

Francis Meyer
Institut du travail
Université Robert Schuman

« Gestion des âges – discrimination et politiques de l'emploi »

La juxtaposition des termes du titre de l'intervention en lumière l'équation à résoudre : au terme d'un cycle vertueux appelé de ses vœux au sommet de Lisbonne, les entreprises devraient pratiquer une gestion prévisionnelle des effectifs qui fait 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 appuyer cette démarche en mettant en place des mesures incitatives qui poussent les employeurs à conserver les travailleurs âgés et les salariés à rester.

Ce monde idéal, rêvé lors du sommet de Lisbonne n'existe pas et pour les développements qui vont suivre, je vais plutôt partir des réalités et des constats, décrire ce qui se passe dans la vraie vie comme on dit aujourd'hui. Car les études et les indicateurs statistiques montrent que les entreprises n'ont guère

changé les 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.

Face à ce tableau marqué du sceau de la demi-mesure voire parfois de la contradiction, comment et en fonction de quoi les salariés mais aussi les directeurs des ressources humaines doivent ils de déterminer dans l'avenir immédiat, sachant qu'un rendez vous important sur ce dossier est prévu en 2008 par la loi de 2003 et que les dispositions à venir sont fortement dépendante du résultat des élections en cours.

Je vais donc m'attacher à présenter quelques réflexions qui pourront paraître basiques voire triviales, à certains mais que se posent certainement beaucoup de personnes. L'intérêt pour ces questions varie évidemment suivant l'endroit où l'on se situe : salarié, employeur ou représentant de l'Etat.

1. Premièrement : l'employeur a-t-il un intérêt à conserver un salarié vieillissant et le salarié a-t-il des arguments à faire valoir pour se maintenir au travail ?

2. La réglementation sur la non-discrimination en fonction de l'âge est elle un moyen de lutter contre les évictions précoces ?

3. Comment sécuriser les parcours professionnels des seniors ?

4 - Les solutions récentes dans la jurisprudence française.

1. Premièrement : l'employeur a-t-il un intérêt à conserver un salarié vieillissant et le salarié a-t-il des arguments à faire valoir pour se maintenir au travail ?

Cette question peut paraître iconoclaste. Pourtant, pour que les sorties du travail se fassent réellement plus tard, il faut d'abord que les employeurs soient bien convaincus que les salariés âgés sont un capital précieux et non un fardeau. Car il ne suffit pas de tenir un discours moralisateur et qui fait en même temps du bien aux comptes de la sécurité sociale pour que les entreprises s'exécutent.

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 dans l'établissement.

Il n'y a qu'une entreprise sur cinq qui dispose d'une gestion anticipée de la pyramide des âges mais 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 GB. La norme des 25/45 est la cible pour plus de 90 % des annonces passées dans le pays.

Il faut donc s'interroger comme le fait un auteur dans une étude récente 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 la faible valorisation des compétences acquises et le peu d'outils méthodologiques permettant d'objectiver la plus value qu'apportent les seniors.

Pourtant, si la perte de substance, du fait du départ des anciens, est véritablement dommageable pour les entreprises, l'économie française aurait du souffrir de l'ampleur des départs en préretraite ces 20 dernières années. Ce qui est peut être le cas mais que ne démontre à ma connaissance aucune étude.

Par contre des recherches récentes font valoir qu'avoir une grande ancienneté ne dit rien en soi sur l'expérience véritablement acquise dans le travail

La question de la valorisation et de l'évaluation de l'expérience sera donc posée tout ou tard, notamment du coté des employeurs. Les prémisses sont déjà perceptibles. 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 nécessité que le juge communautaire se prononce sur le contenu de cette notion.

Une décision du **30 octobre 2006 (C-17/05)** aborde le thème de la discrimination sous un angle particulier qui ouvre sur une perspective vertigineuse. Au départ le cas d'espèce est relativement banal : une salariée porte l'affaire 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.

Le traitement de ce dossier nécessite de s'interroger sur le rapport objectif, éventuellement vérifiable, entre un niveau de rémunération en rapport avec un emploi déterminé. 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, 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.*

Avec cette dernière phrase, le ver est dans le fruit et même. La réponse très prudente de la Cour dans cette première affaire est peut être due à l'effet dévastateur qu'auraient des exigences renforcées sur la pertinence d'un tel système et notamment dans le domaine de la discrimination liée à l'âge, mais elle a semé une graine qui ne demande qu'à prospérer

Vous voyez bien l'enjeu du débat qui s'annonce cour a envoyé : 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 ?

