséquence, annule les décisions de refus et la fiche de restitution des orientations du comité de carrière du 23 mars 2004.

Ordonne le reclassement de D. à la qualification G niveau 1 à compter du 1<sup>er</sup> avril 2004.

Condamne la SNCF à supporter les conséquences financières du reclassement et à payer à D. une indemnité de 2 000 € en réparation de son préjudice moral.

(M. Depommier, prés. - M. Henriot, min. public - M<sup>es</sup> Boyajean-Perrot et Viegas, av.)

## Note.

Dans le cadre de l'habilitation donnée à l'exécutif par la loi du 5 juillet 1953, un décret d'application du 5 août 1953, relatif au régime des retraites des personnels de l'Etat et des services publics, a renvoyé à des règlements d'administration publique les mesures d'adaptation pour chaque service public ou entreprise publique. Ce furent les décrets du 9 janvier 1954 pour la SNCF et du 16 janvier 1954 pour EDF-GDF, chacun de ces textes prévoyant la faculté de mettre d'office à la retraite les agents remplissant une même condition d'âge et de durée de service (1).

Cette faculté a toujours été mal acceptée par ceux qui en étaient l'objet. Consacrant la rupture du contrat de travail par un acte de volonté unilatéral de l'employeur, elle pouvait s'apparenter à un licenciement dépourvu de motif légitime. Cette assimilation n'était pourtant pas retenue par les tribunaux, les deux modes de rupture étant envisagés de façon distincte par les textes applicables (statut et règlement de retraite).

La situation aurait pu être modifiée par l'intervention de la loi du 30 juillet 1987, qui n'autorisait la mise à la retraite au seul motif de la survenance d'un certain âge qu'à la condition que le salarié puisse bénéficier d'une pension à taux plein (ancien article L. 122-14-13 C. Tr. devenu art. L. 1237-5 et L. 1237-7 C.Tr.). Mais, s'agissant des services ou entreprises publics, la Cour de cassation écarta cette condition supplémentaire à la mise à la retraite d'office en affirmant que ce texte ne les concernait pas, leurs salariés relevant des seules dispositions spécifiques des décrets de 1954 (2).

Ces tentatives d'écarter les mises à la retraite d'office ou de réduire leurs effets n'ayant pas donné de résultat, les intéressés se sont alors tournés vers l'interdiction des discriminations en raison de l'âge, relevant que tous les agents n'étaient pas traités de la même façon, certains, d'âge et durée de services égaux, continuant à bénéficier du pouvoir de choisir eux-mêmes le moment de leur retraite (3). Surtout, ils ont pu faire valoir qu'un traitement discriminatoire en raison de l'âge est désormais interdit au plan européen par la directive du 27 novembre 2000 (4) et au plan national par l'article 1132-1 du Code du travail (ex L. 122-45).

Le Conseil d'Etat, saisi de la légalité des dispositions du décret du 9 janvier 1954 concernant la SNCF a toutefois affirmé que la faculté de mettre à la retraite d'office qu'il accordait à cette entreprises publique ne constitue pas une discrimination interdite (5). La portée de l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'appréciation de la légalité des décrets de 1954 ne doit toutefois pas être surestimée en particulier à l'égard des pouvoirs du juge judiciaire. Si ce juge ne peut – en matière civile – apprécier la légalité d'un acte administratif, il doit néanmoins mesurer les conditions individuelles de la mise à la retraite au regard du principe de non discrimination inscrit dans les textes tant européens qu'internes. En particulier le juge judiciaire a l'obligation de refuser d'appliquer un texte réglementaire dont il constate l'incompatibilité avec les dispositions d'une convention internationale ; si le juge administratif a déjà statué sur la légalité d'un tel acte, sa décision ne s'impose au juge judiciaire que s'il a tranché en faveur de l'illégalité de l'acte. A défaut le juge judiciaire conserve sa liberté d'appréciation, c'est notamment ce qui lui a permis d'invalider le CNE alors même que le Conseil d'Etat avait rejeté le recours formé contre l'ordonnance (avant qu'elle ne soit implicitement ratifiée...) (6). En toute rigueur la Cour aurait du examiner d'abord la conformité du décret de 1954 au texte communautaire et si – et seulement si – elle le déclarait compatible, alors elle pouvait procéder à l'examen "individualisé" de la décision de mise à la retraite...

