

CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES

Séance plénière du 29 juin 2005 à 9 h 30

« *Droit à l'information en matière de retraite,
choix de départ en retraite et modalités de cessation d'activité* »

Document N° 07

**Document de travail,
n'engage pas le Conseil**

**« Les formes juridiques de cessation d'activité
des salariés âgés de 55 à 64 ans »**

Rapport présenté au Conseil d'orientation des retraites

Résumé

par

**Marie-Cécile AMAUGER-LATTES
Isabelle DESBARATS**

*Maîtres de Conférences en Droit, Université des Sciences Sociales de Toulouse I
Chercheurs au LIRHE*

(Laboratoire Interdisciplinaire de recherche sur les Ressources Humaines et l'Emploi, UMR 5066)

Juin 2005

Le rapport dont le résumé est ici fait a été rédigé à l'attention du Conseil d'orientation des retraites et n'engage pas les membres de ce Conseil.

Sommaire

Introduction générale

Partie I Des ruptures à raison de l'âge en perte de vitesse

Sous partie I Un encadrement des ruptures du contrat voulues ou acceptées par le salarié

Chapitre I. Le départ à la retraite du salarié : un dispositif peu attractif

Section 1. Les conditions de validité du départ à la retraite

Section 2. L'indemnité de départ en retraite, une incitation relative

Section 3. L'obligation pour le salarié de respecter le délai-congé prévu en cas de licenciement

Chapitre II La marginalisation des cessations anticipées d'activité dans le secteur privé.

Section 1. Les principales étapes du droit des cessations anticipées d'activité dans le secteur privé

Section 2. Panorama des dispositifs de cessation anticipée d'activité en vigueur en 2004

Sous partie II Un rétrécissement du champ des ruptures subies par le salarié : le recul de la mise à la retraite

Chapitre I Un durcissement du dispositif de la mise à la retraite

Section 1. Des restrictions d'origine jurisprudentielle

Section 2. Des restrictions d'origine légale

Chapitre II Des exceptions notables

Section 1. L'exclusion des entreprises à statut du dispositif légal de la mise à la retraite

Section 2. L'option laissée aux partenaires sociaux de prévoir une mise à la retraite en-deçà de 65 ans

Partie II Des ruptures fondées sur d'autres motifs que l'âge en expansion

Sous partie I Un processus d'encadrement à enclencher en ce qui concerne les ruptures d'un commun accord

Chapitre I La licéité de principe des ruptures d'un commun accord

Section 1. Un mode spécifique de rupture au domaine circonscrit

Section 2. Des conditions rigoureuses de validité

Chapitre II Des cas exceptionnels de nullité des ruptures d'un commun accord

Section 1. Des solutions acquises

Section 2. Vers une interdiction des résiliations conventionnelles du contrat de travail des seniors ?

Sous Partie II Un processus d'encadrement en marche en ce qui concerne les dispositifs de protection contre les ruptures unilatérales

Chapitre I L'âge, un motif de rupture illicite

Section 1. L'interdiction des discriminations en raison de l'âge résultant du code du travail

Section 2. La sanction des discriminations fondées sur l'âge résultant du code pénal

Chapitre II Des contraintes à parfaire en cas de ruptures du contrat fondées sur d'autres motifs que l'âge

Section 1. La validité des ruptures fondées sur d'autres motifs que l'âge

Section 2. Les dispositifs dissuasifs

« Les formes juridiques de cessation d'activité des salariés âgés de 55 à 64 ans »

En France, comme dans la plupart des pays industrialisés, l'évolution de la structure d'âge de la population active est caractérisée par deux mouvements contradictoires. D'une part, le vieillissement global de la population et l'âge plus tardif d'entrée dans la vie active ont pour conséquence d'augmenter le nombre de salariés d'âge moyen ou élevé. En même temps, les politiques en matière de cessation anticipée d'activité ont entraîné, spécialement en France, une forte baisse du taux d'activité de la population âgée de 55 ans et plus. En effet, pour s'être enfermée dans une logique discriminant les travailleurs vieillissants, *via*, notamment, un recours massif aux préretraites afin de mener à bien les restructurations industrielles des années 1980, la France a un taux d'activité des plus de 55 ans encore bien trop bas; il était, en 2002, de 41,7% alors que la Suède connaît un taux de 71,7%.