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 s'explique par une plus grande qualité et efficacité du travail réalisé par le travailleur plus ancien. Sous peine d'être accusé de discrimination indirecte due à l'âge.

Ce sujet de la remise à plat des avantages liés à l'ancienneté est très sensible : de nombreuses actions de la communauté, 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. Un des moyens de pérenniser leur emploi ou de d'améliorer leur réembauche est d'alléger le coût du travail par des exonérations de cotisations sociales (en Allemagne) ou d'aménager des passerelles au travers de contrats « seniors » (En France et en Allemagne). Discuter de la légitimité de la prime d'ancienneté est donc un début houleux mais qui se posera inévitablement

2. La réglementation sur la non- discrimination en fonction de l'âge : un moyen de lutter contre les évictions précoces ?

A) Le droit français avait dès 1987 fait un choix ambigu en interdisant les ruptures du fait de l'âge tout en créant un mode autonome de rupture.

L. 122-14-12 - (L. no 87-588 du 30 juill. 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 toute disposition d'une convention ou d'un accord collectif de travail et toute clause 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 Art. L. 122-14-13 (*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 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.

B) La directive 2000/78 a prévu que l'âge est un des motifs qui ne peut entrer en ligne de compte pour déterminer les décisions de l'employeur :

« 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. » **article 1**

Le droit français a traduit cette obligation dans une loi de 2001. Mais la directive et la loi qui la transpose autorisent des accommodements à ce principe qui n'est pas absolu.

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. : **(chaque terme est un sujet inépuisable de controverse)**

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.

C) Il a en plus prévu des exceptions au seuil de 65 qui est aujourd'hui l'âge légal de départ en retraite en droit du travail. Ces exceptions ont été mises en œuvre dans plus de 100 accords collectifs et permettent d'imposer le départ en retraite au salarié sur des bases conventionnelles.

(L. n° 2003-775 du 21 août 2003, art. 16) «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^o 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^{er} 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^o 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^o, 2^o, 3^o et du dernier alinéa de l'article L. 122-6 du présent code.

La question se pose donc dans un contexte réglementaire aussi complexe voire ambivalent de savoir si le salarié peut résister à une mise à la retraite d'office.

S'il ne travaille pas dans une des branches professionnelles qui a signé un accord dérogatoire, 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 derrière le motif affiché une discrimination indirecte sera grand. Avec tout ce que cela entraîne 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 mises 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 sa part, 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.

La question qui se pose ici est de savoir si le salarié peut, en invoquant des droits fondamentaux, notamment le droit à ne pas être discriminé en fonction de l'âge, et celui d'exercer sa liberté de travailler mentionnée 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

Une demande récente de décision préjudicielle posée à la CJCE le 14 novembre 2005 pose d'une manière frontale une loi nationale autorisant l'insertion de clauses de mise à la retraite d'office dans des conventions collectives et partant la convention qui le met en œuvre est conforme au droit communautaire .

L'affaire concerne le droit espagnol 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 au motif qu'il s'agit d'une violation de ses droits fondamentaux et d'une discrimination fondée sur l'âge.

Puisque les distinctions fondées sur l'âge sont largement répandues dans le cadre des politiques sociales et de l'emploi, l'application de l'interdiction de discrimination exige selon l'avocat général une appréciation « complexe et subtile ». Par ailleurs, puisque ces questions sont intimement liées à la politique sociale, compétence essentiellement nationale, il ne faudrait pas que la question de l'âge devienne une épée de Damoclès suspendue sur l'ensemble des dispositions nationales.

On voit déjà d'après ces précautions oratoires vers où va s'orienter l'avocat

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 5 ans, un taux d'emploi des seniors de 50 % et un maintien au travail des seniors.

