

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

*Rapport présenté au Conseil d'orientation des retraites*

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*

Ce rapport 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

*Index*

*Indications bibliographiques*

*Annexes*

## « 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<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup> ; il était, en 2002, de 41,7% alors que la Suède connaît un taux de 71,7%<sup>3</sup>.

Or, cette chute de l'activité après 55 ans qui s'explique, tout à la fois, par les pratiques d'entreprises et l'orientation des politiques publiques, entraîne une série de conséquences néfastes.

<sup>1</sup> Sans doute, cette diminution du taux d'activité est moins nette depuis 1995. Mais il s'agit là d'un effet « mécanique » qui résulte de l'arrivée à la cinquantaine des générations du *baby boom* plus importantes, en nombre, que les générations plus anciennes. Donc, cette augmentation relative du taux d'activité des plus de 50 ans ne résulte pas véritablement d'une modification du comportement d'activité des plus âgés.

<sup>2</sup> Près d'un salarié du privé sur cinq (18,4%) était âgé de plus de 50 ans en 2000, alors que les plus de 50 ans n'étaient que 16% cinq ans plus tôt, indique une étude de l'Insee qui souligne que l'effectif de salariés âgés de plus de 50 ans a augmenté de 23 % en cinq ans. (P. Aubert, «La situation des salariés de plus de 50 ans dans le secteur privé », INSEE, G 2003/5). Cette évolution se vérifie aussi bien pour les hommes que pour les femmes (la part des plus de 50 ans est passée de 16,7% à 19% entre 1994 et 2000 chez les hommes et de 14,5% à 17,4% chez les femmes), sachant que cette «augmentation n'est pas contradictoire avec la baisse continue des taux d'activité des 50 ans et plus depuis les années soixante » : en effet, cette hausse provient « principalement de l'arrivée à la cinquantaine des premières générations du *baby-boom* ».

Les travailleurs âgés sont sur-représentés dans les secteurs de l'industrie, notamment l'automobile, les mines ou la construction navale. Dans les autres secteurs, et principalement dans les services, ils sont en revanche sous-représentés. Ils ne représentent, par exemple, que 12% des effectifs dans les services opérationnels, les services personnels et les hôtels-restaurants.

En outre, la part des salariés âgés dans l'emploi total augmente régulièrement avec les effectifs de l'établissement: elle passe de 16,5% dans les établissements ayant entre 5 et 50 salariés, à 25% dans les établissements de plus de 1 000 salariés et à 32,3% dans les entreprises de plus de 5 000 salariés.

Plus la qualification est élevée, plus la part des salariés âgés est importante. Ceux-ci représentent 14,9% des effectifs non qualifiés, 17,7% des qualifiés et 22,6% des très qualifiés.

<sup>3</sup> OCDE, Perspectives d'emploi, 2004 (<http://www.oecd.org/dataoecd/42/27/32496180.pdf>). De même, selon le rapport de l'OCDE « Vieillesse et politique de l'emploi en France », 2005, en 2002, le taux d'emploi des hommes de 50/64 ans sans qualification était de 51% en France contre 88% en Islande, 80% en Suisse et 78% au Japon.

D'une part, ce rejet du marché du travail des travailleurs de plus de 55 ans se traduit par une progression du chômage de longue durée de cette catégorie de personnes et 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.

Ce faible taux d'activité des *seniors* constitue, 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 (tout au moins pour la tranche d'âge des 25-54 ans) étant déjà importants<sup>4</sup>.

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 »<sup>5</sup>. 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 : c'est bien confirmer le fait que la perception de l'âge relève d'une appréciation subjective, ce qui explique la difficulté à cerner la catégorie des « jeunes », comme celle des salariés dits « âgés », catégories aux contours qui varient selon l'objectif poursuivi. Au-delà, la notion de vieillesse est encore plus multiforme selon l'éclairage retenu : juridique, sociologique ou psychologique<sup>6</sup>.

Enfin, il est évident que 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 pari repose sur un recul de l'âge moyen de cessation d'activité ce qui, en France, peut soulever des difficultés particulières dès lors que, sur la base d'un « consensus paradoxal »<sup>7</sup>, on y a usé et abusé des cessations anticipées d'activité, au travers de nombreuses formules publiques, conventionnelles ou privées.

---

<sup>4</sup> COR, rapport 2004

<sup>5</sup> Selon la formule de AM Guillemard, « Incertitudes et perspectives de la fin de carrière », CAE, « Pour des retraites choisies et progressives », 2000, La Documentation Française.

<sup>6</sup> Voir sur « l'éclatement » de la notion de vieillesse, les analyses de J- J. Dupeyroux, « Droit de la sécurité sociale », Précis Dalloz, 13<sup>ème</sup> Ed°, 1998, n° 137, p. 176.

<sup>7</sup> La formule de "consensus paradoxal d'intérêts divergents" a été initialement utilisée par Xavier Gaullier dans ses travaux multiples sur l'âge et le travail. Elle a été reprise par F. Jeger, « L'exclusion des plus de 50 ans : conséquence inévitable de l'évolution du chômage ou problème culturel majeur ? », Dr.soc. 2003, 686.

Mais si l'augmentation du taux d'activité des 55-64 ans constitue désormais une priorité, comment atteindre cet objectif<sup>8</sup>, sachant que la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites comporte, d'ores et déjà, diverses mesures d'incitation au maintien de l'emploi des salariés âgés<sup>9</sup> ?

Il semble bien que deux voies - distinctes tout en étant complémentaires - devront vraisemblablement être suivies pour inverser ce phénomène de raccourcissement de la vie active qui prévaut en France depuis plusieurs années et qui constitue donc l'un des obstacles au financement des retraites. 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 »<sup>10</sup>. Mais il s'agit également et dans le même temps de contrecarrer la tendance au départ anticipé des *seniors* de l'entreprise, ce qui soulève la question des règles juridiques relatives à la cessation d'activité pour raison d'âge<sup>11</sup>.

Les questions relatives aux modalités de maintien dans l'entreprise des personnes âgées de plus de 55 ans n'ayant, en principe, pas à être abordées ici<sup>12</sup>, il s'agit, par contre, de s'intéresser aux « formes juridiques de cessation d'activité des salariés âgés de 55 à 64 ans », afin de broser le tableau le plus complet possible de l'existant.

Cette question constitue un véritable « défi pour la France, dès lors que celle-ci enregistre l'âge de cessation d'activité le plus précoce d'Europe ». En effet, 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 ». Ainsi, « la politique de retrait d'activité des plus de 50 ans est restée très soutenue sur la période

---

<sup>8</sup> Ainsi que les Quinze s'y sont résolus sous la pression des autorités communautaires, et notamment la France qui s'est engagée à relever le taux d'emploi de ses travailleurs vieillissants à 50% d'ici 2010.

<sup>9</sup> Loi n°2003-775 du 21 août 2003, (JO du 22 août). S'agissant des premiers décrets d'application, voir SSL, n°1143, p2, SSL du 12 janvier 2004, n°1151, p 2

<sup>10</sup> JM Peretti, « Les *seniors* : d'une logique d'exclusion à la rétention active », in « Tous responsables », Editions d'Organisation, 2004, p 275

<sup>11</sup> J. Pélessier, « Age et perte d'emploi », Dr.soc. 2003, p 1061

<sup>12</sup> S'agissant de cette question, on rappellera que, dès 1960, un rapport de la Commission d'étude des problèmes de la vieillesse, présidée par Pierre Laroque, avait évoqué la nécessité de remédier au faible taux d'activité de la main d'œuvre vieillissante dans le secteur du commerce et de l'industrie. Pourtant, ces propositions concernant le maintien dans l'emploi des *seniors* n'ont pas été suivies d'effets. Il en résulte que les réglementations actuellement applicables au statut professionnel des *seniors* se révèlent aujourd'hui inadaptées et/ou insuffisantes pour favoriser leur maintien en activité. D'où, naturellement, la question de savoir quelles sont les réformes à préconiser afin – selon la formule d'un auteur - « de sortir du cercle vicieux de l'inactivité en fin de carrière pour entrer dans le cercle vertueux du vieillissement dit actif », sachant qu'au cœur du problème, se trouve un hiatus entre les politiques, à long terme, retardant l'âge de la retraite et les décisions des entreprises qui, à court terme, avancent l'âge de la fin de la vie professionnelle dans un consensus quasi-général. Ces questions sont d'autant plus d'actualité que certaines dispositions de la loi du 21 août 2003 traduisent déjà un début de mobilisation en faveur de l'emploi des plus de 55 ans. (I. Desbarats et B. Reynés, « Age et conditions de travail », Dr.soc. 2003, 1067)

1994-2001, bien qu'ils aient davantage bénéficié des mesures actives pour l'emploi », (ce qui implique donc ) « qu'aucun redéploiement n'est intervenu entre politique de retrait d'activité et politique de maintien sur le marché du travail »<sup>13</sup>. Mais les dernières observations conduisent à nuancer ce constat, la proportion des personnes en préretraite dans les classes d'âge considérées se réduisant (les effectifs de ces classes d'âge sont en augmentation).

Sur le plan méthodologique, plusieurs voies ont été explorées pour conduire cette étude destinée à identifier les « formes juridiques de cessation d'activité des salariés âgés de 55 à 64 ans », afin de recenser, de la façon la plus exhaustive possible, les techniques juridiques et pratiques existantes. En effet, outre une **revue de la littérature** balayant ces questions et évoquée dans le cadre du rapport intermédiaire remis en janvier 2004, 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. C'est ainsi que l'utilisation de la base Juris Data a permis d'identifier les décisions rendues sur ces thèmes par les différentes cours d'appel, dont celle de Toulouse. En revanche, il s'est révélé beaucoup plus difficile que prévu de prendre connaissance des jugements rendus par le Conseil de Prud'hommes de Toulouse et susceptibles d'intéresser l'étude. La raison en est que l'indication de « l'âge » ne constitue pas un paramètre obligatoirement requis des parties à une instance de sorte qu'il ne peut constituer un critère d'identification des décisions de justice. Dans ces conditions, une étude exhaustive des décisions susceptibles d'intéresser la recherche était inconcevable. C'est la raison pour laquelle, eu égard au nombre très important de jugements rendus par la juridiction prud'homale toulousaine et au temps nécessaire à la manipulation des minutes, nous avons été contraintes de limiter nos investigations aux décisions rendues par les sections encadrement et industrie au cours des années 2004 et 2003, soit plus de 2000 décisions.

Puis, dans un second temps, il est apparu utile de confronter les enseignements ainsi 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. Ainsi une **série d'entretiens** a-t-elle été organisée, au cours des mois de septembre et octobre 2004, avec différents acteurs - dont la liste figure en annexe - amenés, à des titres divers, à connaître de ce type de situations et

---

<sup>13</sup> Dares, Premières synthèses, n°40-2, octobre 2003.



dont l'avis pouvait être de nature à éclairer notre compréhension du 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 d'autres motifs que l'âge<sup>14</sup>. 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**).

---

<sup>14</sup> 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 »).

## **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 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**

Le départ à la retraite constitue, par excellence, le mode de rupture du contrat à raison de l'âge voulue par le salarié (Chapitre I). Par ailleurs, bien que l'employeur soit le plus souvent à l'initiative d'un départ en préretraite, force est de constater que ce départ suppose 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 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, à moins que les partenaires sociaux ne l'améliorent dans le cadre des conventions et accords collectifs de travail<sup>15</sup>. 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 (Section 3). En revanche, l'indemnité de rupture à laquelle il a droit est moins intéressante que l'indemnité de licenciement (Section 2). On peut ajouter qu'en raison du système de décote, le salarié ne sera pas incité à quitter trop tôt son emploi. Toutes ces raisons tendent à détourner les salariés de ce mode de rupture peu avantageux et ne peuvent que conforter, voire renforcer, la rigueur de la jurisprudence quant à l'appréciation des conditions de validité du départ à la retraite (Section 1).

### Section 1 : Les conditions de validité du départ à la retraite

Le départ à la retraite est une faculté offerte au salarié qui quitte « volontairement » l'entreprise « pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse ». <sup>16</sup>. Il résulte de l'article L.122-14-13 que les conditions légales du départ à la retraite peuvent être améliorées par voie conventionnelle ou par contrat de travail. Ainsi, selon la jurisprudence, une convention ou un accord collectif de travail ou un contrat qui poserait des conditions de fond ou de forme rendant plus difficile le départ à la retraite du salarié devrait être écarté. En revanche, toute disposition le facilitant s'impose. Sans doute, cette approche va-t-elle à l'encontre de la logique actuelle de frein au départ des salariés avant l'âge de 65 ans. Cependant, l'avantage en cause - l'indemnité de départ à la retraite- est somme toute assez peu incitatif.

Cette qualification juridique de la rupture suppose donc que soit caractérisée la volonté du salarié, et ce, semble-t-il, à deux égards. En premier lieu, l'initiative de la rupture doit être prise par le salarié; à défaut cette dernière s'analyse en un licenciement (Sous section 1). En second lieu, sauf dispositions conventionnelles

---

<sup>15</sup> La mise à la retraite du salarié par l'employeur ayant été rendue plus difficile par la loi du 21 août 2003, on ne peut exclure que les partenaires sociaux ne se tournent vers le départ à la retraite pour en améliorer le régime et ainsi inciter les salariés ne pouvant être mis à la retraite à partir de leur propre initiative. Ces dispositions conventionnelles sont sans doute contraires à l'esprit de la loi si l'on considère que celle-ci vise, d'une manière générale, à retarder la liquidation des retraites.

<sup>16</sup> Art. L.122-14-13 C.trav. : "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 collective ou d'un accord collectif ou du contrat de travail, à l'indemnité de départ en retraite prévue à l'article 6 de l'accord annexé à la loi 78-49 du 19 janvier 1978... ».

contraires, le salarié doit rompre le contrat « pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse ». (Sous section 2)

### Sous section 1 : La volonté du salarié

Comme pour la démission, en cas de départ à la retraite, la volonté du salarié de rompre le contrat doit être claire et non équivoque. En cas de contestation portant sur la qualification de la rupture, les juges du fond veillent à ce que la volonté du salarié soit suffisamment caractérisée et libre de toute forme de pression de la part de l'employeur<sup>17</sup>. C'est ainsi, par exemple, que doit être confirmé l'arrêt d'appel condamnant l'employeur au paiement de dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi par un salarié qui était parti à la retraite à l'âge de 60 ans suite à des informations erronées fournies par l'employeur sur l'évaluation de sa retraite<sup>18</sup>.

### Sous section 2 : Le droit à une pension de vieillesse

Le départ à la retraite suppose que le salarié quitte volontairement l'entreprise « pour bénéficier du droit à une pension de retraite ». Il faut donc, tout d'abord, que le salarié ait atteint l'âge ouvrant droit à une pension de vieillesse (§1). En revanche, il y a des hésitations concernant la portée réelle de l'expression « *pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse* ». Si, pour certains, il va de soi que le salarié qui exerce son droit de partir à la retraite liquide cette dernière, d'autres, au contraire, soutiennent que le départ du salarié implique seulement qu'il ait droit à une pension (§2).

#### *§1. L'âge requis pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse*

Pour quitter l'entreprise dans les conditions de l'article L.122-14-13 alinéa 1, le salarié doit avoir atteint l'âge de la retraite. Il faut donc en principe qu'il ait fêté son soixantième anniversaire voire, par exception, un âge inférieur lui permettant de liquider sa retraite.

#### A) L'âge légal de la retraite : le risque d'une retraite à taux minoré

---

<sup>17</sup> CA Versailles 18 novembre 1994, RJS 1/95, n° 17 ; confirmant l'analyse des juges de la Cour d'appel de Paris, Cass. soc.12 octobre 2000, pourvoi n°98 – 43.751 ; confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers, Cass. soc. 17 octobre 2000, pourvoi n° 98 – 42.651, arrêt n°3837 : « Mais attendu que la Cour d'appel, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis hors toute contradiction, a retenu que le salarié avait de manière claire et non équivoque décidé de partir à la retraite... ».

<sup>18</sup> Cass. soc. 19 avril 2000, pourvoi n° 98-41.354, arrêt 1822.

L'âge légal de la retraite étant fixé à 60 ans, le départ du salarié à la retraite est en principe possible à cet âge.

Toutefois, le salarié âgé de 60 ans et de moins de 65 ans qui fait valoir ses droits à pension de vieillesse à la suite d'un départ à la retraite ne peut, en principe<sup>19</sup>, prétendre à une retraite à taux plein que s'il a cotisé 160 trimestres<sup>20</sup>. A défaut, sa pension est calculée sur la base d'un taux minoré compte tenu soit du nombre de trimestres manquant par rapport à la durée totale d'assurance requise, soit du nombre de trimestres manquant à l'assuré pour atteindre son 65<sup>e</sup> anniversaire.<sup>21</sup> Cette règle de calcul, pénalisante pour les salariés qui liquident leur retraite avant 65 ans et sans avoir cotisé le nombre de trimestres requis ne peut qu'inciter les salariés à différer leur départ à la retraite.

## B) Les cas de retraite anticipée

Sont visées des hypothèses dans lesquelles le salarié bénéficie d'un régime spécial d'assurance vieillesse l'autorisant à liquider ses droits à l'assurance vieillesse avant

---

<sup>19</sup> Par exception, certains assurés ont droit à une pension calculée à taux plein, bien qu'ils soient âgés de moins de 65 ans et qu'ils ne totalisent pas le nombre de trimestres d'assurance nécessaire. Il s'agit des anciens titulaires d'une pension d'invalidité devenus inaptes au travail, des bénéficiaires de l'allocation aux adultes handicapés, des anciens déportés ou internés, des anciens combattants et anciens prisonniers de guerre, des mères de famille ouvrières (femmes salariées qui ont élevé trois enfants pendant 9 ans au moins avant leur 16<sup>e</sup> anniversaire, qui réunissent 30 ans d'assurance dans le régime général seul ou dans le régime général et le régime des salariés agricoles et qui ont effectué pendant 5 ans au cours des 15 dernières années précédant la demande un travail manuel). Article L.351-8 C. sécu. soc.

<sup>20</sup> A noter que la loi n°2003-775 du 21 août 2003 prévoit que, sauf données nouvelles, la durée de cotisation nécessaire pour l'obtention du taux plein sera majorée d'un trimestre par an à compter de 2009 pour atteindre 164 trimestres de cotisation en 2012. Le départ à la retraite des salariés à l'âge de 60 ans et plus généralement avant 65 ans n'en sera que moins probable. (Toutefois un décret pris après avis de la Commission de garantie des retraites et du COR pourrait ajuster le calendrier de cette majoration sur la base d'un rapport public transmis au Parlement avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008. La loi prévoit de la même façon un réexamen de la situation en 2012 et 2016 de l'évolution prévisible du rapport entre la durée d'assurance et la durée moyenne de retraite, le rapport jugé souhaitable étant de 2/3 pour 1/3).

<sup>21</sup> Le coefficient de minoration pour les salariés de moins de 65 ans n'ayant pas cotisé 160 trimestres est prévu à l'article R. 351-27 2<sup>o</sup> C. Sécu. soc. Fixé à 2,5% par trimestre manquant pour atteindre 160 trimestres ou pour atteindre 65 ans pour les pensions ayant pris effet avant le 1<sup>er</sup> janvier 2004, il sera progressivement réduit de moitié en application de la loi du 21 août 2003, afin de l'aligner sur celui introduit dans le régime des fonctionnaires. La réduction se fait par étapes de 0,125 point sur 10 ans, soit :

- 2,375% pour les assurés nés en 1944 (60 ans en 2004) ;
- 2,25% pour les assurés nés en 1945 ;
- 2,125% pour les assurés nés en 1946 ;
- 2% pour les assurés nés en 1947 ;
- 1,875% pour les assurés nés en 1948 ;
- 1,75% pour les assurés nés en 1949 ;
- 1,625% pour les assurés nés en 1950 ;
- 1,5% pour les assurés nés en 1951 ;
- 1,375% pour les assurés nés en 1952 ;
- 1,25% pour les assurés nés après 1952.

A terme, donc, le taux minoré sera obtenu en soustrayant du taux plein de 50% autant de fois 1,25% qu'il manque de trimestres, soit pour atteindre le nombre de trimestres de cotisation requis, soit 65 ans.

l'âge de 60 ans<sup>22</sup>. C'est également le cas de ceux auxquels la loi accorde une autorisation spéciale de départ anticipé à la retraite. En tout état de cause, ces hypothèses,, sont étroitement circonscrites et n'ont pas vocation à se multiplier dans la mesure où, notamment, l'âge d'entrée des jeunes dans la vie active se fait de plus en plus tard <sup>23</sup>.

Sont concernés, depuis la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites et dans des conditions fixées par décret<sup>24</sup>, les salariés ayant commencé à travailler très jeunes et ayant effectué une très longue carrière<sup>25</sup> (1°) ainsi que les salariés lourdement handicapés<sup>26</sup> (2°).

*1° Les salariés ayant commencé à travailler très jeunes et ayant effectué une très longue carrière*

Conformément à l'article D.351-1-3 nouv. du code de la Sécurité sociale, sont concernés les salariés ayant validé :

- au moins 5 trimestres à la fin de l'année civile de leurs 16 ans ; ces salariés peuvent partir à 56, 57 ou 58 ans ;
- au moins 5 trimestres à la fin de l'année civile de leurs 17 ans ; ils peuvent partir à 59 ans.

Toutefois, si ces salariés sont nés au cours du 4° trimestre et ne justifient pas de 5 trimestres à la fin de l'année de référence, ils doivent avoir validé au moins 4 trimestres au titre de l'année au cours de laquelle est intervenu leur 16° ou leur 17° anniversaire.

Quant à l'âge de départ anticipé à la retraite, il varie en fonction de l'âge auquel le salarié a débuté sa carrière et de la durée d'assurance ayant donné lieu à cotisation, dans le régime général et dans un ou plusieurs régimes de base obligatoires, dans les conditions ci-dessous (article D. 351-1-1 nouv. Code sécu. soc.).

---

<sup>22</sup> Nous n'envisagerons pas ici les cas de départs à la retraite avant 60 ans dans le cadre des entreprises publiques à statut dont les spécificités seront envisagées dans les développements consacrés à la mise à la retraite.

<sup>23</sup> Il est probable, cependant, que dans le cadre des négociations sur la pénibilité, les partenaires sociaux consacrent de nouveaux cas de retraite anticipée. M. Le Duigou, représentant de la CGT, a déclaré à l'occasion de l'ouverture des négociations qu' « il y a urgence pour des centaines de milliers de salariés qui ont travaillé en 3/8, à la chaîne. Nous voulons une bonification leur permettant de partir avant l'âge légal de la retraite ». Cf le projet d'accord syndical soumis par la CGT aux autres organisations syndicales participant aux négociations sur la pénibilité.

<sup>24</sup> Décret 2003-1036 du 30 octobre 2003, JO 31 p.18 601, introduisant de nouveaux articles D. 351-1 à D.351-1-3 dans le Titre V du Livre III du code de la Sécurité sociale, applicables aux pensions prenant effet postérieurement au 31 décembre 2003 ; circulaire CNAV 2003-46 du 18 novembre 2003.

<sup>25</sup> Article L.351-1-1 nouv. C. séc soc ; Décret du 20 octobre 2003.

<sup>26</sup> Article L.351-1-3 nouv. C. séc soc ; Décret du 17 mars 2004.

Début de carrière	Trimestres validés	Trimestres cotisés	Age du départ
14 ans	168 (soit 42 ans)	168	56 ans
15 ans	168	168	57 ans
14 ou 15 ans	168	164 (soit 41 ans)	58 ans
14, 15 ou 16 ans	168	160 (soit 40 ans)	59 ans

Selon l'article D.351-1-1 al.1, la durée d'assurance exigée des assurés est la durée d'assurance à taux plein prévue par l'article L.351-1 al.2, augmentée de 8 trimestres. Il en résulte qu'elle est de 168 trimestres jusqu' en 2008 et sera majorée d'un trimestre par an à compter de 2009, pour atteindre 172 trimestres en 2012.

Quant aux notions de périodes validées et cotisées, il convient de se référer à l'article D.351-1-2 nouv.

Pour l'appréciation de la durée d'assurance ayant donné lieu à cotisations de l'assuré, sont assimilées pour partie à des périodes de cotisation les périodes de service national, à raison d'un trimestre par période d'au moins 90 jours, consécutifs ou non<sup>27</sup>, et les périodes d'absence pour maladie, maternité ou accident du travail<sup>28</sup>. Ces périodes sont retenues dans la limite de 4 trimestres et sans que le nombre de trimestres ayant donné lieu à cotisation, ou réputés tels, puisse excéder 4 pour une année civile.

En revanche, les autres périodes validées (les périodes d'assurance vieillesse des parents assumant au foyer familial la charge d'un handicapé adulte visés par l'article L.381-1 du code de la Sécurité sociale ; les périodes assimilées à des périodes d'assurance visées par l'article R.351-12 du même code -chômage involontaire, activité en Algérie avant 1962, détention provisoire...-); les périodes reconnues équivalentes ; les majorations de durée d'assurance pour enfant visées par l'article L.351-4 du code de la Sécurité sociale, ou pour congé parental (art.L.351-5 code de la Sécurité sociale ) ne sont pas prises en compte dans la durée d'assurance.

## 2° Les salariés lourdement handicapés<sup>29</sup>

L'article L.351-1-3. du code de la Sécurité sociale abaisse la limite d'âge pour la liquidation d'une retraite à taux plein au profit des assurés handicapés atteints d'une

<sup>27</sup> D. 351-1-2 nouv. 1°. et al.5 . A noter qu'en vertu du 4° alinéa du texte, « lorsque la période mentionnée au 1° du présent article couvre deux années civiles, elle peut être affectée à l'une ou l'autre de ces années, la solution la plus favorable étant retenue. »

<sup>28</sup> D. 351-1-2- nouv. 2°. Sont considérés comme cotisés : le trimestre civil au cours duquel l'assuré, percevant des indemnités journalières maladie ou accident du travail, a bénéficié du 60° jour d'indemnisation, un trimestre étant également décompté pour chaque nouvelle période d'indemnisation de 60 jours, ou encore, le trimestre civil au cours duquel est survenu l'accouchement.

<sup>29</sup> Décret du 17 mars 2004 entré en vigueur au 1° juillet 2004.

incapacité permanente d'un taux au moins égal à un taux fixé par décret. Ce décret fixe également la durée d'assurance ayant donné lieu à cotisation requise pour ce départ anticipé.

Le décret fixe plus précisément trois conditions :

- un taux minimal d'incapacité,
- une durée totale d'assurance,
- une durée d'assurance ayant donnée lieu à cotisation.

Le taux d'incapacité permanente requis est celui visé à l'article L.241-3 du code de la Sécurité sociale. Sont donc concernés les assurés justifiant d'un taux d'incapacité permanente d'au moins 80%. L'assuré doit justifier par la production de pièces, visées par l'arrêté du 5 juillet 2004, qu'il ouvre droit à la carte d'invalidité.

L'âge de départ à la retraite qui peut être de 55 ans dépend d'une part de la durée d'assurance et des périodes reconnues équivalentes<sup>30</sup>, d'autre part, de la durée d'assurance ayant donné lieu à cotisation dans le régime général ou un autre régime obligatoire<sup>31</sup>.

Age de départ	Nombre de trimestres validés requis	Nombre de trimestres cotisés requis
55 ans	120	100
56 ans	110	90
57 ans	100	80
58 ans	90	70
59 ans	80	60

### **La retraite anticipée constitue-t-elle un droit réservé au seul salarié ou peut-elle résulter d'une décision de l'employeur ?**

L'esprit de la réforme incite à penser que les cas de retraite anticipée doivent s'analyser comme des facultés offertes aux seuls salariés concernés, soit parce qu'ils ont effectué une longue carrière, soit parce qu'ils sont lourdement handicapés, et, qu'en revanche, l'employeur ne saurait prononcer une mise à la retraite anticipée à leur encontre. D'ailleurs, en vertu de l'article L.122-14-13 al.3 du code du travail, la

<sup>30</sup> Notion de durée d'assurance et de périodes reconnues équivalentes : périodes de cotisation, périodes assimilées à des périodes de cotisation visées par R.351-12 du code de la Sécurité sociale . (chômage involontaire, maladie etc.), majorations de durée d'assurance pour enfant ou CPE (L.351-4 et L.351-5) , période d'assurance vieillesse des parents assumant la charge d'un adulte handicapé (L.381-1), périodes reconnues équivalentes (R.351-4).

<sup>31</sup> Notion de durée d'assurance cotisée : ensemble des périodes cotisées à l'assurance obligatoire, à l'assurance volontaire, aux rachats ou aux périodes ayant donné lieu à validation gratuite (ex. congé formation).



mise à la retraite suppose en principe que le salarié ait atteint l'âge visé au 1<sup>o</sup> alinéa de l'article L.351-8 du code de la Sécurité sociale soit 65 ans.

Par exception, cependant, la mise à la retraite peut intervenir avant cet âge lorsqu'une convention ou un accord collectif étendu, conforme aux dispositions du même texte, le prévoit.(cf. infra) Dès lors, la question se pose de savoir si une telle convention ou un tel accord collectif peut autoriser la mise à la retraite des salariés ayant effectué une longue carrière ou atteints d'un lourd handicap avant même l'âge de 60 ans. On constate que dans certaines branches les partenaires sociaux l'ont admis : un certain nombre d'accords conclus en application de la loi du 21 août 2003 prévoit en effet, sous réserve d'extension, la possibilité de mise à la retraite des salariés ayant effectué une longue carrière avant l'âge de 60 ans<sup>32</sup>.

Mais de telles dispositions sont-elles juridiquement valables ?

L'article L.122-14-13 précise *in fine* de l'alinéa 3 que l'âge conventionnel de mise à la retraite « ne peut être inférieur à celui fixé au premier alinéa de l'article L.351-1 du code de la Sécurité sociale », c'est-à-dire, en principe, par renvoi de l'article R. 351-2 du même code à l'article L.351-1 alinéa 1, 60 ans. Donc, en principe, cet âge constitue l'âge minimum de mise à la retraite. Cependant, en vertu des articles L.351-1-1 et L.351-1-3, textes visant respectivement les salariés ayant effectué une longue carrière et ceux qui sont lourdement handicapés, « l'âge prévu au premier alinéa de l'article L.351-1 est abaissé » dans des conditions fixées par décret. Il en résulterait que, pour ces salariés, l'âge visé à l'article L.351-1 serait celui résultant des décrets auxquels renvoient les articles L.351-1-1 et L.351-1-3. Il serait donc possible de prévoir, par accord collectif étendu, un âge de mise à la retraite inférieur à 60 ans, dans la limite des dispositions réglementaires.

Si cette interprétation des textes devait prévaloir, il s'agirait là d'une faille importante dans le dispositif, en totale contradiction avec l'esprit de la loi du 21 août 2003. En effet, s'il paraît légitime d'autoriser les individus qui remplissent les conditions et qui veulent partir de manière anticipée à la retraite, cette faculté ne saurait être envisagée que comme un droit personnel et en aucun cas comme une prérogative entre les mains de l'employeur, opposable à ceux d'entre eux qui souhaiteraient continuer à occuper leur emploi, notamment pour améliorer le montant de leur pension.

Mais il nous semble qu'une autre lecture des textes, plus conforme à leur esprit, peut être faite. En effet, la possibilité offerte aux partenaires sociaux de fixer l'âge de la mise à la retraite en deçà de 65 ans est une exception au principe selon lequel la mise à la retraite n'est pas possible avant 65 ans et ses conditions de validité doivent être

---

<sup>32</sup> Accord collectif et avenants du 9 juin 2004 sur la mise à la retraite dans la production et la transformation des papiers et cartons, Liaisons sociales, 8/07/2004, Bref soc. 14174 ; avenants 74 et 75 du 29 juin 2004 sur la retraite et sur les salaires dans le commerce, la location, réparation de matériels agricoles, de BTP, jardins, Liaisons sociales, 28/07/2004, Bref soc. 14185 ; accord du 21 avril 2004 sur la mise à la retraite des géomètres experts, Liaisons sociales, 16/06/2004, Bref soc. 14158 ; avenant du 16 septembre 2004 sur la mise à la retraite avant 60 ans dans le caoutchouc (Liaisons sociales 14 avril 2005, Bref Soc, 14361).

entendues strictement. Or, littéralement, l'article L.122-14-13 al. 3 ne se réfère qu'à l'âge visé à L.351-1 al.1, soit 60 ans (art.R.351-2), et non pas aux textes qui, par exception, y dérogent et fixent un âge inférieur.

Ainsi, si l'on s'en tient à une lecture littérale des textes, conforme d'ailleurs à leur esprit et justifiée de surcroît par le caractère dérogatoire des conventions et accords de l'article L.122-14-13, il convient de conclure à l'illégalité des dispositions conventionnelles prévoyant la possibilité pour l'employeur de mettre un salarié à la retraite avant l'âge de 60 ans, alors même que celui-ci pourrait bénéficier d'une pension à taux plein et entrerait dans l'une des catégories de personnes auxquelles, par exception, le Code reconnaît le droit de liquider leur retraite avant 60 ans.

### *§2. La liquidation de la retraite : une exigence incertaine*

La question qui se pose est celle de savoir si le départ à la retraite, et donc le versement de l'indemnité correspondante, implique que le salarié liquide effectivement sa retraite ou pas.

Selon une opinion doctrinale, l'article L.122-14-13 alinéa 1 impose juste que le salarié remplisse les conditions pour bénéficier d'une pension de retraite, peu important qu'il décide ou non de faire procéder à cette liquidation. Pour ces auteurs, « cette interprétation s'autorise de la philosophie du régime de vieillesse résultant des réformes de 1982 suivant laquelle le salarié reste seul juge du moment où il décidera de solliciter les prestations »<sup>33</sup>. Autrement dit, le départ à la retraite ne se distinguerait de la démission qu'en raison de l'âge du salarié, lui permettant ou non de liquider sa retraite, peu important sa décision de faire procéder ou non à la liquidation de ses droits. Notons que cette interprétation se trouve confortée par l'esprit général des dernières orientations de la législation, tendant à retarder la liquidation des pensions de retraite.

Force est de constater, cependant, que la lettre du texte incite plutôt à considérer que le régime du départ à la retraite suppose que, non seulement, le salarié remplisse les conditions pour bénéficier du droit de liquider sa retraite, mais qu'il en demande effectivement la liquidation<sup>34</sup>. Il n'est donc pas surprenant que la Cour d'appel de Nancy, dans un arrêt du 17 janvier 1989, ait adopté cette lecture<sup>35</sup>. Autrement dit, selon cette seconde interprétation, c'est la volonté du salarié de bénéficier effectivement d'une pension de vieillesse qui permet de distinguer le départ à la retraite de la démission<sup>36</sup>. Dès lors, s'il s'avère que le salarié souhaite quitter

<sup>33</sup> PY. Verkindt, Encyclopédie Dalloz, Répertoire Travail, Rubrique Retraite n°19.

<sup>34</sup> J. Péliissier, A.Supiot et A. Jeammaud, Précis Dalloz, Droit du travail, 21<sup>e</sup> édition, n°386.

<sup>35</sup> Cour d'appel de Nancy 17 janvier 1989, RJS 1989, n° 671, condamnant un salarié ayant repris une activité à rembourser à son ancien employeur le montant de l'indemnité de départ à la retraite.

<sup>36</sup> Il résulte d'une interprétation *a contrario* d'un arrêt de la Cour de cassation que la liquidation de sa retraite par le salarié doit même être concomitante à la rupture, ou, en tout cas intervenir, dans un bref délai (sauf disposition conventionnelle prévoyant un délai particulier). En effet, selon la Cour, le fait pour un salarié de liquider sa

l'entreprise pour un autre motif que pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse, la rupture doit être qualifiée de démission. Autrement dit, la liquidation de sa retraite par le salarié apparaît comme un élément nécessaire à la qualification du départ à la retraite<sup>37</sup>.

Il convient de souligner par ailleurs que la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a jamais eu l'occasion de se prononcer précisément sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'article L.122-14-13 alinéa 1<sup>o</sup> du code du travail. Elle a, il est vrai, décidé que, sauf disposition conventionnelle contraire, le départ du salarié à la retraite ne prive pas la clause de non concurrence de son objet et ne dispense pas l'employeur du paiement de l'indemnité compensatrice de non concurrence stipulée au contrat<sup>38</sup>. Pour les juges, le départ à la retraite n'est donc pas exclusif de l'exercice d'une activité professionnelle ultérieure. La solution peut néanmoins être justifiée par le fait que la liquidation de la retraite peut, sous certaines conditions et dans certaines limites, s'accompagner de l'exercice d'une activité professionnelle. Mais la Cour de cassation a également décidé que le salarié démissionnaire pouvait prétendre à l'indemnité de départ à la retraite si la convention collective applicable ne subordonnait pas son versement à la cessation d'activité professionnelle<sup>39</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'une salariée qui, après avoir perçu l'indemnité de départ à la

---

retraite après avoir donné sa démission n'entraîne pas la requalification de la rupture en départ à la retraite. L'espèce, un peu particulière, concernait un salarié engagé à l'âge de 60 ans en tant que directeur commercial d'une société. Son contrat de travail contenait une clause stipulant qu'en cas de démission ou licenciement, sauf faute grave, avant qu'il ait atteint l'âge de 65 ans, il lui serait alloué une prime égale au moins à un an de rémunération. A la suite du rachat de ladite entreprise, le salarié avait donné sa démission et demandé à l'employeur une attestation de cessation d'activité pour faire valoir ses droits à la retraite. L'employeur avait alors refusé de lui payer l'indemnité contractuelle de démission au motif que la rupture devait s'analyser en un départ à la retraite. Confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation souligne « que la rupture des relations contractuelles avait pour origine la démission du salarié, peu important qu'il ait décidé ultérieurement de prendre sa retraite, et qu'à défaut de restriction sur ce point prévue par le contrat de travail, la clause claire et non équivoque énoncée en son article 7 devait recevoir application... » Cass. soc. 6 février 2001, pourvoi n° 98-46.082, arrêt 489.

<sup>37</sup> Cette approche semble confirmée de manière incidente par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle et au dialogue social (JO du 5 mai), qui prévoit qu'en cas de départ à la retraite, le salarié perd ses droits acquis au titre du droit individuel à la formation (DIF). Cette disposition s'avère logique si l'on considère que ce mode de rupture - contrairement à la mise à la retraite qui ne fait pas l'objet d'une disposition similaire - implique nécessairement la liquidation des droits à l'assurance vieillesse. Par ailleurs, si l'on admet que le départ à la retraite n'est finalement qu'une démission, pourquoi l'âge - et non pas l'ancienneté - devrait-il donner droit à une indemnité et justifier un délai-congé plus long, emprunté au régime du licenciement ? Cela est incontestablement pénalisant pour le salarié de 60 ans et plus qui démissionne pour intégrer une autre entreprise ou exercer une autre activité.

<sup>38</sup> Cass. soc. 21 mai 1996, RJS 7/96, n°790 : « Mais attendu que la Cour d'appel a décidé, à bon droit, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, que l'adhésion à une convention d'allocation spéciale du FNE et le départ à la retraite, qui n'interdisent pas la reprise d'une activité professionnelle, ne privaient pas les salariés du droit de prétendre à l'indemnité compensatrice de la clause de non concurrence, dès lors qu'ils n'avaient pas été régulièrement libérés de cette clause par l'employeur... ». Dans le même sens, Cass. soc. 15 janvier 2002, RJS 5/02 n° 638 : la réduction de la contrepartie pécuniaire de l'obligation de non concurrence prévue par l'accord national interprofessionnel des VRP en cas de démission ne s'applique pas en cas de départ à la retraite à l'initiative du salarié.

<sup>39</sup> Cass. soc. 17 mars 1993, n° 88-45.521 ; RJS 1993, n°508. La solution surprend, en effet, si l'on considère la cessation d'activité comme un élément de qualification du départ à la retraite.

retraite prévue par la convention collective, avait repris une activité salariée, ce qui avait conduit son ex-employeur à lui en réclamer le remboursement. Il convient sans doute de ne pas accorder une importance excessive à un arrêt centré sur l'interprétation d'une clause conventionnelle. En effet, rien ne s'oppose à ce qu'une convention collective assouplisse les conditions légales du départ à la retraite, notamment en ne soumettant pas le bénéficiaire de l'indemnité à la cessation d'activité du salarié...

Les solutions sont néanmoins confuses, sans compter qu'en pratique l'objectif véritable du salarié ne sera révélé qu'*a posteriori*, au moment où il demande ou alors qu'il ne demande pas, la liquidation de sa retraite. Ce n'est donc qu'*a posteriori* que l'employeur pourra éventuellement demander la restitution de l'indemnité indûment versée.

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

Contrairement au salarié démissionnaire, celui qui part à la retraite a droit à une indemnité. Cette indemnité est cependant d'un montant modéré si on établit une comparaison avec le licenciement ou la mise à la retraite (Sous section 1). Son régime fiscal et social est par ailleurs peu attractif (Sous section 2).

### Sous section 1 : Une indemnité d'un montant modéré

Tout salarié qui quitte l'entreprise dans les conditions de l'article L.122-14-13 alinéa 1° du code du travail a droit à l'indemnité de départ à la retraite prévue par l'article 6 de l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977, qui est l'accord annexé à la loi n°78-49 du 19 janvier 1978 visé par le texte. Tous les salariés sont concernés, même ceux qui ne bénéficient pas de l'accord de mensualisation (§1). Le texte réserve, par ailleurs, la possibilité de faire bénéficier le salarié des dispositions plus favorables d'une convention ou d'un accord collectif ou encore du contrat de travail (§2).

#### *§1. Calcul de l'indemnité légale*

A défaut de dispositions conventionnelles ou contractuelles plus favorables, le montant de l'indemnité visée par la loi dépend de *l'ancienneté* ininterrompue du salarié dans l'entreprise ou l'établissement :

- un demi-mois de salaire après 10 ans d'ancienneté ;
- un mois de salaire après 15 ans ;
- un mois et demi de salaire après 20 ans ;

- deux mois de salaire après 30 ans.

Ce montant est d'autant moins attractif que les carrières de 10, 15, 20 ou 30 années dans la même entreprise sont, plus encore que par le passé, rares.

Il est vrai que, selon la Cour de cassation, ces conditions d'ancienneté peuvent être réduites en vertu d'une convention ou d'un usage<sup>40</sup>.

Quant au *salaire normalement pris en considération*, c'est celui défini à l'article 5 de l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977, à savoir:

- soit le tiers des trois derniers mois, étant précisé que les primes et gratifications de caractère annuel ou exceptionnel qui auraient été versées pendant ce laps de temps ne sont prises en compte qu'au *prorata temporis* ;
- soit le douzième de la rémunération des 12 derniers mois.

Doit être retenue la formule la plus favorable au salarié.

L'*assiette de l'indemnité* est égale à la rémunération brute du salarié et non à la rémunération effectivement perçue par le salarié. Contrairement à l'*assiette de l'indemnité légale de licenciement* qui n'inclut que les primes et gratifications générales, fixes et constantes, elle comprend les primes et gratifications de caractère annuel ou exceptionnel.

Enfin, la détermination de *la période de référence* (12 ou 3 mois) correspond au 12 ou 3 mois précédant la notification par le salarié de la décision de partir à la retraite.

## §2. *L'indemnité conventionnelle, résultant d'un usage ou du contrat de travail*

La convention collective applicable prévoit, dans certains cas, une indemnité conventionnelle versée au salarié qui part volontairement à la retraite. Le salarié en bénéficie s'il remplit bien les conditions fixées par les partenaires sociaux comme, par exemple, la cessation de toute activité professionnelle<sup>41</sup>, et si son montant lui est plus favorable que celui de l'indemnité légale. Sauf disposition contraire, les deux indemnités ne sont en effet pas cumulables.

<sup>40</sup> *A contrario*, Cass.soc. 8 juin 1994, Dr.soc. 1994, p.802.

<sup>41</sup> Cass. soc. 17 mars 1993, RJS 1993 n°508 ; ég. Cass. soc. 26 février 2002, pourvoi n°99-46.259, arrêt 781 : « Et attendu, d'autre part, que l'article 21 de la convention collective du bâtiment annexe cadre énonce que « l'ingénieur, assimilé ou cadre de 65 ans révolus, qui résilie lui-même son contrat de travail, bénéficie néanmoins de l'indemnité de départ à la retraite » et que « cette indemnité lui est également attribuée s'il résilie lui-même son contrat de travail à partir de 55 ans révolus à condition que la résiliation de son contrat soit suivie, sous délai minimum, de la liquidation de sa retraite, acquise dans les conditions fixées par la convention du 14 mars 1997, à compter de la cessation de son emploi » ; que les juges du fond qui ont constaté que le salarié ne remplissait pas ces conditions ont légalement justifié leur décision... »

Quant au caractère plus favorable de l'indemnité résultant de la convention collective ou du contrat de travail, il résultera de conditions d'ancienneté moins strictes ou d'un montant supérieur à l'indemnité légale, sachant que cette appréciation, conformément aux règles applicables en cas de comparaison de la convention à la loi, doit être effectuée de manière individuelle, en considération de la situation particulière de l'intéressé.