Or, cette chute de l'activité après 55 ans qui s'explique, tout à la fois, par les pratiques d'entreprises, les politiques publiques, et l'attrait que représente pour une partie des salariés un retrait précoce d'activité, entraîne une série de conséquences néfastes. D'une part, une progression du chômage de longue durée de cette catégorie de personnes, qui a pour conséquence de renforcer les poncifs sur l'âge - en termes notamment de capacité d'adaptation des salariés vieillissants - sans avoir, d'ailleurs, des effets certains sur l'emploi.

D'autre part, une situation inquiétante du point de vue économique dans la mesure où les volants de main d'œuvre disponible se situent désormais dans les groupes de personnes les plus jeunes et/ou les plus âgées, les taux d'activité féminine étant déjà très importants.

Par ailleurs encore, il faut bien constater que ce désintérêt pour les salariés de plus de 55 ans a un « effet ricochet sur les âges (...) plus jeunes »¹. Effectivement, le fait que les 55 ans et plus soient jugés trop « vieux » pour demeurer sur le marché du travail a pour conséquence d'entraîner le discrédit sur les groupes d'âges immédiatement inférieurs (groupe des 50 ans voire les quadragénaires), qui sont ainsi susceptibles d'être considérés comme un groupe d'actifs sans avenir.

Enfin, ce faible taux d'activité des *seniors* se révèle aujourd'hui peu compatible avec les données de base sur lesquelles s'appuie la réforme des retraites, dès lors que celle-ci repose sur les deux paris suivants : le premier concerne un retour rapide à une situation de quasi plein-emploi (4,5% à 6% de chômage) qui permettrait - sous réserve que le patronat et les syndicats gestionnaires de l'UNEDIC l'acceptent - de faire basculer les cotisations chômage sur les retraites, à prélèvements obligatoires constants ; le second repose sur un recul de l'âge moyen de cessation d'activité ce qui, en France, peut soulever des difficultés particulières en raison d'un recours important aux cessations anticipées d'activité.

Mais si l'augmentation du taux d'activité des 55-64 ans constitue désormais une priorité, comment atteindre cet objectif, sachant que la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant

¹ AM. Guillemard, « Incertitudes et perspectives de la fin de carrière », CAE, « Pour des retraites choisies et progressives », 2000, La Documentation Française.

réforme des retraites comporte, d'ores et déjà, diverses mesures d'incitation au maintien de l'emploi des salariés âgés?

Il semble bien que deux voies devront vraisemblablement être suivies. Il s'agit, en premier lieu, d'inciter fortement au maintien dans l'entreprise des salariés vieillissants, et spécialement de ceux de plus de 55 ans : pour les entreprises, ceci exigera d'elles « de faire un diagnostic précis de leur gestion prévisionnelle des emplois et des compétences des seniors et de remettre à plat leurs politiques et pratiques managériales dévalorisant et démotivant les salariés âgés »². Mais il s'agit également de contrecarrer la tendance au départ anticipé des *seniors* de l'entreprise, véritable « défi pour la France, dès lors que celle-ci enregistre l'âge de cessation d'activité le plus précoce d'Europe », et que, comme une étude de la DARES l'a souligné, « la forte progression de l'embauche des *seniors* en contrats aidés depuis 10 ans a fait remonter leur taux d'activité, mais n'a pas pour autant réduit la politique de retrait d'activité des plus de 50 ans »³.

Dans ces conditions, il convient de s'interroger sur les règles juridiques relatives à la cessation d'activité pour raison d'âge, *dans le but d'en dresser un tableau le plus complet possible*.

Sur le plan méthodologique, plusieurs voies ont été explorées pour conduire cette étude destinée à tenter d'identifier les « formes juridiques de cessation d'activité des salariés âgés de 55 à 64 ans ».

En effet, outre une **revue de la littérature**, les deux pistes suivantes ont été également suivies.

Dans un premier temps, l'objectif a consisté dans une étude **du contrôle judiciaire de la perte d'emploi liée à l'âge**, tel que résultant d'une analyse du contentieux concernant la rupture du contrat de travail. Dans ce but, on a sélectionné et analysé, sur une période courant de 1990 à 2004, plus de 300 décisions rendues par la chambre sociale de la Cour de cassation, concernant la rupture du contrat de travail des *seniors*. Dans le même temps, cette analyse a été complétée par une étude des jugements et arrêts rendus sur ces questions par certaines juridictions du fond (sur les modalités et les difficultés de collection, cf rapport).