L'avocat précise que rien ne semble indiquer qu'une disposition prévoyant la mise à la retraite d'office ou la fixation d'un âge de la retraite irait au-delà de ce qui est nécessaire et approprié. Or les défis démographiques et les contraintes budgétaires sont bien là et le principe de non discrimination qui a un effet direct doit pouvoir être invoqué par tout salarié qui s'estime laissé sans être sacrifié sur l'hôtel de la politique de l'emploi.

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.

3. Comment sécuriser les parcours professionnels des seniors ?

Il faudra avoir le courage d'affronter la question de la liberté de l'individu confrontée aux nécessités 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 refuser de considérer que la

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

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 imposé au salarié. Cette réponse était peut être satisfaisante à l'époque ; aujourd'hui, à un moment où le droit communautaire promeut l'emploi au rang de droit fondamental, et où on ne peut priver un travailleur sans raisons majeures, cela étonne.

La règle générale qui prévaut et que « 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 semble s'orienter vers cette deuxième solution même s'il y a encore des décisions dissonantes et de la cour de cassation et du conseil d'Etat

Le senior ne peut donc être licencié pour un motif d'âge. Il faudra soit attendre que les conditions légales soient remplies, soit trouvé des biais qui peuvent être légaux, suspects ou franchement illégaux.

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 de Montpellier montre qu'en 2005 il y a eu 580 000 licenciements pour motifs personnels 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 diminués 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 les auteurs de l'étude qualifient « 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 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'activités sont intégrées dans une indemnité transactionnelle.

Il existe aussi des biais légaux :

- Ceux qui sont ceux prévus la centaine les accords collectifs qui 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.

- L'autre biais est celui du licenciement économique : l'article L 321-1-1 dans sa dernière version formule de la manière suivante le critère social : les salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment les personnes handicapées et les personnes âgées. Mais le critère des qualités professionnelles, qui avait été supprimé par la loi du 17 janvier 2002, est aujourd'hui de nouveau dominant et renvoie à ce qui a été dit en ouverture sur l'appréciation de ces qualités professionnelles. (depuis qu'il a été réintroduit dans la liste par la loi de cohésion sociale du 17 janvier 2005.)

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 (L321-1-1 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 retenus au titre des qualités professionnelles dont l'employeur est seul juge.

- Par ailleurs deux nouveaux biais sont utilisés pour se séparer des salariés en le programmant à froid dans les accords de méthodes et les 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 expérimentale et pérennisés par la loi du 18 janvier 2005 dans l'article L 320-3. Ces négociations dérogatoires permettent de contourner en partie les obligations légales. Une étude récente de mars 2007 montre que 278 accords de ce type ont été conclus. Dans 59 % 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 que des mesures de retrait d'activités (mars 2007 - délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle)

Le système actuel ne protège pas les salariés âgés contre l'éviction. Si on voulait renforcer la stabilité de l'emploi des seniors, il faudrait pour cela instaurer le système en vigueur dans certains pays du dernier entré premier sorti à la place du premier entré premier sorti.

Le problème n'est pas spécifique à la France est si on est mal placé dans le taux d'activités des seniors, d'autres le sont encore plus : 27 % en Pologne – 30.3 en Slovaquie – 31.4 en Italie – 31.7 au Luxembourg – 31.8 en Autriche – idem en Belgique – 33 en Hongrie mais 60.4 en Suède

Pour garantir la pérennité dans l'emploi des seniors, il faudra explorer en quoi l'expérience professionnelle, l'ancienneté, le déroulement de carrière, la capacité professionnelle, peut

constituer une discrimination indirecte au titre de l'âge. 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 ? La jurisprudence foisonnante de la CJCE sur la discrimination pourra apporter des éléments. 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

Conclusion

Nous sommes actuellement dans une situation un peu bizarre : 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 de ne passe sur le terrain et que tout le monde continue à faire comme avant. La fréquentation de cette journée d'information, honorable mais peu importante par rapport au nombre d'entreprises et de CHSCT contactés, est un indice concret parmi d'autres de cette douce indifférence.

Nous sommes 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 nombres de salariés vont se trouver confronter à des situations incompréhensibles pour eux, génératrices d'angoisses, de déception et d'amertumes. Par ailleurs nombre d'entreprises n'ayant pas entrevu le changement de donne qui s'opère risquent d'être déstabilisés par des effets retours indirects (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 ...)