Dans le même sens, la jurisprudence considère que doit prévaloir l'usage le plus favorable<sup>42</sup>.

*Remarque :* d'une manière générale, les conventions collectives maintiennent la distinction entre indemnité de départ à la retraite et indemnité de mise à la retraite, celle-ci étant d'un montant plus élevé que celle-là. Cependant, avec le durcissement des conditions de mise à la retraite et pour rendre le départ à la retraite plus attractif ou moins pénalisant, les partenaires sociaux pourraient être tentés d'augmenter le montant de l'indemnité de départ à la retraite et même de l'aligner sur celui de l'indemnité de mise à la retraite<sup>43</sup>, lorsque l'âge de mise à la retraite n'a pas été - ou guère - abaissé dans le cadre d'une convention étendue conclue avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008. En revanche, si l'âge de la mise à la retraite est fortement abaissé, notamment dès 60 ans, le risque est moindre, voire nul.

Quoi qu'il en soit, que l'âge de la mise à la retraite soit abaissé ou pas par voie conventionnelle, l'augmentation du montant de l'indemnité de départ à la retraite pour les salariés susceptibles de partir avant 60 ans (longue carrière) peut constituer un moyen incitant ces salariés à partir dès que possible, avant l'âge de la mise à la retraite<sup>44</sup>.

### Sous section 2 : Un régime fiscal et social peu avantageux<sup>45</sup>

Sur le plan social, dans le silence de la loi, la jurisprudence<sup>46</sup>, approuvée par la doctrine<sup>47</sup>, considère que l'indemnité de départ à la retraite a la nature d'un

<sup>42</sup> Cass. soc. 6 avril 1999, pourvoi n°97- 40.384, arrêt n°1635 : « Mais attendu que la Cour d'appel a, sans encourir les griefs des moyens, constaté l'existence d'un usage plus favorable au sein de la CMSA, qui n'avait pas encore été dénoncé par l'employeur et qui permettait aux salariés partant à la retraite de bénéficier d'une indemnité normalement accordée aux seuls salariés mis à la retraite par l'employeur, puis apprécié le montant de l'indemnité due par M. M. en application de cet usage... ».

<sup>43</sup> Par exemple, réduisant l'écart entre le montant des deux indemnités, accord du 2 février 2004 modifiant la CCN des industries chimiques ; avenant à l'accord sur la mensualisation dans la métallurgie, Bull Soc F. Lefevbre, avril 2004, étude p185, et 189.

<sup>44</sup> Par exemple, avenants des 4 oct., 13 déc. 2004 et 13 janv. 2005 sur la retraite, la formation, les salaires dans l'assainissement et la maintenance industrielle.

<sup>45</sup> Par comparaison, soulignons que le salarié mis à la retraite n'a pas à s'acquitter de l'impôt sur le revenu pour les sommes qui lui sont allouées à l'occasion de sa mise à la retraite, dans la mesure où ces sommes n'excèdent pas le montant prévu par la loi ou la convention collective. Cette indemnité n'est pas non plus soumise à CSG et CRDS. Enfin, l'indemnité n'est pas assujettie aux cotisations de sécurité sociale, si son montant n'excède pas ici encore le montant prévu par la loi ou la convention collective.

<sup>46</sup> Cass.soc. 7 juillet 1988 Bull. civ. V, n° 430.

complément de salaire. En effet, le salarié quittant volontairement son emploi ne peut justifier d'aucun préjudice. Il en résulte plusieurs conséquences. Tout d'abord, son montant doit être intégré dans la masse salariale pour le calcul de la contribution de l'employeur au financement des activités sociales du comité d'entreprise<sup>48</sup>. Elle est par ailleurs en principe soumise en totalité aux cotisations de sécurité sociale assises sur le salaire<sup>49</sup> ainsi qu'à la CSG et à la CRDS. En revanche, elle est couverte par l'assurance de garantie des salaires en cas de procédure collective.

Par exception cependant, l'indemnité de départ à la retraite peut présenter un caractère indemnitaire. Elle est alors exonérée de cotisations sociales dans les mêmes limites que les indemnités de licenciement. Tel est le cas lorsque le départ du salarié intervient dans un plan de réduction d'effectif mis en œuvre dans une entreprise confrontée à de « graves problèmes économiques »<sup>50</sup> ou même, seulement, dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise non liée à des difficultés économiques<sup>51</sup>. Il en va de même lorsque le salarié, victime d'un accident du travail, se voit contraint de faire valider ses droits à pension de vieillesse, « de telle sorte que l'indemnité de départ à la retraite qu'il a perçue présentait un caractère indemnitaire et se trouvait exonérée des cotisations sociales... »<sup>52</sup>.

Sur le plan fiscal, l'indemnité est également soumise à impôt sur le revenu, sous réserve toutefois d'une exonération de 3 050 euros (art. 81 22° du CGI)<sup>53</sup>. La même règle s'applique s'agissant des taxes assises sur le salaire. En revanche, elle ne concerne pas les départs à la retraite compris dans un plan de réduction d'effectif. Dans ce cas, l'indemnité est exonérée.

Ce régime social et fiscal de l'indemnité de départ à la retraite - plutôt défavorable aux parties au contrat de travail par rapport notamment à celui de l'indemnité de mise à la retraite - est à l'origine d'un contentieux portant sur la qualification de la rupture<sup>54</sup>.

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

Le respect d'un délai-congé est la seule exigence de forme posée par la loi.

---

<sup>47</sup> PY Verkindt, op.cit.

<sup>48</sup> Cass. soc. 7 juillet 1988 op.cit.

<sup>49</sup> Cass. soc. 24 février 1994, RJS 1994, n°460 ; circulaire DRT n°10 du 8 septembre 1987.

<sup>50</sup> Lettre ministérielle 1° déc. 1980 ; Cass. soc. 12 janvier 1995, RJS 2/95, n°154.

<sup>51</sup> Cass. soc. 10 octobre 1996, RJS 11/96 n°1204.

<sup>52</sup> Par exemple, Cass. soc. 9 octobre 2001, pourvoi n° 98-43.949, arrêt n°3752.

<sup>53</sup> A la demande du salarié, le surplus peut faire l'objet d'une imposition étalée sur l'année de la perception et les trois années suivantes ou d'une imposition selon les règles du quotient qui consiste à calculer l'impôt correspondant au revenu exceptionnel en ajoutant le quart de ce revenu au revenu net imposable « ordinaire » et en multipliant par la cotisation supplémentaire ainsi obtenue.

<sup>54</sup> Par exemple, Cass. soc. 19 octobre 2000, pourvoi n°98-21.684, arrêt 3911.

Curieusement, alors que le départ à la retraite s'apparente à la démission, l'article L.122-14-13 *in fine* impose à son auteur de respecter un délai-congé dont la durée doit être définie conformément à l'article L.122-6 du code du travail, applicable en cas de licenciement. De ce point de vue, le législateur soumet le départ à la retraite à des conditions de préavis identiques à celles qui s'imposent à l'employeur en cas de mise à la retraite.

En vertu de l'article L.122-6 du code du travail, la durée du préavis dû, en l'occurrence, par le salarié dépend de son ancienneté de services continus chez le même employeur :

- soit un délai résultant de la loi, de la convention collective ou à défaut des usages pratiqués dans la localité ou la profession en cas d'ancienneté inférieure à six mois ;
- soit un délai d'un mois en cas d'ancienneté comprise entre six mois et moins de deux ans ;
- soit deux mois en cas d'ancienneté d'au moins deux ans - hypothèse la plus probable dans la mesure où, sauf disposition conventionnelle, l'indemnité de départ à la retraite ne concerne que les salariés ayant au moins dix ans d'ancienneté dans l'entreprise<sup>55</sup>.

Le délai court à compter de la notification par le salarié de sa décision de quitter l'entreprise.

Cependant, l'article L.122-6 *in fine* dispose que ces dispositions ne sont applicables « qu'à défaut de loi, de contrat de travail, de convention ou accord collectif de travail ou d'usages conduisant soit à un délai-congé, soit à une condition d'ancienneté de services, plus favorable pour le travailleur intéressé ».

*En premier lieu*, la question s'est posée de savoir avec quelle disposition le préavis légal pouvait être comparé. Plus précisément, peut-on retenir un préavis conventionnel de licenciement plus favorable au salarié que le préavis légal ? Ou, au contraire, les termes de la comparaison ne peuvent-ils être que le préavis de l'article L.122-6, d'une part, et le préavis conventionnel, contractuel ou fixé par les usages, mais uniquement en matière de départ à la retraite, d'autre part ? Toutefois, dans la mesure où l'article L.122-6 ne se réfère au licenciement que dans son premier alinéa et que l'article L.122-14-13 renvoie à tous les alinéas du texte sauf le premier, la doctrine considère que le caractère plus ou moins favorable du préavis légal doit uniquement s'apprécier par rapport aux règles applicables au départ à la retraite<sup>56</sup>.

*En second lieu*, que faut-il entendre par délai-congé plus favorable ? En matière de licenciement, la disposition la plus favorable est celle qui permet au salarié de

---

<sup>55</sup> J. Savatier, « Les dispositions de la loi du 30 juillet 1987 sur la rupture du contrat de travail à l'âge de la retraite », *Dr.soc.* 1987 p.728.

<sup>56</sup> P.Y. Verkindt, *op. cit.* n°32.



bénéficiaire d'un délai-congé plus long et dans des conditions moins strictes que celles résultant de la loi<sup>57</sup>. En matière de démission, la jurisprudence adopte une solution contraire : est plus favorable la disposition permettant au salarié d'être délogé, le plus rapidement, de son engagement. C'est sans doute cette seconde interprétation du caractère plus favorable du préavis qui doit prévaloir en matière de départ à la retraite, en raison de la parenté de ce mode de rupture du contrat avec la démission<sup>58</sup>.

*Enfin*, il convient de souligner que le non respect du préavis par le salarié qui quitte l'entreprise dans les conditions de l'article L.122-14-13 ne le prive pas de l'indemnité de départ à la retraite<sup>59</sup>. En revanche, il pourra être condamné à réparer le préjudice résultant pour l'employeur de la brusque rupture de son contrat. Étant donné la spécificité du départ à la retraite par rapport au licenciement et l'absence de renvoi exprès de l'article L.122-14-13, il ne semble pas possible, à notre avis, d'étendre l'application de l'article L.122-8 qui sanctionne, en principe, le non respect de l'article L.122-6<sup>60</sup>.

Comme a pu le souligner M. J. Péliissier, « l'incitation aux départs à la retraite à 60 ans n'est pas très forte. Le départ volontaire à la retraite n'ouvre droit qu'à une indemnité de départ peu élevée (du moins dans le système légal) et cette indemnité est soumise à cotisations sociales et imposable. Le salarié qui décide de partir à la retraite est mieux traité que le salarié démissionnaire, mais l'avantage accordé est minime par rapport à la décote que le salarié subira s'il n'a pas les 160 trimestres de cotisation permettant d'avoir une retraite à taux plein. L'incitation au départ à la retraite ne présente donc pas un grand risque pour l'équilibre financier des régimes de retraite et on comprend que les règles en la matière n'aient pas été modifiées»<sup>61</sup>.

Archétype d'une rupture du contrat voulue par le salarié, le départ à la retraite constitue donc un dispositif de rupture à raison de l'âge peu attractif et qui, en toute hypothèse, n'est pas appelé à se développer.

Mais s'il est une évolution bien plus révélatrice d'une mise en retrait des dispositifs de rupture à raison de l'âge, c'est bien celle affectant ces autres modes de cessation supposant l'accord des parties que constituent les préretraites. En effet, alors même qu'il s'agit là de ruptures dans le prononcé desquelles la volonté du salarié est déterminante puisque le contrat de travail se trouve rompu d'un commun accord, l'évolution du droit des préretraites se caractérise aujourd'hui par une volonté - tout au moins officiellement affichée - de limiter le recours à ce type de mesures d'âge. Au cœur du problème, se trouvent les effets pervers de ces dispositifs de départs

---

<sup>57</sup> La règle est expressément prévue par l'article L.122-7 du code du travail s'agissant des clauses du contrat de travail. Ce texte frappe de nullité toute clause du contrat de travail fixant un préavis inférieur ou une ancienneté supérieure.

<sup>58</sup> En ce sens, PY. Verkindt. Sur cette question, voir également infra.

<sup>59</sup> Cass. soc.13 février 1996, RJS 1996, n°397.

<sup>60</sup> Contra. PY. Verkindt op.cit. n°33.

<sup>61</sup> op. cit. p.1065.

anticipés sur le plan humain et financier et, plus globalement encore, leur incompatibilité désormais avérée avec les actuelles données démographiques et économiques.

## **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<sup>62</sup> - qu'elles soient publiques<sup>63</sup> (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 »<sup>64</sup> 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<sup>65</sup>.

Ainsi, les pouvoirs publics ont longtemps vu là un moyen efficace de gérer, dans la paix sociale, les restructurations d'entreprise, même à un prix relativement élevé. En effet, ce type de mesures - concernant essentiellement les salariés de 50 ans et plus - peut protéger du licenciement les actifs de la classe intermédiaire et/ou favoriser l'insertion des jeunes au chômage. En raison des contreparties exigées pour une prise en charge financière par l'État, elles peuvent également constituer un moyen, pour le ministère du travail, d'intervenir dans la gestion interne des entreprises.

Les syndicats, pour leur part, se sont également montrés longtemps favorables à des mesures considérées comme un moindre mal, parce que susceptibles d'éviter le chômage des plus jeunes.

Enfin si, du point de vue des entreprises, le recours aux cessations anticipées d'activité est historiquement lié aux problèmes de restructuration, il se justifie aujourd'hui davantage par le contexte de concurrence exacerbé et caractérisé par une

---

<sup>62</sup> S'agissant de la notion de « cessation anticipée », on observera qu'elle ne se conçoit que référence faite à un « âge normal de la retraite ». C'est la raison pour laquelle cet âge normal, jusqu'à la réforme de l'assurance vieillesse par l'ordonnance du 26 mars 1982, était de 65 ans : il en résultait qu'étaient considérées comme « anticipées » les cessations décidées avant l'âge de 65 ans. Depuis l'abaissement de l'âge de la retraite par la réforme de 1982, les préretraites (60-65 ans) se sont, en revanche, déplacées en amont : c'est ainsi que de nouvelles formules ont été créées et proposées à des salariés âgés, cette fois, de moins de 60 ans.

<sup>63</sup> Versées par les ASSEDIC sur le budget de l'Etat.

<sup>64</sup> Selon la formule de X. Gaullier, reprise par F. Jeger, article précité.

<sup>65</sup> JM Peretti, « Les seniors : d'une logique d'exclusion à la rétention active ? », in « Tous responsables », Sous la direction de J. Igalens, Editions d'Organisation, 2004, p 275.

recherche permanente de gains de productivité dans lequel elles évoluent. Plus précisément encore et comme on l'a fait valoir, « cet objectif de productivité est analysé en termes de masse salariale, puis de sureffectifs, les plus coûteux à garder et les plus faciles à dégager étant alors les salariés âgés. Il s'agit, en fait, non pas d'une discrimination explicite liée à l'âge, mais d'une politique financière face à la concurrence et face aux marchés financiers, lesquels valorisent les entreprises qui accroissent leur productivité en comprimant leur volume d'emplois et en augmentant leur capitalisation »<sup>66</sup>. Au surplus, et toujours en ce qui concerne les entreprises, les départs anticipés peuvent permettre la réalisation d'objectifs à caractère démographique, tel un rajeunissement de la pyramide des âges.

Incontestablement attrayants sur le plan financier, à la fois pour les entreprises et les préretraités dotés de revenus de remplacement plus élevés qu'ailleurs<sup>67</sup>, 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*<sup>68</sup>, 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'entreprise, 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 donc 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<sup>69</sup>. On fera le point sur les dispositifs actuellement en vigueur - d'ailleurs révélateurs d'une certaine ambiguïté du législateur - (section II), après avoir retracé, à

---

<sup>66</sup> Selon les termes de X. Gaullier, « Des préretraites au risque de fin de carrière », in la lettre de l'Observatoire des retraites n°9, « Age et retraite ».

<sup>67</sup> Environ 65% du salaire brut plafonné pour les préretraités FNE, et pour les préretraités ARPE (dits préretraités UNEDIC). Rapport OCDE, mars 2005, p 80.

<sup>68</sup> Et non de celles qui concernent les retraites : en effet, le financement des préretraites et leurs règles de fonctionnement ne sont pas ceux des retraites, mais constituent des mesures particulières dépendant des politiques de l'emploi du ministère du travail ou bien de modalités spécifiques de l'assurance chômage.

<sup>69</sup> Sur la question, voir par exemple, DARES, Document d'études, Dossier « Age et emploi ». Synthèse des principales données sur l'emploi des *seniors* », Coordination F. Lerais et P. Marion, n°82, Mai 2004.

grands traits tant la question est connue, les principales étapes du droit des cessations anticipées d'activité dans le secteur privé (section I).

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

AGR licenciement 1972, AGR démission 1977, contrats de solidarité 1982, ASFNE, ARPE, CATS...

Permettant à un salarié d'un âge déterminé, proche de l'âge légal de la retraite mais variable et de plus en plus précoce, de bénéficier d'un revenu garanti jusqu'à la liquidation de ses droits à une pension de retraite à taux plein, les dispositifs de préretraite, fondés en principe sur le volontariat, correspondent, depuis quelques décennies, à une série de mesures apparemment conjoncturelles et changeantes mais, au bout du compte, toujours réitérées, en raison de la permanence de la problématique en cause : l'inéluctable contradiction entre choix politiques retardant l'âge de la retraite<sup>70</sup> et décisions d'entreprise avançant, au contraire, l'âge de la fin de la vie professionnelle.

En dépit de cette hétérogénéité des dispositifs, il paraît cependant possible, à la suite de D. Balmory<sup>71</sup>, d'articuler l'histoire de la préretraite totale et partielle et, plus largement, des cessations anticipées d'activité dans le secteur privé, autour de grandes étapes, étant entendu que, simultanément, cette évolution reflète les trois grandes tendances suivantes.

D'abord, le développement des départs anticipés s'est trouvé favorisé par la juxtaposition des différents objectifs qui leur ont été assignés, à savoir, objectif de protection individuelle en lien avec une présomption prégnante de manque d'adaptabilité des plus âgés, puis politique de l'emploi, enfin, partage du travail<sup>72</sup>. Ainsi se sont succédées mais ont parfois également coexisté : les « préretraites-restructuration » ; les « préretraites-droit individuel » ; enfin, les préretraites envisagées comme un instrument actif de la politique de l'emploi.

En même temps, il faut souligner qu'une sorte de jeu de relais entre l'État et les partenaires sociaux s'est opéré, dispositifs conventionnels et étatiques se succédant sans pratiquement aucune interruption, ce qui atteste, d'ailleurs, du fait que le recours aux préretraites a toujours fondamentalement traduit une demande sociale forte et permanente en faveur des cessations anticipées d'activité.

<sup>70</sup> réformes de 1993 et de 2003 sur la durée d'assurance requise pour obtenir une retraite à taux plein.

<sup>71</sup> D. Balmory, « Politiques publiques : approche historique et problématique », in « Age et travail. Un axe de réflexion essentiel pour l'avenir des retraites », COR, La Documentation Française, 2001, p 27.

<sup>72</sup> Sur cette question, voir P. Cahuc, « Le difficile retour en emploi des seniors », Document de travail n°69, avril 2005, Centre d'Observation économique, sp 25-30.

Le troisième mouvement, enfin, traduit - spécialement à l'époque contemporaine - une diminution du recours aux préretraites au profit de l'entrée dans les dispositifs de chômage, de sorte que s'opère ainsi, entre ces deux mécanismes de sortie anticipée, une sorte d'effet de « vase communicant ». De fait, il est inévitable que les « préretraites » se rapprochent ainsi du système d'indemnisation chômage dès lors que, d'une part, elles concernent des salariés exclus des circuits du travail et que, par ailleurs, leurs indemnités sont versées par les ASSEDIC.

Ceci posé, on rappellera que la première mesure qui s'inscrit dans une logique de cessation anticipée d'activité date de 1961 : il s'agit du maintien de l'indemnisation des allocataires du régime d'assurance chômage âgés de 64 ans jusqu'au moment où ils peuvent faire valoir leurs droits à la retraite. Ce type de mesures destinées aux chômeurs s'est étendu à des personnes de plus en plus jeunes avec la création par les partenaires sociaux en 1972 d'une garantie de ressources pour les personnes licenciées à 60 ans et plus. Ce mécanisme, plusieurs fois modifié, a pris fin dans les années 1983-1984, à la suite de l'abaissement de l'âge légal de liquidation de la retraite.

Puis, en 1963, la création de l'allocation spéciale du Fonds National pour l'Emploi (AS-FNE), cofinancée par l'Etat et l'Unedic, permet la mise en place du premier mécanisme de préretraite proprement dit (*ie* un dispositif de sortie anticipée de l'emploi, sans bénéficiaire du chômage), garantissant aux salariés âgés de plus de 60 ans - dont l'entreprise a établi un plan social, et qui adhérant à une convention conclue par l'employeur avec l'Etat - de bénéficier d'un revenu de remplacement jusqu'à l'âge de la liquidation de leur pension à taux plein<sup>73</sup>. C'est ainsi que ces conventions ASFNE - dites « préretraite-restructuration » - vont « constituer l'élément clef du traitement social du chômage »<sup>74</sup> ce qui explique, d'ailleurs, le faible taux d'activité des travailleurs français de plus de 55 ans. On comprend pourquoi, à compter de la fin des années 70, la préretraite est donc perçue et vécue par les salariés âgés de façon négative, comme un licenciement.

Mais prenant conscience des inconvénients et du coût de ces dispositifs, les pouvoirs publics vont chercher rapidement à freiner ces préretraites à plein temps. L'objectif également est de rajeunir les effectifs tout en assurant la transmission du savoir, de faciliter l'embauche de jeunes et de chômeurs, et de développer des transitions progressives entre l'emploi et la retraite : tels sont les principaux objectifs qui ont été assignés aux préretraites progressives (PRP), créées en 1982, et qui vont rencontrer un certain succès. Plus précisément encore, ce dispositif - au temps désormais compté puisque sa suppression a été programmée par la loi du 21 août 2003 - couvre les deux situations suivantes : soit, l'entreprise envisage des licenciements et a recours à la PRP comme instrument de son plan social (aujourd'hui plan de sauvegarde de

<sup>73</sup> L'âge des salariés concernés a été abaissé et est désormais de 57 ans, voire 56 ans par dérogation, et d'un maximum de 65 ans.

<sup>74</sup> Selon les termes de J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, Précis Dalloz, 2002, n°237.

l'emploi) lui permettant de diminuer ses effectifs (dans ce cas, elle participe financièrement au coût de la PRP) ; soit, l'entreprise utilise la PRP comme instrument de rééquilibrage de sa pyramide des âges et elle est tenue d'embaucher des chômeurs.

Mais si - première étape - « le processus de diffusion de la préretraite s'est (donc) opéré par accumulation, par addition de ces différentes finalités et de ces différentes modalités »<sup>75</sup>, il faut constater - second mouvement - qu'une sorte « de jeu de relais » entre l'État et les partenaires sociaux<sup>76</sup> s'est opéré par ailleurs<sup>77</sup>. Il est en effet patent que, très vite, les partenaires sociaux ont pris le relais des pouvoirs publics dans le cadre de l'UNEDIC, de sorte que la création de nouveaux dispositifs conventionnels au milieu des années 90 a, concrètement, entraîné un développement des cessations anticipées d'activité. Ainsi, « de 1994 à 2001, le volume des cessations anticipées d'activité demeure à un niveau élevé. On dénombre 204 532 préretraites en 2001, dont 20% en préretraite progressive. Le financement bascule vers les partenaires sociaux (ARPE), celui de l'État se réduisant fortement (ASFNE) »<sup>78</sup>.

En témoigne d'abord l'adoption du dispositif ARPE - allocation de remplacement pour l'emploi, financée par l'UNEDIC dans le cadre de l'assurance-chômage - qui a été mis en place par un accord du 6 septembre 1995, dans le but de permettre aux salariés, totalisant au moins 160 trimestres validés au titre de l'assurance vieillesse, de cesser leur activité de manière anticipée, *ie*, sans avoir atteint l'âge de la retraite soit 60 ans, mais ayant cependant suffisamment cotisé pour obtenir une pension à taux plein ; l'employeur s'engageant, pour sa part, à procéder à des embauches en contrepartie du départ du salarié<sup>79</sup>. En pratique, ce dispositif a rencontré un certain succès, les employeurs l'analysant comme un moyen de rajeunir leurs effectifs sans avoir recours aux licenciements et aux plans sociaux et sans léser surtout les salariés dès lors que ceux-ci ne pouvaient y adhérer qu'à la condition de justifier de 40 annuités de cotisations à l'assurance vieillesse.

---

<sup>75</sup> Selon la formule de D. Balmary, étude précitée.

<sup>76</sup> Voir les entreprises - au moins les plus grandes - qui ont également voulu organiser leurs propres régimes de préretraites.

<sup>77</sup> Selon les termes de D. Balmary, étude précitée, p 30.

<sup>78</sup> « La préférence française pour le retrait anticipé d'activité des *seniors* », Liaisons Sociales Quotidien du 7 octobre 2003, n°13984, p 1.

<sup>79</sup> Par un accord conclu le 6 septembre 1995, les partenaires sociaux ont entériné un dispositif ARPE permettant aux salariés volontaires remplissant certaines conditions d'âge et de durée de cotisation au titre de l'assurance-vieillesse de mettre fin à leur activité professionnelle, tout en percevant un revenu de remplacement, jusqu'à la liquidation de leur pension de retraite à taux plein, à condition que leur employeur procède à des embauches compensatrices et participe au financement du dispositif. Les salariés postulants devaient être âgés de moins de 60 ans et totaliser au moins 160 trimestres de cotisation au sens retenu pour l'appréciation de l'ouverture du droit à retraite au taux plein. Ils devaient également justifier d'une ancienneté minimale d'un an chez le dernier employeur et de 12 années d'affiliation au régime d'assurance chômage.

Le préretraité recevait un revenu de remplacement jusqu'à l'âge de 60 ans dont le montant s'élevait à 65% du salaire brut antérieur (Soc 17 décembre 2002, RJS 2/03, n°228).

Un autre dispositif conventionnel doit être également évoqué, d'ailleurs sous-tendu par la même logique d'équité sociale qui caractérisait l'ARPE : il s'agit de l'allocation pour les chômeurs âgés (ACA), mise en place en 1997<sup>80</sup> et permettant aux salariés âgés de moins de 60 ans, privés d'emploi mais justifiant de 40 annuités ou plus au titre de l'assurance vieillesse, de bénéficier d'une allocation de chômage non dégressive jusqu'à 60 ans, date à laquelle ils pouvaient demander la liquidation de leur pension vieillesse à taux plein.

Ainsi les partenaires sociaux ont-ils pris le relais des pouvoirs publics. Mais l'inverse est également vrai comme en atteste un nouveau mouvement qui s'est ultérieurement produit et qui confirme la nécessité dans laquelle tous se trouvent de prendre en compte la réelle demande sociale qui existe pour les cessations anticipées d'activité. Au soutien de cette opinion, il suffit en effet d'observer qu'au moment même où les partenaires sociaux viennent de diminuer le recours à l'ARPE, les pouvoirs publics ont décidé de développer une nouvelle mesure s'inscrivant d'ailleurs, à l'origine, dans la logique de l'ARPE car reposant sur l'idée de partage du travail entre les générations : il s'agit du nouveau régime « CATS », issu du décret du 9 février 2000, et dont la finalité, en sus de l'objectif de restructuration et de compensation des carrières pénibles (travail à la chaîne, travail de nuit), est de permettre la mise en place de mesures de réduction du temps de travail et de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences.

Pour autant, et malgré l'introduction de ce nouveau dispositif public de préretraite (CATS), on observera que la fin de la décennie 1990 est marquée par une décreue des dispositifs de préretraite, qui est cependant compensée par une augmentation du nombre de chômeurs âgés, dispensés de rechercher un emploi, comme s'il existait, cette fois, un effet de vase communicant entre les préretraites et le chômage des travailleurs âgés. En effet, « observée depuis 1999, la tendance à la baisse des entrées dans les *préretraites publiques* - allocation spéciale du fonds national de l'emploi (ASFNE) et préretraite progressive (PRP) -, et dans celle des *partenaires sociaux* - allocation de remplacement pour l'emploi (ARPE) - s'amplifie en 2000 (...) et cela malgré l'introduction d'un nouveau dispositif public, la cessation anticipée d'activité de certains travailleurs salariés (CATS) (...). Dès lors, ce fort recul du recours aux préretraites explique en partie le haut niveau des entrées en chômage indemnisé des salariés de 55 à 59 ans en 2000 (...). Parmi les chômeurs de plus de 55 ans, le nombre de dispensés de recherche d'emploi a crû de 7% en 2000 »<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Art 74 du règlement annexé à la convention du 1<sup>er</sup> janvier 1997.

<sup>81</sup> « Bilan des préretraites et des mesures en faveur des salariés âgés en 2000 », DARES, Premières Synthèses, n°05.1, janvier 2002.

Section II / Panorama des dispositifs de cessation anticipée d'activité en vigueur en 2004

Le nombre de dispositifs permettant un départ en préretraite, à temps partiel ou à temps plein, a été fortement réduit, étant entendu que ce phénomène de durcissement des conditions d'entrée dans ce type de mesures concerne aussi bien les dispositifs publics que ceux institués par les partenaires sociaux ou bien encore les préretraites d'entreprise : dans ce dernier cas, il s'agit de systèmes qui, à l'instar des dispositifs publics ou conventionnels, permettent de garantir un revenu de remplacement satisfaisant à des salariés quittant leur entreprise avant l'âge de leur départ à la retraite (préretraites maison ; congés de fin de carrière, aménagements particuliers du temps de travail et autres formules). En pratique, ces mécanismes permettent de faire partir de façon anticipée des salariés qui n'auraient pu bénéficier d'une prise en charge de leur allocation dans le cadre des dispositifs publics ou conventionnels (§1).

Reste qu'en dépit de cette tendance au durcissement, subsistent, de façon d'ailleurs ambiguë, certains dispositifs de cessation anticipée d'activité, ce qui, selon toute vraisemblance, confirme « le bel avenir » que ces mesures ont devant elles en raison des avantages qu'elles présentent et malgré leurs inconvénients non moins incontestables en ce qui concerne le taux d'activité de *seniors*. Voilà pourquoi on est tenté d'estimer que si certains de ces régimes ont bien disparu<sup>82</sup>, loin s'en faut que la fin des mécanismes de préretraite soit cependant assurée : comme l'a souligné D. Balmory, « la tradition de renaissance récurrente du phénomène, dont seules changent les formes au fil des années, doit inviter, sur ce chapitre, à la circonspection »<sup>83</sup>. (§2).

*§1 Des conditions d'accès restrictives aux dispositifs de cessation anticipée d'activité*

Si l'on s'en tient à la récente réforme des retraites, il est incontestable que celle-ci comporte de nombreuses mesures destinées à permettre un allongement de la période d'activité professionnelle et donc à relever le taux d'emploi des *seniors* : réforme du mécanisme de décote-surcote créant une incitation à la poursuite de l'activité ; modification de la contribution dite « Delalande »<sup>84</sup>, mais également et surtout adoption d'une série de mesures restreignant l'accès aux préretraites, cette réorientation des politiques publiques en faveur d'une plus forte incitation à l'emploi

<sup>82</sup> ARPE, ASA ; le mécanisme de préretraite progressive étant pour sa part supprimé par la loi du 21 août 2003.

<sup>83</sup> D. Balmory, étude précitée.

<sup>84</sup> Destinée à limiter le nombre de licenciements de salariés âgés, cette taxe - pesant sur les employeurs se séparant d'un salarié âgé de plus de 50 ans - a eu pour effet pervers de dissuader les employeurs d'embaucher des *seniors*. C'est pourquoi, à l'avenir, cette taxe ne sera plus exigible lorsque le salarié aura été embauché après 45 ans (contre 50 ans avant la réforme). Pour plus de développements, voir infra.



des *seniors* étant à mettre en parallèle avec les choix opérés sur ces questions par les partenaires sociaux.

#### A) Dispositifs publics de cessation anticipée d'activité

Il est en premier lieu apparent que les changements affectant actuellement les dispositifs publics de cessation anticipée illustrent, fondamentalement, une double tendance qui est celle d'un désengagement de l'Etat du financement des préretraites et d'un recentrage de ces mesures en faveur de certaines catégories de salariés. C'est ainsi que l'idée phare aujourd'hui mise en avant est celle selon laquelle, dans un contexte d'allongement nécessaire de la vie professionnelle et pour éviter les départs subis avant l'âge souhaité par les salariés, les dispositifs publics de financement de cessation anticipée d'activité doivent, à terme, être abrogés, afin de permettre un « développement des retraites choisies et progressives ». Il en résulte que - s'agissant des mécanismes de préretraite qui, historiquement, ont permis aux salariés âgés de 55 ans de cesser ou de diminuer leur activité jusqu'à ce qu'ils puissent obtenir une retraite à taux plein - on observe donc un durcissement de leurs conditions d'accès ainsi qu'une augmentation de leur coût à la charge des entreprises.

1- C'est ainsi, en premier lieu, que les préretraites totales ASFNE - largement utilisées en cas de licenciements économiques et qui permettent, dans le cadre d'une convention conclue avec l'Etat, le départ de salariés âgés d'au moins 57 ans (56 à titre dérogatoire)<sup>85</sup> - ne sont plus, aujourd'hui et depuis le milieu des années 90, utilisées qu'en dernier ressort<sup>86</sup> : l'évolution est particulièrement patente en ce qui concerne le contenu des plans sociaux, devenus plans de sauvegarde de l'emploi, lesquels, à l'origine, mettaient très largement l'Etat à contribution par « le tout préretraite »<sup>87</sup> ; désormais et à compter plus précisément de la loi du 27 janvier 1993, ce ne peut plus être le cas dès lors que l'accent est davantage mis sur le nécessaire reclassement interne et /ou externe des salariés concernés<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> L'entreprise qui envisage un licenciement économique et qui ne peut assurer le reclassement des salariés touchés par ce licenciement peut conclure avec l'Etat une convention AS-FNE (financée conjointement par l'entreprise, les bénéficiaires, l'Etat et l'UNEDIC ) afin de permettre à ces salariés de bénéficier d'un revenu de remplacement servi au plus tard (art R 322-7 III, al 1) :

- jusqu'à 65 ans ;
- jusqu'à 60 ans pour les allocataires titulaires d'une pension d'invalidité, en effet automatiquement transformée à 60 ans en pension vieillesse à taux plein ;
- entre 60 et 65 ans, à partir du jour où l'intéressé justifie du nombre de trimestres d'assurance vieillesse permettant la liquidation d'une retraite à taux plein ;

Imposable sur le plan fiscal, cette allocation est soumise, sur le plan social, à cotisations à taux réduit ainsi qu'à CSG et CRDS.

<sup>86</sup> Fin décembre 1994, il y avait 179 219 bénéficiaires. En 1994, les conditions d'accès ont été durcies et le nombre d'allocataires concernés en fin d'année ainsi considérablement baissé ces dernières années : 107 789 en 1997 ; 59 939 en 2000 ; 48 045 en 2001 (Dares, Premières synthèses, Janvier 2003, n°03-1). Pour des statistiques plus fines, voir rapport OCDE, mars 2005, p 84 et s.

<sup>87</sup> A. Mazeaud, « Droit du travail », Montchrestien, 3<sup>ème</sup> Edition, 2002, p 427.

<sup>88</sup> Art L 321-4-1 C. trav.

2 – En second lieu, s’agissant des préretraites CATS, ce dispositif n’a plus pour objectif, dans une logique de partage du travail, de faciliter le remplacement de salariés âgés par de jeunes chômeurs mais est désormais recentré sur les activités pénibles (art L 131-2 CSS, L 352-3 C.trav., art 18 de la loi du 21 août 2003). Dispositif public de cessation d’activité en faveur des salariés âgés d’au moins 57 ans et au plus de 65 ans et ayant exercé des métiers pénibles ou bien qui sont des travailleurs handicapés depuis au moins 10 ans<sup>89</sup>, la CATS (cessation d’activité de certains travailleurs salariés) a été mise en place par décret et arrêté du 9 février 2000<sup>90</sup>. A cette époque déjà, ce dispositif s’inscrivait dans un certain processus de désengagement de l’Etat du financement des mesures de cessation d’activité, tout en continuant à prévoir des règles protectrices pour les salariés et en centrant les financements publics sur ceux qui sont les plus menacés dans leur emploi, en raison de leurs conditions antérieures de travail. L’objectif, plus précisément encore était (est) d’inciter les entreprises à mettre en oeuvre des dispositifs devant leur permettre, à terme, de se passer des mesures d’âge. Ainsi, en pratique, une double négociation est prévue (accord professionnel national et accord d’entreprise), l’entreprise devant prendre des engagements en terme de durée du travail, de gestion prévisionnelle de l’emploi, de développement des compétences ou bien encore d’adaptation des salariés à l’évolution de leurs emplois. En cas de non respect de ces critères, l’entreprise bénéficie certes d’une exonération de cotisations sociales patronales mais ne peut en revanche bénéficier d’un financement de l’Etat. Or il s’avère qu’en dépit de ces différentes précautions, la CATS a été instaurée dans certains secteurs pourtant *a priori* peu concernés, comme la banque. A l’avenir, ce ne devrait plus pouvoir être le cas, puisque la loi du 21 août 2003 conditionne désormais la CATS à la pénibilité du travail. En outre, les nouvelles dispositions réglementaires intervenues en application de la loi ne permettent pas de renouveler ou de prolonger les accords professionnels CATS conclus antérieurement.

3 – Enfin, même s’il ne s’agit pas à proprement parler de mécanismes de cessation anticipée d’activité, mais plutôt de techniques d’aménagement de fins de carrière, on peut évoquer ici les préretraites progressives qui ont été supprimées par la loi du 21 août 2003 à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, sous réserve des conventions signées avant cette date.

---

<sup>89</sup> Le dispositif CATS est, plus précisément, ouvert aux salariés dès 55 ans, jusqu’à l’âge de 60 ans et 160 trimestres d’assurance vieillesse, ou bien jusqu’à 65 ans au plus tard, l’intéressé percevant une allocation versée, pour le compte de l’employeur, par un organisme gestionnaire (ASSEDIC...).

Toutefois, ce n’est que lorsque le salarié atteint l’âge de 57 ans que l’Etat peut prendre en charge partiellement l’allocation de préretraite, selon un taux qui varie selon l’âge d’entrée dans le dispositif (art R 322-7-2, VII).

Outre ce premier avantage, l’employeur peut bénéficier, sous réserve de certaines conditions, d’une exonération de cotisations patronales de Sécurité sociale sur l’allocation versée (art. R 322-7-2, IV).

<sup>90</sup>JO du 10 février ; C. trav. art. R. 322-7-2 ; Circulaire DGEFP n° 2000-23 du 10 octobre 2000, Légis. soc -D2 n° 8120 du 16 novembre 2000.

Conclues entre l'Etat et l'entreprise, les conventions de préretraite progressive<sup>91</sup> avaient pour but de permettre le passage à temps partiel<sup>92</sup> de salariés en fin de carrière<sup>93</sup> dans des entreprises qui avaient engagé un processus de réduction des effectifs ou bien dans des entreprises qui avaient des capacités d'embauche : dans cette seconde hypothèse, les départs progressifs devaient être compensés par des recrutements ; l'Etat participait au financement de l'allocation de remplacement. Mais, en pratique, ce dispositif n'avait pas réussi à trouver sa place parmi les différents dispositifs de cessation anticipée d'activité et, bien que constituant « une mesure positive d'aménagement des fins de carrière », « a été cannibalisé par le maintien des préretraites totales »<sup>94</sup>. Sans doute, on peut alors s'interroger sur l'opportunité de cette suppression alors même que les préretraites progressives s'inscrivaient dans une logique de maintien en activité des *seniors* et qu'elles étaient de plus en plus souvent préférées aux préretraites totales qui, pour leur part, n'ont donc pas été supprimées ; les enseignements de la pratique peuvent cependant conduire à relativiser ce point de vue (cf encadré 1).

#### Encadré 1

*Alors que les mérites censés être présentés par les dispositifs de préretraite progressive ont été depuis longtemps et à plusieurs reprises soulignés (Voir par exemple, Rapport Taddéi, « Retraites choisies et progressives », CAE, Paris, 2000), la perception que certains praticiens ont de ces mécanismes paraît beaucoup plus nuancée en raison des inconvénients suscités par leur mise en œuvre au regard, aussi bien de l'entreprise que des salariés eux-mêmes, spécialement lorsque ceux-ci sont des cadres de haut niveau. C'est ainsi qu'en ce qui concerne l'entreprise, le recours aux préretraites serait source de désorganisation et de dysfonctionnement, quelle que soit d'ailleurs la formule retenue encore que celle se traduisant par une absence d'une demi-journée (matin ou après-midi) paraisse la moins nocive de toutes. Ces inconvénients, pour les praticiens interrogés, sont d'autant plus dirimants que le recours aux préretraites progressives ne semble pas toujours répondre aux aspirations des salariés eux-mêmes. En effet, alors que la préretraite progressive, en permettant une cessation progressive d'activité, est censée répondre ainsi aux aspirations de salariés âgés désireux d'organiser à moyen terme leur entrée en inactivité, des praticiens ont constaté que ce dispositif générait et/ou accentuait, chez certains salariés passés à temps partiel, un sentiment d'exclusion au motif notamment que des décisions les concernant a priori étaient prises en leur absence. Quant aux autres catégories professionnelles, la solution s'avère pertinente à condition toutefois que le salarié soit en mesure d'assumer la perte financière en résultant dans l'immédiat et pour le calcul ultérieur de ses droits à retraite. Voilà pourquoi, compte tenu des inconvénients pratiques générés par un mécanisme peu satisfaisant à la fois pour l'entreprise et pour les salariés, on ne saurait regretter, selon certains, la suppression annoncée des préretraites progressives.*

<sup>91</sup> art L 322-4, R 322-4 C.trav.

<sup>92</sup> Les salariés concernés pouvaient ainsi exercer une activité professionnelle réduite dans les mêmes conditions qu'un préretraité FNE, soit 16 heures par mois ou bien une activité procurant au maximum 16/169<sup>ième</sup> du salaire brut antérieur.

<sup>93</sup> Les salariés concernés étant ceux âgés de plus de 55 ans mais de moins de 65 ans, ceux de plus de 60 ans et bénéficiant de la durée d'assurance requise pour bénéficier d'une pension à taux plein, ne pouvant pas adhérer à une préretraite progressive.

<sup>94</sup> « Dynamique de la population active et emploi : la gestion prévisionnelle des âges à l'horizon 2010 », avis du CES du 24 octobre 2001.

Mais les dispositifs publics de cessation anticipée d'activité ne sont pas les seuls à se trouver stigmatisés en raison de leur incompatibilité avec des objectifs de maintien dans l'emploi des travailleurs âgés : sont également en perte de vitesse et pour les mêmes raisons, les mécanismes d'un genre similaire mis en place, cette fois, par les partenaires sociaux.

#### B) Dispositifs conventionnels de cessation anticipée d'activité

A l'évidence, les mécanismes de départs anticipés mis en place par les partenaires sociaux en tant qu'instruments actifs de la politique de l'emploi semblent aujourd'hui affectés par une tendance de mise en retrait similaire à celle observée en ce qui concerne les dispositifs publics. En effet, dans le but, vraisemblablement, d'éviter un effet de « vase communicant » entre dispositifs publics et privés, les partenaires sociaux ont emboîté le pas aux pouvoirs publics, comme en atteste, notamment, la cessation du dispositif ARPE (allocation de remplacement pour l'emploi), qui était financé par le fonds paritaire d'intervention en faveur de l'emploi dans le cadre de l'UNEDIC. C'est ainsi que ce système, créé par accord du 6 septembre 1995 et auquel la loi du 21 février 1996 a donné un fondement législatif, a été reconduit en dernier lieu jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2003<sup>95</sup>. Il permettait à des salariés qui justifiaient de conditions d'âge (moins de 60 ans) et de durée de cotisation au titre de l'assurance vieillesse (au moins 160 trimestres) de mettre fin à leur activité en percevant 65% de leur salaire brut antérieur. En contrepartie, l'entreprise devait procéder à des embauches compensatrices pour un public prioritaire et maintenir son activité<sup>96</sup>.