Puis, dans un second temps, il est apparu utile de confronter les enseignements issus de l'analyse du contentieux et de l'étude des dispositifs juridiques aux points de vue de quelques unes des parties prenantes au processus de rupture du contrat de travail des salariés vieillissants. Nous avons donc mené une **série d'entretiens** avec différents acteurs concernés par le phénomène étudié.

Dans ce contexte, il apparaît qu'au-delà de l'ambivalence des dispositifs légaux, réglementaires et conventionnels aujourd'hui en vigueur, deux idées-force complémentaires peuvent être détectées. En effet, on observe une perte de vitesse des ruptures à raison de l'âge consécutive à un durcissement de la législation face à la nécessité de prolonger le maintien en activité des salariés (**Partie I**). Dans le même temps, il semble que l'on assiste à une intensification du recours à d'autres modes de rupture des contrats des seniors, fondés sur

² JM Peretti, « Les seniors : d'une logique d'exclusion à la rétention active », in « Tous responsables », Editions d'Organisation, 2004, p 275.

³ Dares, Premières synthèses, n°40-2, octobre 2003.

d'autres motifs que l'âge⁴. Or, s'il existe déjà un certain nombre de règles protectrices des salariés âgés, elles demeurent insuffisantes pour endiguer des pratiques contraires à l'esprit d'une législation favorable au maintien en activité des travailleurs vieillissants, notamment des plus de 55 ans (**Partie II**).

Partie I

Des ruptures à raison de l'âge en perte de vitesse

Depuis la loi n°87-588 du 30 juillet 1987, le Code du travail définit deux modes de rupture à raison de l'âge, respectivement à l'initiative du salarié - le départ à la retraite - ou de l'employeur - la mise à la retraite. Pendant longtemps, le but du législateur n'a pas été de dissuader les acteurs de recourir à ces formes de rupture. Bien au contraire, elles étaient perçues comme une réponse au problème du chômage en permettant de libérer des emplois au profit des plus jeunes. D'ailleurs, dans le même temps, les Pouvoirs publics mais aussi les partenaires sociaux se sont employés à développer divers mécanismes de préretraite permettant aux employeurs de proposer aux salariés de quitter l'entreprise avant l'âge de la retraite. Mais cette situation ne pouvait perdurer compte tenu des données démographiques et économiques actuelles. Aussi observe-t-on que le droit s'efforce d'opérer un renversement de perspective, tant en ce qui concerne les ruptures de contrat voulues ou acceptées par les salariés (Sous-partie I), qu'en ce qui concerne les ruptures subies par eux (Sous Partie II).

Sous Partie I

Un encadrement des ruptures du contrat voulues ou acceptées par le salarié

Par rupture du contrat « voulue ou acceptée par le salarié », on entend certes le départ à la retraite qui constitue, par excellence, le mode de rupture à raison de l'âge voulue par le salarié et qui reste peu attractif (Chapitre I). Sont également concernées les préretraites qui sont le plus souvent à l'initiative de l'employeur, mais qui supposent l'accord du salarié intéressé (Chapitre II).

Chapitre I. Le départ à la retraite du salarié : un dispositif légal peu attractif

Il résulte de l'article L.122-14-13 issu de la loi n°87-588 du 30 juillet 1987, que tout salarié « quittant volontairement l'entreprise pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse a droit, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, à l'indemnité de départ à la 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 ».

Le régime du départ à la retraite n'a pas été directement retouché depuis 1987. Son objet est seulement de permettre aux salariés qui ont atteint l'âge de la retraite, ou, sous certaines

⁴ Ce basculement n'est pas sans lien avec « les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel » que la DARES a mis en évidence dans une étude pointant d'ailleurs une sur-représentation des salariés âgés parmi les personnes licenciées pour motif personnel (Dares, Premières synthèses, n°28-2, juillet 2003, « Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel »).

conditions restrictives, un âge inférieur, de quitter s'ils le souhaitent leur emploi. Il est peu incitatif pour les salariés et peut même apparaître, à certains égards, dissuasif. Ainsi, en dépit de la parenté existant entre le départ à la retraite et la démission, le salarié doit respecter un préavis dont la durée correspond au préavis de licenciement. En revanche, l'indemnité de rupture à laquelle il a droit est moins intéressante que l'indemnité de licenciement.