Il est donc dans l'intérêt des partenaires sociaux de relayer le message qu'il est urgent d'agir s'ils ne veulent pas subir passivement le retournement de situation qui s'opère sous leurs yeux.

3 - Les solutions récentes dans la jurisprudence française

La Cour de cassation a d'ailleurs rendu récemment plusieurs arrêts sur la question du départ en retraite. Mais l'interprétation est difficile car il y a des tendances contradictoires.

QUE RISQUE L'EMPLOYEUR QUI MET A LA RETRAITE UN SALARIE NE REMPLISSANT PAS LES CONDITIONS POUR BENEFICIER D'UNE RETRAITE A TAUX PLEIN ?

Pour la première fois, la Cour de cassation juge dans un arrêt en date du 21 décembre 2006, 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 L122-45 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'application des dispositions introduites à l'art L122-45 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 6 mois de salaire.

En conclusion, compte tenu de ces conséquences importantes, une mise à la retraite avant l'âge de 65 ans ne doit se faire que si l'entreprise peut établir avec certitude l'âge à partir duquel le salarié aura droit à sa retraite à taux plein. Des difficultés peuvent surgir si le salarié refuse d'informer l'employeur de sa situation personnelle, la sécurité sociale n'ayant pas à fournir à l'entreprise le relevé de carrière qui est

confidentiel. Une décision d'une cour d'appel (*CA Versailles, 20 février 2003, n°02/02286, JSL, 11 juin 2003, n°125-5*) a ainsi validé une ordonnance de référé imposant à un salarié de remettre à son employeur sous astreinte son relevé de carrière établi par la CNAV pour permettre à l'entreprise de vérifier s'il remplissait les conditions posées par l'article L122-14-13. De plus, le relevé de carrière peut être insuffisant pour connaître la situation exacte du salarié car les périodes reconnues équivalentes ou assimilées par la sécurité sociale (congé parental ou majoration de durée d'assurance pour enfant élevé..) ne figurent pas sur ce document.

2 - CE, 2E ET 7E SS-SECTION, 25 AVRIL 2006, ASSOC. AVENIR NAVIGANT ET A

Estimant que le 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 avait pour objet d'interdire l'accès à l'exercice d'une activité professionnelle et d'empêcher les personnels de gagner leur vie par le travail, et constituait une discrimination fondée sur l'âge, les requérants ont saisi le Conseil d'Etat d'une demande en annulation.

L'article 1er fixe en effet 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.

Selon le Conseil d'Etat, « le décret attaqué a pour seul effet d'empêcher le personnel navigant commercial de continuer à exercer une activité en qualité de personnel de cabine dans le transport aérien public au-delà de l'âge qu'il fixe ; qu'en revanche, il ne fait nullement obstacle à ce que les personnels ayant atteint cette limite d'âge continuent à exercer une activité professionnelle après reclassement dans un emploi au sol »

Concernant la discrimination, le Conseil d'état souligne que « la limite d'âge de 55 ans fixée par le décret attaqué a été prise pour tenir compte

de la spécificité des tâches du personnel navigant commercial lorsqu'il travaille en cabine ainsi que des sujétions particulières auxquelles celui-ci est soumis du fait de ses fonctions ; que la limite d'âge ainsi retenue est, en outre, celle qui s'appliquait à la plus grande partie de ce personnel avant l'entrée en vigueur du décret attaqué et coïncide avec celle retenue dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne ; qu'ainsi, cette limite d'âge, qui répond à un objectif légitime de bon fonctionnement de la navigation aérienne et de protection des travailleurs, est proportionnée à l'objectif poursuivi [par la directive n°2000-78-CE du 27 novembre 2000] ».

3 - La justice lyonnaise a prononcé mardi 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 "de 28 à 35 ans", a été condamné à une amende de 500 euros avec sursis et à verser un euro de dommages et intérêt 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.

4 - CASS.SOC., 18 JANVIER 2006, POURVOI N°03-45812

Une caisse d'allocation familiale procède 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 [1] 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.

La CAF, dans son pourvoi, invoque elle-aussi l'article 58, en ce qu'il autorise les salariés à faire valoir leurs droits à la retraite à compter de leur 60^{ème}

anniversaire. Or d'après l'organisme, l'intéressé avait adopté cette possibilité, puisque, informé que son employeur avait l'intention de rompre son contrat de travail, il y avait entièrement souscrit et avait même demandé à être dispensé d'effectuer son préavis, ce qui lui avait été accordé.