#### C) Dispositifs privés de cessation anticipée d'activité

Enfin, et dans le but toujours de faciliter le maintien de l'emploi des salariés âgés, la loi du 21 août 2003 a décidé d'instituer une contribution spécifique sur les préretraites d'entreprise qui permettent de cesser l'activité selon des conditions fixées dans des accords d'entreprise et qui, d'ailleurs, peuvent parfois faire bénéficier l'entreprise d'avantages fiscaux. On observera simplement ici que la formule « préretraites d'entreprise » recouvre en fait les deux techniques suivantes. En premier lieu, le « congé de fin de carrière » qui consiste en une dispense partielle ou totale de travail avec maintien partiel de la rémunération : dans ce cas, le contrat de travail est suspendu et non rompu, de sorte que le salarié continue d'être inscrit dans l'effectif dans l'entreprise. Existe par ailleurs le « départ anticipé » qui, pour sa part,

---

<sup>95</sup> Ce dispositif qui, à l'origine devait s'achever fin 1996, a été reconduit depuis chaque année. En dernier lieu, il a été reconduit par arrêté du 23 juillet 2000 jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2003 pour les personnes nées en 1942 ou avant, et jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2001 pour les personnes nées entre 1943 et 1945.

<sup>96</sup> Voir également supra.

entraîne la rupture du contrat de travail, assortie du versement d'une indemnité de licenciement majorée et/ou d'une allocation mensuelle complétant l'indemnisation des ASSEDIC ; cette seconde formule s'inscrit en principe dans le cadre d'un licenciement économique avec toutes les conséquences en résultant, notamment sur le plan procédural.

Il apparaît ainsi que, dans le but de favoriser et d'inciter au maintien dans l'emploi des salariés âgés, la loi du 21 août 2003 a modifié un certain nombre de règles relatives à ces dispositifs de préretraites et de cessation anticipée d'activité. A l'avenir, ces différents mécanismes devront donner lieu au versement, par l'employeur, d'une contribution financière dès lors qu'ils prévoient une cessation totale d'activité du salarié avant l'âge de la retraite (art 17 loi du 21/8/2003)<sup>97</sup>. D'un taux fixé à 23,85%, cette contribution<sup>98</sup> doit concerner les seuls dispositifs conclus depuis le 28 mai 2003 en vertu d'une convention, d'un accord collectif ou de toute autre stipulation contractuelle ou encore d'une décision unilatérale de l'employeur<sup>99</sup>. Sans doute, on peut alors trouver dans « la ruée vers les préretraites d'entreprise (signature ou élargissement d'accords de préretraite) qui a été observée avant cette date fatidique du 28 mai 2003 - avant donc que la loi Fillon n'en limite l'usage - la preuve du caractère potentiellement dissuasif de cette contribution. Mais en réalité, les préretraites d'entreprise continueront à jouer dans les années à venir un rôle vraisemblablement important : la loi a en effet prévu jusqu'en mai 2008 une réduction du taux de la contribution lorsque la préretraite d'entreprise prévoit le maintien d'un niveau de couverture vieillesse identique à celui dont le préretraité aurait bénéficié s'il était resté en activité<sup>100</sup>.

Dans ces conditions et si l'on excepte le dispositif spécifique de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (CAATA) d'une part et le compte épargne

---

<sup>97</sup> Lettre-circulaire ACOSS n°2003-147 du 9 octobre 2003, Liais Soc, Bref Social, du 30 octobre 2003, n°14001, p 1. D n°2003-1316, 30 décembre 2003, JO 31 déc, SSL, n°1151, du 12 janvier 2004, p 2.

En effet, seuls sont assujettis au paiement de cette nouvelle contribution, les avantages de préretraites pour lesquels le contrat de travail a été rompu ; en revanche, ne sont pas concernés les dispositifs de préretraites d'entreprise se traduisant par une simple suspension du contrat de travail. En conséquence, dans ce second cas, les avantages de préretraites ne seront pas soumis à la nouvelle contribution, mais seulement aux cotisations sociales de droit commun.

<sup>98</sup> Assise sur les avantages des préretraites d'entreprises, à la charge exclusive de l'employeur et destinée à alimenter le FSV.

<sup>99</sup> En revanche, elle ne concerne ni les préretraites licenciement, ni les préretraites CATS

<sup>100</sup> La circulaire du 9 octobre 2003 rappelle, en effet, que le montant de la contribution pourra être réduit jusqu'en mai 2008, sous réserve du maintien d'une couverture vieillesse, au profit du préretraité, de même niveau que celle qu'il aurait eue s'il avait continué à travailler. La circulaire précise que sont visés les dispositifs de préretraite prévoyant :

- l'adhésion obligatoire à une assurance volontaire vieillesse, invalidité ou veuvage
- le maintien des cotisations au régime de retraite complémentaire sur la base de l'ancien salaire
- un niveau de financement assuré, en tout ou partie par l'employeur, au moins égal au taux de la contribution spécifique

temps d'autre part<sup>101</sup>, les dispositifs de cessation anticipée d'activité aujourd'hui encore en vigueur sont donc les suivants : préretraites d'entreprise, préretraites CATS, préretraites totales AS-FNE, qui, à la différence des préretraites progressives et des préretraites CATS n'ont pas été affectées par la loi du 21 août 2003.

Mais si le temps des préretraites entendu comme mode ordinaire de gestion des effectifs est officiellement révolu, comme l'est celui d'une utilisation massive de ces dispositifs, au surplus financée par la collectivité, loin s'en faut que les mécanismes de cessation anticipée d'activité n'aient plus d'avenir : bien que critiqués et remis en cause d'une façon ou d'une autre, ces dispositifs ont toujours subsisté, serait-ce à la marge ; tel est encore aujourd'hui le cas avec le maintien ambigu, parce qu'*a priori* peu compatible avec un objectif de maintien dans l'emploi des travailleurs vieillissants, de certains dispositifs de retrait anticipé du marché du travail. C'est là, d'ailleurs, ce qui pousse certains à considérer que « le cadre réglementaire et conventionnel (contribuant) à favoriser l'éviction par l'âge », (...) « la neutralité des mesures pour l'emploi par rapport à l'âge est souhaitable (...) et la suppression des aides publiques aux départs sur critères d'âge s'impose »<sup>102</sup>. Dans le même sens, le Conseil économique et social appelle de ses vœux une « suppression programmée et progressive de toutes les aides publiques tendant à favoriser la cessation définitive d'activité » et, de façon plus globale encore, prône une suppression de toutes les barrières liées à l'âge car « des préconisations uniquement axées sur les salariés âgés peuvent contribuer, en stigmatisant ce groupe, à maintenir ces barrières »<sup>103</sup>.

Encore faudrait-il cependant qu'une telle suppression s'accompagne d'une réflexion sur ce qui constitue, selon certains, l'une des principales raisons incitant les entreprises à se séparer de leurs salariés âgés et qui est le coût du travail<sup>104</sup>. Les conclusions sur ce sujet sont ambiguës, les études statistiques ne permettant pas d'établir de distorsion entre le niveau de rémunération des *seniors* et leur productivité. Ce point est, cependant, souvent avancé par certains employeurs et experts dans le débat public.

---

<sup>101</sup> Mis en place par la loi du 25 juillet 1994 relative à l'intéressement et à la participation afin de favoriser la gestion du temps des salariés sur plusieurs années, le compte épargne temps a pour objet de permettre au salarié qui le désire d'accumuler des droits en les capitalisant dans un compte afin de les utiliser postérieurement pour financer une période de congé sans solde (C. trav. art. L 227-1). A ce titre, le compte épargne temps constitue donc un dispositif susceptible d'être utilisé pour financer la cessation progressive ou totale des salariés de plus de 50 ans. En effet, il peut permettre de répondre à la préoccupation de certains salariés qui souhaitent bénéficier, à la fin de leur carrière, d'un capital temps afin de financer un congé de longue durée tel un congé de fin de carrière (Circulaire DRT du 30 novembre 1994).

<sup>102</sup> JM Peretti, « Les *seniors* : d'une logique d'exclusion à la rétention active ? », étude précitée.

<sup>103</sup> « Dynamique de la population active et emploi : la gestion prévisionnelle des âges à l'horizon 2010 », avis du Conseil économique et social du 24 octobre 2001.

<sup>104</sup> Sur cette question, voir plus largement, DARES, Dossier « Age et emploi ». Synthèse des principales données sur l'emploi des *seniors* », Fiche 10, « Productivité des âgés », étude précitée.

## §2 Le maintien ambigu de certains dispositifs de cessation anticipée d'activité

Sans doute, on ne saurait contester l'intérêt de maintenir les mécanismes de préretraite dont l'objectif n'est pas (ou plus) de faire sortir du marché du travail des salariés âgés, mais plutôt de permettre à des salariés ayant exercé des métiers pénibles ou qui sont handicapés de cesser de façon anticipée une activité professionnelle difficile : on pense au maintien des préretraites CATS ainsi qu'au dispositif CAATA.

En revanche, une appréciation plus mitigée s'impose en ce qui concerne non seulement la suppression des préretraites progressives - encore que la question soit débattue<sup>105</sup> - mais aussi le maintien des préretraites totales ainsi que d'autres mécanismes dont l'utilisation semble effectivement s'inscrire en faux avec une volonté de favoriser l'emploi des salariés âgés.

A ce titre, on peut rappeler, qu'en marge des préretraites, mais avec des conséquences similaires, l'indemnisation du chômage a permis, de 1997 à 2002<sup>106</sup>, à tout salarié justifiant de 40 années de cotisations, de bénéficier, dès lors qu'il avait moins de 60 ans, d'une allocation pour chômeurs âgés permettant « d'attendre » la retraite ; cette allocation, donc, garantissait aux salariés âgés le versement d'une allocation à taux plein sans dégressivité, jusqu'à la liquidation de la retraite, ie 60 ans<sup>107</sup>. Au sein des dispositifs en faveur des chômeurs âgés, on pouvait plus précisément distinguer, d'une part, l'allocation chômeurs âgés (ACA), créée en 1996 au profit des chômeurs âgés de moins de 60 ans, justifiant de 40 annuités au titre de l'assurance vieillesse et relevant du régime d'assurance chômage et, d'autre part, l'allocation spécifique d'attente (ASA) concernant cette fois les chômeurs de moins de 60 ans justifiant de 160 trimestres au titre de l'assurance vieillesse et relevant de la solidarité nationale.

Ce faisant, on a pu ainsi observer que si, à partir de 1999, le recours aux préretraites a certes diminué, cette baisse s'est cependant accompagnée et/ou a été compensée par une augmentation significative en chômage indemnisé des salariés de plus de 55 ans : en témoigne le fait qu'en 2000, « quelque 133 000 personnes de plus de 55, 57 ou 58 ans sont devenues des chômeurs âgés. Plus de 320 000 chômeurs âgés fin 2000 témoignent de la persistance des habitudes d'éviction passées »<sup>108</sup>.

Il est vrai que ces dispositifs en faveur des chômeurs âgés ont été modifiés par la convention du 1<sup>er</sup> janvier 2001 à laquelle a succédé la convention du 1<sup>er</sup> janvier

---

<sup>105</sup> Voir supra.

<sup>106</sup> Année d'adoption de l'accord (du 20/12/2002) sur le retour à l'équilibre du régime d'assurance chômage, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003.

<sup>107</sup> Sachant que de surcroît et depuis 1999, les allocataires de l'ACA pouvaient opter pour la dispense de recherche d'emploi à partir de 55 ans.

<sup>108</sup> JM Peretti, étude précitée.

2004<sup>109</sup>, de sorte que, désormais<sup>110</sup>, les salariés âgés bénéficient, au même titre que les autres salariés, de la nouvelle « Allocation d'aide au retour à l'emploi » (ARE)<sup>111</sup>, et que, par ailleurs, dans le cadre du régime de solidarité financé par l'Etat, l'allocation spécifique d'attente (ASA) a été remplacée par l'allocation équivalent retraite (AER), instituée par la loi de finances pour 2002 du 28 décembre 2001 et le décret du 5 avril 2002. Ce dispositif s'adresse, sous conditions de ressources, aux demandeurs d'emploi totalisant 160 trimestres de cotisation à l'assurance vieillesse avant 60 ans et a pour objectif d'assurer un minimum de ressources mensuelles aux travailleurs privés d'emploi dans la limite de 65 ans<sup>112</sup>.

Quant aux durées maximales d'indemnisation – issues de l'accord du 20 décembre 2002 et réduites par rapport au dispositif antérieur –, elles sont en principe déterminées en fonction de la durée d'affiliation et de l'âge du salarié privé d'emploi à la date de la fin de contrat de travail retenue pour l'ouverture des droits, comme le montre le tableau suivant<sup>113</sup>, qui établit encore que, désormais, seule, la dernière filière est susceptible de procurer une indemnisation pouvant conduire l'allocataire jusqu'à la retraite, à condition encore que l'intéressé âgé de plus de 57 ans ait validé au moins 146 trimestres.

---

<sup>109</sup> Désormais de nouveau applicable ainsi que les actes qui lui sont annexés (règlement, annexes et accords d'application), après adoption des nouveaux arrêtés d'agrément (3 arrêtés du 28 mai 2004, JO 29 mai), faisant suite à l'annulation, par le Conseil d'Etat, des arrêtés précédents (CE 11 mai 2004, n°255886, Association AC/)

<sup>110</sup> Sur les modalités d'entrée en vigueur du nouveau dispositif, voir Notices ASSEDIC DAJ 141 n.d, DAJ 140 n.d (<http://www.assedic.fr/unijuridis>)

<sup>111</sup> A l'instar des autres bénéficiaires de l'ARE, les demandeurs d'emploi âgés doivent remplir les conditions suivantes : être involontairement privé d'emploi sauf exception ; être inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi ; être à la recherche d'un emploi ; être physiquement aptes à l'exercice d'un emploi ; résider sur le territoire français ; justifier d'une condition d'activité antérieure, *ie* d'une certaine période d'affiliation ; ne pas avoir dépassé un certain âge.

- A ce dernier propos, on rappellera plus précisément que, pour être indemnisé par l'assurance-chômage, le salarié privé d'emploi doit, en principe, être âgé de moins de 60 ans. Il en résulte qu'un chômeur ayant 60 ans et qui totalise le nombre de trimestres validés par l'assurance vieillesse nécessaire pour obtenir une retraite à taux plein de 50% (tous régimes confondus), ne peut pas bénéficier des allocations chômage : dans ce cas, il doit demander la liquidation de sa pension.

- Toutefois, par exception au principe, les allocataires âgés de plus de 60 ans mais qui ne totalisent pas les trimestres nécessaires pour recevoir une retraite à taux plein peuvent continuer d'être indemnisés jusqu'à l'âge où ils pourront y prétendre et, au plus tard, jusqu'à 65 ans, s'ils remplissent les conditions suivantes (art 12§3 règlement annexé à la convention du 1<sup>er</sup> janvier 2004 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation chômage) : avoir au minimum été indemnisé pendant 365 jours ; avoir exercé une activité salariée durant une année continue dans les 5 dernières années, ou bien 2 années discontinues s'il y a des interruptions ; justifier d'au moins 100 trimestres d'assurance vieillesse dont 12 années validées au titre d'activités salariées ; une condition supplémentaire est requise en ce qui concerne les personnes démissionnaires ou bien qui ont renoncé à une convention FNE : obtenir l'accord des ASSEDIC

<sup>112</sup> Loi de finances pour 2002, n°2001-1275 du 28 décembre 2001, JO du 29 et décret n°2002-461 du 5 avril 2002, JO du 6 ; directive UNEDIC n°22-02 du 25 avril 2002. ). (Voir « AER, Allocation équivalent retraite », Notice ASSEDIC DAJ 163, juin 2004,

<http://www.assedic.fr/unijuridis/index.php?page=contenu&adresse=/ntc/Demandeurs>)

<sup>113</sup> art R 351-1 du code du travail



Durée d'activité salariée	Age du salarié (apprécié à la date de la fin du contrat, <i>ie</i> à la fin du préavis, effectué ou pas).	Durées maximales d'indemnisation
182 jours d'affiliation ou 910 heures de travail au cours des 22 mois qui précèdent la fin du contrat de travail		213 jours (7 mois)
426 jours d'affiliation ou 2123 heures de travail au cours des 24 mois qui précèdent la fin du contrat de travail		700 jours (23 mois)
821 jours d'affiliation ou 4095 heures de travail au cours des 36 mois qui précèdent la fin du contrat de travail	Pour les salariés privés d'emploi âgés de plus de 50 ans	1 095 jours (36 mois)
821 jours d'affiliation ou 4095 heures de travail au cours des 36 mois qui précèdent la fin du contrat de travail	Pour les salariés privés d'emploi âgés de plus de 57 ans et sous réserve justifier de 100 trimestres validés par l'assurance vieillesse au titre des articles L 351-1 à L 351-5 CSS (soit 25 ans d'activité professionnelle)	1 277 jours (42 mois)

Reste que, dans ce contexte, on ne saurait manquer d'évoquer l'existence d'un dispositif - la dispense de recherche d'emploi - qui, à l'évidence, ne s'inscrit pas dans une logique favorable au maintien en activité des *seniors*. En effet, si, en principe, tout chômeur doit être en recherche d'emploi<sup>114</sup>, il faut savoir que certains d'entre eux sont toutefois dispensés de rechercher un emploi, au motif qu'ils ont peu de chances d'être recrutés. Mis en place en 1985 par l'UNEDIC, ce dispositif concerne, en pratique, les différentes catégories de personnes suivantes, qui le demandent<sup>115</sup>:

- les bénéficiaires des allocations d'assurance chômage âgés d'au moins 57 ans et demi.
- les bénéficiaires des allocations d'assurance-chômage âgés d'au moins 55 ans s'ils justifient d'au moins 160 trimestres validés dans les régimes de base de l'assurance vieillesse, ou de périodes reconnues comme équivalentes ;
- les personnes âgées de 55 ans et plus qui bénéficient de l'allocation de solidarité spécifique ;
- les personnes âgées de 55 ans et plus qui ne bénéficient pas des allocations mentionnées aux articles L 351-3 et L 351-10 du code du travail.

Or il apparaît que ce dispositif est finalement devenu un des principaux dispositifs publics incitant à la cessation anticipée d'activité. Ainsi l'OCDE avait calculé (avant l'entrée en vigueur de l'accord du 20 décembre 2002), « qu'un travailleur de 56 ans licencié peut recevoir des indemnités de chômage représentant entre 57 et 75% de

<sup>114</sup> art. L 351-16 C. trav.

<sup>115</sup> art L 351-16, R 351-26, D 311-6 C. trav.

son salaire pendant 3 ans et demi, sans aucune obligation de recherche d'emploi. De plus cette période compte comme autant d'années de service pour le calcul de la pension<sup>116</sup>. (...) Dans ces conditions, il ne semble pas surprenant, et cela paraît bien être le cas, que les travailleurs et les entreprises soient d'accord pour licencier des salariés âgés, soit pour les remplacer par des individus plus jeunes, moins coûteux et peut-être plus flexibles, soit pour réduire leurs effectifs ». Ces remarques rejoignent les analyses du rapport Quintreau évoquant « une coalition d'intérêts entre entreprises et salariés pour reporter sur la collectivité (l'Etat, le système de protection sociale) le coût financier d'un départ anticipé en retraite des salariés dès 55 ans »<sup>117</sup>.

Il est vrai qu'en raison de la réduction des durées d'indemnisation opérée depuis 2002, les cessations anticipées d'activité devraient, désormais, concerner spécialement les salariés âgés de plus de 57 ans et justifiant d'une certaine durée d'assurance dans la mesure où ils peuvent bénéficier d'une indemnisation chômage les conduisant directement jusqu'à une retraite à taux plein.

Reste que le système de la dispense de recherche d'emploi est toujours en vigueur, certes susceptible de bénéficier aux personnes âgées de plus de 57 ans mais aussi à celles âgées de 55 ans et justifiant de 160 trimestres d'assurance vieillesse : sans doute, ces personnes ne sont-elles plus alors en mesure de bénéficier des avantages d'une jonction automatique entre période de chômage indemnisée et retraite à taux plein, en raison de la réduction de la durée de leur indemnisation, désormais fixée à 36 mois ; il n'en demeure pas moins que le bénéfice de la dispense de recherche d'emploi leur est toujours ouvert, ce qui peut les inciter à accepter une rupture anticipée de leur contrat, dans le cadre d'un montage financièrement avantageux (sur cette question, voir infra, Partie II). A noter que cette pratique pose la question de l'aide à la recherche d'emploi et du soutien des services publics de l'emploi, dont peuvent bénéficier les personnes concernées qui souhaitent retrouver du travail.

## 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'assurances

---

<sup>116</sup> On rappellera qu'en ce qui concerne la protection sociale du chômeur, sa couverture antérieure est maintenue ; par ailleurs, la période d'indemnisation dont il bénéficie est validée par les organismes vieillesse et des points complémentaires retraite lui sont attribués (voir notice ASSEDIC, DAJ 246).

<sup>117</sup> "Dynamique de la population active et emploi : la gestion prévisionnelle des âges à l'horizon 2010", CES.

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? On a vu que 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. 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?

Le législateur a, pendant longtemps, gardé le silence sur cette question, silence qui fut comblé par des conventions collectives de travail contenant des stipulations sur l'âge de la retraite. C'est la raison pour laquelle, jusqu'à la réforme du 30 juillet 1987, le régime de la retraite obéissait à des règles variables selon que des dispositions conventionnelles devaient, ou non, s'appliquer.

C'est ainsi, première hypothèse, qu'en l'absence de toutes dispositions conventionnelles, devait s'appliquer la jurisprudence aux termes de laquelle « aucune disposition légale ou réglementaire ne fixe un âge à partir duquel un travailleur doit obligatoirement quitter son emploi et prendre sa retraite »<sup>118</sup>. Il en résultait que la mise à la retraite décidée par l'employeur était un licenciement<sup>119</sup> et que le départ à la retraite décidé par le salarié devait s'analyser comme une démission. Ainsi, la rupture du contrat de travail à l'âge de la retraite devait-elle s'analyser soit en une démission, soit en un licenciement, suivant celle des parties au contrat qui en prenait l'initiative<sup>120</sup>.

Les solutions étaient autres en cas d'application de stipulations conventionnelles, sachant, qu'en pratique, deux types de clauses pouvaient se rencontrer.

- En effet, certaines clauses dites « souples » fixaient seulement un âge normal de la retraite (par exemple 65 ans) et ouvraient ainsi à l'employeur la faculté de mettre à la retraite les salariés ayant atteint cet âge déterminé. Dans ce cas, la survenance de l'âge indiqué n'entraînait pas la rupture automatique du contrat. La mise à la retraite était qualifiée de licenciement au regard de la loi<sup>121</sup>, celui-ci reposant sur une cause réelle et sérieuse<sup>122</sup>. Mais si la mise à la retraite était ainsi qualifiée de licenciement au

<sup>118</sup> Soc 1<sup>er</sup> mars 1972, D 1972, 540, note G. Lyon-Caen, Dr.soc. 1972, 505, obs J. Savatier.

<sup>119</sup> L'employeur devait donc respecter la procédure de licenciement, appliquer les règles du préavis, payer l'indemnité légale de licenciement (Soc 31 mai 1978, D 1978, 568, note J. Pélissier ; Soc 1<sup>er</sup> mars 1972, préc) et éventuellement l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse (Paris 2 février 1976, DO 1977).

<sup>120</sup> Soc 30 novembre 1983, 27 février 1985, 14 mars 1985, DO 1985, 471 (assimilation à un licenciement) ; Soc 29 novembre 1979, Bull.civ., V, n°94 (assimilation à une démission).

<sup>121</sup> Soc 25 mai 1981, Jur Soc 1981, F, 87 ; Soc 26 octobre 1977, Jur Soc 1978, n°3.

<sup>122</sup> Soc 14 mars 1985, DO 1985, 471. Ainsi même avait-il été précisé "qu'en l'absence de dispositions prévoyant expressément la rupture de plein droit du contrat de travail par l'effet de la survenance de l'âge normal de la retraite fixé à 65 ans par l'article 21 de la convention collective, la mise à la retraite, à cet âge, s'analyse en un licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse..." (Soc 30 mai 1986, Dr.soc. 1987, 10).

regard de la loi, elle n'en était pour autant pas un au regard de la convention elle-même, ce dont il résultait les conséquences suivantes : le salarié n'avait pas droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement, mais pouvait percevoir l'indemnité conventionnelle de départ à la retraite, laquelle devait être supérieure à l'indemnité légale de licenciement, mais pouvait être inférieure à l'indemnité conventionnelle de licenciement.

- En revanche, d'autres clauses, dites « guillotine » ou « couperet », prévoyaient, pour leur part, une « cessation automatique » ou « de plein droit » des relations contractuelles le jour où le salarié atteignait un certain âge fixé par la clause. A ce propos et après avoir hésité un temps<sup>123</sup>, la jurisprudence admit la licéité de ces clauses et donc le fait que la rupture du contrat de travail en résultant n'était pas imputable à l'employeur<sup>124</sup>. Il en résultait que le salarié mis à la retraite n'était plus « licencié ». Le contrat à durée indéterminée prenait donc fin de plein droit, lorsque le salarié atteignait l'âge prévu pour la retraite.

Or, pour différentes raisons, cette construction d'ensemble fit l'objet d'une analyse critique<sup>125</sup>.

D'abord, en effet, les raisons de douter de la licéité de ces clauses de limite d'âge apparaissaient de plus en plus pertinentes. Ces clauses, effectivement, n'avaient-elle pas pour conséquence de transformer le contrat de travail en un contrat à durée déterminée, en violation des règles limitant le recours à ce type de contrats ? Et ne correspondaient-elles pas, de surcroît, à une discrimination illicite en raison de l'âge ?<sup>126</sup> En outre, il apparaissait que, dans ce cadre jurisprudentiel, l'âge de la retraite tendait à devenir une sorte de cause autonome de rupture du contrat de travail soumise à un régime conventionnel dérogatoire au droit commun, comme le constat suivant pouvait en témoigner : qu'il y ait, en effet, rupture de plein droit ou bien cause légitime de rupture lorsque l'initiative de celle-ci venait de l'employeur, les garanties légales accordées aux salariés en cas de licenciement se trouvaient nécessairement réduites en raison, d'une part, de la disparition de tous dommages intérêts pour rupture éventuellement fautive et, d'autre part, de la substitution fréquente à l'indemnité de licenciement d'une indemnité conventionnelle de départ en retraite d'un montant moins intéressant.

Avec le temps, deux objectifs prirent, au surplus, de l'ampleur : souci de donner à la retraite en droit du travail un statut légal précis ; volonté, également, de faire mieux

<sup>123</sup> Soc 25 mai 1981, préc. Soc 3 décembre 1981, Bull.civ., V, n°933, TGI Seine 10 novembre 1982, D 1983, 66 note Ph Langlois.

<sup>124</sup> Soc 21 avril 1961, Dr.soc. 1961, 480, obs J Savatier ; Cass. Soc. 24 avril 1986 : JCP 1986, éd. E, I, 15690, p. 321, n° 11, obs. B. Teyssié ; Dr. social, 1986, 460, concl. P. Franck; D. 1987, SC, 207, obs. Langlois; Gaz. Pal. 1986, 2, 676. Voir aussi CE 4 mars 1987, D 1989, D SC, 67, obs Chelle et Prétot.

<sup>125</sup> Voir notamment J. Savatier, « Licenciement et âge de la retraite », Dr.soc. 1978, 13 ; Valentini, « Licenciement et départ en retraite », Dr.soc. 1978, 346.

<sup>126</sup> Voir J. Savatier, « Les clauses conventionnelles sur l'âge de la retraite », Dr.soc. 1987, 1

respecter le droit de chaque personne de se maintenir en activité si elle en présente les capacités.

C'est dans ce contexte que le régime de la retraite en droit du travail a été réaménagé par la loi n°87-588 du 30 juillet 1987<sup>127</sup> insérant deux nouveaux articles (art L 122-14-12 et L 122-14-13) dans le code du travail, au nom d'un double objectif : interdire en premier lieu l'éviction forcée *via* des « clauses guillotines » 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.

C'est pourquoi, prenant le contre-pied de la position adoptée jusque là par la Cour de Cassation, l'art L 122-14-12 c.trav. a décidé 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 : compte tenu du peu de précisions données par le législateur à ce propos, les juges, comme on le verra, ont cependant été amenés à préciser la portée de ce dispositif.

Pour sa part, l'art L 122-14-13 c.trav. institue un mode original et autonome de rupture du contrat de travail tenant à l'âge du salarié, en distinguant selon l'auteur de la rupture. Cet article distingue, en effet, le *départ volontaire à la retraite* (al 1) ouvrant droit à une indemnité minimale et la *mise à la retraite par décision de l'employeur* (al 2), ni l'un ni l'autre ne se confondant, *a priori*, avec une démission ou avec un licenciement. Novateur car supprimant tout caractère automatique à la fin du contrat de travail en fonction de la survenance de l'âge de la retraite, ce régime légal peut néanmoins faire l'objet d'aménagements conventionnels : cela signifie donc que le rôle de la négociation collective reste appréciable en la matière dès lors que la convention n'institue pas de « clause couperet ».

Or, s'il est une évolution majeure qui, sous la pression de plus en plus grande des changements démographiques et de leurs conséquences sur le coût des retraites, mérite d'être soulignée, c'est bien celle témoignant du souci des pouvoirs publics de favoriser un maintien dans l'emploi des *seniors* et qui se traduit par une volonté de réduire les hypothèses de rupture du contrat à raison de l'âge ; plus précisément encore et comme on voudrait le montrer en premier lieu, cette politique semble

---

<sup>127</sup> complétée par une circulaire DRT n°10 du 8 septembre 1987 (JO du 11 décembre 1987). S'agissant de l'entrée en vigueur de la loi de 1987, la cour de cassation a précisé dans un arrêt du 7 juin 1995 (RJS 7/95, n°774), que c'est à la date de la notification de la rupture que l'on doit se placer pour déterminer les dispositions applicables ; il en résulte qu'en faisant application de la loi du 30 juillet 1987 à une rupture notifiée avant l'entrée en vigueur de ce texte, la cour d'appel a fait produire à cette nouvelle loi un effet rétroactif qu'il n'a pas.

aujourd'hui être le fait aussi bien du législateur que du juge (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 pour conséquences de freiner l'emploi des travailleurs vieillissants parce qu'autorisant une rupture du contrat avant l'heure ; c'est évoquer l'ambiguïté persistante des textes et usages aujourd'hui en vigueur visant, les uns, à faciliter les départs à la retraite avant l'heure, les autres destinés à les rendre plus difficiles, sachant d'ailleurs qu'une telle ambivalence ne saurait surprendre : celle-ci ne fait que refléter la complexité des enjeux en cause (Chapitre II).

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

Aux termes de l'article L 122-14-13 al 2 du code du travail issu de la loi de 1987, la mise à la retraite résulte « d'une décision de l'employeur » ; il s'agit donc d'un mode légal et *a priori* autonome de rupture du contrat de travail. Pour autant et contrairement à ce que l'on pourrait croire, la mise à la retraite à l'initiative d'un employeur ne constitue pas un « droit » qui lui est reconnu, comme c'est le cas pour un salarié décidant de partir à la retraite. En effet, la mise à la retraite par l'employeur ne s'analyse pas comme une prérogative discrétionnaire mais plutôt comme une faculté lui étant ouverte sous réserve de respecter un certain nombre de conditions (de fond et certaines exigences procédurales). Si tel est le cas, on est alors en présence d'une mise à la retraite proprement dite, soumise à un régime particulier, *a priori* dérogeant au droit commun du licenciement et qui permet au salarié concerné de bénéficier d'un certain nombre d'avantages : droit à préavis et indemnité de mise à la retraite. Dans la négative, la rupture du contrat de travail doit être qualifiée de licenciement dans les termes du droit commun.

Or, il s'avère que l'analyse des décisions jurisprudentielles aussi bien que l'étude des mesures nouvellement adoptées par le législateur traduisent clairement une perte de vitesse des dispositifs de rupture du contrat à raison de l'âge et, au premier chef, de la mise à la retraite. On peut en effet observer que les solutions que les juges ont jusqu'à présent préconisées reflètent une certaine volonté de freiner autant que possible les cessations d'activité liées à l'âge et donc un souci de favoriser un maintien en activité des *seniors* (Section 1) ; initié au niveau jurisprudentiel, ce mouvement témoignant d'un certain affaiblissement de ce mode original de rupture du contrat qu'est la mise à la retraite est aujourd'hui relayé sur le plan légal (Section 2).

#### Section I Des restrictions d'origine jurisprudentielle

Si l'analyse jurisprudentielle paraît relativement significative du point de vue qui nous occupe, il convient cependant de distinguer deux sortes de décisions, selon

qu'elles concernent (§2) ou pas (§1) les aménagements conventionnels dont le dispositif de la mise à la retraite peut faire l'objet.

*§1 Des solutions jurisprudentielles hétérogènes visant à limiter les inconvénients de la mise à la retraite*

A ce propos, il est possible d'évoquer une série de solutions jurisprudentielles *a priori* sans lien entre elles : en réalité, toutes sont guidées par un souci de protection des salariés vieillissants de sorte que, pour cette raison, elles peuvent être analysées comme autant de tempéraments opposés à la rigueur de la rupture du contrat pour raison d'âge que constitue, en fin de compte, la mise à la retraite.

Dans cet esprit, on observera d'abord que, dans deux cas au moins, les magistrats ont manifestement été tentés d'accorder au salarié mis à la retraite des indemnités plus importantes que celles prévues par la loi, fût-ce au prix d'un raisonnement sans doute juridiquement discutable.

C'est ainsi, en premier lieu, que si un « départ à la retraite » mis en œuvre dans le cadre d'un plan social ne saurait être assimilé à un licenciement et ouvrir droit à l'indemnité de licenciement<sup>128</sup>, il en va autrement en ce qui concerne une « mise à la retraite » prononcée à l'occasion d'un licenciement économique : dans ce second cas en effet, il a été jugé que cette rupture devait être assimilée à un licenciement tout au moins en ce qui concerne le versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement, ce qui permet d'attribuer au salarié concerné des indemnités plus intéressantes que l'indemnité de mise à la retraite prévue par la loi<sup>129</sup> ; d'ailleurs, la cour de cassation vient de confirmer que le versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement dépend bien de l'auteur de la rupture du contrat : pouvant être accordée en cas de mise à la retraite, cette indemnité doit être, en revanche, refusée au salarié prenant l'initiative de la rupture<sup>130</sup>. Comme on l'a souligné, « difficile à justifier sur le plan de la technique juridique, cette solution a (néanmoins) l'avantage de mettre à égalité tous les salariés de l'entreprise qui perdent leur emploi en raison des difficultés économiques ou de la restructuration de l'entreprise »<sup>131</sup>.

Dans le même ordre d'idée, la Cour de cassation estime que les salariés qui deviennent inaptes à leur emploi à la suite d'un accident du travail ou bien d'une maladie professionnelle ont droit, lorsqu'ils sont mis à la retraite après l'avis d'inaptitude délivré par le médecin du travail, à l'indemnité spéciale de licenciement prévue par l'article L 122-32-6 du code du travail<sup>132</sup> : sans doute, une telle « solution

---

<sup>128</sup> Soc 25 juin 2002, Bull Civ, V, n°214, RJS 10/02, n°1154.

<sup>129</sup> Soc 18 avril 2000, Bull Civ, V, n°142, RJS 6/00, n°652.

<sup>130</sup> Soc 9 juillet 2003, RJS 10/03, n°1152.

<sup>131</sup> J. Pélissier, « Age et perte d'emploi », Dr.soc. 2003, p 1061.

<sup>132</sup> Soc 29 janvier 2002, Dr.soc. 2002, 465.

est (alors) curieuse au regard de la technique juridique (puisque) le salarié n'est pas licencié »<sup>133</sup> ; mais, vraisemblablement, elle se justifie par le fait que - face à des victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles - les juges répugnent à voir traité moins favorablement un salarié âgé mis à la retraite qu'un salarié plus jeune, et de ce fait licencié.

Mais telles ne sont pas les seules solutions attestant du souci des magistrats d'atténuer autant que possible les inconvénients liés à la mise à la retraite. En effet, allant plus loin encore, il apparaît que les juges interdisent parfois à l'employeur de recourir à la mise à la retraite alors même que les conditions en sont peut-être remplies. Tel est le cas lorsque sont en cause des représentants du personnel dont la mise à la retraite est effectivement subordonnée à l'obtention d'une autorisation administrative<sup>134</sup>. Mais tel est également le cas lorsqu'un salarié est embauché alors qu'il était déjà titulaire d'une pension de vieillesse à taux plein, au sens du chapitre V du livre III du code de la sécurité sociale : dans ce cas, il est en effet jugé qu'un tel salarié ne peut être mis à la retraite que lorsqu'il atteint l'âge de 65 ans ou, s'il est plus favorable, l'âge fixé par le contrat de travail ou la convention ou l'accord collectif. Il en résulte que toute rupture prononcée avant cet âge s'analyse en un licenciement qui doit avoir une cause réelle et sérieuse<sup>135</sup>.

Mais au-delà de ces solutions en fin de compte relativement hétérogènes, il en est d'autres encore plus révélatrices de la vigilance dont les juges ont fait preuve pour tenter de juguler les inconvénients présentés par le dispositif légal de mise à la retraite : il s'agit des solutions relatives aux aménagements conventionnels du régime légal qui ont été adoptées sous l'empire de la loi de 1987.

## *§2 Une limitation de la portée des aménagements conventionnels du régime légal*

Jusqu'à la loi du 30 juillet 1987 et comme rappelé précédemment, il n'existait, dans le code du travail, aucune disposition expresse relative à la retraite. C'est l'une des raisons pour lesquelles de nombreuses conventions collectives contenaient des clauses organisant le départ du salarié à partir d'un âge déterminé ou bien encore à un âge déterminé, tout en tentant de faire échec à la qualification « licenciement ». Ainsi la pratique professionnelle avait-elle imaginé, comme nous l'avons vu, deux types très différents de clauses : les clauses « couperet » ou « guillotine » ; les autres, dites « souples »<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> J. Pélissier, « Age et perte d'emploi », art précité.

<sup>134</sup> Sur cette question, voir infra.

<sup>135</sup> Cass. Soc, 19 janvier 1999, Bull. civ., V, n° 33, p. 25, Dr.soc. 1999, 292 (obs J. Savatier).

<sup>136</sup> Voir supra.



En posant la nullité des « clauses couperet », le législateur de 1987 a certainement clarifié les règles applicables aux clauses conventionnelles relatives à la retraite des salariés.

Toutefois, certaines questions restaient en suspens dont le juge, dans le silence de la loi, devait se saisir.

Or il s'avère que la jurisprudence relative à ces points litigieux et qui s'est développée jusqu'à présent sous l'empire de la loi du 30 juillet 1987 traduisait un certain souci de maintenir en activité les *seniors* et s'inscrivait, à ce titre, dans une démarche hostile à une rupture prématurée du contrat : l'analyse peut se vérifier aussi bien s'agissant des clauses « couperet » (A) qu'en ce qui concerne les clauses dites « souples » (B).

#### A) Clauses « couperet »

Compte tenu des solutions jurisprudentielles qui étaient jusque là en vigueur, il est vraisemblable que l'article L. 122-14-12 en son alinéa 2 constitue la disposition de la loi du 30 juillet 1987 dont le retentissement a été le plus important. En effet, alors que la Cour de Cassation avait reconnu la validité de ce type de clauses<sup>137</sup>, cet article condamne clairement toutes les clauses dites « couperet », « guillotine » et autres clauses de rupture automatique, fixant de façon expresse une limite d'âge rigide ne pouvant être dépassée. Cet article interdit également - en présence d'une clause conventionnelle ne prévoyant pas expressément une rupture automatique du contrat de travail à un certain âge, mais fixant un "âge normal de la retraite" - de prononcer la rupture de plein droit du contrat de travail lorsque le salarié atteint cet "âge normal" : ainsi, un employeur ne peut-il plus prendre acte de cette situation, l'automatisme de la rupture, en fonction de l'âge, étant prohibée par le législateur.

Pour autant, il est certain que, tout en affirmant clairement la nullité des clauses « couperet », l'article L 122-14-12 précité avait cependant laissé entières les deux questions suivantes: la première concernant le domaine d'application de cette nullité (1) ; la seconde relative à la portée et aux effets de cette sanction (2).

##### 1) *Domaine d'application de la prohibition des clauses dites « couperet »*

Dans la mesure où ils figurent dans la section II (concernant la résiliation du contrat à durée indéterminée) du chapitre II du Titre II du code du travail, les articles L 122-14-12 - prohibant les clauses « couperet » - et L 122-14-13 - organisant la rupture proprement dite du contrat de travail pour raison d'âge - sont applicables aux entreprises et entités visées par l'art L 120-1 du code du travail. Il en résulte que sont

---

<sup>137</sup> Soc 24 avril 1986, Bull.civ., V, n°173, « Aucune disposition légale n'interdit aux partenaires sociaux qui arrêtent les conditions d'emploi et de travail et les garanties sociales d'une catégorie de salariés, de prévoir que le contrat à durée indéterminée prendra fin de plein droit lorsque le salarié attendra l'âge prévu pour la retraite ; qu'en l'espèce, la clause litigieuse, en ses termes clairs et précis, exclut dans leur qualification comme dans leurs effets tant le licenciement que la démission ; qu'il s'en suit que celle clause est licite ».

donc *a priori* concernées par la loi du 30 juillet 1987, non seulement les entreprises du secteur privé, mais également certaines catégories de personnel du secteur public lorsque celles-ci relèvent du code du travail. Les salariés des entreprises publiques et établissements publics industriels et commerciaux étant unis à leur employeur par un contrat de travail de droit privé dont le contentieux relève de la juridiction prud'homale<sup>138</sup>, on devrait donc en déduire que leurs contrats sont soumis aux dispositions du Code du Travail, et notamment, aux articles L 122-14-12 et L 122-14-13 du code du travail.

Or, les solutions ne sont pas si simples. En effet, s'agissant de la question de l'applicabilité - aux salariés des entreprises publiques et des établissements publics industriels et commerciaux - de l'art L 122-14-12 al 2 prohibant les clauses « couperet », la distinction suivante, d'ailleurs très vite opérée par la circulaire d'application du 8 septembre 1987, s'impose. Dans la mesure où la nullité des clauses de rupture de plein droit ne concerne que celles incluses dans une *convention*, un *accord collectif de travail* ou bien un *contrat de travail* à l'exclusion de celles insérées dans des dispositions statutaires, légales ou réglementaires, tout dépend du support de la clause.

C'est ainsi, première hypothèse, que si des clauses figurent dans le *statut particulier* applicable aux entreprises publiques ou à certains établissements publics, elles sont considérées comme licites et doivent produire tous leurs effets<sup>139</sup> : par conséquent, leur nullité ne peut être décidée sur le fondement de l'art L 122-14-12 al 2<sup>140</sup>. En revanche, et comme l'a admis la circulaire précitée, une solution différente doit s'appliquer lorsque de telles clauses sont incluses dans *des conventions collectives ou bien des accords collectifs* conclus dans des entreprises publiques ou des EPIC : dans de tels cas, en effet, l'interdiction des clauses « couperet » édictée par l'art L 122-14-12 al 2 doit alors trouver à s'appliquer.

---

<sup>138</sup> Il n'y a d'exception que pour le directeur chargé de l'ensemble des services et l'agent comptable, lesquels sont des agents publics (sur cette question, voir infra).

<sup>139</sup> Rapp CE 17 mars 1995 (RJS 5/95, n°583)(licéité des clauses statutaires de rupture automatique du contrat de travail applicables aux agents publics puisque n'entrant pas dans le champ d'application de l'art L 122-14-12 C.trav. Il en résulte que, sauf exception, les agents publics ne sauraient être maintenus en service au-delà de l'âge limite prévu par le statut pour le départ en retraite, puisque la clause statutaire est valable et que le contrat se trouve automatiquement rompu : en conséquence, l'agent public « atteint par la limite d'âge » se trouve exclu du champ du licenciement, puisque mis à la retraite, et ne saurait donc prétendre aux prestations de l'assurance chômage.