Le rapport évoque toutes ces raisons qui détournent le salarié de ce mode de rupture peu avantageux, sous réserve de dispositions conventionnelles récentes qui, contrairement à l'esprit de la loi, améliorent ce dispositif pour le rendre plus incitatif.

Chapitre II La marginalisation des cessations anticipées d'activité dans le secteur privé.

Pendant plus de 20 ans, on sait que, face au risque de licenciement des salariés âgés spécialement dans les entreprises en restructuration, le recours aux mesures dites de cessation anticipée d'activité - qu'elles soient publiques (ASFNE, PRP, CATS), conventionnelles (ARPE), ou privées - a été encouragé au nom d'une justification somme toute simple : mieux valait (vaut ?) un préretraité qu'un chômeur. Ce faisant, ces personnes n'étaient pas comptabilisées dans les chiffres du chômage. De façon plus générale, cette solution a longtemps suscité un consensus - qualifié par certains de « paradoxal »⁵, mais en réalité justifié par le compromis ainsi obtenu entre des objectifs disparates - des pouvoirs publics, des entreprises, des syndicats, mais aussi des salariés eux-mêmes.

Incontestablement attrayants sur le plan financier, à la fois pour les entreprises et les préretraités dotés de revenus de remplacement plus élevés qu'ailleurs, les dispositifs de départs anticipés - mesures cependant essentiellement financées par la collectivité - se sont donc développés en France au moins autant que dans les autres pays industrialisés.

Mais si « les préretraites à la française » ont ainsi connu un important développement parce que constituant simultanément un levier des *politiques de l'emploi de l'entreprise* et de *celles du ministère du travail*, un tel succès ne pouvait perdurer, compte tenu du coût à la fois financier et humain de ces mesures : en effet, et à la différence d'autres pays, la charge financière n'étant supportée que partiellement par les entreprises employeurs, sauf pour les préretraites d'entreprises, c'est donc l'Etat et/ou l'assurance-chômage qui devaient supporter cette charge liée aux cessations anticipées d'activité.

Pour ces raisons, et pour d'autres encore liées aux conséquences de l'évolution démographique sur le coût des retraites, les discours mais aussi les règles devaient évoluer. C'est ainsi qu'un recentrage des dispositifs de cessation anticipée d'activité s'est opéré et que, plus précisément encore, l'une des actions mises en œuvre pour stimuler l'emploi des plus âgés a consisté à supprimer ou, tout au moins, à encadrer plus strictement les politiques de préretraite favorisant leur départ de l'entreprise.

Le rapport fait le point sur les dispositifs actuellement en vigueur – qui sont d'ailleurs révélateurs d'une certaine ambiguïté du législateur - après avoir rappelé les principales étapes du droit des cessations anticipées d'activité dans le secteur privé.

⁵ Selon la formule de Xavier Gaullier

Sous Partie II

Un rétrécissement du champ des ruptures subies par le salarié :

le recul de la mise à la retraite

Il n'y a pas « d'âge de la retraite » en droit du travail. En effet, la retraite intéresse d'abord le droit de la sécurité sociale, spécialement les régimes d'assurance vieillesse. C'est pourquoi « l'âge de la retraite » se définit comme celui à partir duquel un travailleur est en droit de percevoir une pension de vieillesse.

Qu'en est-il, dans ces conditions, de l'incidence de la survenance de l'âge de la retraite sur l'existence du contrat de travail?

La survenance de l'âge de la retraite ne contraint pas le salarié à partir à la retraite. Le départ à la retraite suppose en effet la volonté sérieuse et non équivoque du salarié et il ne présente aucun caractère d'automatisme (cf rapport, Partie I, ss Partie I, Chap 1). Mais la survenance de l'âge de la retraite justifie-t-elle la rupture du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative de l'employeur?

Depuis 1987, le régime de la mise à la retraite en droit du travail résulte des articles L 122-14-12 et L 122-14-13 du Code du travail. Ces deux textes répondent à un double objectif : interdire en premier lieu l'éviction forcée *via* des « clauses guillottes » conventionnelles assimilant un âge donné à un véritable terme emportant rupture automatique du contrat ; éviter également que des salariés âgés n'ayant pas cotisé le temps nécessaire ne soient contraints de quitter leur emploi et mis à la charge de la collectivité nationale.