Mais pour la Cour de cassation, **il s'agit bien d'un licenciement et non d'une mise à la retraite :**

Mais attendu que la cour d'appel a relevé que la Caisse avait pris la décision unilatérale de procéder à la mise à la retraite anticipée de M. X... à compter du 4 juillet 1990 ; qu'elle a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, (- et peu important que le conseil d'administration de la caisse ait entériné cette décision-) que la lettre du salarié accusant réception de cette décision et demandant d'être dispensé du préavis de six mois ne manifestait pas la volonté claire et non équivoque de prendre sa retraite et que la rupture du contrat de travail par la Caisse constituait un licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ;

6 - CASS.SOC., 28 FEVRIER 2006, N°04-40.303 P+B

Une mise à la retraite notifiée par l'employeur à son salarié ne peut être rétractée qu'avec l'accord de ce dernier.

Dès lors la rupture qui s'ensuit s'analyse en un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse lorsque les conditions prévues à l'article L122-14-3 du Code du travail ne sont pas remplies à la date de la mise à la retraite.

7 - Dans une décision du 23 janvier 2007 (pourvoi 05-41608), elle vient de rejeter 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 122-12-13.

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 haut (directive concernant la non-discrimination en fonction de l'âge et jurisprudence Mangold. La Cour de Cassation aurait du relever d'office cette incompatibilité ou au moins poser la question au juge communautaire.

8- CASS. SOC., 7 MARS 2007, N° 05-42.279

Un salarié victime d'un accident du travail le 16 août 2000 lui occasionnant un arrêt de travail jusqu'au 30 août 2000, a repris à cette date son travail sans avoir été soumis à une visite médicale de reprise. L'employeur a ensuite mis le salarié à la retraite par décision du 24 septembre 2001.

A défaut de visite de reprise, le contrat de travail, à la date de la mise à la retraite, était toujours suspendu. Le salarié contesta la rupture de son contrat de travail devant le conseil des prud'hommes, invoquant notamment les dispositions de l'article L122-32-2 du Code du travail qui sanctionne par la nullité la résiliation du contrat de travail à l'initiative de l'employeur intervenue au cours d'une période de suspension consécutive à un accident du travail.

Le salarié fut débouté de sa demande d'indemnisation au titre de la nullité de la rupture de son contrat de travail par la cour d'appel de Caen aux motifs que la résiliation interdite par l'article L122-32-2 du Code du travail est celle qui résulte d'un acte unilatéral de l'employeur et qu'en l'espèce, la mise à la retraite intervenue à la demande du salarié, résultait d'un accord de volontés.

Pour la Cour de cassation : au cours des périodes de suspension consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, de maintenir

le contrat, toute résiliation du contrat de travail prononcée en méconnaissance des dispositions [de l'article L122-32-2 du Code du travail] étant nulle » ; cette nullité atteint la mise à la retraite décidée par l'employeur au cours d'une période de suspension consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle.

Conclusions

Nous sommes actuellement dans une situation un peu bizarre : alors que des changements fondamentaux sont intervenus dans la réglementation et bouleverser les prévisions des salariés et des entreprises, on a l'impression que rien de ne passe sur le terrain et que tout le monde continue à faire comme avant. La fréquentation de cette journée d'information, honorable mais peu importante par rapport au nombre d'entreprises et de CHSCT contactés, est un indice concret de cette douce indifférence

Nous sommes 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 nombres de salariés vont se trouver confronter à des situations incompréhensibles pour eux, génératrices d'angoisses, de déception et d'amertumes. Par ailleurs nombre d'entreprises n'ayant pas entrevu le changement de donne qui s'opère risquent d'être déstabilisés par des effets retours indirects (accélération des départs – mise en invalidité – demande de reconnaissance de maladies professionnelles pour bénéficier d'un statut protecteur – démotivation au travail...)

Il est donc dans l'intérêt des partenaires sociaux de relayer le message qu'il est urgent d'agir s'ils ne veulent pas subir passivement le retournement de situation qui s'opère sous nos yeux.