<sup>140</sup> Ainsi, une clause insérée dans le statut de la SNCF et autorisant celle-ci à liquider d'office la retraite de tout agent ayant atteint l'âge de 55 ans et ayant au moins 25 ans de service est licite (CA Paris, 18° ch, 28 novembre 1990, RJS 2/91, n°284) ; dans le même sens, CE 22 février 1989, Roussel, D 1990, somm, 140 (les prescriptions du statut relatives à la mise à la retraite d'office de l'agent remplissant les conditions d'âge et de durée d'activité ne sont pas contraires à un principe général du droit et sont donc applicables malgré les dispositions de l'art L 122-14-12) ; CE 17 mars 1995, RJS 5/95, n°583 ; les dispositions des art L 122-14-12 et L 122-14-13 relatives au départ à la retraite ne sont pas applicables aux salariés d'Air France (Soc 22 février 2000, Dr.soc. 2000, 665). Contra, CE 30 juillet 2003, DO 2004, 117, « Il résulte de ces dispositions que l'employeur qui envisage de sanctionner une faute par un licenciement auquel une mise à la retraite d'office doit être assimilée... ».

Mais, comme on va maintenant le voir, ce sont surtout les précisions que les juges ont apportées relativement aux effets de la nullité prévue par l'article L 122-14-12 du code du travail qui - sous l'empire de la loi de 1987 - traduisaient leur volonté d'œuvrer en faveur d'un meilleur maintien en activité des *seniors*.

## 2) Effets de l'interdiction des clauses dites « couperet »

Etant entendu qu'aux termes de l'article L 122-14-12 al 1, « les clauses-couperet sont nulles et de nul effet », comment entendre cette sanction et quelle portée, plus précisément, donner à la nullité ? Est-elle limitée à la disposition prévoyant la rupture de plein droit ou bien s'applique-t-elle à l'intégralité de la clause et spécialement à la condition d'âge énoncée par le texte en cause ?

La question n'est pas neutre compte tenu des situations bien différentes susceptibles d'être rencontrées.

Si l'on fait prévaloir la première solution, de sorte que la nullité se trouve cantonnée à l'effet de plein droit, il en résulte que l'âge ainsi conventionnellement fixé devient celui permettant à l'employeur de mettre à la retraite les salariés qui, à cet âge, sont susceptibles de bénéficier d'une pension à taux plein. En revanche, si l'on opte pour la seconde solution et que la nullité est donc totale, cela signifie que le dispositif légal doit, seul, s'appliquer, à l'exclusion de toutes dispositions conventionnelles : c'est dire que, dans ce cas, la mise à la retraite peut être prononcée par l'employeur, dès que le salarié peut bénéficier d'une pension à taux plein et cela quand bien même il n'atteindrait pas l'âge prévu par la convention collective ; telles seraient alors les conséquences d'une clause « nulle et de nul effet », donc réputée inexistante.

S'agissant de cette question de savoir si la nullité édictée par l'article L-122-14-12 doit ou non permettre le maintien de la clause en qualité de « clause souple » - la nullité, dans l'affirmative, ne concernant que le caractère automatique de la rupture - il est vrai que, dans un premier temps, et alors que les juges du fond rendaient des décisions équivoques<sup>141</sup>, la Cour de cassation a opté pour la solution *a priori* la moins favorable au maintien en activité des *seniors*.

En effet, la Cour de cassation a rendu un arrêt de principe aux termes duquel la nullité édictée par l'article L 122-14-12 du code du travail devait s'analyser comme « une nullité d'ordre public absolu ». En l'espèce, il en résultait que l'article 14 de la convention collective de l'édition, prévoyant la rupture de plein droit du contrat de travail du salarié en raison de son âge était lui-même nul et de nul effet, « peu important que ne soit pas exclue une continuation du contrat de travail par accord exprès des parties »<sup>142</sup>. En conséquence, cette solution impliquait qu'en présence d'une clause de rupture de plein droit jugée nulle et de nul effet, la situation du

<sup>141</sup> Pour une réponse négative, CA Bourges, 22 juin 1990, RJS 1991, n°162. Pour une réponse affirmative, CA Paris, 22° ch. B, 16 mars 1990, RJS 1990, n° 660.

<sup>142</sup> Cass. Soc, 1er févr.1995, Bull.civ., V, n° 48, CSBP, A 17, Dr. soc. 1995, 233 ; Soc 15 mars 1995, Dr. trav. 1995, comm. 153, (à propos de l'article 58 de la convention collective des personnels des organismes de sécurité sociale).

salarié devait être analysée comme si aucune disposition conventionnelle n'avait jamais existé. C'est dire qu'un employeur – se prévalant d'une telle nullité - pouvait mettre à la retraite un salarié âgé de 60 ans ayant droit à une pension de retraite à taux plein, alors même que ce salarié n'avait pas atteint l'âge de la retraite fixé à 65 ans par la clause de la convention collective, cette clause ne produisant, selon la loi, aucun effet.

Mais cette solution fut critiquée<sup>143</sup> « au motif (notamment) que la nullité (se trouvait ainsi) détournée de sa finalité ». En effet, « instituée par le législateur pour protéger les salariés contre des ruptures automatiques du contrat de travail les privant des droits attachés au licenciement, elle bénéficiait à l'employeur qui pouvait mettre un salarié à la retraite (et priver celui-ci des règles applicables en cas de licenciement) sans tenir compte de l'âge fixé par la clause conventionnelle »<sup>144</sup>.

Saisie de la question, l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation<sup>145</sup> décida alors de rompre avec sa jurisprudence antérieure. En effet, elle posa en règle que « les dispositions de l'art L 122-14-12 al 2 du code du travail n'ont été édictées que dans un souci de protection du salarié, (de sorte que) l'employeur est irrecevable à s'en prévaloir ». C'est la raison pour laquelle devait être approuvée la requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse, de la mise à la retraite d'une salariée ayant atteint l'âge de 60 ans et pouvant bénéficier d'une pension vieillesse à taux plein, mais n'ayant pas atteint l'âge de 65 ans fixé par la convention collective pour la rupture automatique du contrat.

Dans ces conditions, on comprend pourquoi il est possible de présenter la jurisprudence qui s'est développée sous l'empire de la loi du 30 juillet 1987 comme favorable au maintien en activité des *seniors* parce que limitant la portée des dispositifs de rupture à raison de l'âge. En témoigne le fait qu'un employeur pouvait mettre à la retraite un salarié à l'âge fixé par une clause-couperet, sous réserve cependant que la rupture ne soit pas automatique et que la condition concernant le bénéfice d'une pension de vieillesse à taux plein soit remplie. En revanche, interdiction lui était faite de se prévaloir de l'art L 122-14-12 pour rompre le contrat de travail avant l'âge stipulé dans une clause-couperet frappée de nullité (...): seule lui était ouverte la possibilité d'user du droit de mise à la retraite conféré par l'art L 122-14-13, « en invoquant la même clause expurgée du caractère automatique qu'elle conférait à la rupture à raison de l'âge et apparaissant dès lors seulement comme une condition d'âge prévue conventionnellement pour la mise à la retraite »<sup>146</sup>: c'est dire qu'en présence d'une clause « couperet », un employeur ne pouvait, d'une part, invoquer la nullité de cette clause, ni, d'autre part, procéder à la mise à la retraite

---

<sup>143</sup> G. Couturier, « Les clauses couperet, encore... », Dr. soc. 1995, 231

<sup>144</sup> J. Pélissier et alii, « Les grands arrêts du droit du travail », Dalloz, 2004, p 339

<sup>145</sup> AP 6 novembre 1998, Dr.soc. 1999, 94 (obs J. Savatier)

<sup>146</sup> J. Savatier, obs précitées.

avant l'âge conventionnellement prévu, sauf à voir requalifiée en licenciement injustifié cette rupture pour raison d'âge.

Dans ce contexte, qu'en sera-t-il sous l'empire de la loi du 21 août 2003 ? A l'avenir, les clauses « couperet » prévoyant un âge inférieur à 65 ans seront - comme les clauses souples d'ailleurs - inefficaces : en effet et comme on y reviendra ultérieurement, les seules dérogations admises à l'âge de la mise à la retraite à 65 ans supposent la conclusion d'une convention ou d'un accord de branche avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et prévoyant des contreparties en termes d'emploi et de formation professionnelle. C'est la raison pour laquelle, seules, seront efficaces - aux conditions précédemment rappelées - des clauses « couperet » prévoyant un âge supérieur à 65 ans.

## B) Clauses souples

Reconnues comme valables par l'art L 122-14-12 du code du travail, quel que soit leur support<sup>147</sup> mais « sous réserve qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions légales »<sup>148</sup>, les clauses « souples », à la différence des clauses « couperet »,

---

<sup>147</sup> L'article L.122-14-12, alinéa 1er, du Code du travail visant les dispositions relatives au départ à la retraite prévues « par une convention collective, un accord collectif de travail ou un contrat de travail », aucune distinction n'est à faire selon l'origine des aménagements possibles du dispositif légal ; tout au plus, peut se poser le problème de la détermination de la convention collective applicable. A cet égard, on rappellera qu'en application d'une jurisprudence constante, le départ et la mise à la retraite sont régis par la convention collective en vigueur au moment du départ du salarié de l'entreprise (Cass. soc, 19 nov. 1987, Bull.civ., V, n° 664). C'est pourquoi un salarié ne saurait se prévaloir d'une convention collective arrivée à son terme ou qui aurait été dénoncée (sous réserve de maintien en vigueur pendant un an prévu par l'article L. 132-8, alinéa 3 C.trav. ), y compris en présence d'une clause de maintien des avantages acquis : en effet, l'avantage résultant d'un régime conventionnel de départ à la retraite n'est acquis qu'au jour du fait générateur, en l'espèce au jour où le salarié quitte l'entreprise (Cass. Soc, 19 oct. 1978, Bull.civ., V, n°693).

Quant aux cas de concours entre normes conventionnelles de différents niveaux, l'analyse jurisprudentielle indique que leur règlement s'est fait conformément aux principes de solution qui étaient en vigueur jusqu'à l'adoption de la loi du 4 mai 2004 (voir par ex, Soc 23 octobre 2001, pourvoi n°99-44.922 ; Soc 24 avril 2001, pourvoi n°99-40.142).

<sup>148</sup> S'agissant de la nécessaire conformité des aménagements conventionnels aux stipulations légales et réglementaires, on sait qu'elle est évoquée par l'article L. 132-4 du Code du travail aux termes duquel : " la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements ». Il s'agit donc de rappeler ici que, loin de pouvoir réduire les droits que le salarié tire de l'article L.122-14-13, les dispositions conventionnelles ne peuvent instaurer qu'un régime plus favorable que le régime légal, qu'il s'agisse des *conditions de la mise à la retraite*, de sa *procédure* ou encore de ses *effets*.

- Il en résulte qu'un employeur confronté à une demande de *départ volontaire à la retraite* d'un de ses salariés ne saurait appliquer une convention collective ou sur un accord d'entreprise qui poserait d'autres conditions que le seul bénéfice d'une pension de vieillesse. Mais il en résulte également que c'est la disposition conventionnelle que l'employeur devra appliquer de préférence à la loi si la première se révèle plus favorable au salarié que la seconde. C'est ainsi que des textes conventionnels facilitant le départ en retraite du salarié par rapport au dispositif légal devront recevoir application.

- Quant à la *mise à la retraite*, il conviendra de tenir compte, tout à la fois, des dispositions conventionnelles et des exigences légales. Il en résulte que si une disposition conventionnelle permettant la mise à la retraite à un âge donné est valable, elle est néanmoins inapplicable si le salarié ne peut bénéficier d'une retraite à taux plein. Un salarié qui, à l'inverse, peut bénéficier d'une retraite à taux plein mais n'a pas encore l'âge conventionnellement

n'entraînent pas la rupture automatique du contrat de travail en raison de la simple atteinte, par le salarié, de l'âge fixé par la clause. En pratique, leur contenu est d'ailleurs très variable puisque certaines peuvent prévoir un âge normal de retraite à partir duquel l'employeur pourra mettre le salarié à la retraite ; d'autres peuvent mettre en place une procédure conventionnelle<sup>149</sup>, fixer une durée de préavis<sup>150</sup> ou bien le montant d'une indemnité de mise à la retraite.

Dans ces conditions, et conformément à l'article précité, ces différentes clauses sont applicables dès lors que, par exemple, elles imposent à l'employeur d'attendre, pour décider d'une mise à la retraite, que le salarié ait atteint un âge déterminé, alors même que les conditions légales de mise à la retraite sont réunies : ainsi, a-il été jugé qu'un employeur ne doit pas pouvoir mettre à la retraite un salarié âgé de 62 ans alors que ce salarié a droit à une pension à taux plein, si une clause de mise à la retraite prévoit que l'âge normal de la retraite est 65 ans. La même solution doit trouver à s'appliquer si une clause prévoit une indemnité de retraite d'un montant plus élevé que celui de l'indemnité prévue par la loi ou bien encore un préavis plus long que celui prévu par le législateur.

Sans doute, il est vrai que la jurisprudence qui s'est développée, sous l'empire de la loi de 1987, en ce qui concerne spécialement les sanctions encourues en cas de violation de ce type de clauses, ne constitue finalement que le reflet des règles posées par la loi elle-même : c'est en effet celle-ci qui prévoyait et qui prévoit encore qu'une

défini pour la retraite, ne peut être mis à la retraite : dans de telles hypothèses, la rupture du contrat devrait être requalifiée en licenciement.

<sup>149</sup> La loi du 30 juillet 1987 n'a prévu de procédure spécifique, ni pour le départ en retraite ni pour la mise en retraite, alors même que les avantages qu'une telle procédure pourrait présenter sont aisés à établir. Dans ce contexte, l'application de dispositions conventionnelles instituant une procédure inspirée, par exemple, de celle applicable en cas de licenciement, est-elle envisageable ? Une distinction semble s'imposer selon qu'une telle procédure conventionnelle concerne une mise à la retraite ou bien un départ à la retraite. D'abord, en effet, une procédure de ce type ne pouvant que se révéler favorable pour un salarié mis à la retraite, devrait, certainement, trouver à s'appliquer. La réponse est moins nette, en revanche, s'agissant du départ volontaire à la retraite du salarié : le principe à appliquer ici étant celui de la liberté de partir en retraite, il semble en effet difficile d'imaginer qu'une clause conventionnelle ou contractuelle puisse obliger le salarié au respect de conditions de forme particulières ; imposer au salarié un formalisme quelconque serait *a priori* moins favorable qu'appliquer l'article L. 122-14-13, al 1.

<sup>150</sup> La seule formalité expressément prévue en matière de rupture du contrat de travail en raison de la survenance de l'âge de la retraite est le respect d'un préavis dont la détermination de la durée est faite par référence à l'article L. 122-6 du Code du Travail.

Dans ces conditions, rien n'interdit de prévoir, conventionnellement ou contractuellement, un délai de préavis différent de celui prévu par la loi ; d'ailleurs, l'article L 122-6 admet lui-même la validité de clauses "conduisant, soit à un délai-congé, soit à une condition d'ancienneté de service plus favorable pour le travailleur intéressé".

Sachant que des risques de discordances entre préavis conventionnel et préavis légal peuvent surgir, s'agissant du départ volontaire en retraite comme de la mise à la retraite, on rappellera seulement ici que le caractère "plus favorable" de la norme s'entend différemment suivant l'auteur de la rupture.

Ainsi, si l'initiative émane du salarié (départ à la retraite), sera considéré comme plus favorable le préavis le plus court et pour lequel les conditions d'ancienneté sont supérieures à celles prévues par la loi

En revanche, si la rupture résulte de l'initiative de l'employeur (mise à la retraite), ce sera le préavis le plus long et les conditions d'ancienneté inférieures aux exigences de la loi qui seront plus favorables au salarié et qui devront donc recevoir application.

mise à la retraite décidée en violation de l'âge conventionnellement fixé doit être requalifiée en un licenciement.

Toutefois, et même s'il est exact que cette jurisprudence n'a fait que mettre en oeuvre la règle légale posée par l'art L 122-14-13 du code du travail, on ne saurait minimiser les apports de cette jurisprudence, aussi bien en ce qui concerne la portée d'une telle requalification (1) que s'agissant de ces effets (2). Surtout, il apparaît que ces solutions jurisprudentielles se sont en définitive révélées favorables au maintien en activité des *seniors*, puisque l'âge conventionnel à respecter ne pouvait s'appliquer que s'il était supérieur à l'âge légal. En effet, cela veut donc dire que, dès lors que l'âge conventionnel était supérieur à l'âge légal, le premier devait être obligatoirement respecté sous peine de voir la mise à la retraite requalifiée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, voire nul<sup>151</sup>. En revanche, si l'âge conventionnel était inférieur à l'âge légal, c'est celui-ci qui, naturellement, devait être respecté. Pour ces raisons, il s'agit donc bien là de solutions jurisprudentielles favorables au maintien en activité des *seniors*.

#### *1) Portée de la requalification de la rupture en cas de violation d'une clause dite « souple »*

Il apparaît en premier lieu que l'une des difficultés auxquelles les juges se sont trouvés confrontés est celle de savoir dans quel cas il fallait, ou pas, procéder à une requalification de la rupture décidée par l'employeur en un licenciement ; plus précisément encore, ce problème était celui soulevé par l'interprétation d'une clause conventionnelle litigieuse, sachant que deux types de difficultés pouvaient en pratique apparaître.

a) D'abord en effet, pouvait se poser la question de l'objet de la clause conventionnelle litigieuse et plus précisément encore celle de savoir si cette clause concernait l'âge de mise à la retraite ou bien si, par exemple, elle avait pour but de faire varier le montant de l'indemnité en fonction de l'âge du salarié dont le contrat était rompu<sup>152</sup>.

<sup>151</sup> CA Paris 27 janvier 2004, RJS 6/04, n°686.

<sup>152</sup> Soc 4 janvier 1996, RJS 2/96, n°181 (« Mais attendu que l'accord national interprofessionnel des VRP ne prévoit pas un âge minimum de mise à la retraite mais se borne à fixer les conditions d'attribution au représentant âgé de plus de 65 ans, d'une indemnité spéciale de mise à la retraite en cas de rupture par l'employeur de son contrat de travail (qu'il en résulte que) la rupture intervenue dans les conditions de l'art L 122-14-13 C.trav. n'est pas un licenciement ») ; Voir aussi Soc 17 octobre 2001, pourvoi n°99-43.621. Rapp Soc 16 février 1999, pourvoi n°96-45.364 « attendu que la Cour d'appel a exactement décidé que les textes invoqués par la salariée n'avaient pas pour objectif de définir l'âge de la retraite ; que le moyen n'est pas fondé » ; Soc 13 février 2002, pourvoi n°99-45.739, « attendu que la cour d'appel a énoncé à bon droit que la convention collective ne prévoyait pas de condition d'âge pour la mise à la retraite et permettait seulement au salarié n'ayant pas atteint l'âge de 65 ans de bénéficier d'une indemnité de 3/10<sup>e</sup> de mois par année ». Rapp Soc 1<sup>er</sup> avril 2003, RJS 6/03, n°728 (« attendu que les dispositions du règlement intérieur de la caisse de retraite du personnel de l'UAP, si elles fixent à 65 ans l'âge auquel tout salarié de l'UAP bénéficie du droit au minimum de retraite UAP, n'ont pas pour objet de régir les conditions de la mise à la retraite » ce dont il résulte que la mise à la retraite était régulière et ne s'analysait pas

b) Autre chose était la question de savoir ce qu'il fallait entendre par la formule « *âge normal de la retraite* » utilisée par certaines conventions collectives. A ce propos, il est vrai qu'en souvenir de la pratique qui s'était développée antérieurement à la fixation de la retraite à 60 ans, cet « âge normal » était généralement fixé à 65 ans. Mais cela impliquait-il pour autant que la mise à la retraite d'un salarié avant cet âge de 65 ans devait s'analyser comme un licenciement ? La jurisprudence ne s'est pas immédiatement stabilisée. En effet, dans un premier temps, elle a décidé qu'en présence d'une clause conventionnelle évoquant « un âge normal de la retraite », un salarié ne pouvait être valablement mis à la retraite avant qu'il ait atteint l'âge de 65 ans<sup>153</sup>. En conséquence, la mise à la retraite d'un salarié n'ayant pas encore atteint l'âge normal de la retraite fixé à 65 ans par une disposition conventionnelle devait s'analyser comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>154</sup>. Mais c'est une autre solution qui, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 21 août 2003, l'emporta. En dernier lieu, les juges ont en effet décidé que si « aucune disposition de la convention collective ne prévoyait que les salariés ne pouvaient être mis à la retraite qu'à l'âge de 65 ans », le salarié mis à la retraite à 60 ans alors qu'il pouvait bénéficier d'une pension à taux plein n'avait pas été licencié mais mis à la retraite<sup>155</sup>. Récemment encore, dans une espèce où une clause conventionnelle prévoyait que « la mise à la retraite peut intervenir à partir de l'âge normal de la retraite fixé par les institutions sociales », ce que la Cour d'appel avait interprété comme visant l'âge de 65 ans, la Cour de cassation a décidé que « le salarié n'avait pas été licencié mais mis à la retraite » dès lors qu'aucune disposition conventionnelle ne prévoyait que les salariés ne pourraient être mis à la retraite qu'à 65 ans<sup>156</sup>.

On observera, d'ailleurs, que des difficultés du même genre devraient apparaître au lendemain de l'adoption de la loi du 21 août 2003. En effet, on sait que, si, jusqu'à présent, des dispositifs conventionnels pouvaient autoriser des mises à la retraite à compter de 60 ans, ce ne pourra plus être le cas à l'avenir. Effectivement, dans la mesure où la loi du 21 août 2003 a reporté à 65 ans l'âge auquel un employeur peut mettre un salarié à la retraite, de telles clauses conventionnelles ou contractuelles autorisant les mises à la retraite à compter de 60 ans seront désormais inopérantes en tant que telles. Par conséquent, pour trouver à s'appliquer, une disposition conventionnelle ou bien contractuelle devra prévoir, désormais, un âge de retraite supérieur à 65 ans. Dans ces conditions, il est probable qu'en présence d'une clause se référant à « un âge normal de la retraite », la jurisprudence retienne l'âge légal de 65 ans.

---

en un licenciement dès lors que l'intéressé pouvait bénéficier d'une retraite à taux plein et remplissait la condition d'âge prévue par l'accord collectif.

<sup>153</sup> Soc 17 janvier 1996, Bull.civ., V, n°16.

<sup>154</sup> Soc 24 novembre 1998, Bull.civ., V, n°516, Soc 8 décembre 1999, pourvoi n°97-43.104.

<sup>155</sup> Soc 23 mai 2000, Bull.civ., V, n°200.

<sup>156</sup> Soc, 29 octobre 2002, RJS 1/03, n°28 . Dans le même sens, voir Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-43.593.



En tout état de cause et à supposer identifié l'objet de la clause conventionnelle litigieuse, quelles sont les conséquences résultant de sa violation ?

2) *Effets de la requalification de la rupture en cas de violation d'une clause dite « souple »*

Comme on va le voir, il est intéressant de noter qu'en ce qui concerne l'hypothèse d'une mise à la retraite prononcée par un employeur alors que l'âge conventionnellement fixé pour ce faire n'était pas atteint, la sanction que les juges ont privilégiée sous l'empire de la loi de 1987 consistait, en fin de compte, en la combinaison de deux règles, l'une d'origine légale, l'autre d'origine jurisprudentielle.

- Il apparaît en premier lieu que, tenu de faire application des dispositions légales, les juges ne pouvaient que requalifier en un licenciement une mise à la retraite prononcée par un employeur en violation de l'art L 122-14-13 du code du travail.<sup>157</sup> Ainsi, sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 21 août 2003 et dans le cas où un texte conventionnel prévoyant un âge de mise à la retraite devait s'appliquer, les juges faisaient prévaloir les principes de solution suivants.

D'abord, il était jugé que l'employeur ne pouvait rompre le contrat avant cet âge conventionnellement fixé quand bien même le salarié pouvait bénéficier du taux plein. Ainsi un employeur ne pouvait-il pas mettre à la retraite un salarié ayant atteint 60 ans et ayant droit à une pension à taux plein si la convention collective applicable ou le contrat de travail précisait que l'employeur ne pouvait mettre un salarié à la retraite avant que celui-ci ait atteint 65 ans<sup>158</sup>. A l'avenir, ce type de solutions devrait, d'ailleurs, continuer à s'appliquer sous réserve que l'âge ainsi conventionnellement fixé soit supérieur à 65 ans.

---

<sup>157</sup> En revanche, tout autre est la situation dans laquelle se trouvait une salariée mise à la retraite au motif qu'elle remplissait les conditions d'âge et de durée de cotisation pour bénéficier d'une retraite à taux plein de la sécurité sociale, mais qui ne remplissait pas les conditions d'ancienneté dans l'entreprise pour bénéficier de la retraite surcomplémentaire mise en place par l'employeur : la salariée, dans ce cas, peut demander réparation du préjudice que lui cause sa mise à la retraite étant entendu que « l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'employeur envers son salarié n'impose pas que l'employeur ait agi dans le but de nuire au salarié mais qu'il suffit qu'il ait manqué à son obligation d'exécution de bonne foi » (Soc 4 juin 2002, TPS 2002, comm, 293).

<sup>158</sup> Soc 7 avril 1994, Bull.civ., V, 93 (art 12 de la convention collective nationale de la bijouterie joaillerie fixant l'âge normal de la retraite à l'initiative de l'employeur : mise à la retraite requalifiée en licenciement) ; Soc 18 janvier 1995, Dr. trav. 1995, comm.62 ; Soc 17 janvier 1996, RJS 3/96, n°270. Dans le même sens, Soc 24 novembre 1998, CSBP 1999, n°108, A12, 75, (ayant relevé que l'employeur n'invoquait, comme cause de rupture du contrat de travail avant l'âge minimum fixé par la convention collective de travail, 65 ans, que le fait que le salarié (63 ans et 4 mois) avait plus de 150 trimestres de cotisations et pouvait bénéficier d'une retraite à taux plein, la cour d'appel a exactement décidé que cette mesure s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. De la même façon, le fait que la CPAM substitue, lorsque le salarié atteint l'âge de 60 ans, une pension de vieillesse à la pension d'invalidité qu'elle lui versait ne dispense pas l'employeur de respecter les conditions prévues par les art L 122-14-12 et L 122-14-13 pour mettre un salarié à la retraite : il en résulte qu'en cas de mise à la retraite d'un salarié avant l'âge prévu par la convention collective applicable, une telle rupture constitue un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc 9 décembre 1998, TPS 1999, comm, 65 ; Dr.soc. 1999, 290).

Rapp Soc 19 janvier 1999, pourvoi n°96-44.132 ; Soc 10 mars 1999, pourvoi n°96-46.292 ; Soc 2 juillet 2002, pourvoi n°00-40. 891 ; Soc 29 janvier 2002, pourvoi n°00-41.162 ; Soc 27 mars 2001, pourvois n°98-45. 858, n°98-45. 857, n°98-45. 856.

Mais, à l'inverse, la mise à la retraite du salarié ne pouvait être envisagée à l'âge conventionnellement fixé si le salarié n'était pas en mesure de bénéficier d'une pension à taux plein : c'est la raison pour laquelle, d'ailleurs, l'âge conventionnel ne pouvait être inférieur à 60 ans puisque, par définition, le salarié ne peut, jusque là, bénéficier d'une pension à taux plein<sup>159</sup>.

Enfin, un employeur n'était pas obligé de mettre à la retraite un salarié ayant atteint l'âge conventionnel de la retraite et ayant droit à une pension à taux plein : il pouvait maintenir les relations contractuelles et ne décider la mise à la retraite du salarié que plusieurs années plus tard<sup>160</sup>.

- Mais allant plus loin que la loi et faisant ici application de principes de solutions d'origine cette fois jurisprudentielle, les magistrats ont encore décidé que la mise à la retraite d'un salarié - pouvant bénéficier d'une pension vieillesse à taux plein mais n'ayant pas atteint l'âge fixé par la convention collective - devait donner lieu au paiement, non seulement de l'indemnité (légale ou conventionnelle) de licenciement<sup>161</sup>, mais également à une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>162</sup>. La raison en est que la Cour de cassation estime que le défaut

---

<sup>159</sup> Soc 25 mars 1992, Bull.civ., V, 131 ; Dans le même sens : « attendu que, selon les dispositions de l'article L. 122-14-13, alinéa 3 C.trav., la décision de mettre à la retraite un salarié qui ne peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein constitue un licenciement ; qu'ayant relevé hors toute dénaturation que l'employeur n'invoquait comme cause de rupture que l'âge du salarié (la convention collective fixant à 60 ans l'âge normal de la retraite) à un moment où il ne pouvait bénéficier d'une telle pension, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » (Cass. soc., 7 mai 1996, Sté Générale c/ Valenza. Dans le même sens, Cass. Soc, 20 janv. 1994, Houpiart c/ SA Banque de la Réunion, arrêt n. 459 D).

<sup>160</sup> Soc 18 novembre 1997, RJS 1/98, n°25 : la mise à la retraite à 60 ans est une possibilité qui peut être retardée autant que l'employeur le souhaite ; la mise à la retraite d'un salarié de 70 ans est bien une mise à la retraite et non un licenciement.

<sup>161</sup> Soc 7 avril 1994, Bull.civ., V, 93 ; Soc 17 janvier 1996, Bull.civ., V, 16. Dans le même sens, Soc 24 avril 2001, Juris-Data, n°2001-009270.

<sup>162</sup> On sait, d'autre part, que la pension d'invalidité d'un salarié, classé en invalidité 2<sup>ème</sup> catégorie, est, en principe, automatiquement transformée en pension de retraite à taux plein par la Sécurité sociale, dès que l'assuré atteint l'âge de 60 ans. Or, ce n'est pas pour autant que le contrat de travail se trouve rompu de sorte que l'employeur ne saurait en aucun cas considérer qu'il y a mise à la retraite automatique. Cela signifie donc qu'il appartient à l'une ou l'autre des parties de prendre l'initiative de la rupture sachant que, dans le cas où l'employeur choisit de le faire, il ne s'agit pas forcément d'une mise à la retraite, dès lors que celle-ci, conformément à l'article L. 122-14-13 du Code du travail, suppose la réunion des conditions suivantes. Le salarié, en premier lieu, doit être en mesure de liquider une retraite à taux plein, sachant d'ailleurs que cette condition se trouve ici *a priori* remplie : on sait en effet qu'en cas d'invalidité, la pension vieillesse est automatiquement accordée au taux plein. Il faut également que la décision de mise à la retraite soit compatible avec les conditions d'âge éventuellement prévues par la convention collective, l'accord collectif ou bien encore le contrat de travail applicable. Or, la mise en œuvre de cette condition a suscité l'interrogation, s'agissant d'une espèce concernant la convention collective des ingénieurs et cadres de la Métallurgie et dont les spécificités, de ce point de vue, étaient les suivantes : celle-ci, en effet, prévoit que l'âge de la retraite est de 65 ans, sans autre précision ; c'est ainsi que, contrairement d'ailleurs à bien d'autres conventions, ce texte ne prévoit aucune mesure particulière concernant des personnes devenues invalides. Saisie d'un litige concernant l'application de ces dispositions conventionnelles, la Cour de cassation a décidé que, dans cette branche d'activité, la rupture d'un contrat de travail intervenant entre 60 et 65 ans, à l'initiative de l'employeur, devait être analysée comme un licenciement (Cass. Soc, 9 décembre 1998, Bull.civ, V, n° 544, Dr.soc. 1999, 290, obs J. Savatier), (Le fait que la CPAM ait substitué, lorsque le salarié a atteint l'âge de 60 ans, une pension de vieillesse à taux plein à la pension d'invalidité qu'elle lui versait ne dispense pas l'employeur de respecter les conditions prévues aux articles L 122-14-12 et L 122-14-13 c.trav pour

d'énonciation d'un motif dans la lettre de rupture comme l'imprécision des motifs invoqués équivalent à une absence de cause réelle et sérieuse de licenciement<sup>163</sup>. En conséquence et dans le cas qui nous intéresse, une lettre de mise à la retraite n'invoquant aucun motif de licenciement, on ne peut qu'en déduire que le licenciement est privé de cause réelle et sérieuse avec les conséquences indemnitaires en résultant. De fait, une étape supplémentaire est en passe d'être franchie puisque, pour la première fois, une Cour d'appel vient de décider que la mise à la retraite d'un salarié avant que ce dernier n'ait atteint l'âge requis par la convention collective ne constitue pas un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais un licenciement nul car fondé sur un motif discriminatoire<sup>164</sup> : sans doute et comme on y reviendra ultérieurement, il s'agit là d'une décision ne faisant, en fin de compte, qu'application des dispositions introduites à l'art L 122-45 C.trav. par la loi du 16 novembre 2001 consacrant l'âge du salarié comme motif de discrimination. Compte tenu de ses conséquences, 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 donc en droit d'obtenir sa réintégration dans l'entreprise.

On conclura avec la remarque suivante. *A priori*, il est vrai que cette jurisprudence qui s'est développée sous l'empire de la loi du 30 juillet 1987 devrait jouer, à l'avenir, un rôle moindre. La raison en est, comme on va maintenant le voir, que la loi du 21 août 2003 décide désormais que la mise à la retraite d'un salarié ne peut plus être prononcée avant que celui-ci ait atteint l'âge de 65 ans ; c'est pourquoi les dispositions conventionnelles prévoyant une mise à la retraite avant cet âge seront donc à l'avenir inefficaces. Toutefois, il faut également savoir qu'admettant des dérogations à ce nouveau principe, la même loi autorise la mise à la retraite de salariés de plus de 60 ans et de moins de 65 ans dans le cas notamment où une convention ou un accord collectif de branche étendu, conclu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008 l'autorise, moyennant des contreparties en termes d'emploi et de formation professionnelle (art L 122-14-13 al 3 nouv code du travail) : cela signifie donc que les solutions adoptées sous l'empire de la loi de 1987 trouveront donc, dans ce cas précis, encore à s'appliquer.

Incontestablement, certaines orientations privilégiées par les juges sous l'empire de loi de 1987 reflètent donc une perte de vitesse des dispositifs de rupture du contrat à raison de l'âge et au premier chef de la mise à la retraite. Or il s'avère que, si de telles solutions traduisent un certain souci de favoriser le maintien en activité des *seniors*, d'autres mesures, préconisées cette fois par le législateur, s'inscrivent apparemment dans cette même logique : preuve en est le fait que certaines solutions, adoptées non

---

mettre un salarié à la retraite. Il en résulte que la mise à la retraite d'un salarié avant l'âge normal prévu par la convention collective, par l'employeur n'invoquant pas d'autre motif que l'application de l'art L 341-15 c.trav, constitue un licenciement sans cause réelle et sérieuse).

<sup>163</sup> Soc 29 novembre 1990, RJS 1/91, n°19 ; J. Béraudo, « L'évolution de la jurisprudence en matière d'énonciation des motifs du licenciement », RJS 4/92, p 231 et s.

<sup>164</sup> CA Paris 27 janvier 2004, RJS 6/04, n°686. Pour plus de développements sur ces questions voir infra, partie II.

plus par les juges mais par le législateur lui-même témoignent d'un certain affaiblissement de ce mode original de rupture du contrat qu'est la mise à la retraite.

### Section 2. Des restrictions d'origine légale

Aux termes de l'article L. 122-14-13, alinéa 3 du code du travail, la mise à la retraite s'entend de la « possibilité donnée à l'entreprise de rompre le contrat de travail d'un salarié qui peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein, au sens du chapitre 1er du titre V du livre III du Code de la sécurité sociale, et qui remplit les conditions d'ouverture à la pension de vieillesse ou, si elles existent, les conditions d'âge prévues par la convention ou l'accord collectif ou le contrat de travail. Si les conditions de mise à la retraite ne sont pas remplies, la rupture du contrat de travail par l'employeur constitue un licenciement ».

Mode *a priori* autonome de rupture du contrat à durée indéterminée, la mise à la retraite d'un salarié par l'employeur n'est donc ni une obligation qui lui est imposée<sup>165</sup>, ni un « droit » qui lui est octroyé mais une possibilité ou faculté dont la mise en œuvre est subordonnée au respect d'un certain nombre de conditions.

Or, il est clair que les modifications apportées aux conditions de la mise à la retraite par la loi du 21 août 2003 constituent une étape significative dans le processus enclenché en vue d'une augmentation du taux d'activité des plus de 50 ans (§1). C'est ce que l'on évoquera avant d'envisager la teneur des droits et indemnités d'un salarié mis à la retraite (§2).

#### *§1 Conditions de la mise à la retraite*

Aucun changement, en premier lieu, ne semble avoir été récemment apporté par le législateur en ce qui concerne la procédure à suivre en cas de mise à la retraite (Sous §1). En revanche, il en va différemment s'agissant des conditions de fond à remplir, les modifications ainsi apportées par le législateur traduisant concrètement sa volonté de retarder l'âge de mise à la retraite afin de favoriser le maintien en activité des *seniors* (sous §2). Reste à savoir si, dans un contexte de prolongation de la vie professionnelle, ces modifications et le nouveau régime de la « mise à la retraite » qui en résulte sont suffisamment protecteurs des salariés vieillissants. Notamment, et comme le suggèrent certains, ne faudrait-il pas analyser les règles relatives à « la

---

<sup>165</sup> Ainsi a-t-il été jugé que la mise à la retraite d'un salarié de 70 ans ne doit pas être requalifiée en un licenciement sous prétexte qu'elle aurait pu être prononcée 5 ans plus tôt (Soc 18 novembre 1997, RJS 1/98, n°26). Dans le même esprit, il a été également jugé que l'arrêt du versement des allocations de préretraite progressive du FNE à un salarié ayant atteint l'âge de 60 ans et justifiant du nombre de trimestres validés au régime général d'assurance vieillesse pour bénéficier de la retraite à taux plein n'emporte pas l'extinction du contrat de travail : cela signifie donc que ne pèsent ni sur le salarié l'obligation de demander sa mise à la retraite, ni sur l'employeur l'obligation de procéder à sa mise à la retraite, ce dont il résulte que le contrat de travail, s'il se poursuit, doit s'exécuter dans les mêmes conditions vis-à-vis de l'employeur que précédemment (Soc, 12 novembre 2002, Bull.civ., n°340, Dr.soc. 2003, 233, obs J. Savatier).

mise à la retraite » à la lumière du respect d'un certain nombre de droits fondamentaux reconnus au plan national et international, comme le principe de la liberté du travail et/ou le principe d'égalité des chances et de traitement ?<sup>166</sup>

### *Sous-§ 1 Exigences procédurales*

Deux situations méritent, de ce point de vue, d'être distinguées : celle dans laquelle le salarié mis à la retraite est un salarié dit « ordinaire » (A) ; celle où il s'agit d'un salarié protégé (B).

#### A) La mise à la retraite d'un salarié ordinaire

Sous réserve que soient réunies les conditions posées par la loi du 30 juillet 1987 telles que modifiées par la loi du 21 août 2003, on peut estimer, comme dit précédemment, que le législateur envisage la mise à la retraite des salariés ordinaires comme un mode autonome de rupture qui ne saurait, *a priori*, être assimilé à un licenciement.

C'est la raison pour laquelle, en premier lieu, la loi ne subordonnant pas la mise à la retraite à une procédure semblable à celle du licenciement, les juges concluent que l'employeur n'est pas tenu de convoquer le salarié à un entretien avant de lui notifier sa mise à la retraite<sup>167</sup>.

Dans le même esprit, les magistrats estiment que, la loi n'exigeant aucunement une cause réelle et sérieuse de rupture, « la décision de l'employeur de mettre à la retraite un salarié n'a pas à être spécialement motivée »<sup>168</sup>. Ainsi, « la mise à la retraite est toujours justifiée lorsque les conditions légales sont satisfaites. Les juges n'ont pas à rechercher quelle est la cause qui a conduit, dans une espèce déterminée, l'employeur à rompre le contrat. L'employeur ne peut être condamné à verser des dommages et intérêts que dans les cas où le salarié pourra établir un abus de droit de l'employeur »<sup>169</sup> : tel peut être le cas si celui-ci procède à une mise à la retraite, juridiquement justifiée, mais dans des conditions abusives (par exemple, injurieuses ou vexatoires)<sup>170</sup>.

<sup>166</sup> En ce sens, PY Verkindt, étude précitée.

<sup>167</sup> Paris, 29 avril 1993, RJS 7/93, n°738 ; Amiens, 19 novembre 1992, RJS 2/93, n°129. On observera cependant que le fait, pour un employeur, de faire précéder la mise à la retraite d'un entretien préalable ne saurait transformer la rupture en un licenciement (CA Aix-en-Provence, 1<sup>er</sup> oct. 1990, Juris-Data n° 052004).

<sup>168</sup> Soc 12 janvier 1993, Dr.soc. 1993, 185, D 1993, Som.com., 255.

<sup>169</sup> J. Pélissier et alii, « Les Grands arrêts du droit du travail », Dalloz, 2004, p 335.

<sup>170</sup> CA Paris 2 avril 2003, RJS 8-9/03, n°1005. Jugé, en revanche, que la dispense de travailler pendant le préavis qui, certes, entraîne un arrêt brutal de l'exercice des fonctions du salarié mis à la retraite mais qui résulte de la volonté de l'employeur de ne pas voir se renouveler, pendant cette période les contestations du salarié » aux décisions prises par la direction ou autres agissements ne confère pas à la décision de mise à la retraite un caractère vexatoire ou abusif (CPH Toulouse, section Encadrement, 13 mars 2003, Minute n°03/125, M Ph Renault/ SA SPOT IMAGE).

Mais si l'employeur n'est pas en principe tenu de respecter la procédure de licenciement, sauf dispositions conventionnelles contraires qui devraient alors s'appliquer comme étant plus favorables au salarié, il ne dispose pas pour autant d'une totale marge de manœuvre.

D'une part, en effet, l'art L 122-14-13 al 4 du code du travail prévoit que le régime de la mise à la retraite comporte une obligation de préavis identique à celle prévue par la loi en cas de licenciement. L'employeur est par ailleurs tenu d'une autre obligation de type procédural, non pas imposée par la loi, mais consacrée par la jurisprudence. Obligation lui est faite, en effet, de notifier la mise à la retraite, cette notification pouvant intervenir avant que le salarié remplisse les conditions requises sous réserve qu'à la date d'expiration du contrat – *ie* à l'échéance du préavis – celles-ci soient réunies. Si aucune motivation n'est alors exigée, la lettre de rupture doit mentionner cependant que le motif de la rupture est la mise à la retraite : à défaut, l'employeur ne saurait valablement invoquer ce motif de rupture, alors même que toutes les conditions requises pour la mise à la retraite seraient réunies. Faute d'une telle précision, la rupture du contrat sera considérée comme un licenciement privé de cause réelle et sérieuse<sup>171</sup> et même aujourd'hui nul en raison de la nouvelle rédaction de l'art L 122-45 du code du travail.

#### B) La mise à la retraite d'un salarié protégé

A la question de savoir si l'employeur est obligé de respecter la procédure de licenciement des représentants du personnel et des délégués syndicaux lorsque la mise à la retraite concerne un salarié protégé, des réponses divergentes ont été apportées dans un premier temps. En effet, la circulaire du 8 septembre 1987 avait répondu par la négative, au motif que la rupture du contrat pour raison d'âge ne constitue pas un licenciement et n'entre donc pas dans le domaine d'intervention de l'autorisation administrative de licenciement<sup>172</sup>. Or, cet argument, approuvé par certains<sup>173</sup>, critiqué par d'autres<sup>174</sup>, ne pouvait emporter la conviction. On sait en effet que, depuis 1974, la Cour de cassation décide que la procédure spéciale de licenciement, instituant une protection exceptionnelle et exorbitante de droit commun « interdit à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du

---

<sup>171</sup> Soc 9 mars 1999, RJS 4/99, n°504 (l'employeur motive la cessation des relations de travail en invoquant l'échéance du terme du CDD. Le contrat est requalifié en CDI ; la lettre de l'employeur ne mentionnant pas la mise à la retraite comme motif de rupture, le salarié obtient des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse).

<sup>172</sup> Circ Min n°87-10, du 8 septembre 1987.