Plus précisément, l'article L 122-14-12 du Code du travail, déclare que sont nulles toutes les clauses insérées dans une convention ou un accord collectif de travail ou bien dans un contrat individuel de travail, prévoyant la rupture de plein droit du contrat du fait que le salarié atteint un âge déterminé ou est en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse. Le rapport fait le point sur les précisions apportées par la jurisprudence sur la portée de ce texte.

Pour sa part, l'art L 122-14-13 du Code du travail définit deux modes originaux de rupture du contrat de travail tenant à l'âge du salarié : le *départ volontaire à la retraite*, d'une part et la *mise à la retraite par décision de l'employeur*, d'autre part.

Or, les changements démographiques et leurs conséquences sur le coût des retraites conduisent les pouvoirs publics à favoriser le maintien dans l'emploi des seniors, ce qui se traduit par une volonté de réduire les hypothèses de rupture du contrat à raison de l'âge, particulièrement lorsqu'elles sont décidées par l'employeur. C'est pourquoi on observe une évolution des dispositifs juridiques, que conforte la jurisprudence (Chapitre I).

Pour autant, loin s'en faut qu'un tel mouvement tendant à une augmentation du taux d'activité des travailleurs âgés soit univoque. En effet, il apparaît que certaines règles toujours en vigueur ou bien encore certaines modifications apportées récemment risquent d'avoir un effet

inverse. Comme le montre le rapport, on constate une ambiguïté persistante des textes et usages, certains s'efforçant de rendre plus difficiles les mises à la retraite, d'autres les facilitant (Chapitre II).

Chapitre I Un durcissement du dispositif de la mise à la retraite

Le rapport a pour objectif de montrer que le droit positif entraîne une perte de vitesse des ruptures en raison de l'âge et, au premier chef, de la mise à la retraite. Initié au niveau jurisprudentiel, ce mouvement est aujourd'hui relayé sur le plan légal.

Chapitre II Des exceptions notables

C'est un véritable « arsenal » juridique que la loi du 21 août 2003 a mis en place pour convaincre les employeurs de ne plus rejeter les *seniors* et persuader les salariés de rester en activité.

Cependant, pour deux raisons différentes, l'interdiction faite à un employeur de mettre à la retraite d'office un salarié avant 65 ans pourrait ne pas avoir la portée espérée : la première raison tient au champ d'application en réalité circonscrit du dispositif légal (exclusion des personnels des entreprises à statut) ; la seconde est relative au rôle important et aux possibilités de dérogation laissés aux partenaires sociaux par la loi Fillon du 21 août 2003.

Partie II

Des ruptures fondées sur d'autres motifs que l'âge en expansion

L'encadrement des ruptures à raison de l'âge (départ à la retraite, mise à la retraite, préretraites) incite les employeurs à recourir à d'autres modes de rupture du contrat, plus souples et moins onéreux, aboutissant à un contournement de la réglementation. Dès lors, aujourd'hui, devient-il nécessaire de mettre en place des règles de nature à éviter de telles pratiques. Cependant, on constate que, de ce point de vue, la législation ne progresse pas de façon uniforme : si le processus a été engagé en ce qui concerne les ruptures unilatérales (Sous-Partie II), il n'en va pas de même pour les ruptures d'un commun accord (Sous-Partie I).

Sous partie I

Un processus à enclencher en ce qui concerne les ruptures d'un commun accord

Dans la mesure où l'objectif consiste, désormais, à limiter au maximum les cessations anticipées d'activité, ce qui se traduit par l'encadrement des ruptures unilatérales, peut-on ou doit-on admettre la validité des ruptures négociées entre employeur et salarié vieillissant ? Comme le montre le rapport, la Cour de cassation a développé, en raison de l'ambivalence des ruptures négociées, une jurisprudence nuancée, articulée autour d'un principe : celui de leur

licité (Chapitre I), cependant tempéré par différentes exceptions ; il existe en effet des hypothèses dans lesquelles la Cour suprême s'est prononcée pour la nullité des ruptures conventionnelles.