La Cour d'appel de Paris dans les espèces qui ont donné lieu aux décisions ci-dessus rapportées a limité son examen à la question de l'usage des dispositions réglementaires régissant la mise à la retraite dans les services et entreprises publics qui peut être fait au plan individuel. L'intérêt tient précisément à ce que la Cour a

(1) Ces deux décrets applicables dans les espèces rapportées ont été abrogés pour EDF par un décret 2008-1072 du 20 oct. 2008 et pour la SNCF par un décret 2010-105 du 28 janv. 2010. La possibilité d'une mise à la retraite d'office anticipée est donc désormais supprimée.

(2) Soc. 21 juin 1995 (deux espèces), Dr. Ouv. 1996 p. 128 et s., note F. Saramito : "Une jurisprudence de circonstance", en particulier p. 131.

(3) Pour mesurer les enjeux, on peut ainsi citer un extrait d'une circulaire interne (1998) d'une entreprise bénéficiant de ce dispositif : la mise à la retraite d'office « doit être strictement réservée aux situations d'agents dont les résultats et l'implication professionnelle ne sont pas à la hauteur de ce que l'entreprise est en droit d'attendre de ses collaborateurs. A l'évidence, elle ne concerne en aucun cas les agents qui ont

*loyalement collaboré à la bonne marche de leur entreprise tout au long de leur carrière »...*

(4) Sur les discriminations liées à l'âge en droit communautaire, v. M. Miné et a., *Le droit social international et européen en pratique*, Eyrolles 2010, p. 90.

(5) Conseil d'Etat, 19 mai 2006, Syndicat national des cadres supérieurs des chemins de fer, n° 274692 : « que la possibilité ouverte pour les dispositions litigieuses de mettre d'office à la retraite tout agent qui remplit les conditions d'âge et de durée de services valables... ne constitue pas une discrimination interdite par l'article L. 122-45 du Code du travail ».

(6) Soc. 1<sup>er</sup> juill. 2008, Dr. Ouv. 2008 p. 512 n. A. Chirez ; CE 19 oct. 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 75 n. G. Koubi.

considéré, d'abord implicitement (première espèce) puis explicitement (deuxième espèce) que les dispositions des décrets de 1954 ne suffisaient pas, par elles-mêmes, à justifier les décisions de mise à la retraite au regard des exigences de la directive du 27 novembre 2000 et des dispositions de l'article L 1132-1 du Code du travail. Elle s'est prononcée en examinant, dans chaque cas, les conditions concrètes dans lesquelles la mise à la retraite est intervenue.

Elle conclut chaque fois à une mesure discriminatoire, en relevant que l'employeur n'établissait pas en quoi la mesure individuelle de mise à la retraite était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime propre à l'entreprise (deuxième espèce) ni en quoi elle constituait un moyen nécessaire et approprié pour atteindre l'objectif invoqué de développement de l'emploi des jeunes (première espèce) (7).

La conséquence du fait discriminatoire ainsi constaté est la nullité de la décision de mise à la retraite (8). La réparation du préjudice subi par le salarié est acquise par la réintégration du salarié dans l'entreprise si le salarié s'en prévaut (deuxième espèce) et, en tout cas, l'indemnisation de son préjudice doit, même en ce cas, correspondre à la différence entre le montant de la pension et celui du salaire que celui-ci aurait perçu s'il n'avait pas été mis à la retraite.

**Francis Saramito**

(7) C'est la même démarche qu'a suivie la Cour de cassation dans deux arrêts rendus il y a peu, Soc. 11 mai 2010, v. ci-après en couverture arrêts n° 3.

(8) Soc. 21 déc. 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 209 n. M. Grévy spec. p. 210 ; add. du même auteur « Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail », Dr. Ouv. mars 2006 p. 114 disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>