<sup>173</sup> H Blaise, « Le départ à la retraite », BS Lefebvre, 1987, p. 502.

<sup>174</sup> F. Saramito, « Âge de la retraite et fin du contrat de travail », DO 1988, p. 219; J Savatier: Dr. soc. 1987; p. 725 ; G. Lyon-Caen et J. Pélissier, Droit du travail, Précis Dalloz, 1992, n° 266 ; B. Teyssié, Droit du travail, Litec, T 2, 1993, n° 399.

contrat de travail »<sup>175</sup>. Dès lors, ce principe, entraînant l'exclusion de la résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié protégé à l'initiative de l'employeur, devait également imposer à celui-ci d'obtenir une autorisation administrative avant de mettre à la retraite un représentant du personnel ou bien un représentant syndical. Après avoir hésité<sup>176</sup>, c'est à cette conclusion que la Cour de cassation est d'ailleurs parvenue, en décidant que la mise à la retraite d'un salarié protégé sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail doit s'analyser en un licenciement nul<sup>177</sup>.

Il en résulte qu'un employeur envisageant de mettre à la retraite un salarié titulaire d'un mandat doit consulter le comité d'entreprise ainsi que solliciter l'autorisation, auprès de l'inspecteur du travail, de procéder à cette mise à la retraite : l'inspecteur saisi devra alors vérifier que les conditions pour une mise à la retraite sont bien remplies, que le salarié n'est pas victime d'une mesure discriminatoire, sachant encore qu'il peut refuser cette autorisation pour un motif d'intérêt général<sup>178</sup>.

A défaut, la rupture du contrat du salarié protégé sera nulle, sachant d'ailleurs qu'une telle nullité sera lourde de conséquences pour l'employeur. En premier lieu, sera sanctionnée la méconnaissance du statut protecteur, sachant que cette sanction est égale au montant des salaires dont le salarié a été privé depuis son éviction jusqu'à la fin de la période de protection lorsque le salarié n'a pas été réintégré<sup>179</sup>. D'autre part, le salarié non réintégré aura droit aux indemnités de rupture et à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'art L 122-14-4<sup>180</sup>.

### *Sous-§ 2 Conditions de fond*

Aux termes de l'article L 122-14-13, alinéa 3 du code du travail, plusieurs conditions de fond doivent être en principe réunies pour que soit justifiée une décision patronale de mise à la retraite. Or, de ce point de vue, il est clair que certaines des nouvelles mesures adoptées par le législateur dans la loi du 21 août 2003 traduisent sa volonté d'œuvrer en faveur du maintien dans leur emploi des travailleurs vieillissants, encore qu'il ne semble pas véritablement être allé jusqu'au bout de sa logique.

---

<sup>175</sup> Cass. Ch. mixte, 21 juin 1974, JCP 1974, éd. G, II, 17801, concl Touffait. Cass. Ass Plén., 28 janv.1983, D 1983, p. 269, concl Cabannes.

<sup>176</sup> Pour un rappel de ces hésitations, voir Lamy Social 2003, n°1556.

<sup>177</sup> Soc 13 novembre 2001, RJS 2001, n°55 ; Soc 5 mars 1996, RJS 4/96, n°422 ; Soc 10 décembre 2003, TPS 03/04, 21.

<sup>178</sup> Instr Min n°96-7, 23 mai 1996.

<sup>179</sup> Soc 13 novembre 2001, Soc 10 décembre 2003, préc.

<sup>180</sup> Soc 13 novembre 2001, Soc 10 décembre 2003, préc.

En effet, jusqu'à présent, un employeur ne pouvait décider de la mise à la retraite d'un salarié que sous réserve du respect des deux conditions suivantes. D'une part, le salarié devait avoir atteint l'âge de 60 ans ou bien un âge supérieur prévu par un texte conventionnel sous réserve que cet âge ne constitue pas une cause de cessation de plein droit du contrat<sup>181</sup>. D'autre part, le salarié devait remplir les conditions posées par le Code de la Sécurité sociale pour bénéficier d'une retraite à taux plein, sachant que tel était le cas dans deux hypothèses : soit, parce que le salarié disposait d'une durée d'assurance suffisante, soit parce qu'il atteignait l'âge de 65 ans<sup>182</sup>.

Or, comme on l'a fait valoir, « maintenir cette règle tout en plaidant pour l'augmentation du taux d'emploi des salarié âgés était contradictoire. La conserver tout en affirmant qu'il fallait laisser le libre choix au salarié de travailler plus longtemps s'il le désirait était intenable sauf à reconnaître que la liberté ardemment invoquée était à sens unique »<sup>183</sup>. C'est la raison pour laquelle le législateur a logiquement décidé que, désormais, un employeur ne pourra mettre un salarié à la retraite avant l'âge de 65 ans, « âge à partir duquel un salarié peut bénéficier d'une retraite à taux plein quelle que soit sa durée d'assurance ». Par conséquent, l'âge auquel un employeur peut mettre d'office un salarié à la retraite est aujourd'hui reporté de 60 à 65 ans<sup>184</sup>, quelle que soit sa durée d'assurance. La sanction du non respect de cette disposition est la requalification en licenciement (art L 112-14-13 al 4) qui, en toute logique, devrait être considéré comme discriminatoire puisque fondé sur l'âge, donc nul<sup>185</sup>.

Sans doute, on peut alors estimer que la portée de ce nouveau principe - aux termes duquel une mise à la retraite ne peut plus intervenir avant 65 ans - se trouve en pratique affectée par un certain nombre de dérogations, et conclure au caractère inachevé de la réforme. En effet, et comme on y reviendra ultérieurement<sup>186</sup>, on ne

---

<sup>181</sup> Auquel cas il s'agirait d'une clause couperet interdite.

A ce propos, on rappellera que, jusqu'à présent, ces dispositifs conventionnels pouvaient autoriser des mises à la retraite à compter de 60 ans. A l'avenir, ce ne pourra plus être le cas. En effet, dans la mesure où la loi du 21 août 2003 a reporté à 65 ans l'âge auquel un employeur peut mettre un salarié à la retraite, de telles clauses conventionnelles ou contractuelles autorisant les mises à la retraite à compter de 60 ans seront, comme dit précédemment, inopérantes en tant que telles. La raison en est que ce nouveau principe selon lequel la mise à la retraite ne peut pas intervenir avant 65 ans devra être respecté, peu important qu'une convention collective en vigueur autorise une mise à la retraite avant cet âge. Pour trouver à s'appliquer, une disposition conventionnelle ou bien contractuelle devra donc prévoir, désormais, un âge de retraite supérieur à 65 ans, sauf une hypothèse : il s'agit de celle dans laquelle une convention ou un accord de branche étendu conclu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008 (art L 122-14-13 al 3 nouveau) autorisera la mise à la retraite de salariés de plus de 60 ans et de moins de 65 ans, moyennant des contreparties en termes d'emploi et de formation professionnelle.

<sup>182</sup> Ainsi jugé que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse lorsqu'un employeur n'invoque comme cause de rupture que l'âge du salarié à un moment où celui-ci ne peut bénéficier d'une pension à taux plein (Soc 25 mars 1992, RJS 5/92, n°589). Dans le même sens, Soc 2 mai 2000, pourvoi n°97-42.728 ; Soc 6 février 2001, pourvoi n°98-46.484.

<sup>183</sup> PY Verkindt, « Emploi, chômage et retraite : le chantier ne fait que commencer », Dr.soc. 2003, p 948.

<sup>184</sup> Art 16 de la loi du 21 août modifiant l'article L 122-14-13 C.trav.

<sup>185</sup> Sur cette question, voir partie II.

<sup>186</sup> Voir chapitre II, Section II



saurait occulter le fait que, dans un certain nombre d'hypothèses, une mise à la retraite sera possible entre 60 et 65 ans<sup>187</sup>.

Ce sera d'abord le cas si une convention ou un accord collectif étendu conclu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008 autorise la mise à la retraite à un âge inférieur à 65 ans – sans être, nous semble-t-il, en-deçà de 60 ans<sup>188</sup> – dès lors que le salarié remplit les conditions pour bénéficier d'une pension à taux plein et sous réserve que ce texte conventionnel prévoit des contreparties en terme d'emploi et de formation professionnelle<sup>189</sup>.

Par ailleurs, la mise à la retraite d'un salarié remplissant les conditions pour bénéficier d'une pension à taux plein pourra également intervenir entre 60 et 65 ans, si elle est prononcée dans le cadre de l'un des dispositifs suivants : soit d'une cessation d'activité en application d'un accord professionnel mentionné à l'art L 352-3 du code du travail comme le dispositif CATS ; soit d'une cessation d'activité dans le cadre d'une préretraite progressive FNE, étant entendu que ce dispositif doit être abrogé à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005 ; soit, enfin, dans le cadre d'une cessation d'activité intervenant en application de tout autre avantage de préretraite défini antérieurement au 22 août 2003, et issu, notamment, d'une préretraite d'entreprise.

Toutefois en dépit de ces limites, il reste incontestable que cette décision de reculer à 65 ans l'âge de la mise à la retraite constitue l'une des mesures phares d'une loi *a priori* entièrement sous-tendue par la volonté de favoriser le maintien en activité des travailleurs vieillissants. La France, d'ailleurs, n'est pas le seul pays à avoir choisi de retarder l'âge de la retraite dans le but d'encourager un tel maintien<sup>190</sup>.

Deux remarques à ce stade.

- S'agissant en premier lieu de la date à laquelle il convient de se placer pour apprécier l'existence et la réunion des conditions posées par l'article L 122-14-13, alinéa 3, il s'agit de *la date de cessation du contrat*, c'est-à-dire de la date d'expiration du préavis même non exécuté<sup>191</sup> : il en résulte qu'un employeur peut valablement notifier une mise à la retraite alors que les conditions ne sont pas réunies dès lors qu'à l'expiration du préavis elles existeront.
- Quant à la preuve de la réunion des conditions de la mise à la retraite, la charge de cette preuve repose, en principe, sur l'employeur. C'est donc à celui-ci, se prévalant de la possibilité donnée à l'entreprise de mettre un salarié à la

<sup>187</sup> Art L 122-14-13 al 3 c.trav

<sup>188</sup> Sur ce point, voir supra, p 15 à 17

<sup>189</sup> Cela signifie donc qu'une convention collective fixant seulement l'âge de la mise à la retraite à 60 ans ne saurait servir d'appui, en l'absence de contrepartie, telle que, par exemple, l'engagement de procéder à une embauche consécutivement à toute mise à la retraite (voir infra chapitre II) . Pour des exemples d'accords, voir Liaisons Soc, Nov 2004, p 83

<sup>190</sup> Rapport COR, « Age et travail », 2001, p 175

<sup>191</sup> Cass. Soc, 31 janv. 1996, Bull.civ., V, n°36, RJS 1996, n°271, D 1996, SC, 66. CA Versailles 30 octobre 2003, 17° Ch, RJS 2/04, n°201.

retraite de rapporter la preuve que les conditions requises sont bien remplies. Il appartient donc à l'employeur de demander au salarié les éléments d'information nécessaires et, spécialement, la communication du compte que les caisses et organismes gestionnaires des régimes de base obligatoires d'assurance vieillesse doivent envoyer à leurs assurés lorsqu'ils atteignent l'âge de 59 ans (Code sécu.soc, art. L. 161-17, al. 2 et R 161-10). Est-ce à dire, cependant, que le salarié peut rester passif et se prévaloir éventuellement de l'absence de preuves suffisantes produites par l'employeur pour contester la décision de mise à la retraite prise par celui-ci ? Dans la mesure où les caisses sont tenues par le secret professionnel et ne peuvent donc pas communiquer le relevé de carrière d'un salarié à un tiers et que, par ailleurs, la loi ne contraint pas celui-ci à fournir ces informations alors que ce comportement peut créer une situation difficile pour l'employeur, les juges du fond ont choisi de tempérer le principe posé par la Cour Suprême. S'appuyant sur l'article 145 NCPC<sup>192</sup>, ils ont posé la règle suivante : l'intention de l'employeur de mettre à la retraite un salarié constituant un motif légitime, le juge des référés peut ordonner au salarié de communiquer à l'employeur son relevé de carrière, si le premier refuse de transmettre tous renseignements utiles au second<sup>193</sup>. Dans ce contexte, il faut évoquer le rapport consacré par le Conseil d'orientation des retraites à « l'information des assurés sur leurs droits individuels à pension »<sup>194</sup>.

Dès lors, et à supposer une mise à la retraite prononcée à bon droit, quels effets entraîne ce type de rupture du contrat ?

## *§ 2 Droits et indemnités du salarié mis à la retraite*

S'agissant des droits et indemnités du salarié mis à la retraite, celui-ci a droit, en premier lieu, à un préavis dont la durée est identique à celle du préavis légal de licenciement, sauf disposition conventionnelle ou contractuelle contraire, c'est-à-dire prévoyant un délai de prévenance plus important<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> aux termes duquel le juge des référés peut ordonner la production d'une pièce détenue par une partie, s'il existe un motif légitime d'établir, avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

<sup>193</sup> CA Versailles, 5<sup>e</sup> Ch B, 20 février 2003, n°02/02286, SSL du 19 mai 2003, n°1123, p 12.

<sup>194</sup> COR, Rapport sur le droit à information des assurés, Liais Soc Bref social, 16 septembre 2003, n°13969, p 2.

<sup>195</sup> Il a été jugé que l'inobservation du préavis conventionnel en matière de mise à la retraite n'entraîne pas la requalification de la rupture en licenciement abusif. La violation de l'obligation faite à l'employeur d'informer le salarié de son intention de poursuivre ou non la relation de travail après l'âge conventionnellement prévu pour la retraite a pour seul effet de différer la prise d'effet de la retraite (Soc 18 juillet 2000, TPS 2000, comm 352 ; Juris Data n°2000-003042).

Il a également droit, « sous réserve des dispositions plus favorables en matière d'indemnité de mise à la retraite contenues dans une convention ou dans un accord collectif ou dans un contrat de travail, au versement d'une indemnité de mise à la retraite équivalente, soit à l'indemnité de licenciement prévue par l'article 5 de l'accord annexé à la loi du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle s'il remplit les conditions fixées pour en bénéficier, soit à l'indemnité minimum de licenciement prévue à l'article L 122-9 du code du travail ».

Comme on va le voir, cette indemnité de mise à la retraite, - qualifiée par l'article L.122-14-13, alinéa 2 Ctrav d'« *indemnité de départ à la retraite* » - présente un caractère indemnitaire accentué du fait que l'employeur prend l'initiative de la rupture du contrat. On va en examiner le montant (A) et le régime (B) avant d'envisager la question de son éventuel cumul avec d'autres prestations dues par l'employeur (C).

A) S'agissant du montant de l'indemnité de mise à la retraite, l'article L 122-14-13 prévoit que le salarié concerné doit percevoir une indemnité qui ne peut être inférieure au montant le plus favorable des trois indemnités suivantes :

- indemnité prévue par l'article 5 de l'accord annexé à la loi du 19 janvier 1978 s'il remplit les conditions fixées pour en bénéficier ;
- indemnité minimum de licenciement prévue à l'article L 122-9 du code du travail ;
- indemnité de mise à la retraite prévue par une convention collective ou par le contrat de travail, si plus favorables.

Or, depuis un décret du 3 mai 2003 pris en application de la loi du 17 janvier 2002 et reprenant l'accord de mensualisation de 1978, il résulte de la combinaison des articles L 122-9 et R 122-2 CTrav, les principes de solution suivants :

- en-deçà de 10 années d'ancienneté, le montant de l'indemnité de licenciement ne peut être inférieur à un dixième de mois de salaire par année d'ancienneté ;
- à partir de 10 ans d'ancienneté, cette indemnité minimum est de deux dixièmes de mois de salaire, plus deux quinzièmes de mois par année d'ancienneté au-delà de 10 ans.

En outre, un doublement de ces taux est prévu en cas de licenciement prononcé pour un motif économique.

En conséquence, et s'agissant du montant de l'indemnité de mise à la retraite, il ne convient plus, désormais, que de comparer, en premier lieu, le montant de l'indemnité légale de licenciement - tel qu'il résulte des art L 122-9 et R 122-2 - et celui d'une éventuelle indemnité conventionnelle de mise à la retraite et, dans un second temps, de retenir le plus élevé des deux.

#### B) Régime de l'indemnité de mise à la retraite

Lorsque la mise à la retraite est le fait de l'employeur, l'indemnité qu'il doit verser au salarié en application de l'article L.122-14-13, alinéa 2, est généralement plus élevée que celle accordée par le premier alinéa de l'article L. 122-14-13 en cas de départ volontaire en retraite et se distingue assez largement de celle-ci : la raison en est que la finalité de la première, à la différence de la seconde, est de pallier les effets de la perte de l'emploi, ce qui explique son caractère indemnitaire marqué. On distinguera le régime fiscal (1) de l'indemnité de mise à la retraite de son régime social (2).

### *1) Régime fiscal de l'indemnité de mise à la retraite*

Alors que des distinctions étaient jusqu'à présent opérées entre départ à la retraite à l'initiative du salarié, mise à la retraite par l'employeur, départ en préretraite ou bien encore cessation d'activité dans le cadre d'un dispositif conventionnel<sup>196</sup>, la loi de finance pour 2000 du 30 décembre 1999<sup>197</sup>, codifiée à l'article 80 duodécies-1 du Code général des impôts a posé comme principe que toute indemnité versée aux salariés à l'occasion de la rupture de leur contrat de travail constitue *a priori* une rémunération imposable. Toutes les indemnités susceptibles d'être perçues à l'occasion de la rupture du contrat de travail (licenciement, démission, départ à la retraite), sont donc visées sous réserve, cependant, des exceptions prévues par la loi et de la mise en œuvre de la limite légale d'exonération<sup>198</sup>.

Sachant que, lorsque les conditions de mise à la retraite ne sont pas remplies, la rupture du contrat de travail par l'employeur constitue un licenciement, il faut distinguer ici deux situations. En effet, le régime fiscal des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat diffère selon que cette rupture s'analyse en une mise à la retraite (a) ou bien en un licenciement (b).

#### *a) en cas de rupture analysée comme une mise à la retraite*

Dans ce cas, le salarié sera exonéré dans la limite la plus élevée des trois montants suivants :

- du montant légal ou du montant résultant d'une convention de branche, d'un accord professionnel ou interprofessionnel de l'indemnité de mise à la retraite sans limitation ;
- de la moitié de l'indemnité dans la limite de 183 000 euros ;
- du double de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédente sans excéder 183 000 euros.

#### *b) en cas de rupture analysée comme un licenciement*

---

<sup>196</sup> Pour un rappel du régime ancien, concernant le statut fiscal des indemnités de départ à la retraite ou en préretraite, voir Mise à jour du 15 octobre 2002, Juris-Classeur Travail Traité, 30-25.

<sup>197</sup> JO du 31 décembre 1999.

<sup>198</sup> voir tableau récapitulatif du régime fiscal et social des indemnités de rupture du contrat de travail, Liaisons Sociales Mai 2004.

Ici, le salarié bénéficiera d'une exonération dans la limite la plus élevée des trois montants suivants :

- du montant légal ou conventionnel de l'indemnité perçue, sans limitation ;
- de la moitié de l'indemnité dans la limite de 366 000 euros ;
- du double de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédente sans excéder 366 000 euros.

A noter cependant que l'exonération est totale lorsque l'indemnité est versée dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

## 2) Régime social de l'indemnité de mise à la retraite

Pour les mêmes raisons que celles évoquées précédemment, il convient de distinguer deux hypothèses, selon que la rupture du contrat s'analyse en une mise à la retraite (a) ou bien en un licenciement (b).

### *a) en cas de rupture du contrat analysée comme une mise à la retraite*

S'agissant du régime social des indemnités versées dans une telle hypothèse, il faut distinguer deux situations :

- d'abord, les *indemnités de mise à la retraite inférieures ou égales au minimum légal ou conventionnel prévu en cas de départ à la retraite* sont exonérées de cotisations, de CSG et de CRDS, et cette règle d'exonération profite aussi bien à l'employeur qu'au salarié :
- en revanche, les *indemnités de mise à la retraite dépassant ce montant légal ou conventionnel* sont exonérées de cotisations à hauteur du plus élevé des deux montants suivants :
  - soit la moitié du total de l'indemnité versée, dans la limite de 183 000 euros
  - soit le double de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture du contrat de travail, sans que ces deux limites puissent excéder une somme fixée au quart de la première tranche du barème de l'impôt de solidarité sur la fortune, soit 183 000 euros.

Présentant un caractère indemnitaire et ne revêtant donc pas une nature salariale, l'indemnité de mise à la retraite n'est pas soumise à la prescription quinquennale de l'article L. 143-14 du Code du travail, et ne bénéficie pas des garanties de paiement. En revanche, son montant est couvert par l'assurance des créances de salaires en cas de redressement ou de liquidation judiciaire.

### *b) en cas de rupture du contrat analysée comme un licenciement*

S'agissant du régime social des indemnités versées dans une telle hypothèse, il faut ici encore distinguer deux cas :

- les indemnités de licenciement sont exonérées de cotisations, de CSG et de CRDS dans la limite de leur montant légal ou du montant résultant d'une convention de branche, d'un accord professionnel ou interprofessionnel ;
- la fraction excédentaire est exonérée de cotisations à hauteur du plus élevé des deux montants suivants :
  - soit la moitié du total de l'indemnité versée, dans la limite de 366 000 euros ;
  - soit le double de la rémunération brute annuelle perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture du contrat de travail, sans que ces limites puissent dépasser la moitié de la première tranche du barème de l'impôt sur la fortune, soit 366 000 euros.

### C) Éventuel cumul avec d'autres indemnités

L'indemnité de mise à la retraite peut-elle se cumuler avec d'autres indemnités ? La Cour de Cassation s'est prononcée sur ces hypothèses de cumul, mettant notamment en cause l'indemnité de clientèle de l'article L. 751-9 du Code du travail et l'indemnité compensatrice de clause de non-concurrence.

- En premier lieu, la Cour de cassation<sup>199</sup> estime qu'en cas de mise à la retraite d'un VRP par l'employeur, indemnité de clientèle et indemnité de mise à la retraite ne sauraient se cumuler, seule la plus élevée étant due.

- En revanche, la Cour de cassation retient une solution différente en ce qui concerne l'indemnité compensatrice de clause de non-concurrence. Dans une espèce concernant le départ à la retraite d'un salarié, la Cour a en effet admis, dans un arrêt du 21 mai 1996<sup>200</sup>, que le salarié puisse prétendre à l'indemnité compensatrice de clause de non-concurrence dès lors qu'il n'a pas été régulièrement libéré de cette clause par l'employeur, au motif que le départ à la retraite n'interdit pas la reprise d'une activité professionnelle<sup>201</sup>.

Au terme de cette analyse, il apparaît donc que, dans le but de favoriser le maintien en activité des *seniors*, les juges - sous l'empire de la loi du 30 juillet 1987 - mais également le législateur - dans le cadre de la loi du 21 août 2003 - ont tenté et tentent encore de limiter, de différentes façons, la portée des dispositifs autorisant la rupture d'un contrat à raison de l'âge. Pour autant, loin s'en faut qu'il s'agisse-là de choix univoques. Bien au contraire, on est frappé par l'ambivalence des solutions en réalité applicables dès lors que certaines d'entre elles s'inscrivent en faux avec cette volonté affichée de maintien en activité des travailleurs vieillissants : on constate, plus précisément encore, que le maintien, par la loi de 2003, de certains dispositifs au même titre que l'adoption, par ce texte, de certaines règles sont susceptibles

<sup>199</sup> Cass. Soc, 21 juin 1995, Bull. civ, V, n° 210; RJS 1995, n° 968

<sup>200</sup> Voir supra, RJS 1996, n°790

<sup>201</sup> V. Cass. Soc, 21 juin 1995, Bull. civ., V, n°207

d'autoriser aujourd'hui encore de nombreuses ruptures du contrat de travail, avant l'heure et à raison de l'âge.

## Chapitre II Des exceptions notables

Du cumul emploi-retraite au renchérissement du coût des préretraites, de l'instauration d'une surcote incitant les *seniors* ayant la durée d'assurance nécessaire pour bénéficier d'une pension à taux plein à prolonger leur activité au-delà de 60 ans à l'impossibilité pour l'employeur de procéder à une mise à la retraite d'office avant 65 ans : c'est donc 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, cette mesure phare de la réforme que constitue l'interdiction faite à un employeur de mettre à la retraite d'office un salarié de 60 ans qui aurait les trimestres requis pour bénéficier d'une pension à taux plein, pourrait ne pas avoir toute la portée espérée : une première raison tient au champ d'application en réalité circonscrit du dispositif légal (section I) ; la seconde est relative au rôle important laissé aux partenaires sociaux par la loi Fillon du 21 août 2003 (section II).

### Section I L'exclusion des entreprises à statut du dispositif légal de la mise à la retraite

S'agissant du champ d'application du régime légal, il est *a priori* très large, dès lors que l'article L 122-14-13 du code du Travail a vocation à s'appliquer à tous les titulaires d'un contrat de travail, *quelle que soit la nature de l'activité de l'employeur*. Pour autant, tout porte à croire que ce champ est, en réalité, doublement limité, de sorte que la politique à la fois jurisprudentielle et légale d'encadrement du dispositif de la mise à la retraite n'a donc pas vocation à s'appliquer en toutes hypothèses.

D'abord, en effet, il semble que la localisation de ce texte dans la section II du chapitre II du titre II du Livre 1er du Code du travail en limite l'application aux seuls *contrats de travail à durée indéterminée*. La raison en est que le départ en retraite et la mise à la retraite peuvent s'analyser comme l'exercice, par chacune des parties au contrat, de sa faculté unilatérale de résiliation. Or, l'on sait, s'agissant d'un contrat à durée déterminée, que les cas de rupture anticipée sont limitativement énumérés par le législateur et que l'âge du salarié n'en faisant pas partie, il ne saurait donc constituer une cause de rupture avant terme<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> La rupture avant terme ne peut résulter, selon l'article L. 122-3-8, que de l'accord des parties, d'un cas de force majeure, ou bien d'une faute grave d'une partie. Tout autre motif doit être écarté, ainsi, par exemple, l'insuffisance professionnelle.

Surtout, une autre question doit être évoquée, qui est celle de la compatibilité entre, d'une part, les articles L122-14-13 et L 122-14-12 du Code du travail et, d'autre part, l'application de statuts particuliers.

A ce propos, il est vrai que, dans la mesure où ils figurent dans la section II (concernant la résiliation du contrat à durée indéterminée) du chapitre II du Titre II du Code du travail, les articles L 122-14-12 et L 122-14-13 sont applicables aux entreprises et entités visées par l'article L 120-1, de sorte que sont donc *a priori* concernées par la loi du 30 juillet 1987, non seulement les entreprises du secteur privé, mais également certaines catégories de personnel du secteur public lorsqu'elles relèvent du Code du travail. C'est ainsi que - les salariés des entreprises publiques et établissements publics industriels et commerciaux étant unis à leur employeur par un contrat de travail de droit privé dont le contentieux relève de la juridiction prud'homale<sup>203</sup> - on pourrait en déduire que leurs contrats sont soumis aux dispositions de la législation du travail, et notamment, aux articles L 122-14-12 et L 122-14-13.

Or, tel n'est pas le cas, ce dont il résulte que les restrictions concernant le dispositif de la mise à la retraite n'ont pas vocation à s'appliquer aux travailleurs exerçant leur activité professionnelle dans des entreprises publiques à statut.

Un rappel des particularités présentées par le régime juridique applicable aux personnels des entreprises publiques à statut s'impose (§1), avant de montrer en quoi les solutions jurisprudentielles qui, sous l'empire de la loi de 1987 et au cours de la période étudiée, ont été adoptées concernant les modalités de mise à la retraite de cette catégorie de personnels ne s'inscrivent pas dans une logique favorable au maintien en activité des *seniors* (§2).

### *§1 Le droit applicable aux travailleurs exerçant leur activité professionnelle dans le secteur public*

S'agissant du régime juridique applicable aux travailleurs exerçant leur activité professionnelle dans le secteur public, la diversité est la règle.

D'un côté en effet, on trouve une première catégorie de travailleurs pour lesquels le droit social ne s'applique qu'à la marge. C'est d'abord le cas du personnel fonctionnaire de l'Etat et des collectivités publiques qui - se trouvant dans une situation réglementaire et définie unilatéralement par les pouvoirs publics - échappe ainsi au droit du travail. Quant aux agents publics n'ayant pas la qualité de fonctionnaires, ils sont, à la différence de ceux-ci, unis à leur employeur par un

---

<sup>203</sup> Il n'y a d'exception que pour le directeur chargé de l'ensemble des services et l'agent comptable, lesquels sont des agents publics.



contrat mais qui relève du droit public et non du droit du travail<sup>204</sup> : c'est la raison pour laquelle la condition du contractuel de droit public est donc soustraite au droit du travail sous réserve, néanmoins, de l'application « des principes généraux du droit du travail »<sup>205</sup>.

Dans ces conditions, cette première catégorie de travailleurs évoluant dans le secteur public s'oppose nettement à un autre groupe auquel, au contraire, le droit du travail s'applique largement. Sont en premier lieu concernés les salariés des entreprises nationalisées dès lors que leur entreprise ne gère pas un service public et *a fortiori* ceux employés dans des sociétés d'économie mixte : ici en effet, s'applique purement et simplement le droit commun du travail. Mais une autre catégorie de travailleurs doit être également évoquée, encore que les règles applicables ici se révèlent plus complexes que dans le cas précédent : il faut en effet savoir que le régime juridique applicable au personnel de certaines entreprises publiques à statut est composite pour les raisons suivantes.

En premier lieu et à l'instar de ceux des sociétés à capital public et des sociétés d'économie mixte, les agents des établissements publics chargés d'un service public industriel et commercial sont liés à leur employeur par un contrat de travail de droit privé<sup>206</sup>. Il en résulte que ces salariés sont en principe soumis au Code du travail - sous réserve de certaines dispositions particulières<sup>207</sup> - et que les litiges individuels les opposant à leur employeur relèvent de la compétence des juridictions judiciaires<sup>208</sup>. Par exception à ce principe, seuls sont agents publics le directeur chargé de l'ensemble des services et l'agent comptable<sup>209</sup>.

Mais simultanément, beaucoup de ces salariés des services publics industriels et commerciaux sont également soumis à un statut du personnel, coexistant donc avec le contrat de travail. Il s'agit là d'un texte - voire d'un ensemble de textes - dont les dispositions ne s'incorporent pas dans le contrat de travail<sup>210</sup>. Ce statut est de nature réglementaire ce dont il résulte que, si une question relative à sa légalité est soulevée

---

<sup>204</sup> TC, *Berkani*, 25 mars 1996, « Les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quelles que soient la nature et les conditions de leurs emplois », Rec, p 535, concl Ph Martin, La Cour de Cassation (Soc 18 juin 1996, BULL.CIV., V, n°249) et le Conseil d'Etat (26 juin 1996, *Céreste*, Rec, p 246) adoptent la même solution.

<sup>205</sup> C'est ainsi que le Conseil d'Etat a déclaré applicables à tous les agents non-titulaires : l'interdiction de licencier une femme enceinte (CE 8 juin 1973, *Dame Peynet*, Rec, p 406 concl Grevisse) ; de verser une rémunération inférieure au SMIC (CE 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*, Rec, 152, concl Labetoulle) ; ou encore de prononcer une sanction pécuniaire (CE 1<sup>er</sup> juillet 1988, *Billard et Volle*, Dr.soc. 1988, 775, concl van Ruymbeke).

<sup>206</sup> CE 15 décembre 1967, *Level*, D 1968, 387, note G. Leclercq ; CE 19 juin 1981, *Lesage et autres*, D 1981, IR, 519, obs Delvolvé ; Soc 22 mai 1995, Bull.civ., V, n°165.

<sup>207</sup> Par exemple, en ce qui concerne la représentation élue du personnel (art L 421-1 al 6 C.trav., art L 431-1 al 4 C.trav.) ; la représentation syndicale (art L 412-22 C.trav.) ou bien encore les modalités d'exercice du droit d'expression (art L 462-1 C.trav.).

<sup>208</sup> TC 12 février 1953, DO 1953, 283 ; 26 octobre 1981, *Grostin*, DO 1982, 37 ; Soc 28 juin 1958, Bull.Civ, IV, n°283 ; 22 mai 1995, Bull.civ., V, n°165.

<sup>209</sup> CE 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, D 1957, 378, note A de Laubadère.

<sup>210</sup> Soc 11 octobre 1995, *Priou*, Dr.soc. 1995, 1042, obs J. Savatier.

devant une juridiction judiciaire, celle-ci doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction administrative se soit prononcée<sup>211</sup>.

Or, il s'avère qu'une telle situation peut être source de conflits entre dispositions statutaires et normes légales, cette première cause d'insécurité juridique étant d'ailleurs accrue par le fait que ce type de conflits ne semblent pas tranchés identiquement par le Conseil d'Etat (A) et la Cour de Cassation (B).

A) La position du Conseil d'Etat, en premier lieu, résulte des trois principes de solution suivants :

- selon lui, les dispositions du Code du travail ne sont susceptibles de jouer que dans le silence du statut ou bien encore lorsqu'elles prévoient expressément de s'appliquer aux entreprises publiques à statut<sup>212</sup> ;
- hors ces hypothèses, seul le statut doit s'appliquer, sous réserve néanmoins du respect des principes généraux issus du droit du travail<sup>213</sup> ;
- en tout état de cause, l'application du droit du travail comme celle des principes généraux du droit du travail peuvent être écartées si elles s'avèrent « incompatible avec les nécessités du service public »<sup>214</sup>.

B) Envisageant la situation comme un conflit entre règles pareillement valables, la Cour de cassation préconise, pour sa part, des solutions différentes qui, en pratique, s'articulent autour d'un principe assorti de tempéraments.

- Selon elle, en effet, il apparaît qu'en présence d'un tel conflit de normes, le droit du travail doit en principe s'appliquer sous réserve de dispositions statutaires plus favorables. Plutôt que de recourir à la règle *specialia generalibus derogant*, le juge judiciaire préfère donc appliquer la norme la plus favorable au salarié, le plus souvent la norme légale ; d'ailleurs, nombreux sont les arrêts qui traduisent cette option et qui constituent donc autant d'illustrations de la divergence des jurisprudences administrative et civile<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> En effet, s'il est vrai que les juridictions judiciaires ont la faculté d'interpréter les dispositions d'un statut de nature réglementaire (TC 16 juin 1923, *Septfonds*, D 1924, 3, 41 concl Matter), elles n'ont pas, en revanche, la possibilité de se prononcer sur sa légalité (TC 15 janvier 1968, *Epoux Barbier*, Rec p 789, concl J. Hahn) : il appartient effectivement aux seules juridictions administratives de se prononcer sur la légalité d'un statut du personnel qui « constitue un acte administratif dès lors qu'il touche à l'organisation du service public, même s'il émane, non du gouvernement ou d'un ministre (il est alors acte administratif par sa source) mais de l'organe chargé du service » (J. Pélessier et autres, « Les grands arrêts du droit du travail », Dalloz, 2004p 31).

<sup>212</sup> CE 2 mai 1959, Rec 282, Dr.soc. 1959, 533, concl Chardeau ; 13 juillet 1966, Rec 495 ; 28 juillet 1993, *SEITA*, AJDA 1993, 682, DO 19994, 85, note Saramito.

<sup>213</sup> CE 1er juillet 1988, *Billard et Volle c/SNCF*, Dr.soc. 1989 512, note Lachaume (prohibition des sanctions pécuniaires) ; CE 12 novembre 1990, *Malher*, AJDA 1991, 332, note M Hecquard-Théron (non discrimination des grévistes) ; CE 28 juillet 1993, *SEITA*, préc (entretien préalable aux sanctions disciplinaires) ; CE 29 juin 2001, *Berton*, Dr.soc. 2001, 948, concl Boissard (accord des deux parties nécessaires à la modification du contrat de travail).

<sup>214</sup> CE 1er juillet 1988, *Billard et Volle c/SNCF*, préc ; CE 7 juillet 1995, *Damiens*, Dr.soc. 1996, 186, obs J. Chorin ; CE 1<sup>er</sup> décembre 1995, *Muthuon*, RJS 2/96, n°178.

<sup>215</sup> Soc 30 juin 1988, Bull.civ., V, n°402 ; Soc 19 juin 1991, Bull.Civ., V, n°307 ; Soc 11 mai 1993, Dr.soc. 1993, 953 ; Soc 17 juillet 1996, Dr.soc. 1996, 1049 concl P. Lyon-Caen

- Toutefois, ce principe connaît une exception dans la mesure où la Cour de cassation estime que certaines dispositions statutaires doivent impérativement s'appliquer, indépendamment de leur caractère plus ou moins favorable que la loi, en raison de leur lien avec l'organisation du service public. Cela signifie donc qu'aux yeux du juge judiciaire, il existe certains types de conflits entre loi et statut qui, toujours, seront tranchés au profit de l'application de celui-ci et au détriment de celle-là. Tel sera le cas si la primauté du statut sur la loi peut se justifier par le caractère spécifique de la disposition statutaire en cause, celle-ci, pour ce faire, devant apparaître comme un élément de l'organisation du service public.

Dans ces conditions, de quelle façon la Cour de cassation tranche-t-elle les conflits de normes susceptibles d'éclater dans les entreprises publiques à statut et concernant la question de la retraite du personnel de ce type d'entreprises ? Les résout-elle par application de la norme la plus favorable au salarié ? Ou bien, au contraire, fait-elle préférentiellement application des dispositions statutaires spéciales relatives à la retraite ? Comme en témoigne l'analyse des décisions jurisprudentielles rendues sous l'empire de la loi de 1987 – et qui, selon toute vraisemblance, devraient continuer de s'appliquer –, il semble bien que la Cour de cassation opte plutôt pour cette seconde solution, ce qui, d'ailleurs, ne constitue pas une solution neutre du point de vue du maintien en activité des *seniors*.

## §2) *La mise à la retraite des salariés des entreprises publiques à statut*

En fait, deux types de situations méritent d'être distinguées.

- D'abord, en effet, il se peut que le statut applicable ne prévoit aucune disposition particulière concernant la retraite du personnel, de sorte que, dans ce cas, les dispositions du code du travail doivent vraisemblablement trouver à s'appliquer. Bien que ne concernant pas les entreprises publiques à statut, on peut ainsi citer, au soutien de cette opinion, une décision dans laquelle il a été décidé que les dispositions de l'article L 742-1 du Code du travail relatives au contrat d'engagement maritime n'interdisent pas l'application des articles L 122-14-12 et L 122-14-13 du même code aux marins dont la mise à la retraite n'est pas régie par le Code du travail maritime<sup>216</sup> : c'est la raison pour laquelle sont nuls la convention collective de 1947 relative à la stabilité de l'emploi et l'accord particulier du 1er mai 1987 en ce qu'ils prévoient la rupture de plein droit du contrat de travail du marin ayant atteint l'âge de 55 ans<sup>217</sup>.

<sup>216</sup> Cass. soc., 28 oct. 1997, Bull. civ. V; n° 345, p. 248.

<sup>217</sup> Soc 28 oct. 1997, Bull. civ. V; n° 344, p. 247.

- En revanche, c'est une autre solution que la Cour de cassation retient dans le cas où, dans une entreprise publique, un statut particulier s'applique et où celui-ci contient des dispositions à caractère réglementaire sur la retraite du personnel. Sachant que cette question a soulevé bien des controverses<sup>218</sup>, il apparaît en effet qu'en cas de conflit entre un statut particulier et l'article L 122-14-13, la Cour de cassation décide que celui-ci ne doit pas être appliqué et cela indépendamment de toute recherche du caractère plus ou moins favorable des normes en conflits<sup>219</sup>. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a statué, concernant la mise à la retraite d'agents EDF-GDF<sup>220</sup>, d'agents de la SNCF<sup>221</sup>, de la RATP<sup>222</sup> ou encore des salariés de l'Opéra et de l'Opéra Comique qui ont droit à la retraite à l'âge de 50 ans<sup>223</sup>. De même, les dispositions des articles L. 122-14-12 et L 122-14-13 du code du travail ne sont pas applicables aux salariés de la compagnie Air France, qui sont seulement soumis au statut du personnel en application des dispositions du Code de l'aviation civile<sup>224</sup>, non plus qu'à ceux du Centre National d'Etudes Spatiales<sup>225</sup>.

Sans doute, comme dit précédemment, ces solutions faisant prévaloir - en cas de conflits de normes - le statut sur la loi du 30 juillet 1987 s'expliquent-elle alors par le fait que « les dispositions réglementaires spéciales « constituent des éléments de l'organisation du service public ». (La Cour de cassation) « considère de même que les dispositions du code en matière de protection des victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ne s'appliquent pas aux salariés de la SEITA ou d'Air France, soumis à un régime propre de rupture du contrat pour mise d'office

---

<sup>218</sup> voir par exemple CA Versailles 11 avril 1991, DO 1991, 220 ; CA Paris 22<sup>e</sup> chambre A, 6 mai 1991, DO 1992, 28 ; CA Paris, 18<sup>e</sup> Chambre C, 19 mars 1992, DO 1992, 307.

<sup>219</sup> S'agissant de salariés qui relèvent d'un régime spécial de sécurité sociale, il en résulte que la référence à la notion de taux plein doit s'apprécier par référence à la durée maximale d'assurance susceptible d'être prise en compte (Circ Ministérielle n°87-10, du 8 septembre 1987). De même, l'âge d'ouverture du droit à pension est fixé par les dispositions instituant ces régimes.

<sup>220</sup> Ainsi a-t-il été décidé que la loi du 30 juillet 1987 n'est pas applicable aux agents d'EDF-GDF dont la rupture du contrat pour mise à la retraite est réglementée par le décret n°54-50 du 9 août 1953 pris pour l'application du décret n°53-7111 du 9 août 1953 et de la loi du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier (Soc 21 juin 1995, RJS 11/95, n°1188, Bull. civ., V, n°204, Dr.soc. 1996, 175, 2<sup>nd</sup>e espèce, note J. Chorin, D Travail 1995, n°7, p 10).

<sup>221</sup> Ainsi a-t-il été également précisé que la loi du 30 juillet 1987 n'est pas applicable aux agents de la SNCF dont la rupture du contrat pour mise à la retraite est régie par le statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel élaboré conformément au décret n°50-637 du 1<sup>er</sup> juin 1950 et prononcée dans les conditions prévues par le décret n°53-711 du 9 août 1953 relatif au régime des personnels de l'Etat et des services publics, lequel est intervenu pour l'application des lois du 22 juillet 1953 portant redressement économique et financier et du 21 juillet 1909 relative aux conditions de retraite des personnels des grands réseaux de chemins de fer d'intérêt général (Soc 21 juin 1995, Bull.civ., V, n°205, D Travail 1995, n°7, p 10 ; Cass. soc., 16 juill. 1997 ; n° 93-46.788 ; Cass. soc., 16 déc. 1997, n° 95-40.329 ; Soc 8 mars 2000, pourvoi n°98-42.962 ; Soc 12 décembre 2000, pourvoi n°98-45.822. Rapp Soc 15 mars 2001, pourvoi n°99-14.600).

<sup>222</sup> Soc 29 octobre 1996, RJS 12/96, n°1332.

<sup>223</sup> Soc 16 juillet 1997, RJS 10/97, n°1173 ; Soc 6 avril 1999 pourvoi n°97-40.615.

<sup>224</sup> Cass. soc., 22 févr 2000, Bull. civ. V ; n° 72, p. 59 ; Soc 24 juin 2003, RJS 10/03, n°1154 ; rapp Soc 3 mai 2000, pourvoi n°98-42.271 ; Soc 10 avril 2002, pourvoi n°00-40.459.

<sup>225</sup> Soc 12 décembre 2000, Bull.civ., V, n°418 et 419 ; Soc 2 avril 2002, pourvois n° S 98-46.000 à W 88.46.020.

en retraite invalidité »<sup>226</sup>. Comme on l'a fait valoir, « le lien de ces dispositifs spéciaux (à dimension de protection sociale) avec l'organisation du service public justifierait (donc) leur application exclusive, tandis que les règles du droit commun du travail s'appliqueraient sur les autres points au nom d'un ordre public s'imposant aux directions des entreprises publiques à statut, sauf plus grande faveur de ce dernier »<sup>227</sup>.