Dans ces conditions, la question de la validité des résiliations conventionnelles impliquant un travailleur vieillissant, mérite sans doute d'être posée, encore que ce type de rupture semble, en pratique, céder le pas devant d'autres modes de cessation du contrat. En effet, il apparaît qu'en dépit de la position somme toute relativement souple que préconise l'UNEDIC, le risque de privation des allocations chômage encouru en cas de rupture amiable constitue un obstacle que gestionnaires des ressources humaines et salariés concernés sont loin de minimiser et donc un frein au recours à ce mode de rupture : ainsi trouve-t-on là l'une des raisons poussant les parties à avoir recours à un licenciement pour motif personnel assorti d'une transaction, et à l'issue duquel, en effet, aucune difficulté ne se présente en principe avec les ASSEDIC (Chapitre II).

Chapitre I La licéité de principe des ruptures d'un commun accord

Alors que cette validité de principe est *a priori* inscrite dans l'article 1134 du Code civil, qui prévoit la révocation des contrats par consentement mutuel et indirectement dans l'article L 121-1 du Code du travail renvoyant au droit commun des contrats, la Cour de cassation a longtemps hésité avant de consacrer le principe de la rupture amiable qu'elle présente désormais comme un mode spécifique de rupture, excluant les règles du licenciement et, en particulier, l'obligation de respecter la procédure de licenciement et le respect d'un préavis. Toutefois, la tendance de la jurisprudence étant de conférer une importante force d'attraction au licenciement en raison de ses effets jugés plus protecteurs pour le salarié, le rapport montre que les accords de rupture - en principe valables - sont soumis à de strictes conditions de validité. Au surplus, ce mode de rupture est doté d'un champ d'application circonscrit.

Chapitre II Des cas exceptionnels de nullité des ruptures d'un commun accord

D'ores et déjà, il existe un certain nombre de cas d'illicéité des ruptures conventionnelles, correspondant à des hypothèses dans lesquelles le salarié s'était vu octroyer par la loi une protection particulière concernant son emploi (représentants du personnel ou syndicaux...). Mais, s'agissant des seniors, compte tenu du fait que la rupture amiable emporte un risque de contournement de la réglementation en autorisant les acteurs à rompre de façon anticipée le contrat, ne faudrait-il pas, dans ce cas précis également, interdire ce type de rupture ? Il est vrai que très souvent elles font l'objet d'un montage juridique conduisant les acteurs à se placer sur le terrain de la rupture unilatérale.

Sous partie II

Un processus d'encadrement en marche en ce qui concerne les dispositifs de protection contre les ruptures unilatérales

La protection des salariés âgés contre les licenciements présente deux dimensions. La première consiste dans l'interdiction légale de licencier en raison de l'âge. Cette interdiction ne concerne pas les seuls salariés âgés ; elle a au contraire une portée générale et fait de l'âge,

quel qu'il soit, un motif illicite. Il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un élément non négligeable de la protection des seniors face au pouvoir de l'employeur, protection dont l'intensité a été récemment renforcée par le législateur⁶ (Chapitre I). La seconde dimension de la protection des salariés âgés leur est propre. Elle consiste dans un certain nombre de mesures légales, dont l'objet vise à dissuader les employeurs de licencier leurs salariés âgés, alors même que le motif de la rupture serait étranger à l'âge : ces protections restent cependant parcellaires (Chapitre II).

Chapitre I L'âge, un motif de rupture illicite

Le principe d'égalité des personnes est largement consacré par les normes internationales et par les normes françaises, notamment les plus solennelles. De portée générale, ce principe s'impose bien sûr dans le cadre des relations de travail salarié, comme le rappelle avec insistance le législateur. Il faut dire qu'en la matière le risque de discrimination est particulièrement fort. En effet, gérer une entreprise implique des choix, une sélection entre les personnes que les intéressés ne peuvent guère contester du fait de leur subordination. Comme le rapport le montre, le droit s'efforce donc de garantir la légitimité des décisions patronales en condamnant fermement, sur les plans civil mais aussi pénal, celles qui, fondées sur des critères illégitimes, dont l'âge, constituent des discriminations attentatoires à la dignité des personnes.