Toutefois, si ces solutions préconisées par la Cour de cassation s'expliquent donc par le souci de tenir compte « des nécessités du service » - de sorte d'ailleurs que, ce faisant, la position de la Cour de Cassation ne se révèle pas si différente que cela de celle du Conseil d'Etat - il n'en demeure pas moins que de telles solutions se révèlent, au final, peu favorables au maintien en activité des *seniors*. La raison en est que l'âge statutairement prévu de mise à la retraite et qui est donc celui que la cour de cassation fait prévaloir est généralement inférieur à l'âge légal. C'est dire que de telles solutions –destinées, vraisemblablement, à s'appliquer encore à l'avenir - valident donc un départ anticipé de l'entreprise, contrairement aux objectifs désormais officiellement poursuivis et qui, au contraire, tendent à un maintien prolongé dans l'entreprise : au demeurant, on sait que si la loi du 21 août 2003 se caractérise par son large champ d'application puisque ses dispositions ont vocation à toucher l'ensemble des régimes de retraite, elle ne concerne pas, cependant, tous les régimes spéciaux, notamment d'entreprise (SNCF, RATP, EDF-GDF), à la différence du régime des fonctionnaires ; le gouvernement, en effet, a considéré que l'évolution de ces régimes était de la responsabilité des entreprises.

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

Si, à compter du 23 août 2003 - et sans qu'il y ait besoin de texte d'application - la loi interdit aux employeurs entrant dans son champ d'application de mettre à la retraite d'office un salarié<sup>228</sup> avant l'âge de 65 ans, on ne saurait passer sous silence le fait qu'elle a cependant et dans le même temps prévu des exceptions à ce principe : cela signifie en conséquence que, dans certains cas, une mise à la retraite sera possible entre 60 et 65 ans ; une brèche est donc ouverte dans un dispositif *a priori* sous-tendu par le souci de faciliter le maintien en activité des travailleurs vieillissants et la volonté d'éviter une rupture de leur contrat.

- C'est ainsi, première hypothèse, que le départ anticipé d'un salarié âgé de moins de 65 ans et remplissant les conditions pour bénéficier d'une pension à taux plein, pourra être prononcé valablement si il l'est dans le cadre de l'un des dispositifs suivants : soit d'une cessation d'activité en application d'un

<sup>226</sup> Soc 1<sup>er</sup> juillet 1997, Bull Civ, V, n°243 ; Soc 28 octobre 2003, Bull.civ., V, n°260.

<sup>227</sup> J. Pélissier et alii, « Les grands arrêts du droit du travail », ouvrage précité, p 42.

<sup>228</sup> même bénéficiant de la durée d'assurance requise pour disposer d'une pension à taux plein.

accord professionnel mentionné à l'art L 352-3 du code du travail, comme le dispositif CATS ; soit d'une cessation d'activité dans le cadre d'une préretraite progressive FNE, étant entendu que ce dispositif doit être abrogé à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005 ; soit, enfin, dans le cadre d'une cessation d'activité intervenant en application de tout autre avantage de préretraite défini antérieurement au 22 août 2003, et issu, notamment, d'une préretraite d'entreprise. D'ailleurs, on ne saurait s'étonner de cette solution, dès lors qu'il y va du respect de la force obligatoire des conventions et donc d'un impératif de sécurité juridique.

- C'est ainsi, surtout, qu'une convention ou un accord collectif étendu conclu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008 peut autoriser la mise à la retraite à un âge inférieur à 65 ans - sans être, en principe, en-deçà de 60 ans - sous réserve que le salarié remplisse les conditions pour bénéficier d'une pension à taux plein et à condition encore que ce texte conventionnel prévoie des contreparties en terme d'emploi et de formation professionnelle (art L 122-14-13 al 3 Ctrav).

Sans doute une telle option retenue à la demande de certaines organisations professionnelles se conçoit-elle alors dans le cadre d'une loi qui - tout en essayant de freiner autant que possible les cessations d'activités liées à l'âge - poursuit également pour objectif de permettre et/ou d'encourager le maintien dans l'emploi des travailleurs âgés. En effet, « favoriser l'emploi de (cette catégorie de salariés) constitue l'autre versant d'une réforme dominée par le souci d'augmenter les taux d'emploi (de sorte) qu'il ne s'agit pas ici d'éviter la diminution du taux d'emploi avant l'âge légal de la retraite mais d'augmenter l'emploi après cet âge légal »<sup>229</sup>. Or, c'est bien dans cette logique que s'inscrit cette faculté ouverte aux partenaires sociaux de conclure, jusqu'en 2008, des accords permettant de déroger à l'interdiction de la mise à la retraite avant 65 ans, moyennant des contreparties en termes d'emploi ou de formation et sous réserve qu'ils soient étendus. Selon toute vraisemblance, le législateur entend, par ce biais, provoquer une rupture dans les comportements des employeurs et des salariés du privé et contribuer à mettre fin à l'utilisation des préretraites comme mode ordinaire de gestion des effectifs. Ainsi, cette exception à l'interdiction de mettre à la retraite un salarié avant 65 ans doit-elle, selon le législateur, avoir pour compensation l'engagement de négociations sur les conditions d'activité des *seniors* afin de permettre et/ou d'inciter ceux-ci à rester en activité. Cela devrait donc signifier qu'un accord de branche prévoyant une mise à la retraite avant 65 ans ne saurait servir d'appui, en l'absence de contreparties. C'est dire que des mesures d'incitation des salariés âgés à rester en activité devront être nécessairement prévues, soit en aménageant les postes de travail de ces salariés, soit en les formant - sachant d'ailleurs que l'affirmation, par la loi du 4 mai 2004, d'un droit à la formation

---

<sup>229</sup> PY Verkindt, « Emploi, chômage et retraite : le chantier ne fait que commencer », Dr.soc. 2003, 948.

tout au long de la vie s'inscrit dans cette philosophie - soit en rendant plus attractif financièrement leur maintien en activité.

Pour autant, et malgré les précautions ainsi prises par le législateur pour éviter des dérogations injustifiées au principe d'interdiction d'une mise à la retraite avant 65 ans, on peut s'interroger sur l'opportunité de ce dispositif au succès important. Profitant de cette brèche ouverte par le législateur, les industries textile, chimique ainsi que la métallurgie ont ainsi récemment signé de tels accords prévoyant la mise à la retraite de salariés entre 60 et 65 ans étant entendu que ces dispositifs dérogatoires n'entreront en vigueur qu'après la publication au Journal Officiel des arrêtés ministériels prévoyant leur extension<sup>230</sup>.

Il est vrai que « ces conventions devront prévoir des contreparties en termes d'emploi ou de formation permanente, mais aucun dispositif spécifique n'est obligatoire pour les salariés vieillissants ». C'est la raison pour laquelle on peut penser que « le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de sa logique, laissant à la négociation le pouvoir de défaire ce que la loi a fait »<sup>231</sup>.

C'est la même opinion que défend M. Jean Pélissier qui s'interroge : « L'existence de la dérogation est, elle-même, difficilement compréhensible. Comment peut-on reconnaître à des employeurs le droit de mettre à la retraite des salariés que la loi incite à poursuivre leur travail dans leur intérêt et dans celui de la collectivité ? »<sup>232</sup>. Allant plus loin encore, le même auteur estime d'ailleurs que « pour que la réforme soit cohérente, il fallait supprimer purement et simplement le mécanisme de la mise à la retraite. (En effet), le nouveau dispositif des retraites permet aux salariés de plus de 65 ans qui ne justifient pas d'un nombre suffisant de trimestres de cotisation de bénéficier d'une majoration de pension de 2,5% par trimestre travaillé au-delà de 65 ans dans la limite de 150 trimestres. Puisque le législateur prévoit un mécanisme permettant aux salariés âgés de plus de 65 ans d'améliorer leur retraite en continuant de travailler, il est illogique d'autoriser les employeurs de priver les salariés de cette possibilité lorsqu'il n'existe pas une cause réelle et sérieuse de licenciement ».

---

<sup>230</sup> « Mise à la retraite entre 60 et 65 ans : accords dérogatoires », BS 04/04, Ed Francis Lefebvre, p 181. Egalement accord du 13 avril 2004 sur le départ et la mise à la retraite dans le BTP, Liaisons Sociales, Bref Social, n°14141, p 2.

<sup>231</sup> Selon les termes de A. Bouziges, « Vieillir en entreprise », p 151, in « La protection sociale face au vieillissement », Journée d'étude Poitiers, LGDJ, 2004.

L'argument porte d'autant plus que l'on note l'apparition de normes conventionnelles conclues en application du 3<sup>ème</sup> al de l'art L 122-14-13 et qui se caractérisent par le fait de permettre - moyennant diverses contreparties - la mise à la retraite, **avant l'âge de 60 ans**, de certains salariés, au prétexte que ceux-ci disposent des annuités requises pour bénéficier d'une pension à taux plein et de l'autorisation légale de la liquider avant 60 ans ; sont concernés, dans les conditions fixées par les nouveaux articles D 351-1 à D 351-5 CSS, les salariés ayant commencé à travailler très jeunes et ayant effectué une très longue carrière (art L 351-1-1 CSS) ainsi que les salariés lourdement handicapés (art L 351-1-3 CSS). Or, de telles stipulations conventionnelles ne sont-elles pas contraires à l'esprit de la nouvelle réglementation dans la mesure où si celle-ci a certes pour objectif d'autoriser, sous certaines conditions, des départs anticipés à l'initiative des intéressés, elle n'entend certainement pas faciliter leur mise à la retraite ? En tout état de cause, on peut douter de la légalité de ces dispositions conventionnelles (sur cette question, voir supra).

<sup>232</sup> J. Pélissier, « Age et perte d'emploi », Dr.soc. 2003, 1061.

Toutefois, nuance un autre auteur, « il ne faut pas négliger les effets pervers qu'impliquerait une telle suggestion sur l'embauche des *seniors* »<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> A. Mazeaud, Droit du travail, Domat Montchrestien, 4<sup>ième</sup> Edition, 2004, n°567.



## Partie II

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

L'encadrement des ruptures à raison de l'âge 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 reste à enclencher pour les ruptures d'un commun accord (Sous-Partie I), il l'est en ce qui concerne les ruptures unilatérales (Sous-Partie II).

### Sous partie I

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

Quelle place attribuer, en droit, aux accords de rupture du contrat de travail ? Sans doute, le législateur admet la validité de ce mode particulier de cessation du contrat dans certains hypothèses d'ailleurs limitativement énumérées, telles le contrat à durée déterminée (art. L 122 -36-8 du code du travail) ou bien encore en ce qui concerne la rupture du contrat d'apprentissage (art. L 117-17 du code du travail)<sup>234</sup>. Mais que décider en ce qui concerne le contrat de travail à durée indéterminée alors même que l'article L 122-4 C.trav. relatif à la rupture de ce type de contrats, n'évoque que « la résiliation à l'initiative d'une des parties contractante », soit une rupture unilatérale qu'il s'agisse d'une démission, d'un licenciement, d'un départ ou bien d'une mise à la retraite ?

La réponse n'est pas simple dès lors que ce mode de rupture présente simultanément avantages et inconvénients pour les parties en présence.

D'abord, il est certain que la résiliation amiable n'est pas sans danger pour un salarié qui risque de perdre un certain nombre d'avantages issus du droit du licenciement (indemnités de licenciement, exigence d'une cause réelle et sérieuse...) et qui, de plus, ne sera pas *a priori* éligible aux allocations chômage, cette rupture étant volontaire pour les ASSEDIC. On ne saurait non plus occulter le fait que la prime de

---

<sup>234</sup> On pourrait également évoquer le cas de la cessation anticipée d'activité dans le cadre du dispositif ARPE.

départ qui peut être prévue risque d'être imposable et soumise à cotisations sociales si elle a une nature salariale : d'ailleurs, il appartient à l'employeur d'informer le salarié de ce risque<sup>235</sup>. On ne saurait enfin minorer les effets attachés au caractère irrévocable d'une rupture décidée sur le fondement de l'article 1134 Cciv, ce dont il résulte qu'un tel accord ne peut être remis en cause sauf vice du consentement ou bien inexécution de ses obligations par l'une des parties. Cela signifie qu'un salarié ayant signé un tel accord ne comportant pas, par exemple, les conditions d'indemnisation dont il aurait pu bénéficier en cas de licenciement, ne pourra pas obtenir ultérieurement une indemnité de licenciement ou bien des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : donc, l'acceptation d'une rupture négociée fait échec aux règles d'indemnisation et de réparation du licenciement<sup>236</sup>.

Mais dans le même temps, une telle rupture amiable présente des aspects positifs, puisqu'elle peut offrir au salarié la possibilité de monnayer son départ, à la différence de la démission. De surcroît, elle revêt vraisemblablement un intérêt au plan psychologique et peut, ce faisant, faciliter le reclassement du salarié. Enfin, cette technique peut traduire en pratique le souhait d'un salarié qui aspire à cesser son activité sans pour autant prendre la décision d'un départ à la retraite, d'autant plus que, dans certains cas, le bénéfice des ASSEDIC lui sera ouvert. A ce propos, il est vrai, comme dit précédemment que, dans la mesure où, pour bénéficier des allocations chômage, l'une des conditions à remplir tient au fait que le salarié doit avoir été « involontairement privé d'emploi », les salariés rompant leur contrat dans le cadre d'une rupture négociée ne peuvent pas, *a priori*, être indemnisés par l'ASSEDIC<sup>237</sup>. Il faut, toutefois, tenir compte du fait que l'UNEDIC préconise des mesures favorables pour cette catégorie de salariés, variables selon que cette rupture négociée s'est ou non effectuée pour un motif économique.

C'est ainsi qu'en cas de départ négocié hors d'un contexte économique, l'UNEDIC prévoit que si le chômeur n'est pas reclassé après au moins 121 jours de chômage, il peut demander l'examen de son dossier par la commission paritaire de l'ASSEDIC, cet examen ayant pour objet de vérifier si l'intéressé a ou non accompli pendant cette période les efforts nécessaires pour se réinsérer ; la commission peut ensuite décider de l'admission dès le 122<sup>e</sup> jour (Circulaire UNEDIC n°97-06, 17 avril 1997).

---

<sup>235</sup> Soc 7 juin 1995, Dr Soc 1995, 936.

Plus précisément, le régime fiscal et social des indemnités de rupture amiable est le suivant :

- hors plan de sauvegarde de l'emploi, les indemnités de rupture amiable sont en principe totalement imposables sur le plan fiscal et, sur le plan social, assujetties en totalité à cotisations. Elles sont également soumises en totalité à CSG et CRDS ;
- en revanche, les indemnités de rupture amiable versées dans le cadre d'un plan de sauvegarde bénéficient d'une exonération totale sur le plan fiscal et social. En ce qui concerne la CSG et la CRDS, ces indemnités bénéficient cependant d'une exonération dans la limite du montant légal ou conventionnel de l'indemnité de licenciement.

<sup>236</sup> Soc 30 juin 1993, Bull. civ., V, n°189.

<sup>237</sup> L 351-1 c. trav.

D'autre part, lorsque le motif de la rupture est de nature économique, l'UNEDIC recommande aux ASSEDIC de reconnaître le bénéfice de l'allocation chômage aux salariés acceptant de cesser leur activité dans le cadre de départs négociés, lorsqu'ils bénéficient soit d'une aide au départ versée dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, ou bien d'une aide versée en dehors de tout plan social dès lors qu'il s'agit d'une mesure sociale destinée à faciliter le départ des salariés. Ainsi, tout salarié partant volontairement dans le cadre d'une rupture d'un commun accord pour motif économique- cette rupture s'inscrivant dans le cadre d'une procédure de licenciement économique- se trouve dans la même situation qu'un salarié licencié pour motif économique ayant droit aux allocations chômage.

Eu égard à l'ambivalence des ruptures négociées, on comprend pourquoi la Cour de cassation, appelée à se prononcer sur ces questions, a développé une jurisprudence nuancée, articulée autour d'un principe : celui de la licéité des ruptures conventionnelles (Chapitre I), cependant tempéré par différentes exceptions (Chapitre II). Comme on le verra, des hypothèses existent en effet dans lesquelles la Cour suprême s'est prononcée pour la nullité des ruptures conventionnelles : c'est à l'aune de ces enseignements qu'il conviendra de s'interroger sur la validité des résiliations conventionnelles impliquant un travailleur vieillissant, 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 ; la mise en oeuvre d'un tel montage peut ainsi s'analyser comme une sorte « d'habillage juridique » du départ négocié.

### **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 CCiv 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<sup>238</sup>. Toutefois, la tendance de la jurisprudence étant de conférer une importante force d'attraction au licenciement en raison de ses

---

<sup>238</sup> Soc 30 mai 1979, n°77-41.304, Soc 29 mai 1996, arrêt précité.

effets jugés plus protecteurs pour le salarié, les accords de rupture - en principe valables - sont soumis à de strictes conditions de validité (Section 2). Au surplus, ce mode de rupture est doté d'un champ d'application circonscrit (section I).

### Section I Un mode spécifique de rupture au domaine circonscrit

Indépendamment du mode de rupture - que celui-ci soit unilatéral (démission, licenciement, départ ou mise à la retraite), conventionnel ou bien judiciaire - le contrat de travail peut donner lieu à un litige que les parties peuvent souhaiter régler à l'amiable : en général, cet accord de règlement amiable constitue une transaction. Or, pendant longtemps, ce fut le règne de la confusion s'agissant de la distinction à établir ou pas entre rupture amiable du contrat et transaction. Tel n'est plus le cas aujourd'hui, la Cour de cassation s'étant employée, à juste titre, à distinguer entre les accords engendrant une rupture du contrat de travail et ceux ayant pour finalité de régler les litiges qui peuvent naître de celle-ci (§2). De surcroît et dans le but, ici encore, de borner le champ des ruptures d'un commun accord, les juges se sont appliqués à distinguer rupture négociée et rupture judiciaire (§1).

#### *§ 1 Rupture négociée et rupture judiciaire*

Application de l'article 1134 du Code civil aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise », la rupture négociée résulte d'un accord des parties. En revanche, prononcée par le juge conformément à l'article 1184 du Code civil, la résolution judiciaire d'un contrat synallagmatique ne peut être en principe prononcée qu'en cas d'inexécution, par l'une des parties, de ses obligations contractuelles. Ainsi, appliquée aux relations contractuelles du travail, une action en résolution judiciaire consiste, pour le demandeur à l'instance, à demander au juge prud'homal de prononcer la rupture du contrat plutôt que de recourir à son droit de résiliation unilatérale (licenciement pour l'employeur, démission pour le salarié). En pratique, ce mode de rupture du contrat peut trouver son utilité dans des cas où aucun des protagonistes n'entend prendre l'initiative ou la responsabilité d'une rupture, compte tenu de l'ambiguïté de la situation où ils se trouvent : tel peut être le cas dans des hypothèses d'abandon de poste ou bien encore de modification du contrat/changements des conditions de travail.

Or, il s'avère que, si l'action en résolution judiciaire d'un contrat de travail à l'initiative du salarié a toujours été déclarée recevable par les juges encore

qu'assimilée, dans ses effets, à un licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>239</sup>, il en va différemment lorsque le demandeur à l'instance est l'employeur. En effet, le risque est de voir la résiliation judiciaire devenir une voie de contournement de la réglementation du licenciement. L'idée est qu'un employeur peut préférer demander au juge la résiliation du contrat plutôt que de prendre l'initiative d'un licenciement afin, de la sorte, d'éviter les règles applicables à ce dernier et spécialement le paiement des indemnités de rupture.

Telles sont les raisons pour lesquelles, très vite, la voie de la résolution judiciaire a été clairement condamnée en ce qui concerne les salariés investis de fonctions représentatives en raison de « leur protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail »<sup>240</sup>. Un employeur transgressant une telle interdiction commettait au surplus un délit d'entrave pénalement sanctionné.

Progressivement, la jurisprudence a étendu la portée de cette interdiction aux salariés ordinaires, tant en ce qui concerne les contrats à durée déterminée<sup>241</sup> que pour les contrats à durée indéterminée. C'est ainsi qu'après avoir, un temps admis l'inverse<sup>242</sup> y compris en l'absence de faute grave<sup>243</sup>, la Cour de cassation a condamné le recours à la résolution judiciaire à l'initiative de l'employeur dans un arrêt rendu le 13 mars 2001 aux termes duquel : « (...) l'employeur qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat »<sup>244</sup>. Sauf exceptions légales, la résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative de l'employeur est donc aujourd'hui neutralisée de sorte que le risque d'éviction du droit du licenciement est désormais écarté. Il en résulte, en bonne logique, qu'une telle action, inopportunément engagée, entraînera la condamnation de l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, faute de lettre de licenciement pertinemment motivée.

Mais si une ligne de fracture est désormais clairement établie entre résolution judiciaire du contrat - nulle lorsqu'elle est demandée par l'employeur - et rupture amiable - en revanche, en principe valable - on ne saurait non plus confondre rupture d'un commun accord et transaction.

---

<sup>239</sup> Soc 20 janvier 1998, D 1998, 850 note Ch Radé, JCP 1998, E, I, 152, note Mouly.

<sup>240</sup> Ch mixte 21 mai 1974, Bull.civ., V, n°3.

<sup>241</sup> Soc 4 décembre 2001, RJS 2/2, n°149.

<sup>242</sup> « Si l'employeur qui prend l'initiative de rompre lui même le contrat d'un salarié est tenu de respecter la procédure prévue par les articles L 122-4 c.trav., il a également la faculté, que ces textes n'excluent pas, de demander ma résolution judiciaire du contrat » (Soc 31 janvier 1979, Bull.civ., V, n°306 ; Soc 3 avril 1979, Bull. civ., V, n°309).

<sup>243</sup> De sorte que le salarié se trouvait ainsi privé des droits à préavis et à indemnité de licenciement lui étant a priori octroyées en l'absence de faute grave (Soc 9 avril 1987, D 1987, 437).

<sup>244</sup> Soc 13 mars 2001, RJS 5/01, n°596.

## §2 Rupture négociée et transaction

*A priori*, nulle confusion ne saurait s'opérer entre ces deux contrats relatifs à la rupture du contrat de travail que sont, d'une part, la transaction et d'autre part, la rupture d'un commun accord dès lors qu'en premier lieu, elles reposent sur des fondements légaux différents et que, par ailleurs, elles ont des objets également distincts :

- des bases légales distinctes puisqu'il s'agit, pour la rupture amiable, de l'article 1134 du Code civil et, pour la transaction, de l'article 2044 du même code ;
- des objets différents puisque la rupture amiable a pour finalité de mettre fin à un contrat alors que la transaction a pour objectif soit de « terminer une contestation née », soit de prévenir « une contestation à naître », ce dont il est censé résulter les conséquences suivantes : en premier lieu, un accord consécutif à un licenciement déjà prononcé ne saurait constituer un accord de rupture amiable mais doit être qualifié de transaction<sup>245</sup> ; à l'inverse, un accord conclu avant la rupture ne saurait avoir la valeur d'une transaction.

Or, pendant longtemps, cette distinction fut loin d'être clairement énoncée par les juges, de sorte qu'un amalgame, source d'insécurité juridique, fut ainsi opéré entre ces deux types d'accords.

Cette époque est cependant révolue puisqu'un clivage net entre rupture amiable et transaction est aujourd'hui opéré par la Cour de cassation qui, dans un arrêt rendu le 29 mai 1996, a posé le principe de solution suivant : « si les parties à un contrat de travail décident d'un commun accord d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations professionnelles, tandis que la transaction, consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture. Il s'ensuit que la transaction ayant pour objet de mettre fin à un litige résultant d'un licenciement ne peut être valablement conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive »<sup>246</sup>.

Dès lors, cette distinction entraîne les importantes conséquences suivantes. En premier lieu, un accord signé dans le cadre d'une rupture d'un commun accord ne saurait exclure que le salarié ait la faculté d'intenter une action en justice contre son employeur dans le but de réclamer par exemple des rappels de salaires correspondant à la période de travail antérieure. Une telle action est en effet possible

---

<sup>245</sup> Ainsi jugé « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle pouvait constater que cet acte avait été conclu deux mois passé le licenciement, ce dont il résultait qu'il ne pouvait être considéré comme une rupture amiable, mais comme une transaction destinée à régler les conséquences pécuniaires de ce licenciement » (Soc 21 juin 1995, n°91-45.806. Dans le même sens, Soc 2 décembre 1997, Bull.civ., V, n°415).

<sup>246</sup> Soc 29 mai 1996, Bull.civ., V, n°215 ; Soc 16 juillet 1997, Dr.soc. 1997, 977, obs Couturier.

dès lors que la Cour de cassation juge qu'il ne s'agit pas là d'une transaction destinée à mettre fin par des concessions réciproques à toute contestation née ou à naître résultant de la rupture du contrat de travail<sup>247</sup>. En revanche, il en va différemment en présence d'une telle transaction. En effet, la conclusion de cet accord interdit en principe au salarié d'intenter un recours contre son employeur dès lors qu'il revêt l'autorité de la chose jugée et présente donc un caractère intangible. C'est la raison pour laquelle les juges, tout en admettant sa licéité, exercent cependant sur la transaction un contrôle strict.

- Dans cette logique, la Cour de cassation décide d'abord que - la transaction ayant pour objet de mettre fin à un litige né de la rupture d'un contrat - ne peut être valablement conclue qu'une fois cette rupture intervenue et définitive<sup>248</sup>. De ce point de vue, force est toutefois de constater que « le moment de la transaction (se trouve) en pratique détourné » dans certains cas où des entreprises « inventent une faute grave à l'encontre d'un salarié dont elles souhaitent se séparer »<sup>249</sup>. Comme évoqué précédemment, la manœuvre - à supposer surmonté l'obstacle psychologique d'un licenciement pour faute grave - consiste à faire signer au salarié, dès l'entretien préalable, une transaction postdatée ou non datée<sup>250</sup>, de sorte que s'estompe alors « la différence tant voulue par la jurisprudence entre rupture amiable et transaction ». Il ne semble pas d'ailleurs que ce type de pratiques puisse être à terme remise en cause par la nouvelle jurisprudence qui, pour contrecarrer les comportements frauduleux, a décidé qu'une transaction, à l'avenir, ne pourra être régulièrement conclue que si la notification préalable du licenciement a été faite par lettre recommandée avec accusé de réception<sup>251</sup>.

- Par ailleurs, si la transaction, en principe, ne doit plus être utilisée comme technique de rupture d'un contrat, elle ne peut non plus être utilisée pour trancher un litige portant sur l'imputabilité de la rupture<sup>252</sup>. La raison en est que la responsabilité d'une

<sup>247</sup> Soc 16 mai 2000 ; Bull.civ., V, n°179.

<sup>248</sup> Soc 29 mai 1996, préc. CPH Toulouse, 13 novembre 2003, Section Industrie, Minute n°03/478, Mr R. Seurac c/ Bâtiment Construction Services (nullité d'une transaction conclue antérieurement à la rupture du contrat).

Après avoir retenu une solution contraire (Soc, 24 octobre 2000, Dr soc 2001, 27 ; obs G. Couturier), la Cour de cassation décide aujourd'hui que la nullité d'une transaction, parce que conclue avant la notification du licenciement, est une « nullité instituée dans l'intérêt du salarié » (Soc 28 mai 2002, Dr Soc 2002, 783, obs G. Couturier).

<sup>249</sup> Selon les termes de C. Pizzio-Delaporte, « De la transaction prévue par le Code Civil à la transaction prévue en droit du travail : réflexions sur une règle en dérive », in « 1804-2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir », Dalloz, 2004, p 593.

<sup>250</sup> Comprenant en général « la renonciation du salarié à aller devant le CPH en échange d'une somme d'argent qui est la calcul forfaitaire de tout ce qu'il peut toucher : indemnités de rupture, certes, congés payés mais aussi parfois une somme lui permettant de garder son salaire jusqu'à l'âge de la retraite » (C. Pizzio-Delaporte, étude précitée).

<sup>251</sup> Cass Soc 18 février 2003, Dr. soc 2003, 546, obs G. Couturier, RJS 5/03, n°604. Un jugement du Conseil de prud'hommes vient d'ailleurs de faire application de cette nouvelle règle en décidant d'annuler une transaction, à l'occasion d'une affaire dans laquelle la lettre de notification du licenciement avait été remise en main propre (CPH Toulouse 29 avril 2004, Section Encadrement, Minute n°04/404, Mme M. Pedussaut c/ SA Motorola).

<sup>252</sup> Soc 15 juillet 1997, Semaine Soc L 1997, n° 815.

rupture influe sur la teneur des droits des parties nés à l'occasion de la rupture. Or, les juges entendent s'attribuer la faculté de contrôler la portée des concessions réalisées par les parties dans la transaction. De ce dernier point de vue, on observera d'ailleurs que la portée du contrôle judiciaire a évolué dans le temps. On peut en effet rappeler que, jusqu'à présent, les juges estimaient que la réalité des concessions réciproques devait s'apprécier, non pas au regard des droits effectifs des parties, mais de leurs prétentions. La raison d'être de cette solution traditionnelle tient au fait que retenir la première option signifiait nécessairement qu'en cas de contentieux portant sur une transaction, les juges seraient amenés à connaître et à trancher le litige ce que, justement, la transaction avait pour objectif d'éviter. Or, la jurisprudence a ici évolué dans la mesure où elle compare aujourd'hui les concessions faites par l'employeur au regard des droits effectifs du salarié, lorsque ceux-ci ne sont pas sérieusement contestables, sachant que certains arrêts exigent même des concessions appréciables<sup>253</sup>. En conséquence, cela signifie qu'un employeur s'étant contenté d'octroyer à un salarié les droits dont celui-ci est bénéficiaire, est censé n'avoir consenti aucune concession de sorte que la transaction doit être annulée et que le salarié retrouve la possibilité d'agir contre son employeur. Dans ces conditions, on comprendrait que les employeurs trouvent un intérêt à conclure avec le salarié un accord de rupture du contrat de travail, sans doute juridiquement moins aléatoire. En effet, et comme dit précédemment, les employeurs peuvent espérer ainsi échapper à l'application du droit du licenciement, de même qu'au contrôle exercé par les juges sur la validité d'une transaction. On ne saurait s'étonner, dans ce contexte, que les accords de rupture soient en fin de compte placés sous haute surveillance judiciaire<sup>254</sup>. De ce dernier point de vue, il apparaît en effet que, si la rupture d'un commun accord constitue donc un mode spécifique de rupture au domaine circonscrit, la loi et la jurisprudence essaient d'une autre manière encore de limiter la portée de ce type de rupture : en témoigne le fait que la validité de ces ruptures est subordonnée au respect d'un certain nombre de conditions de forme et/ou de fond.

### Section II Des conditions rigoureuses de validité

S'agissant des conditions dont le respect s'impose en cas de recours à des ruptures amiables, elles varient selon que de tels départs s'inscrivent (§2) ou pas (§1) dans le cadre d'un licenciement économique.

---

<sup>253</sup> Soc 19 février 1997, RJS 4/97, n°410 ; 23 avril 1997, RJS 6/97, n°689 ; 18 mai 1999, Dr soc 1999, 749, obs B. Gauriau. Ainsi une transaction est-elle frappée de nullité en cas de concessions considérées comme inexistantes parce que dérisoires (Soc 13 mai 1992, JCP 1992, G, IV, n°1983).

<sup>254</sup> En ce sens, voir J. Mouly, Droit du travail, Lexi fac, 2004, p 176.



### §1 Hors du cadre du licenciement économique

Admettant la licéité d'un accord conclu entre un employeur et le salarié pour mettre un terme au contrat à durée indéterminée qui les liait, les juges soumettent cependant la validité de ce mode spécifique de rupture au respect de deux séries de conditions, afin de protéger les salariés concernés contre les effets des résiliations conventionnelles.

En premier lieu, cette rupture reposant sur un accord de volonté soumis au droit commun des conventions, un tel accord doit être conclu librement, de sorte que le consentement du salarié doit être exempt de vices (erreur, dol ou violence)<sup>255</sup>. Ainsi, les règles du droit commun des contrats devant s'appliquer, il appartient à celui qui invoque la réalité d'un tel vice d'en rapporter la preuve, ainsi que la jurisprudence a eu l'occasion de le rappeler<sup>256</sup>. On observe plus précisément que, parmi les causes d'erreurs souvent invoquées, figurent en bonne place des informations erronées ou insuffisantes fournies par l'employeur, spécialement lorsqu'il précise que l'indemnité versée à l'occasion du départ n'est pas imposable<sup>257</sup> ou bien indique que le salarié aura droit aux ASSEDIC. Au surplus, les accords de rupture ne peuvent emporter une renonciation du salarié ni à un droit né de l'exécution de son contrat de travail, ni à un droit d'ordre public<sup>258</sup>, tel celui qu'un salarié tient d'une convention ou bien d'un accord collectif de travail<sup>259</sup>.

Mais il ne suffit pas que les résiliations conventionnelles remplissent les conditions habituelles de validité des accords synallagmatiques pour être déclarées licites. En effet, outre les conditions classiques relatives au consentement, capacité, objet, cause, la Cour de cassation pose deux autres conditions plus originales que les précédentes. D'abord, la jurisprudence déclare sans effet les accords de rupture qui sont en même temps des transactions<sup>260</sup> : dans la mesure où ils constituent des actes juridiques de nature différente, transaction et accord de rupture ne peuvent donc être conclus que successivement ; leur conclusion simultanée entraîne leur nullité respective<sup>261</sup>.

<sup>255</sup> Ainsi, faute d'accord du salarié, une rupture que l'employeur souhaitait amiable doit-elle être requalifiée en licenciement pour motif personnel (CPH Toulouse, 17 juin 2004, Section Encadrement, Minute n°04/150, Mme M. Scheiber c/ SARL Banquette 3000).

<sup>256</sup> CA Paris, 22 Ch, 23 mai 1986, Sté Clause c/ Lorentz.

<sup>257</sup> Soc 19 décembre 1990, Bull. civ., V, n°681.

<sup>258</sup> Soc 16 mai 2000, Bull. civ., V, n°179.

<sup>259</sup> Conformément aux dispositions de la convention collective applicable, un salarié avait demandé un congé pour convenance personnelle. Accordé une première fois, ce congé est renouvelé, mais la lettre d'attribution de celui-ci comportait une mention selon laquelle le contrat de travail serait rompu si, au retour du salarié, la réintégration s'avérait impossible. S'appuyant sur le fait que le salarié avait assorti sa signature de la mention « lu et approuvé », l'employeur prétendait que le contrat de travail avait été rompu d'un commun accord. Rejetant cet argument, la cour de cassation énonce qu'un salarié ne peut valablement renoncer par avance aux droits qu'il tient d'une convention ou bien d'un accord collectif de travail (Soc 1<sup>er</sup> juin 1999, Bull. civ., V, n°254).

<sup>260</sup> Soc 16 juillet 1997, RJS 1997, n°1089.

<sup>261</sup> Ch mixte 12 février 1999, RJS 3/99, n°444.

D'autre part, la Cour de cassation semble considérer qu'une rupture négociée n'est valable qu'indépendamment de tout litige. Ainsi, les accords de rupture seraient illicites lorsqu'ils sont conclus à un moment où un litige existe entre l'employeur et le salarié<sup>262</sup>. Néanmoins, la portée de cette décision est discutée en doctrine<sup>263</sup>.

## *§2 Dans le cadre d'un licenciement économique*

Dans un premier temps, la Cour de cassation s'est montrée réservée concernant des ruptures amiables prononcées pour un motif économique. Ainsi jugeait-elle que les règles relatives aux licenciements pour motif économique avaient un caractère d'ordre public et que « les parties ne sauraient y déroger en qualifiant différemment de leur propre initiative la rupture des contrat de travail résultant de la conjoncture économique »<sup>264</sup>. Mais outre le fait que cette jurisprudence s'est ultérieurement assouplie<sup>265</sup>, elle ne pouvait de toute façon pas perdurer après le vote de la loi du 29 juillet 1992 qui a décidé<sup>266</sup> que « toute rupture du contrat de travail résultant d'une des cause énoncées » à l'art L 321-1 al 1 devait être soumise au respect des règles de procédure de licenciement économique.

Depuis lors, les résiliations conventionnelles pour motif économique sont soumises à un régime particulier. En effet, à l'instar des licenciements pour motif économique, elles sont soumises aux règles de procédures posées par la loi et sont intégrées dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Mais, ne constituant pas des licenciements et demeurant des accords de rupture, elles ne doivent pas donner lieu à une notification de licenciement et ne sont pas soumises à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse. C'est dire que la soumission des départs volontaires à la procédure de licenciements collectifs pour motif économique n'a pas pour effet d'affecter la qualification de ces modes alternatifs de rupture qui, en conséquence, conservent leur régime propre<sup>267</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'on trouve là un nouvel exemple de la force d'attraction du licenciement, en l'occurrence pour motif économique, réputé davantage protecteur des droits des salariés <sup>268</sup>.

Mais si les accords de rupture - pour motif personnel et désormais pour motif économique - sont aujourd'hui licites dès lors qu'ils sont conclus en cours

---

<sup>262</sup> Soc 26 octobre 1999, Dr.soc. 2000, 183, obs Ch Radé.

<sup>263</sup> Sur ces discussions, voir J. Péliissier et autres, « Les grands arrêts du droit du travail », p 324.

<sup>264</sup> Crim 3 janvier 1980, Dr.soc. 1980, 235.

<sup>265</sup> Crim 28 novembre 1984, Dr.soc. 1985, 703 ; Soc 5 mars 1986, Bull.civ., V, n°60.

<sup>266</sup> Art. L 321-1 al 2 C.trav.

<sup>267</sup> Soc 2 décembre 2003, RJS 2/04, n°179, Sem Soc Lamy 22 déc 2003 p 10 et rapport P. Bailly, p 6.

<sup>268</sup> Sur cette question, voir par exemple, B. Boubli, TPS 1998, Chr,n°7 ; PY Verkindt, TPS 1998, II, JP, n°199.

d'exécution du contrat<sup>269</sup>, loin s'en faut que cette validité de principe soit sans limite. En effet, certaines hypothèses existent dans lesquelles la jurisprudence conclut à l'illicéité d'un départ négocié par un employeur et son salarié, spécialement dans le but de protéger contre les effets des résiliations conventionnelles, certains travailleurs bénéficiaires d'une protection particulière en matière d'emploi. Nul doute que l'analyse des cas ainsi concernés est de nature à éclairer le point de vue à adopter concernant les accords de rupture impliquant un salarié vieillissant.

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

Comme on va le voir en premier lieu, sont d'ores et déjà acquis certains cas d'illicéité de ruptures conventionnelles, correspondant à des hypothèses dans lesquelles le salarié s'était vu octroyer par la loi une protection particulière concernant son emploi (Section I). Mais compte tenu des inconvénients que ce mode de rupture amiable porte en germe lorsqu'un salarié vieillissant est concerné - non seulement sur un plan individuel en termes de risque d'éviction du droit du licenciement, mais également collectif - la question suivante se pose : étendre ces cas de nullité de résiliations conventionnelles à l'hypothèse dans laquelle une telle rupture concerne un salarié âgé ne constituerait-il pas une solution opportune, eu égard aux impératifs actuels de maintien en activité des *seniors* ? (Section II)

### Section I Des solutions acquises

S'agissant des hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation conclut dès à présent à la nullité des résiliations conventionnelles décidées par un employeur et son salarié, on peut distinguer deux catégories selon que sont en cause des dispositions légales interdisant expressément à l'employeur toute rupture du contrat (§1) ou bien des règles légales ne prohibant pas une telle rupture mais offrant, en revanche, une protection particulière aux salariés concernés<sup>270</sup> (§2).

#### *§1 En cas d'interdiction légale de toute rupture du contrat*

Comme on va le voir, il existe un certain nombre de cas où la Cour de cassation prohibe toute rupture conventionnelle en raison de l'interdiction faite par ailleurs à

---

<sup>269</sup> En effet, l'article L 122-14-7 al 5 interdisant au salarié de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles du licenciement, les clauses de rupture automatique du contrat de travail en raison de la survenance d'un événement mentionné au contrat sont nulles (Soc 18 novembre 1998, Dr.soc. 1999, p 192). Seuls les accords de rupture en cours de contrat sont donc en principe licites.

<sup>270</sup> Sur cette distinction, voir J. Péliissier et autres, « Les grands arrêts du droit du travail », ouvrage précité.

l'employeur, soit de rompre le contrat, soit d'y mettre fin sans autorisation : ainsi s'agit-il d'hypothèses dans lesquelles le juge interdit purement et simplement l'usage de ce mode de rupture afin que ne soit pas tournée une protection spécifique mise en place par la loi.

C'est ainsi que l'on peut donner comme première illustration de cette jurisprudence, la nullité des ruptures conventionnelles concernant un salarié protégé, sanction qui ne constitue que le prolongement de la jurisprudence dite « Perrier ». En effet, la Cour de cassation ayant jugé que les représentants des salariés bénéficiaient d'une « protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat », les juges ne pouvaient conclure qu'à la nullité de la résolution judiciaire comme de la rupture amiable<sup>271</sup>. En revanche, une fois le licenciement notifié, rien n'interdit à l'employeur et au salarié de conclure un accord pour régler les conséquences financières de la rupture du contrat<sup>272</sup>. En tout état de cause, se trouvent ainsi protégés, non seulement les représentants du personnel, mais encore tous ceux bénéficiant d'une protection identique, tels les conseillers du salarié ou bien encore des conseillers prud'hommes.

D'autre part, cette illicéité des accords de rupture a été étendue à des hypothèses dans lesquelles la loi interdit expressément à l'employeur de rompre le contrat de travail : dans cette logique, la Cour de cassation a ainsi décidé qu'il résulte de l'article L 122-32-2 du Code du travail « qu'au cours des périodes de suspension consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, l'employeur ne peut faire signer au salarié une rupture d'un commun accord du contrat de travail », de sorte qu'une telle « résiliation est frappée de nullité »<sup>273</sup>. Par conséquent, « l'interdiction légale de la résiliation unilatérale du contrat entraîne celle de la résiliation conventionnelle ». Comme on l'a encore fait valoir, « cette règle, dégagée à propos de l'interdiction légale faite à l'employeur de résilier unilatéralement le contrat de travail pendant la période de suspension du contrat provoquée par l'accident du travail ou la maladie professionnelle doit logiquement s'appliquer dans tous les cas où la loi interdit expressément à un employeur de résilier le contrat de travail pendant une période de suspension »<sup>274</sup> : ainsi par exemple, une rupture amiable conclue entre un employeur et une salariée pendant le congé maternité devrait être considéré comme nulle.

En conséquence, un certain nombre de cas existent dans lesquels la Cour de cassation conclut à la nullité des ruptures d'un commun accord au motif qu'au cours de la période considérée, la loi prohibait purement et simplement toute rupture du contrat

---

<sup>271</sup> Soc 17 janvier 1985, Dr. soc. 1985, 698.

<sup>272</sup> Crim 4 février 1992, RJS 1992, n°1129.

<sup>273</sup> Soc 4 janvier 2000, Dr.soc. 2000, 350, D 2000, 265, note C. Radé.

<sup>274</sup> J. Péliissier et autres, ouvrage précité, p 323.

ou, tout au moins, la soumettait à autorisation administrative comme c'est le cas pour les salariés dits protégés.

Mais allant plus loin encore, la Cour de cassation ne semble pas hésiter à remettre en cause des ruptures amiables, dans des cas où, certes, une rupture unilatérale du contrat était possible, mais sous réserve du respect de certaines garanties offertes au salarié que, justement, une rupture conventionnelle pourrait avoir pour effet d'éluider.

### *§2 En cas de rupture autorisée mais soumise à un régime de protection particulier*

Une décision, du point de vue qui nous occupe ici, semble particulièrement révélatrice de la volonté des juges d'assurer le respect des règles d'ordre public posées par le droit du travail, fût-ce au prix d'une restriction apportée au principe de la liberté des conventions posées par l'article 1134 du Code civil. Il s'agit d'un arrêt rendu le 29 juin 1999<sup>275</sup>, aux termes duquel les dispositions des articles L 122-24-4 et L 122-32-5 du Code du travail excluent - lorsque l'inaptitude du salarié été constatée lors de la visite médicale de reprise - « la possibilité pour les parties de signer une rupture d'un commun accord du contrat de travail qui aurait pour effet d'éluider ces obligations ».

Cela signifie donc que - dans une telle hypothèse où aucun texte ne prohibe une rupture unilatérale - on ne saurait cependant admettre la validité d'un accord de rupture dès lors que celui-ci est susceptible de faire échec aux articles L 122-24-4 et L 122-35-5, et donc de priver les salariés, soit de leur droit au reclassement, soit de leur droit au paiement des salaires à défaut de licenciement dans le délai d'un mois<sup>276</sup>. Voilà pourquoi on peut admettre qu'ici, « la prohibition de la résiliation conventionnelle n'est plus le prolongement de la prohibition de la résiliation unilatérale. Elle a pour justification et pour but (...) d'empêcher l'employeur d'éluider ses obligations. En particulier, il ne peut pas, en concluant un accord de rupture, éviter le reclassement ou le paiement des indemnités dues à l'occasion d'un licenciement en raison de l'inaptitude du salarié. Cette interprétation jurisprudentielle révèle le souci des magistrats d'assurer l'application des règles

---

<sup>275</sup> Bull.civ., V, n°304, DS 2000, 182, obs Ch Radé, JCP 2000, II, 10235 note J. Savatier. Dans le même sens, Soc 12 février 2002, Bull.civ., V, n°66.

<sup>276</sup> On rappellera en effet que « les articles L. 122-24-4 et L 122-32-5 prévoient qu'après l'avis d'inaptitude donné par le médecin du travail à l'issue de la période de suspension du contrat de travail consécutive à une maladie ou un accident, l'employeur doit reclasser le salarié dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail. Si le salarié n'est pas reclassé et s'il n'est pas licencié, l'employeur doit verser à l'intéressé le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait précédemment. Par voie de conséquence, ces deux textes qui visent l'inaptitude d'origine non professionnelle comme l'inaptitude d'origine professionnelle n'interdisent aucunement le licenciement. Au contraire, ils incitent l'employeur à user de son droit de résiliation unilatérale chaque fois que le reclassement du salarié est impossible » (J. Péliissier et autres, ouvrage précité).

d'ordre public, consacrées par le droit du travail, en limitant la portée du principe civiliste de la liberté contractuelle »<sup>277</sup>.

Dans ces conditions et compte tenu de l'élargissement progressif des cas de nullité des ruptures d'un commun accord, on peut se demander si de telles solutions ne constituent pas « l'annonce pour l'avenir d'une condamnation plus générale de la résiliation conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée »<sup>278</sup> et si, à tout le moins, une telle prohibition ne devrait pas concerner les ruptures amiables conclues avec un travailleur vieillissant.

### Section II Vers une interdiction des résiliations conventionnelles du contrat de travail des seniors ?

Sans doute, on peut estimer dès l'abord qu'au-delà de la terminologie utilisée (départs négociés, résiliation amiable, accord des parties, ou résiliation conventionnelle), les ruptures d'un commun accord présentent les mêmes avantages et/ou inconvénients, qu'elles concernent ou pas un travailleur vieillissant. Au rang des inconvénients, on peut ranger essentiellement le fait que le recours à ce mode particulier de rupture est de nature à faire échec au droit du licenciement et que des difficultés peuvent surgir avec les ASSEDIC. Toutefois, il se peut fort bien qu'une réelle convergence de volontés existe entre l'employeur et le salarié, spécialement dans le cas où le salarié, ayant trouvé un nouvel emploi, désire partir sans respecter de préavis. De plus, on peut penser que les salariés n'acceptent une telle rupture que s'ils obtiennent en contrepartie une indemnisation importante. Au cas particulier d'une rupture amiable concernant un salarié âgé, on peut encore souligner que pour l'employeur, ce type de rupture du contrat peut lui permettre de mettre fin à l'activité professionnelle d'un salarié qu'il n'aurait pu mettre à la retraite, faute pour celui-ci de remplir les conditions requises par la loi.

Pour autant, on ne saurait minimiser les enjeux présentés par les ruptures amiables concernant un salarié vieillissant, dans un contexte où le maintien en activité de cette catégorie de travailleurs constitue un véritable défi eu égard aux actuelles données économiques et démographiques. En effet, à une époque où il devient urgent de tenter d'inverser le processus de raccourcissement de la vie active qui prévaut en France depuis plusieurs années et qui constitue donc l'un des obstacles au financement des retraites, on ne saurait manquer de s'interroger sur l'opportunité de maintenir ce mode spécifique de rupture du contrat. Alors que certains se déclarent partisans d'une suppression pure et simple de la mise à la retraite<sup>279</sup>, que penser, en effet, du maintien de cette technique de rupture du contrat dont le recours s'inscrit

<sup>277</sup> J. Péliissier et autres, ouvrage précité, p 324.

<sup>278</sup> J. Mouly, Droit du travail, Lexi Fac, 2002, p 164.

<sup>279</sup> Voir supra.

manifestement en faux avec la volonté des pouvoirs publics d'œuvrer au maintien en activité des travailleurs vieillissants ?

En fait, décider d'une interdiction des ruptures conventionnelles impliquant un salarié âgé ne constituerait pas une solution si étonnante. On peut estimer en effet qu'une telle prohibition pourrait tout autant se justifier que celles que les juges ont déjà formulée pour ne pas tenir en échec une protection spécifique mise en place par la loi (salariés représentants du personnel, victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle).

Cependant, cette interdiction serait de peu de portée pratique dans la mesure où, le plus souvent, les ruptures négociées font l'objet d'un habillage juridique et prennent la forme d'une rupture unilatérale, plus précisément même, d'un licenciement disciplinaire assorti d'une transaction<sup>280</sup>.

---

<sup>280</sup> Voir infra.

## 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 législateur<sup>281</sup> (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<sup>282</sup> et par les normes françaises, notamment les plus solennelles<sup>283</sup>. 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. Le droit s'efforce donc de garantir la légitimité des décisions patronales en condamnant fermement, sur les plans civil (section 1) mais aussi pénal (section 2), celles qui, fondées sur des critères illégitimes, dont l'âge, constituent des discriminations attentatoires à la dignité des personnes<sup>284</sup>.

#### Section I : L'interdiction des discriminations en raison de l'âge résultant du Code du travail

---

<sup>281</sup> 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).

<sup>282</sup> Cf. MA. Moreau, « Les justifications des discriminations », Dr. soc. 2002, p.1112.

<sup>283</sup> Bloc de constitutionnalité...

<sup>284</sup> Les textes du code pénal qui incriminent et sanctionnent les discriminations font partie du chapitre afférent à la protection de la dignité des personnes.



L'interdiction des discriminations en raison de l'âge du salarié est, depuis la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, inscrite dans le Code du travail qui en assortit la consécration de dispositions en garantissant le respect (§1). Cependant, dans le même temps, le législateur ménage des exceptions dont la portée demeure incertaine (§2).

### *§1. L'affirmation du principe et ses garanties*

#### A) La consécration de l'âge au rang des motifs discriminatoires

Ce n'est finalement qu'assez récemment que le critère de l'âge a été inséré dans la liste des motifs interdits, prévue par l'article L.122-45 du Code du travail. Il n'est en effet mentionné que depuis l'adoption de la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, transposant un certain nombre de directives communautaires, en particulier la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui, à l'instar de l'article 13 du traité d'Amsterdam, vise explicitement l'âge. On ne peut nier le caractère tardif de l'affirmation claire et générale du caractère illicite du critère de l'âge dans le Code du travail, qui s'explique peut-être par le fait que, contrairement à d'autres formes de discrimination, la discrimination à raison de l'âge, bien que prohibée par la loi, était « sans doute acceptée, voire désirée par l'opinion commune »<sup>285</sup>.

Cela ne signifie pas pour autant que l'âge était, avant cette date, un motif valable de licenciement<sup>286</sup>. Selon la Cour de cassation, la mise à la retraite d'un salarié sans que les conditions, notamment fixées par la convention collective, ne soient réunies entraînait la requalification de la rupture en un licenciement sans cause réelle, puisque fondé sur l'âge, et ouvrait droit à des dommages et intérêts<sup>287</sup>. Illégitime en soi, son caractère illicite découlait, de surcroît, bien qu'indirectement, d'une part, de

<sup>285</sup> G. Lyon-Caen, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *L'âge en droit social*, Journées Michel Despax, Toulouse 2003, Dr. soc.2003, p.1047.

<sup>286</sup> C'est ce que rappelait très clairement la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 22 mai 2001 (pourvoi n°99-42.569, arrêt n° 2233) s'agissant du licenciement pour limite d'âge d'un agent non fonctionnaire de l'administration polynésienne en application de la convention collective applicable. « Attendu, cependant, que l'âge d'un salarié ne constitue pas en principe une cause de licenciement ; que la loi n° 86-845 du 17 juillet 1986 relative aux principes généraux du droit du travail en Polynésie française ne déroge pas à cette règle et qu'en l'absence d'habilitation législative, les partenaires sociaux ne pouvaient l'instituer... » ; ég. Cass. soc. 12 juillet 1999, pourvoi n°97-41.432, arrêt n°3293 ; Cass. soc. 6 décembre 1995 RJS 1/96, n°18, concernant un danseur des Folies-Bergères.

<sup>287</sup> Cass. soc. 9 décembre 1998, Dr. soc. 1999, p.290 note J. Savatier ; Cass. soc. 16 juin 1998, RJS 8-9/98, n°981 ; Cass. soc. 6 décembre 1995, pourvoi n°92-40.389, RJS 1/96, n°18 ; Cass. soc. 20 juin 1995, pourvoi n°91-45.608 ; Cass. soc. 22 mai 1995, pourvoi n° 91-43.530 ; Cass. soc. 25 mars 1992, pourvoi n°90-45.494 ; ou encore dernièrement, Cass. Soc. 10 février 2004, Pourvoi n°01-45.216, arrêt n°340 ; (Sur cette question, voir supra, Partie I, sous-partie II).

l'article L.122-14-12 alinéa 2 du Code du travail, issu de la loi n°87-588 du 30 juillet 1987, réputant « 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... », d'autre part, de l'article L.311-4 du code du travail, issu de la loi n°94-126 du 11 février 1994, interdisant, sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires, de faire publier une insertion d'offres d'emploi ou d'offres de travaux à domicile comportant la mention d'une limite d'âge supérieure exigée du postulant à un emploi.

La loi du 16 novembre 2001 franchit donc une étape dans la protection des salariés notamment âgés. Désormais, il résulte expressément de l'article L.122-45 du Code du travail qu'« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement...aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte...en raison de son âge... ». Quant à la sanction, il ne s'agit plus seulement de l'octroi de dommages et intérêts mais de la plus rigoureuse qui soit en matière civile : la nullité de plein droit de la mesure. Il en résulte que le salarié licencié en raison de son âge peut exiger sa réintégration dans l'emploi. Il peut aussi, il est vrai, préférer une indemnisation dont le montant sera souverainement apprécié par le juge.

La disposition est récente et la jurisprudence encore peu abondante. Cependant, quelques décisions des juridictions du fond ont déjà été rendues, prononçant, en application de l'article L.122-45 du code du travail, la nullité de ruptures ne répondant pas aux conditions de mise à la retraite et se fondant exclusivement sur l'âge des salariés concernés<sup>288</sup>.

Mais l'affirmation d'un principe n'est rien si des règles ne viennent pas en garantir l'exercice. De ce point de vue également, l'action du législateur français, poussé par le droit communautaire, a été remarquable.

## B.) La facilitation des recours pour discrimination

Le législateur est intervenu afin, d'une part, de favoriser les actions en justice à l'encontre des auteurs de discriminations (1°), d'autre part, de faciliter la preuve des discriminations (2°).

1° Afin de faire en sorte que les discriminations commises dans le cadre des relations professionnelles ne restent pas impunies, le Code du travail, *en premier lieu*, ouvre le droit d'ester en justice à d'autres personnes que la victime directe de la

---

<sup>288</sup> Cour d'appel de Paris, 18° ch., 27 janvier 2004; Sem.soc.Lamy, n° 1158, 1° mars 2004; Jurisprudence Sociale Lamy, n°143, du 13 avril 2004, p.27, n° 143-36, obs. N. Rérolle; RJS 6/04, n°686.

discrimination ; *en second lieu*, il offre une protection contre le licenciement à toute personne qui exerce une action prud'homale pour discrimination.

*En premier lieu*, l'article L.122-45-1 du Code du travail, issu de la loi du 16 novembre 2001, prévoit que les organisations syndicales représentatives au plan national, départemental, pour ce qui concerne les départements d'outre-mer - il s'agit de tenir compte du particularisme du paysage syndical dans ces derniers -, ou dans l'entreprise, peuvent exercer en justice toutes les actions qui naissent de l'article L.122-45, aux lieu et place de la victime, sans avoir à justifier d'un mandat de cette dernière, pourvu qu'elle ait été avertie par écrit<sup>289</sup> et n'ait pas manifesté d'opposition dans les 15 jours de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention. Cette action du syndicat, qui déroge à l'exigence d'un intérêt direct et personnel à agir en justice et qui autorise l'organisation à se substituer au salarié, en principe seul titulaire de l'action, existe en d'autres domaines. Elle vise, dans tous les cas, à pallier la vulnérabilité ou l'isolement du salarié, que les difficultés et les aléas inhérents à toute action en justice peuvent dissuader de saisir les tribunaux.

Allant plus loin encore, la loi du 16 novembre 2001 ouvre aux associations régulièrement constituées depuis 5 ans au moins pour la lutte contre les discriminations, un droit similaire, sous réserve cependant de l'accord écrit du salarié concerné. Pour l'heure, ces actions sont rares, mais on peut tout à fait imaginer que la situation évolue étant donné l'actualité du sujet<sup>290</sup>.

Quant à la question de savoir si les syndicats professionnels peuvent, en cas de discrimination en raison de l'âge, « exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent », conformément à l'article L.411-11 alinéa 2 du code du travail, elle n'a, semble-t-il, pas encore été posée au juge. Plus généralement, si de nombreux arrêts ont considéré que les mesures de discrimination syndicale affectent bien l'intérêt collectif de la profession que représente le syndicat et l'autorise à exercer l'action syndicale, en revanche, s'agissant des autres formes de

---

<sup>289</sup> L'accord exprès du salarié a été écarté par l'Assemblée nationale « dans le souci de préserver l'anonymat de la victime. » Il a été souligné qu'un mandat de l'intéressé « serait en contradiction avec l'esprit de l'article puisque l'utilité de l'action des syndicats résulte notamment du fait que les salariés ont généralement peur de plaider en justice contre leur employeur ». (Rapport AN n° 2609, p.30).

On s'explique mal, dans ces conditions, pourquoi la loi impose un accord exprès du salarié en cas d'action de substitution d'une association.

Pour finir, on relèvera que cet argument concerne surtout les discriminations commises par l'employeur pendant l'exécution du contrat de travail sans entraîner sa rupture. Conserver l'anonymat présente, en effet, peu d'intérêt pour le salarié victime d'un licenciement.

<sup>290</sup> Cette disposition vise à mettre notre droit en conformité avec la directive communautaire 2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, dont l'article 7 prévoit le droit pour les associations remplissant les critères d'agir notamment en justice « pour le compte ou à l'appui du plaignant ».

La loi du 16 novembre 2001 élargit le champ du droit d'action de substitution des associations à toutes les hypothèses de discrimination.

discrimination, il n'y a guère d'exemples. Bien plus, dans la mesure où il ne suffit pas que les faits prohibés aient été commis dans le cadre du travail pour que l'intérêt collectif des salariés soit atteint<sup>291</sup>, on peut se demander si les mesures à raison de l'âge du salarié sont de nature à autoriser le syndicat à agir. N'est-on pas plutôt en présence de mesures contraires à l'intérêt général ?

*En second lieu*, la loi du 16 novembre 2001 crée un article L.122-45-2 en vertu duquel le licenciement d'un salarié faisant suite à une action engagée par lui ou en sa faveur par une organisation syndicale ou une association de lutte contre les discriminations, telles que visées à l'article L.122-45-1 du code, est nul et de nul effet lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice. Le salarié peut, dans cette hypothèse, demander sa réintégration comme en matière de licenciement discriminatoire. S'il préfère, il pourra demander une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois ainsi que l'indemnité de licenciement résultant de l'article L.122-9 du Code du travail, ou de la convention collective si elle est plus favorable. Par ailleurs, l'employeur se verra condamner au remboursement des indemnités de chômage éventuellement perçues par le salarié dans les conditions de l'alinéa 2 de l'article L.122-14-4 du Code du travail.

2° Enfin, parce qu'il n'y a rien de plus délicat que de rapporter la preuve d'une discrimination dissimulée sous un motif d'apparence légitime, l'article L.122-45 *in fine* aménage le régime probatoire des discriminations commises à l'encontre d'un salarié<sup>292</sup>. Le fardeau de la preuve ne repose plus désormais sur le salarié demandeur, comme le voudrait le droit commun. Celui-ci - le syndicat ou l'association en cas de substitution - doit simplement présenter « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte »<sup>293</sup>. Il incombe ensuite à l'employeur d'établir que la décision qu'il a prise « est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »<sup>294</sup>. Quant au juge, il forme sa conviction « après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

---

<sup>291</sup> Dans un arrêt du 23 janvier 2002, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet décidé que le fait qu'un viol et des actes caractérisant le harcèlement sexuel aient été commis par le supérieur hiérarchique d'une salariée, dans le cadre du travail, ne caractérise pas une atteinte à l'intérêt collectif des salariés. (Cass. crim. 23 janv. 2002, RJS 5/02, n°592, 1° esp.).

<sup>292</sup> Ici encore, c'est sous la pression du droit communautaire que notre législation a été modifiée. En effet, après la CJCE - not. 27 oct.1993, Rec. p.5566 - , plusieurs directives ont adopté un régime probatoire aménagé et en ont élargi progressivement le champ : directive 97/80 du 15 décembre 1997 concernant la preuve des discriminations fondées sur le sexe, directive 2000/43 du 29 juin 2000 concernant la preuve des inégalités de traitement fondées sur la race ou l'origine ethnique, directive 2000/78 du 27 novembre 2000 concernant plus généralement les inégalités de traitement en matière d'emploi.

Sur la question de la preuve des discriminations, cf. MA. Moreau op.cit. p.1120 ; F. Favennec-Héry, « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », Dr.soc. 2004, p. 48 et s., sp.pp.54 et 55.

<sup>293</sup> Cass. soc. 15 janvier 2002, pourvoi n°99-42.702, arrêt n°160.

<sup>294</sup> Cf. MA. Moreau, op.cit. p.1112.

Curieusement cependant, la consécration de l'âge comme critère discriminatoire s'accompagne dans le même temps de limites, il est vrai, circonscrites.

*§ 2 : Les limites du principe : une portée incertaine*

Tandis qu'elle inscrit l'âge dans la liste des motifs illicites de l'article L.122-45 du Code du travail, la loi du 16 novembre 2001, s'inspirant ici encore de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000, apporte un bémol au principe et relativise la portée de l'interdiction des discriminations en raison de l'âge. L'article L.122-45-3 du Code du travail prévoit en effet que « 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 ». Le texte poursuit : « 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. »

Cet article, dont la rédaction ne peut manquer de laisser perplexe, suscite des interrogations. En particulier, comme le soulignait le professeur G. Lyon-Caen, « on ne sait pas très bien si ces différences de traitement licites concernent le législateur ou l'employeur »<sup>295</sup>. En effet, la référence aux objectifs de politique de l'emploi semble viser le législateur. Cette interprétation correspond également à l'esprit de la directive du 27 novembre 2000 dont l'objet est d'éviter notamment la remise en cause des politiques d'emploi fondées sur l'âge. Mais, le législateur souverain n'a nullement besoin d'une prévision du type de celle de l'article L.122-45-3 du Code du travail pour adopter, dans le cadre de la politique de l'emploi fixée par le Gouvernement, des mesures parfois qualifiées de « discriminations positives ». De plus, l'entreprise ne pourrait-elle pas faire siens des objectifs de politique de l'emploi ? Enfin, les exemples de différences de traitement licites donnés par le texte incitent à considérer au contraire que la dérogation concerne les employeurs.

Dès lors, étant donné le caractère flou de la frontière entre les discriminations prohibées et les différences de traitement licites, parce qu'« objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime », l'article L.122-45-3 ne risque-t-il

---

<sup>295</sup> Op.cit. p.1047.

pas de neutraliser l'article L.122-45 ? Certains ne l'excluent pas<sup>296</sup>. Ainsi, prohibé en principe, le licenciement en raison de l'âge pourrait devenir légitime dans certains cas. Etant donné l'incertitude qui entoure la portée de cette disposition, il conviendra de se reporter à la jurisprudence à qui il incombe d'en fixer l'étendue. Ce que l'on peut dire cependant, à ce stade de l'analyse, c'est que la prise en compte légitime de l'âge dans la rupture du contrat de travail se heurte à certaines dispositions, notamment celles relatives à l'établissement des critères de l'ordre de licenciement économique et ne saurait de toute façon être admise que de manière tout à fait exceptionnelle.

Il n'en demeure pas moins que, contrairement à d'autres formes de discriminations, la discrimination fondée sur l'âge fait l'objet d'un rejet mitigé ; condamnée dans son principe, elle apparaît parfois souhaitable.

Elle fait cependant désormais partie du champ répressif.

### Section II : La sanction des discriminations fondées sur l'âge résultant du code pénal

Faisant écho aux dispositions du code du travail, le code pénal incrimine le licenciement d'un salarié en raison de son âge (§1). Par ailleurs, si les spécificités de la procédure pénale ne justifient pas les mêmes aménagements qu'en matière civile, on constate l'existence de dispositions de nature à faciliter la répression de telles mesures (§2).

#### *§1 : L'incrimination des mesures patronales fondées sur l'âge et leur sanction*

Si, au civil, le rappel du principe de non discrimination apparaît, dans une certaine mesure, superfétatoire, puisque, même en l'absence de disposition expresse, la mesure discriminatoire est condamnée, il n'en va pas de même en matière pénale. En vertu du principe fondamental du droit qu'exprime l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege*, l'incrimination et la sanction d'un comportement quel qu'il soit supposent qu'il entre dans les prévisions de la loi pénale, pour les crimes et les délits, ou du règlement, pour les contraventions. Or, ce n'est que depuis l'adoption de la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 que l'âge a fait son entrée dans le champ des critères discriminatoires pénalement répréhensibles en vertu de l'article 225-1 du Code pénal. Désormais, conformément à l'article 225-2-3° du Code pénal, le refus d'embaucher ainsi que le fait de sanctionner ou de licencier une personne en raison de son âge constitue un délit pénal. A noter qu'en vertu de l'article 225-4 du Code pénal, les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables de

---

<sup>296</sup> G. Lyon-Caen op.cit. ; ég. MA. Moreau, op.cit. p.1118.

telles discriminations, lorsque les conditions générales de l'article 121-2 du code pénal sont réunies<sup>297</sup>.

Si les dispositions des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal recourent largement celles du Code du travail, il n'existe pas cependant de texte répressif qui, à l'instar de l'article L.122-45-3 du Code du travail, répute non discriminatoires les différences de traitement fondées sur l'âge, « raisonnablement et objectivement justifiées par un objectif légitime ». Doit-on considérer que ces distinctions, licites au plan civil, constituent néanmoins des infractions pénales dans la mesure où elles entrent bien dans le champ des prévisions du code pénal ? Certes non. Il convient de préciser, en effet, que les tribunaux répressifs sont toujours fondés à relever l'existence d'un fait justificatif sans qu'un texte particulier soit nécessaire. Ainsi, même si depuis la réforme du Code pénal, les réserves concernant l'existence de « motifs légitimes » de discrimination, qui figuraient dans les anciens articles 187-1 et 416, ont disparu et ont été remplacées par quelques hypothèses précises de justification énoncées à l'article 225-3, le juge conserve le droit de considérer que la discrimination commise n'est pas répréhensible parce que reposant sur une justification<sup>298</sup>.

Quant aux peines encourues en cas d'infraction de discrimination, elles ont été aggravées par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. L'article 225-2 prévoit, pour les personnes physiques, une amende de 45 000 euros et 3 ans d'emprisonnement (au lieu de 30 000 euros et 2 ans d'emprisonnement auparavant. Il en résulte que, conformément aux dispositions de l'article 131-38, le montant de l'amende encourue par les personnes morales s'élève à 225 000 euros.

Enfin, même si elles sont moins nombreuses, moins audacieuses également, qu'en matière civile, il convient de relever des dispositions tendant à faciliter la répression des discriminations, dont l'impact est cependant limité, s'agissant plus particulièrement du critère d'âge.

### *§2 : Les dispositions tendant à faciliter la répression des discriminations*

Il convient tout d'abord de souligner que la loi du 16 novembre 2001 a accru les moyens des inspecteurs du travail s'agissant de la constatation des discriminations. Ces derniers peuvent ainsi se faire communiquer tout document ou tout élément

---

<sup>297</sup> Ces conditions ont été récemment modifiées par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 qui a supprimé le caractère spécial de la responsabilité pénale des personnes morales. Le texte devrait entrer en vigueur le 31 décembre 2005. Cependant, en ce qui concerne les discriminations, la réforme est sans incidence puisque la loi incrimine explicitement les personnes morales.

<sup>298</sup> M. Danti-Juan, Encyclopédie Dalloz, Répertoire pénal, Rubrique Discriminations, n°44-52.

d'information utile à la constatation d'infraction, notamment, à l'article 225-2 du Code pénal, et ce, quel qu'en soit le support.

Par ailleurs, si les règles de facilitation de la preuve des discriminations résultant de l'article L.122-45 du code du travail ne concernent pas le procès pénal dans la mesure où ces règles sont susceptibles de heurter la présomption d'innocence<sup>299</sup>, il convient de souligner cependant, qu'en matière répressive, le juge dispose d'un large pouvoir d'instruction, de nature à compenser la faiblesse de la victime.

D'autre part, si les actions de substitution des syndicats représentatifs et des associations répondant aux conditions de l'article L.122-45-1 du Code du travail ne concernent que les actions nées de l'article L.122-45 du même code, donc uniquement des actions de nature civile, les syndicats professionnels, même non représentatifs, et certaines associations peuvent éventuellement agir devant le tribunal correctionnel pour infraction à l'article 225-2 du Code pénal, sous réserve d'une atteinte à l'intérêt collectif de leurs membres. Cette action se fonde sur l'article L.411-11 du Code du travail pour les syndicats professionnels et résulte d'une autorisation légale spécifique pour les associations.

Il n'est cependant pas certain que le licenciement d'un salarié en raison de son âge justifie l'exercice de l'action syndicale<sup>300</sup>. Par ailleurs, pour l'heure, les associations de lutte contre les discriminations à raison de l'âge ne font pas partie des associations habilitées à agir.<sup>301</sup>

Ainsi, en dépit de certaines réserves, il existe aujourd'hui, en France, un arsenal juridique de lutte contre les discriminations, notamment en raison de l'âge, dont on peut penser qu'il permettra de sanctionner les pratiques illicites, notamment le licenciement d'un salarié fondé sur l'âge.

En revanche, aucun principe n'interdit le licenciement d'un salarié âgé fondé sur d'autres motifs que l'âge. Tout au plus existe-t-il quelques règles ponctuelles, insuffisantes pour préserver efficacement les salariés contre ces formes de rupture.

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

---

<sup>299</sup> Conseil constitutionnel 2001-455 DC du 121 janvier 2002, décision concernant la loi dite de modernisation sociale, v. B. Mathieu, Dr. ouv. Fév. 2002, p.44 et s.

<sup>300</sup> Cf. supra, concernant l'action syndicale en matière civile.

<sup>301</sup> Les associations habilitées à agir pour discrimination incriminée par l'article 225-2 du code pénal sont celles combattant le racisme ou se proposant d'assister les victimes de discrimination fondée sur l'origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse (art.2-1 code procéd. pén.), celles luttant contre les discriminations fondées sur le sexe ou les mœurs (art.2-6 code procéd. pén.), celles de défense des personnes handicapées ou malades (art.2-8 code procéd. pén.), celles ayant vocation à lutter contre l'exclusion sociale ou culturelle des personnes en état de grande pauvreté ou en raison de leur situation de famille (art.2-10 code procéd. pén.).



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 (Section 1). 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<sup>302</sup>, ils bénéficient alors d'une sorte de préretraite financée par l'Assedic<sup>303</sup>, 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.

Cependant, 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 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 (Section 2).

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

Dès lors qu'il se fonde sur un autre motif que l'âge du salarié, même s'il peut y être rattaché, l'employeur peut en principe licencier le salarié. C'est vrai pour le motif économique (§1) comme pour le motif personnel (§2).

#### *§1. Le motif économique*

Aucun principe, aucune règle non plus, n'interdisent le licenciement d'un salarié de plus de 55 ans pour un motif économique.<sup>304</sup> Dès lors que le motif est caractérisé dans ses différents éléments, les salariés de plus de 55 ans peuvent, au même titre que les autres, faire l'objet d'un licenciement pour motif économique. Ils n'ont, sauf restriction légale, ni plus ni moins de droits que leurs collègues plus jeunes. La Cour de cassation décide en ce sens que l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur qui envisage un licenciement pour motif économique, obligation qui conditionne l'existence d'une cause réelle et sérieuse, ne lui impose pas de proposer à

---

<sup>302</sup> La dispense de recherche d'emploi concerne les demandeurs d'emploi indemnisés au titre de l'assurance chômage ou de la solidarité, à partir de 55 ans et sous certaines conditions particulières (art L 351-16, R 351-26 et D 311-6 c .trav).

<sup>303</sup> Pour plus de développements, voir supra.

<sup>304</sup> Reconnaisant le bien fondé d'un licenciement économique : CPH Toulouse 12 juin 2003, Section Industrie, Minute 03/270, M. E. Bardina c/ Me O. Benoit (salarié âgé de 60 ans) ; CPH Toulouse 24 juin 2004, Section Encadrement, Minute 04/462, M. R. Magenthies c/ SA Semences de France (salarié âgé de 60 ans) ; CPH Toulouse 7 juin 2004, Section Encadrement, Minute 04/408, M. Bresson c/ SARL Meric (salarié de 56 ans).

un salarié une mesure de préretraite pour libérer son poste afin de le proposer en reclassement à un autre salarié plus jeune<sup>305</sup>. De même - cela ressort très nettement de la jurisprudence - l'obligation de reclassement s'impose avec la même intensité quel que soit l'âge du salarié<sup>306</sup>.

A noter qu'en cas de méconnaissance de ses obligations par l'employeur, les juges du fond peuvent parfaitement tenir compte de l'âge du salarié et de ses difficultés probables de reclassement pour déterminer le montant des dommages et intérêts dus pour licenciement injustifié<sup>307</sup>.

Il arrive que le motif économique invoqué dissimule un motif moins avouable tel que la volonté de se défaire d'un salarié ancien pour le remplacer par un plus jeune<sup>308</sup>. La fraude sera alors révélée par l'absence d'une recherche réelle de reclassement du salarié concerné, l'omission de toute référence à la priorité de réembauchage et l'embauche, quelques temps après, d'un tiers<sup>309</sup>.

Cependant, comme nous le verrons, la loi impose à l'employeur qui met en œuvre une procédure de licenciement pour motif économique de tenir compte de la situation des salariés âgés.

## *§2. Le motif personnel*

Comme nous l'avons dit, il peut paraître logique que les employeurs aient tendance à recourir au licenciement plutôt qu'aux modes de rupture à raison de l'âge. D'ailleurs, cette tendance doit être croisée avec un autre phénomène pressenti depuis quelques

<sup>305</sup> Cass. soc. 28 novembre 2000, pourvoi n°98-46.140, arrêt n°4838.

<sup>306</sup> Par exemple, Cass. soc. 6 février 2002, pourvoi n°99-46.230, arrêt n°541 (concernant un salarié âgé de 60 ans qui avait refusé un départ en préretraite et la mise en œuvre d'une convention FNE et dont l'employeur n'avait pas recherché les possibilités de reclassement dans le groupe) ; Cass. soc. 10 octobre 2002, pourvoi n°00-43.922, arrêt n°2980 (référence à l'âge de la salariée sans autre précision, mais licenciement sans cause réelle et sérieuse faute de tentative de reclassement) ; CPH Toulouse 13 février 2003, Section Industrie, Minute 03/00094, Mme Baracetti c/ J. Dagen, (abs. De cause réelle et sérieuse du licenciement d'une salariée âgée de 58 ans sans que soit étudiée la possibilité de la reclasser au sein du groupe), confirmation CA Toulouse 9 janvier 2004, arrêt n°8/2004; de même, CPH Toulouse 24 juin 2004, Section Industrie, Minute 04/413, Mme Mader c/ SARL Carrières du Barbe (absence de cause réelle et sérieuse du licenciement d'une salariée âgée de 55 ans dont le reclassement dans le groupe auquel appartenait l'entreprise n'a pas été envisagé) ; CPH Toulouse 19 janvier 2004, Section Encadrement, Minute 2004/12, M. Ader c/ SA AGA (idem concernant un salarié de 56 ans) ; ég. CPH Toulouse 29 avril 2004, Section Industrie, Minute 04/197, M. G. Foltran c/ Bureau technique industriel.

<sup>307</sup> Cass. soc. 10 octobre 2002, pourvoi n°00-43.922, arrêt n° 2980 ; Cass. soc. 28 février 2001, pourvoi n°99-40.754, arrêt n°857 ; CPH Toulouse 19 janvier 2004, Section Encadrement, Minute 2004/12, préc. (le salarié « peut légitimement prétendre, en application de l'article L.122-14-4 du Code du travail et, considérant son âge et son ancienneté, voir le préjudice qu'il a subi justement réparé par l'octroi de la somme de 76 225 euros. »).

<sup>308</sup> surtout que, si l'entreprise compte habituellement moins de 20 salariés et si le licenciement est le premier d'une période de 12 mois, la contribution supplémentaire n'est pas due à l'Assedic. (art. L.321-13- 8°).

<sup>309</sup> CPH Toulouse 24 février 2003, Section Encadrement, Minute 03/85, Mme Teulière c/ SARL SRTM Lagica ; CPH Toulouse 3 mars 2003, Section Encadrement, Minute 03/105, M. Cuello c/ SARL Duo Optik Lynx Optique.

années et confirmé par une enquête de la DARES<sup>310</sup>, qui constate un « engouement » patronal pour le licenciement pour motif personnel au détriment du licenciement pour motif économique et ce, particulièrement en ce qui concerne les salariés âgés<sup>311</sup>. Il apparaît en effet que la lourdeur de la procédure de licenciement pour motif économique et les risques qui en découlent incitent les employeurs à se placer sur le terrain du motif personnel plutôt que sur le terrain économique, alors pourtant que, fréquemment, ce sont des considérations d'ordre économique qui justifient la mesure. Cela est particulièrement vrai s'agissant des salariés âgés, souvent les plus anciens dans l'entreprise et donc les mieux rémunérés, dont le licenciement économique s'accompagne de surcroît de contraintes spécifiques. En effet, le recours à certains motifs personnels permet à l'employeur d'alléger le coût du licenciement.

Parmi les motifs personnels les plus souvent invoqués en pratique, on trouve la faute (A), l'insuffisance professionnelle (B) et l'inaptitude (C).

#### A) La faute du salarié

L'âge du salarié ne lui confère pas une immunité disciplinaire et l'employeur peut parfaitement le licencier s'il commet une faute suffisamment grave<sup>312</sup>. Il est vrai que l'âge du salarié interfère parfois sur la qualification des faits perpétrés dans le sens d'une atténuation<sup>313</sup>. On constate cependant que les juges invoquent plus volontiers

---

<sup>310</sup> Premières informations de la Dares n°28.2, juillet 2003, « Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel ». Cf. Droit ouvrier, décembre 2003, p.511 et s.

<sup>311</sup> « Le risque d'être licencié pour motif personnel augmente très sensiblement à partir de 50 ans : ce type de rupture représente respectivement pour les hommes et les femmes relevant de cette tranche d'âge 24 et 21% des motifs d'entrée à l'ANPE contre 15 et 13% pour les 25-49 ans ». Enquête Dares.

<sup>312</sup> Cass. soc. 19 juillet 2000, arrêt 3435, pourvoi n°98-44.025 ; Cass. soc. 5 janvier 2000, arrêt n° 123, pourvoi n° 98-40.111 ; CPH Toulouse 16 juin 2003, Minute n°03/292, M. D. Messaut c/ Mutuelle civile de la Défense (faute grave : insubordination) ; CPH Toulouse 17 avril 2003, Minute n° 03/204, M. Ch. Bendib c/ Société Nouvelle Santarossa (faute grave : insubordination) ; CPH Toulouse 20 novembre 2003, Minute n°03/501, M. J. Guitierrez c/ SA Ascenceurs Kone (faute grave : manquement à l'obligation de sécurité) ; CPH Toulouse 13 mars 2003, Minute 03/000123, M. C. Manane c/ SA Europe Cheminées (faute grave : dénigrement de la société) ; CPH Toulouse 6 mai 2004, Minute n° 04/225, M. Victorien Oum c/ SARL SEIL Loubet (faute grave : absence non justifiée en dépit du refus de congé => insubordination) ; CPH Toulouse 11 mars 2004, Section Industrie, Minute n° 04/144, M. G. Coutard c/ Association SAS Auto-K-Herpe (faute grave : refus d'une modification de secteur commercial en application du contrat de travail) ; CPH Toulouse 26 janvier 2004, Minute n° 04/59, M. B. Touitou c/ Me Liliane Vinceneux ; CPH Toulouse 11 mars 2004, Section Encadrement, Minute 04/193, M. Moisset c/ SFIM Midi Pyrénées (faute grave : non respect d'une procédure interne et agressivité à l'égard de subalternes) ; CPH Toulouse 19 février 2004, Section Encadrement, Minute 04/129, M. Monnier c/ SA ELTA (faute grave : cadre dirigeant outrepassant son droit d'expression en allant dénoncer son supérieur et l'équipe d'encadrement de la société employeur au principal actionnaire) ; CPH Toulouse 22 avril 2004, Section Encadrement, Minute 04/000262, M. Roquebert c/ Association ADEFIM (faute sérieuse : diverses négligences graves).

<sup>313</sup> Cass. soc. 2 février 2000, pourvoi n°97-42.090, arrêt n°697 (« ...la Cour d'appel a pu écarter la faute grave reprochée aux salariés en considérant que leur refus de rejoindre leur poste de travail était excusé par leur âge et l'important déplacement qui leur était imposé. »). L'âge et l'ancienneté n'atténuent pas automatiquement la responsabilité du salarié. Ainsi, un arrêt du 3 décembre 2002 confirme que constitue une faute grave le vol d'un bien d'une valeur de 21, 06 F commis par un salarié de 50 ans ayant une ancienneté de 23 ans dans l'entreprise et ce, en dépit du caractère isolé du fait. (Arrêt 3466, pourvoi n° 00-44.321).

l'ancienneté que l'âge du salarié<sup>314</sup>. Par ailleurs, il peut avoir une incidence sur l'appréciation du caractère vexatoire ou non des conditions de la rupture<sup>315</sup>.

En pratique, l'employeur sera tenté d'invoquer, la faute grave du salarié<sup>316</sup> - plus rarement la faute lourde<sup>317</sup>-, non seulement pour échapper au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis et de l'indemnité de licenciement - ce qui n'est pas propre au licenciement des salariés âgés - mais surtout, au versement à l'Assedic de la cotisation en raison de l'âge, dite contribution « Delalande ». Très souvent, d'ailleurs, si l'obstacle psychologique d'un licenciement pour faute grave est surmonté (cf encadré 2), le salarié sera associé à la fraude<sup>318</sup>, lorsqu'il n'en est pas l'initiateur ce qui, selon certains témoignages, ne serait pas rare. Dans certaines entreprises, « ces départs négociés » sont devenus une « véritable mécanique systématique de cessation anticipée d'activité »<sup>319</sup>.

Encadré n°2

*Selon des témoignages de DRH et conseils d'entreprise, environ 50% des salariés auxquels on propose un tel montage sont a priori choqués à l'idée d'être licenciés pour faute grave. Ce n'est qu'au terme de discussions souvent réitérées que le plus grand nombre accepte la perspective de cesser le travail avec une indemnisation l'emportant finalement sur l'amour propre.*

<sup>314</sup> Par exemple CPH Toulouse 4 février 2003, Minute 03/45, M. Louis Prugnaud c/ SA Société Magasins Galeries Lafayette . (Salarié âgé de 61 ans ayant refusé une mutation en application d'une clause de mobilité, licencié pour faute grave. Pour les juges, la faute n'était « que » sérieuse en raison notamment des 38 ans d'ancienneté de l'intéressé).

<sup>315</sup> Cass. soc. 19 juillet 2000, arrêt n°3435, pourvoi n°98-44.025.

<sup>316</sup> Hypothèses de fautes graves inexistantes : CPH 27 janvier 2003, Minute n°03/00025, M. A. Daniel c/ SARL Leuco (abs. de CRS) ; CPH Toulouse 7 avril 2003, Minute 03/168, Mme M. Parisot c/ SFM « L'Epi gaulois » (abs. de CRS) ; CPH Toulouse 26 juin 2003, Minute n° 03/ 298, M. Silva-Delgado c/ AGS/ CGEA Toulouse (abs. CRS) CPH Toulouse 1 décembre 2001, Minute 03/650, M. R. Lecerf c/ Me Avezou et Me Ancel ; CPH Toulouse 6 mars 2003, Minute n°03/112, M. M. Rey c/ Association A.G.O.P (abs. CRS) ; CPH Toulouse 6 février 2003, Minute n°03/79, Mme Gayraud c/ J. Ladenise, (abs CRS) ; CPH Toulouse 10 mai 2004, Section Encadrement, Minute 04/346, M. Bommelaer c/ Compo France SAS (abs. CRS) ; CPH Toulouse 19 janvier 2004, Section Encadrement, Minute 04/08, M. Ari Veiga c/ Société Spot Image (abs. CRS) ; CPH Toulouse 24 juin 2004, Section Encadrement, Minute 04/466, M. J. Chapon c/ SAS Motorola Semi Conducteurs (abs. CRS) ; CPH Toulouse 1<sup>er</sup> juillet 2004, Section Encadrement, Minute 04/494, M. Bionda c/ Harmony Jouets (abs. CRS).

Hypothèses de fautes graves requalifiées : CPH Toulouse 29 septembre 2003, Minute n°03/426, M. F. Cohen c/ SAS Panofrance Méditerranée (CRS) ; CPH Toulouse 13 mars 2003, Minute 03/128, M. Leysen c/ Société Perret Bureautique (CRS) ; CPH Toulouse 17 mars 2003, Minute n°03/00139, Mme D. Rolland c/ Association AGOP ; CPH Toulouse 11 septembre 2003, Minute 03/ 374, M. Roques c/ SA GES Equipements Sports et loisirs (CRS) ; CPH Toulouse 11 mars 2003, Minute n° 04/141, M. B. Meralet c/ Martins (CRS) ; CPH Toulouse 26 avril 2004, Section Encadrement, Minute 04/277, M. Malhomme c/ SARL Etoile Occitane (CRS).

<sup>317</sup> CPH Toulouse 27 janvier 2003, Minute 03/22, M. F. Guillot c/ Me Liliane Vinceneux ; CPH Toulouse 20 octobre 2003, Minute 03/00465, M. et Mme Dupin de la Guerivière c/ Me Liliane Vinceneux ; CPH Toulouse 18 septembre 2003, Minute n° 03/405, Mme J. Planchon c/ SARL Garonne.

<sup>318</sup> V. Devillechabrolle, « Moins de préretraités mais plus de quinquas malades ou inaptes », Liaisons sociales Magazine, Janvier 2004, p.24. Témoignage d'un inspecteur du travail : « Dans le commerce et plus particulièrement dans les grands magasins, « cela fait des années que l'on y observe des départs dans des conditions douteuses, aux frais des Assedic, sans que les syndicats ne s'y opposent, tant les salariés sont demandeurs. »

<sup>319</sup> Liaisons sociales Magazine, préc. p.23. Témoignage de M. G. Henry, délégué syndical central CFDT de Thalès.