Chapitre II Des contraintes à parfaire en cas de rupture du contrat fondée sur un autre motif que l'âge

Les contraintes, le coût et le faible intérêt pour les parties des modes de rupture du contrat liés à l'âge se traduisent logiquement par le recours à des modes de rupture non spécifiques, en particulier le licenciement. En effet, l'interdiction des discriminations n'exclut pas le licenciement des salariés âgés dès lors qu'il n'est pas fondé sur l'âge. Elle n'a pas pour objet de leur conférer une immunité absolue contre toute mesure patronale. Aussi, à partir du moment où l'employeur ne se fonde pas sur un motif illégitime et sauf si la loi en dispose autrement, ces salariés se trouvent placés sur un pied d'égalité avec leurs collègues. D'ailleurs, ils ne sont pas forcément hostiles à ce recours dans la mesure où, dispensés de recherche d'emploi en raison de leur âge, ils bénéficient alors d'une sorte de préretraite financée par l'Assedic, leur permettant de quitter l'entreprise avant même l'âge de la retraite ou, en tout cas, avant de remplir les conditions d'une retraite à taux plein. De ce point de vue, le rapport rend compte d'un certain nombre de pratiques permettant un départ anticipé des salariés, en contradiction avec l'esprit de la nouvelle réglementation (notamment, licenciement pour faute grave suivi d'une transaction).

Indépendamment de ces pratiques, parce que ces salariés sont incontestablement plus exposés que les autres et que leur licenciement est largement supporté par le régime d'assurance chômage, le législateur pose des règles, à l'efficacité parfois contestée (notamment, contribution Delalande), visant à dissuader les employeurs de les licencier ou, en cas de licenciement pour motif économique, à tenir compte de leur situation en vue d'éviter leur licenciement.

⁶ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (JO 17 novembre) ; Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JO 10 mars).

En conclusion, il est incontestable que, pour favoriser un allongement de la durée des carrières, la tendance est au resserrement des possibilités de rupture du contrat à raison de l'âge et à la diminution des possibilités de cessation anticipées d'activité. Mais, dans le même temps, on constate que ce durcissement des dispositifs s'accompagne d'un développement du recours à des modalités de rupture fondées sur d'autres motifs que l'âge, et notamment aux licenciement pour motif personnel ; les observateurs soulignent également une augmentation notable des arrêts de travail de longue durée et des déclarations d'inaptitude des salariés vieillissants.

Sans doute, de telles pratiques peuvent se concevoir lorsqu'elles concernent des salariés âgés – physiquement et/ou psychologiquement usés – pour lesquels, dans le contexte actuel, il n'existe pratiquement plus de possibilités de départs anticipés à la retraite. Mais tel n'est pas toujours le cas dans la mesure où ces pratiques d'éviction des salariés âgés sont vraisemblablement utilisées par les entreprises comme outils de gestion et de rajeunissement de la main d'œuvre dans le souci de préserver l'équilibre de la pyramide des âges, et par les salariés comme le moyen de bénéficier au maximum des assurances sociales.

Dans ces conditions, deux chantiers au moins méritent d'être approfondis pour favoriser le maintien des seniors dans l'entreprise et pour permettre un recul du problème de la rupture de leur contrat de travail.

En premier lieu, on ne saurait minorer l'impact que pourrait avoir, comme instrument de maintien en activité, une amélioration des trajectoires professionnelles : ainsi, doit-on mettre l'accent sur les actions de nature à favoriser la mobilité professionnelle et le maintien de l'employabilité des seniors. Nul doute, d'ailleurs, que l'instauration du droit individuel à la formation comme la validation des acquis de l'expérience constituent, de ce point de vue, des outils prometteurs.

En second lieu, outre les efforts à déployer pour garantir la formation professionnelle tout au long de la vie, une autre solution consisterait à favoriser la mise en place de dispositifs encourageant les entreprises à aménager les conditions de travail afin d'agir – à la source – sur les facteurs de pénibilité, physique mais aussi psychique, au travail : ainsi la question de la prévention et donc de l'amélioration des conditions de travail devraient-elles constituer un thème central s'inscrivant dans un courant plus vaste en faveur d'un « management éthique »⁷ ; d'ailleurs, c'est dans cette logique que prend place la loi du 21 août 2003 qui, en effet, a octroyé aux partenaires sociaux un délai de 3 ans pour engager des négociations visant à prendre en compte la pénibilité au travail.

Dans une annexe au rapport, les auteurs font, sous leur responsabilité, des propositions d'évolutions possibles de la réglementation qui, selon elles, pourraient être utiles.

⁷ Selon l'expression de Dom Hugues Minguet, *Entreprises et Carrières*, n°731, 2004, p 46.