Dans ces hypothèses, le licenciement pour faute grave -en pratique, pour abandon de poste<sup>320</sup>- s'accompagne d'une transaction stipulant une indemnité dont le montant dépend de la détermination de l'entreprise à se séparer du salarié et de celui-ci à quitter l'entreprise<sup>321</sup>. Ce montant est généralement supérieur à celui des indemnités de préavis et de licenciement -légale ou conventionnelle-, ce qui revient finalement à verser au salarié une partie du montant de la cotisation normalement due à l'Assedic.<sup>322</sup> Quant à la date du licenciement, elle est alors minutieusement choisie de telle manière que le salarié bénéficie de l'assurance chômage jusqu'à sa prise en charge au titre de l'assurance vieillesse.(cf. encadré n°3)

Encadré n° 3

*Le montage doit tenir compte des données suivantes.*

*En premier lieu, la durée d'indemnisation à laquelle a droit l'intéressé<sup>323</sup> et la date à laquelle il peut prétendre à une retraite à taux plein. L'objectif à atteindre est d'éviter que le salarié ait une période non indemnisée, soit au titre de l'assurance chômage, soit au titre de l'assurance vieillesse<sup>324</sup>. Si tel est le cas -mais le plus souvent le montage est fait en sorte que cela ne se produise pas-, le montant de l'indemnité versée doit combler ce « trou ». Il va de soi que plus le montant de la contribution Delalande est élevé, plus la marge de manœuvre de l'employeur est importante.*

*Il convient, en second lieu, de veiller à compenser le délai de carence imposé par l'Assedic -**jours de congés payés non pris + 7 jours de différé d'indemnisation en application de la réglementation UNEDIC + une carence dite spécifique, correspondant au montant de l'indemnité de licenciement excédant le minimum légal / le salaire journalier**-, lequel peut atteindre 75 jours<sup>325</sup>.*

*Pour éviter la mise en œuvre de cette carence spécifique déclenchée par le versement d'une indemnité transactionnelle, les DRH préconisent la conclusion d'une transaction quelques semaines après le licenciement -en pratique, conclue en amont, la transaction est simplement post-datée ou la date est apposée ultérieurement-, l'Assedic n'interrogeant le salarié sur l'existence d'une transaction qu'au moment de la constitution de son dossier et ne réitérant pas, semble-t-il, ce contrôle dans le temps.*

*Ce montage, dans lequel les deux parties au contrat de travail trouvent finalement leur compte, reporte sur le régime d'assurance chômage la charge de la fin de carrière des salariés vieillissants.<sup>326</sup> Difficile à déjouer en*

<sup>320</sup> Cf. infra.

<sup>321</sup> Il convient de tenir compte de certains facteurs qui peuvent par ailleurs alourdir le coût de l'opération. Ainsi, au-delà de 24 mois de salaire, l'indemnité est fiscalisée et soumise à cotisations sociales. Par ailleurs, les sommes excédant le montant de l'indemnité conventionnelle, sans atteindre 24 mois de salaire, sont soumises à CSG et CRDS.

<sup>322</sup> Cf. infra, Contribution Delalande.

<sup>323</sup> Cf. supra.

<sup>324</sup> Le but est le plus souvent de garantir au salarié un revenu équivalent au montant de la pension qu'il percevra le moment venu au titre de l'assurance vieillesse. Dans certaines entreprises, l'objectif est même que le salarié conserve son niveau de revenu, le complément versé étant en fait amorti par l'embauche d'un salarié plus jeune et moins onéreux. Il nous a cependant été indiqué que le raccourcissement de la durée d'indemnisation des seniors - de 5 ans à 3 ans pour les salariés de moins de 57 ans - par la dernière convention Unedic allait certainement raréfier ces pratiques, dans la mesure où « un retour sur investissement » semble assez difficile à réaliser sur 3 ans.

<sup>325</sup> Notice Assedic, « L'allocation d'aide au retour à l'emploi », DAJ 142 n.d.

<sup>326</sup> Selon un article publié dans Le Parisien, « le chômage des plus de 55 ans plombe les comptes de l'UNEDIC. » On compterait aujourd'hui 403 000 chômeurs dispensés de recherche d'emploi, tendance qui devrait s'aggraver avec le coup de frein donné aux préretraites. L'indemnisation de cette catégorie de chômeurs par l'UNEDIC

*raison de la collusion des parties, la pratique n'en constitue pas moins une fraude susceptible, nous semble-t-il, de tomber sous le coup de l'article L.365-1 du code du travail<sup>327</sup> voire de l'article 313-1 du nouveau code pénal incriminant l'escroquerie<sup>328</sup>. Sa preuve pourrait par exemple résulter de l'utilisation régulière du licenciement disciplinaire suivi d'une transaction à l'encontre des seniors, surtout si l'on relève une reproduction à l'identique du processus, caractérisée par l'invocation d'un même motif d'une espèce à l'autre et un formatage des transactions. Il est vrai que les praticiens les plus avertis évitent de tomber dans la routine et alternent motifs du licenciement (par exemple refus d'une mobilité géographique en application d'une clause, éventuellement insérée dans le contrat pour l'occasion...) et termes de la transaction...*

### Quelles sont les fautes les plus fréquemment invoquées à l'encontre des salariés entrant dans le champ de l'étude ?

#### - *L'abandon de poste*

De l'avis des professionnels, ce motif serait de loin le plus fréquemment utilisé dans le cadre du montage décrit plus haut. Il faut dire que c'est également le plus sûr. Il suppose cependant que le salarié se prête au jeu. Concrètement, ce dernier est invité à ne pas se présenter sur son lieu de travail. Son absence injustifiée donne lieu à un ou deux courriers, suivis d'un avertissement, puis de son licenciement pour faute grave. Lorsqu'il est invoqué dans un schéma de ce type, ce motif ne suscite pas de contentieux.<sup>329</sup>

Si on laisse de côté l'abandon de poste qui ne suscite, à notre connaissance, pas de litige, il résulte de l'analyse de la jurisprudence que nous avons menée que les fautes qui suscitent le plus de contentieux sont les suivantes :

#### - *L'insubordination*

---

représentait, toujours selon Le quotidien, 6 milliards d'euros en 2002 sur un total de 22 milliards de dépenses. En 2004, ce coût s'élevait à -7 milliards d'euros sur un total de 26 milliards... Liaisons sociales, 23/03/2005, Revue de presse.

<sup>327</sup> Art. L.365-1 c. Trav. « Est passible d'un emprisonnement de 2 mois et d'une amende de 3750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque se rend coupable de fraude ou de fausse déclaration pour obtenir ou faire obtenir ou tenter de faire obtenir des allocations d'aide aux travailleurs privés d'emploi et les allocations visées à l'article L.322-4 qui ne sont pas dues, sans préjudice des peines résultant de l'application d'autres lois s'il échet. Le tribunal pourra en outre ordonner la restitution des sommes indûment versées. »

Il est vrai que la Chambre criminelle de la Cour de cassation fait une interprétation stricte de ce texte et décide que le délit de fraude ou de fausse déclaration pour obtenir des allocations n'est caractérisé que si celles-ci ne sont pas dues. Cass. crim. 16 juin 2004, n°03-83.255 P+F.

<sup>328</sup> Art. 313-1 nouv. c. Pén. : « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

<sup>329</sup> Les contentieux que l'on rencontre en lien avec ce motif concernent la question de l'imputabilité de la rupture du contrat dans des hypothèses de prise d'acte de la rupture par le salarié.

Son statut de *senior* ne soustrait pas le salarié à son état de subordination et ne le dispense pas de son obligation d'obéissance. Il ressort en effet des jugements du Conseil de prud'hommes de Toulouse que l'insubordination constitue la faute grave la plus fréquemment confirmée par les juges à l'encontre des salariés âgés<sup>330</sup>.

Selon certains témoignages, cette situation s'explique aisément par les difficultés souvent rencontrées par cette catégorie de salariés pour s'adapter aux nouveaux modes d'organisation des entreprises et aux méthodes « managériales » modernes beaucoup plus stressantes que par le passé<sup>331</sup>, qualifiées de « management presse-citron » par certains de nos interlocuteurs, dont la mise en œuvre coïncide très souvent, de surcroît, avec un renouvellement et un rajeunissement de la hiérarchie.

Privés de reconnaissance et soumis à une pression qu'ils identifient à du harcèlement moral<sup>332</sup>, quelques salariés en viennent parfois à se rebeller, dans des conditions incompatibles avec leur état de subordination.

*- Le refus du salarié d'accepter la modification d'un élément de la relation de travail*

Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, le refus du salarié est légitime lorsque la modification affecte un élément contractuel et fautif en cas de simple changement des conditions de travail. On constate cependant, comme on l'a dit plus haut, que l'âge ou, plus souvent, l'ancienneté peuvent constituer des circonstances atténuantes<sup>333</sup>. Quant aux modifications les plus fréquentes au vu du contentieux, il s'agit de mutations géographiques<sup>334</sup> - en application ou non d'une clause de mobilité - mais aussi de rétrogradations<sup>335</sup> plus ou moins déguisées.

<sup>330</sup> Cf. supra, note 260.

<sup>331</sup> De manière plus globale, les médecins du travail soulignent les effets sur la santé des salariés de ces nouvelles méthodes de gestion des personnes auxquelles les *seniors* seraient plus sensibles que les autres. Ces dernières se traduisent notamment par l'attribution d'une multitude de tâches à exécuter sur un temps imparti toujours plus réduit, une exigence de polyvalence et de qualité dans un contexte de manque de personnel à l'origine de tensions relationnelles et d'une absence de solidarité entre les individus, une omniprésence des NTIC (e-mail, téléphones portables...) ainsi que l'absence de reconnaissance du travail bien fait. Elles sont à l'origine d'une réelle souffrance morale au travail pouvant déclencher des pathologies telles que la dépression, l'alcoolisme, le tabagisme excessif, des troubles du sommeil ou relationnels... Cf. DRTEFP, Etudes et statistiques, Santé au travail et conditions de vie au travail, Ce qu'ont observé les médecins du travail de Midi-Pyrénées.

<sup>332</sup> Rappelons qu'en vertu de l'article L.122-49 c. trav., le harcèlement moral se caractérise par « des agissements répétés » ayant « pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ».

<sup>333</sup> Cass. soc. 2 février 2000, arrêt 697 op.cit.

<sup>334</sup> CPH Toulouse 19 février 2004, Section Industrie, Minute 04/78, M. Moha Amalik c/ SA Carillion BTP ; CPH Toulouse 4 février 2003, Section Encadrement, Minute n° 03/45, M. Louis Prugnaud c/ SA Société Magasins Galeries Lafayette.

<sup>335</sup> Cass. soc. 6 novembre 2001, arrêt 4615, pourvoi n°99-43.143 (substitution de la mention « analyste » à celle d'« ingénieur-concepteur » sur le bulletin de salaire) ; CPH Toulouse 6 février 2003, Minute n° 03/00050, M. Richard Elkaim c/ SA Auchan France (proposition d'un nouveau poste de responsable impliquant que le salarié ne dépende plus directement du Directeur) ; CPH Toulouse 13 février 2003, Section Encadrement, Minute n° 03/68, M. Didier Poncet c/ GIE Airbus Industrie (refus d'un poste deux échelons au-dessous de son poste à un salarié de 54 ans et 11 mois ayant 22 ans et 9 mois d'ancienneté).

- *L'insuffisance de résultats*

Il n'est pas rare, enfin, toujours au vu du contentieux, que le motif invoqué soit l'insuffisance de résultats du salarié.

L'insuffisance de résultats est un motif de licenciement en plein essor du fait de l'émergence de nouvelles méthodes de gestion du personnel moins axées sur les modalités d'exécution du travail que sur les résultats. Ainsi, assiste-t-on depuis quelques années à la prolifération des clauses contractuelles d'objectifs ou de résultats qui, en dépit des efforts jurisprudentiels pour en circonscrire les effets<sup>336</sup>, sont à l'origine de nombreux licenciements pour faute<sup>337</sup>. Le phénomène est général et touche tous les salariés.

Pour la jurisprudence cependant, ce motif n'est sérieux qu'à la condition que les objectifs fixés soient réalistes et que le salarié ne les aie pas atteints, soit en raison de sa faute<sup>338</sup>, soit en raison de son insuffisance professionnelle<sup>339</sup>. Dans le premier cas, le licenciement sera de nature disciplinaire, dans le second cas, non. En effet, l'insuffisance professionnelle n'est pas, en principe, constitutive d'une faute<sup>340</sup>. Certaines décisions considèrent par ailleurs que l'insuffisance de résultats doit s'apprécier sur une période raisonnable, notamment si le salarié a une ancienneté importante, lui laissant la possibilité de se ressaisir.<sup>341</sup>

Les témoignages que nous avons recueillis n'évoquent guère ce motif, sans doute rendu aléatoire par la jurisprudence et de surcroît onéreux puisque n'exonérant l'employeur du paiement de la contribution « Delalande » qu'en cas de faute grave.

## B) L'insuffisance professionnelle

---

<sup>336</sup> Cass. soc. 27 mars 2001 op. cit. ; Cass. Soc. 10 février 2004, Pourvoi n° 01-45.216, arrêt n°340 ( à propos d'une clause fixant une rémunération proportionnelle à la réalisation d'un chiffre d'affaire d'honoraires : « ...il appartenait à l'employeur de justifier de ce qu'il avait fourni au salarié les moyens d'accomplir la prestation de travail pour laquelle il était engagé... »).

<sup>337</sup> Ce type de licenciement n'est envisageable que si les parties ont convenu d'objectifs ou de résultats à atteindre. CPH Toulouse 26 mai 2003, Section Encadrement, Minute 03/267, M. Ponsin c/ Sté Lagedocienne de distribution automobile ; CPH Toulouse 19 janvier 2004, Section Encadrement, Minute 04/38, M. JP Cometti c/ SA ECA Aero

<sup>338</sup> Par exemple, concernant un salarié de 58 ans licencié pour non réalisation de l'objectif fixé, la Cour de cassation censure l'arrêt au motif que les juges n'avaient pas vérifié si l'objectif était réaliste et si le salarié avait commis une faute en ne l'atteignant pas. Cass. soc. 27 mars 2001, pourvoi n°99-40.057, arrêt n°1327.

<sup>339</sup> Cass. soc. 2 avril 2003 n°01-41.815 ; CPH Toulouse 27 nov. 2003, Section Encadrement, Minute 03/634, M. JL Barbe c/ SA Vandel.

<sup>340</sup> En pratique cependant les choses sont beaucoup plus confuses et il n'est pas rare que la faute grave invoquée à l'encontre du salarié soit son insuffisance professionnelle. Par ex. CPH Toulouse 13 mai 2004, Section Industrie, Minute 04/162 préc. ; CPH Toulouse, 22 janv. 2004, Section Industrie, Minute 04/09, préc. ; CPH Toulouse 26 juin 2003, Section Industrie, Minute 03/298 préc.

<sup>341</sup> CPH Toulouse 21 juin 2004, Section Encadrement, Minute 04/457, M. Pflieger c/ Isogard SAS.



L'insuffisance professionnelle peut être définie comme l'incapacité durable du salarié à accomplir normalement son travail de façon non délibérée. Il n'y a donc pas manquement délibéré à une obligation professionnelle. Autrement dit, l'insuffisance professionnelle ne constitue pas une faute.

Indépendamment de la question des clauses d'objectifs ou de résultats, l'enquête de la Dares déjà citée a permis de mettre en évidence que « l'inadaptation physique à de nouveaux postes ou à des évolutions technologiques qui modifient fondamentalement les conditions et les modalités de travail est un motif souvent évoqué » pour justifier le licenciement des salariés âgés<sup>342</sup>. Il s'agirait ainsi de pratiques permettant aux entreprises de se séparer à moindre frais de leurs salariés les plus onéreux<sup>343</sup>, ceux-ci acceptant parfois de « jouer le jeu », moyennant le plus souvent une indemnité, dans la mesure où ils bénéficient du dispositif d'assurance chômage et d'une dispense de recherche d'emploi jusqu'à leur admission au régime d'assurance vieillesse.

Il n'en demeure pas moins que les juges ne retiendront l'insuffisance professionnelle du salarié que si l'employeur fait état de manifestations précises et objectivement vérifiables<sup>344</sup>. C'est sans doute la raison pour laquelle les professionnels hésitent à invoquer ce motif ou ne le font qu'en présence d'une insuffisance caractérisée. Pour ceux que nous avons rencontrés, il s'agit en effet d'un motif « risqué ». Il y a d'ailleurs de fortes chances pour que ce soit un motif de plus en plus difficilement admis par les juges. En effet, l'article L.930-1 du Code du travail, issu de la loi du 4 mai 2004, pose l'obligation pour l'employeur « d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail », de veiller « au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations ». L'insuffisance professionnelle ne peut donc désormais être retenue que si l'employeur peut justifier d'efforts concrets, mais vains, pour assurer le niveau de compétence du salarié.

On observera, de plus, que ce motif ne fait pas partie de ceux qui dispensent l'employeur du paiement de la contribution « Delalande ».

### C) L'inaptitude physique et morale

---

<sup>342</sup> Enquête Dares. Cf. Droit ouvrier décembre 2003, p.513.

<sup>343</sup> Pour une illustration, cf. Cass. soc. 23 mars 1999, pourvoi n°96-45.472, concernant une espèce dans laquelle le salarié avait été licencié pour insuffisance de résultats. « Mais attendu que la Cour d'appel a relevé que le motif réel du licenciement était la volonté de l'employeur de se débarrasser d'un salarié âgé de 58 ans et devenu trop coûteux même dans le cadre d'une convention FNE ».

<sup>344</sup> Par exemple, retenant l'insuffisance professionnelle, CPH Toulouse 27 nov. 2003, Section Encadrement, Minute 03/634, M. JL Barbe c/ SA Vandel ; CPH Toulouse 26 février 2004, Section Encadrement, Minute 04/157, M. Bouyat c/ SA Transamo ; CPH Toulouse 1<sup>o</sup> juillet 2004, Section Encadrement, Minute 04/491, M. Reusser c/ SAS Jungheinrich ; CPH Toulouse 10 juin 2004, Section Encadrement, Minute 04/00421, M. F. Pelissie c/ Me Rey.

Ce motif est sans doute celui qui suscite *a priori* le moins de réserve dans la mesure où, d'une part, la déclaration d'inaptitude relève du médecin du travail et d'autre part, cette dernière ne constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement que lorsque le reclassement du salarié s'avère, non pas simplement difficile, mais impossible.

Bien plus, la jurisprudence veille à ce que l'inaptitude du salarié ait été constatée selon les formalités prévues par la loi et, notamment, à la suite de deux examens médicaux espacés de deux semaines, sauf si le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour la santé ou la sécurité de l'intéressé ou des tiers<sup>345</sup>. Dans le cas contraire, la sanction est radicale : le licenciement est, en vertu de l'article L.122-45 du Code du travail, frappé de nullité<sup>346</sup>. Par ailleurs, à supposer ces formalités accomplies, l'inaptitude, quelle qu'en soit l'intensité, quelle qu'en soit l'origine également<sup>347</sup>, implique l'obligation pour l'employeur de rechercher toute possibilité de reclassement du salarié<sup>348</sup>. Même en cas d'inaptitude définitive à tout emploi dans l'entreprise - la Cour de cassation l'a récemment réaffirmé dans une série de cinq arrêts rendus le 7 juillet 2004<sup>349</sup> - il n'est pas exonéré de cette obligation qui doit le conduire à examiner toute possibilité de reclassement du salarié, notamment à l'extérieur de l'entreprise<sup>350</sup>. Or, comme nous l'avons vu à propos du licenciement pour motif économique, l'intensité de l'obligation n'est pas proportionnée à l'âge du salarié concerné et les juges n'admettent pas que l'employeur se contente d'un vague état des lieux des postes vacants<sup>351</sup>.

Par ailleurs, ce n'est qu'en cas d'impossibilité de reclassement que la cause du licenciement sera réelle et sérieuse. Dans cette hypothèse, l'employeur doit prendre l'initiative de la rupture dans le délai d'un mois, à compter de l'avis d'inaptitude du médecin ; au-delà, la loi lui impose de reprendre le versement du salaire.

Cependant si, *a priori*, ce motif constitue un motif fiable, dont l'existence ne dépend pas du bon vouloir des parties au contrat, il n'en demeure pas moins, qu'en ce qui

---

<sup>345</sup> Article R.241-51-1 c. trav .

<sup>346</sup> CPH Toulouse 15 avril 2003, Section Encadrement, Minute 03/196.

<sup>347</sup> Cass. soc. 6 février 2001, pourvoi 98-43.272, arrêt 507 (concernant un chauffeur d'autocar devenu inapte en raison d'une maladie non professionnelle auquel l'employeur n'avait proposé qu'un reclassement dans un emploi très partiel sans justifier de l'impossibilité pour lui de faire une proposition plus intéressante).

<sup>348</sup> CPH Toulouse 17 juin 2004, Section Encadrement, Minute 04/445, Mme Missegue c/ SA DMH.

<sup>349</sup> Cass. soc. 7 juillet 2004, Jurisprudence Sociale Lamy, 2004, n°152, p.14, comm. M-Ch. Haller.

<sup>350</sup> Par ex. Cass. soc. 17 mai 2000, pourvoi 98-40.466, arrêt 2333 (décidé que la décision d'inaptitude définitive du salarié à la conduite de poids lourds ne saurait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement) ; Cass. soc. 10 juillet 2002, pourvoi 00-40.209, arrêt 2505 (salariée déclarée par le médecin du travail, définitivement inapte à son poste de travail, sans reclassement possible dans l'entreprise ; cette décision ne dispensait pas l'employeur de rechercher un reclassement adapté au sein du groupe important auquel appartient l'entreprise) ; CPH Toulouse 21 juin 2004, Section Encadrement, Minute 04/456, M. Siguier c/ Association YMCA.

<sup>351</sup> Cass. soc. 9 février 1999, pourvoi n°96-44.819, arrêt n°726. Au contraire, admettant l'impossibilité du reclassement : Cass. soc. 17 mars 1999, pourvoi n°96-45.327, arrêt n°1130 ; ég. CPH Toulouse 30 janvier 2003, Section Industrie, Minute 03/31, M. Guilhemat c/ SAS CIREP ; CPH Toulouse 26 juin 2003, Section Industrie, M. Estampe c/ SA Liebherr Aerospace Toulouse.

concerne la tranche des 50-70 ans, le licenciement sanctionne près de 70% des inaptitudes, pourcentage plus élevé encore si l'on ne considère que les entreprises de moins de 50 salariés<sup>352</sup>. Par ailleurs, l'inaptitude renvoie en fait des réalités disparates.

L'inaptitude peut, tout d'abord, s'avérer n'être que la conséquence de pratiques managériales douteuses consistant à pousser le salarié à bout, en lui imposant des conditions de travail qu'il ne peut physiquement ou moralement pas supporter, et conduisant le médecin du travail, avec l'accord du salarié, à rendre un avis d'inaptitude qui, notamment en cas de souffrance morale<sup>353</sup>, concernera tout poste dans l'établissement ou l'entreprise.

D'un autre côté, il ressort des témoignages que nous avons recueillis, notamment auprès des médecins du travail, que c'est très souvent le salarié vieillissant lui-même qui, arguant de son épuisement ou de sa moindre résistance physique ou encore de son état dépressif sollicite auprès du médecin du travail une déclaration d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise, afin de contraindre l'employeur à le licencier. Toute la difficulté consiste alors pour le médecin à dénouer le vrai du faux, à séparer *le bon grain de l'ivraie*, c'est-à-dire les demandes réellement justifiées par la nécessité de préserver la santé du salarié de celles présentées dans le but de tirer le meilleur parti des régimes d'assurances sociales.

*A contrario*, les médecins du travail constatent que des salariés en fin de carrière, prématurément usés et souvent en difficulté à leur poste de travail, refusent d'être déclarés inaptes par crainte de perdre leur emploi, particulièrement dans les petites entreprises<sup>354</sup>. « Préserver l'emploi se fait donc parfois au détriment de la santé notamment chez des salariés vieillissants, usés, mais pour lesquels il n'y a pas d'autre solution... »<sup>355</sup>. Cette attitude, que justifie la crainte du chômage dans un contexte d'endettement des personnes, s'atténue à mesure que l'âge de la retraite à taux plein approche, ce qui se traduit, dans certaines entreprises, par une augmentation significative du nombre de salariés déclarés inaptes la dernière année de leur vie professionnelle.

---

<sup>352</sup> DRTEFP de Midi-Pyrénées, Études et statistiques, Etude sur les conséquences d'un avis restreignant l'inaptitude.

<sup>353</sup> Les avis d'inaptitude justifiés par une psychopathologie du travail sont en très nette progression depuis un dizaine d'années. C'est même devenu la seconde principale cause d'inaptitude, derrière les problèmes au niveau du rachis. Cf. DRTEFP de Midi-Pyrénées, Études et statistiques, Étude sur les conséquences d'un avis restreignant l'inaptitude, p.2 et 3.

<sup>354</sup> Il ressort des études statistiques menées par la DRTEFP de Midi-Pyrénées, que si l'obligation de reclassement des salariés inaptes s'impose avec la même intensité quel que soit l'âge de l'intéressé, force est de constater que s'agissant de la catégorie des 50-70 ans, la déclaration d'inaptitude se solde par un licenciement dans 70% des cas contre moins de 55% pour les 30-49 ans. Par ailleurs, les entreprises de -50 salariés sont amenées beaucoup plus souvent à licencier les salariés présentant des inaptitudes (74,6% vs. 46,3%). Cf. Études et statistiques, Etude sur les conséquences d'un avis restreignant l'inaptitude, p.2 et 3.

<sup>355</sup> DRTEFP, Études et statistiques, Santé au travail et conditions de vie au travail, Ce qu'ont observé les médecins du travail de Midi-Pyrénées. A noter que le raccourcissement des durées d'indemnisation des *seniors* au titre de l'assurance chômage aggrave la situation de ces salariés, contraints de rester plus longtemps dans l'entreprise à moins de « bénéficier » d'arrêts de travail pour cause de maladie. Cf. infra.

A noter que les médecins du travail de Midi-Pyrénées, interrogés sur le thème « Santé au travail et conditions de vie au travail », ont, pour une partie significative d'entre eux, alors que la question ne leur était pas posée, soulevé spontanément la question des « difficultés rencontrées par une population vieillissante qu'il faut maintenir au travail ». Des études statistiques font en effet ressortir un lien entre l'âge et les polyopathologies, la catégorie des plus de 55 ans étant incontestablement la plus touchée<sup>356</sup>. Il y a là un panel de la population dont il paraît aujourd'hui difficile de prolonger la vie professionnelle...

Il n'est pas exclu dans ces conditions et du fait de la disparition de la plupart des dispositifs de préretraite, que le licenciement pour inaptitude professionnelle devienne à très moyen terme la principale cause de licenciement des salariés vieillissants. Il semblerait que le mouvement soit déjà amorcé : « représentant près de 16% des nouveaux pensionnés de moins de 65 ans, la proportion de salariés inaptes lors de la liquidation de leur retraite a de nouveau augmenté en 2002 selon les statistiques de la Caisse nationale d'assurance vieillesse, alors que ce taux était en diminution constante depuis le début des années 80»<sup>357</sup>.

Ce phénomène doit être mis en perspective avec une autre évolution, soulignée par la Caisse nationale d'assurance maladie, qui est l'augmentation considérable des arrêts de travail de plus de trois mois des plus de 55 ans. « Le vieillissement de la population française pèse sur les régimes d'assurance maladie, avant même de produire tous ses effets sur les systèmes de retraite. Ainsi, les arrêts de travail sont particulièrement longs et fréquents à partir de 55 ans. En deux ans, cette tendance s'est très nettement renforcée. Avec l'arrivée des premières générations pleines de l'après-guerre aux âges précédant de peu les départs à la retraite, les indemnités journalières versées par le régime général sont en forte croissance. »<sup>358</sup>

Significative depuis la fin de l'année 1999, cette évolution risque d'être amplifiée par le raccourcissement des durées d'indemnisation des *seniors* au titre de l'assurance chômage et le durcissement des conditions d'obtention d'une retraite à taux plein. En effet, percevoir des indemnités journalières de maladie permet de retarder la date d'épuisement des droits à l'assurance chômage.

### Section II : Les dispositifs dissuasifs

Peuvent être distinguées deux catégories de dispositions visant à dissuader les employeurs de licencier les salariés les plus âgés, dans des hypothèses où le

---

<sup>356</sup> Etudes op. cit.

<sup>357</sup> V. Liaisons sociales Magazine, janvier 2004 préc.

<sup>358</sup> <http://www.ameli.fr/pdf:639.pdf> Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés, Direction des Statistiques et Etudes, « Des tendances de fond aux mouvements de court terme », Point de conjoncture, Juillet 2002, n° 3.

licenciement est fondé sur un motif légitime, sans rapport avec l'âge du salarié. Les premières concernent le licenciement pour motif économique (§1). Les secondes ont une portée plus générale et ont vocation à s'appliquer quel que soit le motif du licenciement : il s'agit de celles relatives au dispositif de la contribution dite « Delalande » (§2).

Cependant, les conditions de mise en œuvre de ces dispositions et les tempéraments apportés par le législateur lui-même traduisent ici encore le sentiment ambigu que suscitent les discriminations en raison de l'âge et sont sans doute à parfaire.

### *§1. Les tempéraments aux licenciements pour motif économique des salariés âgés*

Afin de préserver cette catégorie de salariés, plus exposée que d'autres, le législateur impose à l'employeur de tenir compte de leur plus grande fragilité au regard de l'emploi, que ce soit au stade de l'élaboration de l'ordre des licenciements (A) ou en ce qui concerne le plan de sauvegarde (B).

#### A) La prise en compte de l'âge dans les critères de l'ordre des licenciements

A défaut d'accord collectif sur ce point, l'une des premières étapes des procédures de licenciement pour motif économique réside dans la définition par l'employeur, après consultation du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel, des critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements<sup>359</sup>. Aux termes de l'article L.321-1-1 du code du travail, ces critères doivent tenir compte de la situation de certaines catégories de salariés plus fragiles que d'autres, en particulier de la situation de ceux « qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment ... des salariés âgés. » De même, l'alinéa 2 du texte prévoit que « la convention et l'accord collectif de travail ou, à défaut, la décision de l'employeur ne peuvent comporter de dispositions établissant une priorité de licenciement à raison des seuls avantages à caractère viager dont bénéficie un salarié ».

Ainsi, en cas de licenciement pour motif économique, le salarié licencié peut soutenir que l'employeur, en tenant compte exclusivement de son droit à une pension de vieillesse ou en ne tenant pas compte des difficultés de réinsertion liées à son âge, s'est soustrait à la loi.

Cependant, comme le souligne M. J. Pélissier, cette dernière exigence n'a pas « un caractère protecteur très affirmé »<sup>360</sup>. En effet, si l'employeur doit prendre en compte

<sup>359</sup> En cas de licenciement individuel, la consultation des représentants ne s'impose pas dans la mesure où les critères de l'ordre des licenciements sont nécessairement les critères légaux.

<sup>360</sup> J. Pélissier, « Age et perte d'emploi », *L'âge en droit social*, Journées Michel Despax, Toulouse 2003, Dr. soc. 2003, p. 1061.

tous les critères légaux pour définir l'ordre des licenciements - la Cour de cassation le rappelle très clairement notamment dans un arrêt du 2 mars 2004<sup>361</sup> -, d'une part, en cas de licenciement collectif, la loi ne lui interdit pas d'en ajouter d'autres, d'autre part et surtout, si tous les critères énoncés doivent être pris en considération, il lui appartient de déterminer l'importance de chacun par attribution d'un coefficient plus ou moins important<sup>362</sup>. Il en résulte que, très souvent, le critère des qualités professionnelles sera prépondérant<sup>363</sup>, tandis que les salariés de plus de 56 ans, susceptibles de bénéficier d'une convention FNE, seront, dans un consensus quasi général<sup>364</sup>, mais en totale opposition avec l'article L.321-1-1 du code du travail, désignés parmi les premiers licenciés<sup>365</sup>. Il est vrai que la suppression de la plupart des dispositifs aidés de préretraite ou les restrictions apportées pourrait modifier les comportements, la loi du 21 août 2003 rendant par ailleurs plus onéreuses les préretraites-maisons<sup>366</sup> pratiquées parfois, en dehors de tout cadre légal - et donc sans les garanties résultant des dispositifs étatiques - dans des entreprises disposant de moyens financiers considérables et consistant à verser aux salariés, jusqu'à liquidation de leur retraite, l'équivalent de leur rémunération sous forme

<sup>361</sup> Pourvoi n° 01-44.084, arrêt n°469, Jur isprudence Sociale Lamy n°143 du 13 avril 2004, p.19.

<sup>362</sup> Cass. soc. 20 janvier 1993, pourvoi n°91-42.032 ; Cass. soc. 3 avril 2002, pourvoi n° 02642.053.

A noter que la pondération doit être globale et concerner une catégorie professionnelle. Autrement dit, l'employeur ne saurait procéder par élimination, par exemple des salariés âgés, et n'appliquer les coefficients afférents aux compétences et à l'ancienneté qu'aux autres (Cass. soc. 27 octobre 1999, pourvoi n° 97-43.130). Il ne saurait non plus y avoir de discrimination en fonction de la situation personnelle du salarié, handicap (Cass. soc. 26 février 1992, pourvoi n° 88-40.552) ou congé parental (Cass. soc. 7 octobre 1993, pourvoi n° 89-45.503).

<sup>363</sup> Cass. soc. 14 avril 1999, pourvoi n° 97-41.559, arrêt n° 1812 : « Mais attendu qu'après avoir relevé, d'une part que l'employeur avait tenté de reclasser le salarié et, d'autre part, qu'il avait pris en compte l'ensemble des critères légaux pour déterminer l'ordre des licenciements et que M.Y. avait été maintenu dans l'entreprise en raison de ses qualités professionnelles supérieures attestées par la perception de primes de tissage mensuelles plus élevées que celle du salarié... » ; ég. CPH Toulouse 16 juin 2003, Section Encadrement, Minute 03/290, Mme Deilhès c/ SA Pennel et Flipo (1<sup>er</sup> critère : « adéquation des compétences au marché »).

<sup>364</sup> Il convient toutefois de souligner l'opposition de principe de la CGT qui voit dans ces pratiques un moyen commode de supprimer des emplois et qui, même si elles emportent l'adhésion des intéressés, doivent être dénoncées et combattues. De plus, soulignent certains syndicalistes, elles ne sont le plus souvent que la première étape d'un processus plus global de démantèlement de l'entreprise. Par ailleurs, remarquent-ils, une fois les salariés partis, ils se trouvent totalement isolés en sorte que si, au final, leurs droits ne correspondent pas aux prévisions faites, par exemple, en raison de réformes notamment des assurances sociales, ils sont dans l'impossibilité de faire valoir leurs intérêts et se trouvent parfois confrontés à des difficultés qui ne correspondent pas à ce qui leur avait été proposé. Par ailleurs, quid de la créance de ces salariés en cas de disparition de l'entreprise ?

<sup>365</sup> La Cour de cassation elle-même valide ces pratiques. Elle considère que l'employeur qui place en tête de liste des licenciés les salariés susceptibles de bénéficier d'une convention de préretraite FNE ne commet pas une fraude et n'admet pas que ces derniers contestent la validité de leur licenciement dès lors qu'ils ont adhéré à une telle convention. (Cass. soc. 30 avril 2003, RJS 2003, n° 924). Cf. J. Pélissier op.cit.

<sup>366</sup> La loi Fillon instaure en effet une taxe sur les allocations de préretraite ou de cessation anticipée d'activité directement versées par l'entreprise ou pour son compte, par un tiers, à d'anciens salariés, soit 23,95%, correspondant aux charges sociales dues normalement sur les salaires. Sont concernés les avantages versés en vertu soit d'une convention, soit d'un accord collectif ou d'une stipulation contractuelle, soit d'une décision unilatérale de l'employeur conclue ou décidée postérieurement au 27 mai 2003. Ce taux de 23,95% est réduit, jusqu'en 2008, pour les avantages versés dans le cadre d'un dispositif préretraite prévoyant le maintien d'un niveau de couverture vieillesse identique à celui dont le préretraité aurait bénéficié en restant en activité et l'adhésion à l'assurance volontaire invalidité et veuvage jusqu'à l'obtention du taux plein du régime général de la sécurité sociale.

d'allocations, non soumises à cotisations sociales, tout en maintenant, le plus souvent, le versement des cotisations aux régimes d'assurance complémentaire pour permettre l'acquisition de droits jusqu'à la retraite.

Plus généralement, l'examen du contentieux fait ressortir la difficulté qu'il y a pour un salarié à obtenir la reconnaissance du non respect des critères devant présider à l'établissement de l'ordre des licenciements<sup>367</sup>. Cette question relève des juges du fond, la Cour de cassation se contentant le plus souvent de noter que l'ordre des licenciements a bien été établi et que l'employeur s'y est bien conformé<sup>368</sup>, quand elle ne rejette pas le pourvoi sur le fondement de l'article 604 NCPC pour défaut de moyen de droit<sup>369</sup>.

Toutefois, si la nécessité de protéger l'emploi des salariés âgés s'impose, l'article L.321-1-1 du code du travail pourrait fort bien se voir conférer une toute autre portée, la Cour de cassation pouvant alors imposer aux juges du fond de répondre précisément aux allégations du salarié concernant le défaut de prise en compte du critère de l'âge.

B) La prise en compte de l'âge du salarié dans l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi

En vertu de l'article L.321-4-1 du code du travail, « *dans les entreprises employant au moins 50 salariés, lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix dans une même période de 30 jours, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter des licenciements et en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment des salariés âgés ou qui présentent des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile.* »

Indépendamment de leurs caractéristiques sociales ou de qualification, les salariés âgés doivent, en tant que tels, être pris en compte dans le plan de sauvegarde de l'emploi et bénéficier de mesures visant à éviter leur licenciement ou à faciliter leur reclassement. Cette disposition, combinée à celle concernant l'ordre des

<sup>367</sup> Par ex. CPH Toulouse 29 avril 2004, Section Industrie, Minute 04/197, M. G. Foltran c/ Bureau technique industriel (Les motifs des juges sont souvent laconiques : « Attendu que l'employeur est tenu de prendre en compte un ensemble de critères pour fixer l'ordre des licenciements et que c'est au niveau de l'ensemble du personnel que l'employeur doit respecter l'ordre des licenciements ; Attendu que les salariés dont les postes sont supprimés ne sont pas nécessairement ceux que l'ordre des licenciements désigne pour être licencié ; Attendu que si le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (faute de recherche de reclassement), le salarié ne peut prétendre, en sus, à l'indemnité pour inobservation de l'ordre des licenciements).

<sup>368</sup> Cass. soc. 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-43.937, arrêt n°2354 ; Cass. soc. 6 novembre 2001, pourvoi n° 99-44.584, arrêt n° 4617 ; Cass. soc. 27 juin 2000, pourvoi n° 98-43.586 ; Cass. soc. 13 juin 2001, pourvoi n° 99-41.941, arrêt n° 2831 ; Cass. soc. 8 juin 1999, pourvoi n° 97-41.966, arrêt 2629 ; Cass. soc. 30 novembre 1999, pourvoi n° 97-42.277, arrêt n° 4618 ; Cass. soc. 20 octobre 1999, pourvoi n° 97-43.694, arrêt 3698.

<sup>369</sup> Cass. soc. 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-43.463, arrêt n° 418.

licenciements, devrait conduire à une protection spécifique de cette catégorie de travailleurs en cas de licenciement collectif pour motif économique que contredit la réalité. Il faut dire que, comme l'ensemble du plan, ces mesures s'apprécient à l'aune des principes de pertinence et de proportionnalité et n'offrent finalement à cette catégorie de salariés qu'une protection relative.

Toutefois, la Cour de cassation se montre particulièrement vigilante s'agissant de l'appréciation du contenu du plan de sauvegarde effectuée les juges du fond. Deux arrêts rendus le même jour sont particulièrement significatifs<sup>370</sup>. Le premier a décidé que ne répond pas aux exigences légales le plan qui ne contient que des mesures relatives à la conclusion des conventions de préretraite progressive, à la prise de congé longue durée et à l'incidence des départs volontaires hors de l'entreprise et ne comporte aucune information précise sur les emplois de reclassement disponibles dans l'entreprise ou les sociétés du groupe. Plus significatif, encore, le second décide que le plan social qui ne contient que des mesures de reclassement impliquant pour des salariés anciens, un déplacement dans une autre région et se traduisant par une modification de leur contrat de travail ne correspond pas aux prescriptions de l'article L.321-4-1 et censure les juges du fond qui n'ont pas examiné si « d'autres mesures telles que réduction de la durée du travail, passage au temps partiel et développement d'activités nouvelles » n'étaient pas envisageables.

A noter que la méconnaissance des mesures du plan de sauvegarde, notamment de celles prévues au profit des salariés de plus de 50 ans, rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>371</sup>. Il en va de même en cas de licenciement d'un salarié âgé de 51 ans au mépris d'un engagement unilatéral de l'employeur de ne procéder à aucun licenciement ni à aucun départ négocié pour les salariés âgés de 50 à 55 ans et de garantir le reclassement interne et externe de salariés remplissant cette condition d'âge et dont l'emploi était supprimé<sup>372</sup>.

---

<sup>370</sup> Cass. soc. 28 mars 2000, Bull. civ. V, n° 132 ; Dr. soc. 2000, p. 597, note P.H. Antonmattei ; Cass. soc. 28 mars 2000, Bull. civ. V, n° 131 ; Dr. soc. 2000, p.597, note P.H. Antonmattei.

<sup>371</sup> Cass. soc. 14 janvier 2004, RJS 3/04 n° 296. En l'espèce, le plan social contenait une priorité sur les postes de reclassement au profit des salariés âgés de plus de 50 ans dont le poste était supprimé. La Cour décide qu'en ne recherchant pas « si l'employeur s'était trouvé dans l'impossibilité d'appliquer au salarié la priorité dans l'attribution des postes de reclassement qui lui était accordée dans le plan social ou si les salariés auxquels ces postes avaient été attribués remplissaient également la même condition d'âge, la cour d'appel a privé sa décision de base légale... ».

<sup>372</sup> Cass. soc. 3 avril 2002 pourvoi n° 99-46.357, arrêt n° 1277.



Encadré n°4

*Selon certains témoignages, la complexité de la réglementation sur le licenciement économique et l'aléa que représente l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi du fait, notamment, du contrôle exercé par les juges, conduisent les entreprises à rechercher ailleurs la flexibilité dont elles ont besoin – notamment dans l'élaboration de montages tels que ceux que nous avons décrits plus haut. Il en résulte qu'elles n'y auront, le plus souvent, recours que tardivement, en cas de difficultés financières graves et rarement dans le cadre d'une démarche offensive, c'est-à-dire d'une réorganisation d'anticipation.*

## §2. La contribution « Delalande »

L'article L.321-13 du Code du travail prévoit que, lorsque la rupture du contrat concerne un salarié qui a au moins 50 ans lorsque le contrat prend fin<sup>373</sup> et lorsque cette rupture ouvre droit au versement de l'allocation de l'assurance chômage, l'employeur doit payer à l'Assedic une cotisation dont le montant, fixé par décret, dépend de l'âge du salarié et de la taille de l'entreprise<sup>374</sup>. Cette cotisation, souvent appelée contribution « Delalande » - du nom de son instigateur -, vise à dissuader les employeurs de licencier des salariés qui, en raison de leur âge, risquent de rester à la charge de l'assurance chômage jusqu'à liquidation de leur retraite. Comme toute mesure de protection, elle présente cependant un effet pervers. Elle rend malaisée l'embauche des salariés compris dans ou approchant cette tranche d'âge. Aussi, le

<sup>373</sup> Selon l'article D.321-8 dernier alinéa, « l'âge du salarié s'apprécie à la date à laquelle le contrat de travail prend fin. » La Cour de cassation a décidé que cette date est celle de la notification du licenciement et non celle de l'expiration du préavis. Cass. soc. 15 juin 1999, pourvoi 97-18.779, arrêt 2802.

<sup>374</sup> Art.D.321-8 c. trav.

Pour les entreprises de moins de 50 salariés, le montant de la contribution s'élève à :

- 1 mois de salaire brut pour le salarié âgé de 50 ans ou plus et de moins de 52 ;
- 2 mois de salaire brut pour le salarié âgé de 52 ans ou plus et de moins de 54 ans ;
- 4 mois de salaire brut pour le salarié âgé de 54 ans et de moins de 55 ans ;
- 5 mois de salaire brut pour le salarié âgé de 55 ans et de moins de 56 ans ;
- 6 mois de salaire brut pour le salarié âgé de 56 ans et plus.

Pour les entreprises de plus de 50 salariés, le montant de la contribution s'élève à :

- 2 mois de salaire brut pour le salarié de 50 ans ;
- 3 mois de salaire brut pour le salarié de 51 ans ;
- 5 mois de salaire brut pour le salarié de 52 ans ;
- 6 mois de salaire brut pour le salarié de 53 ans ;
- 8 mois de salaire brut pour le salarié de 54 ans ;
- 10 mois de salaire brut pour le salarié de 55 ans ;
- 12 mois de salaire brut pour le salarié âgé de 56 ans à moins de 58 ans ;
- 10 mois de salaire brut pour le salarié de 58 ans ;
- 8 mois de salaire brut pour le salarié de 59 ans ou plus.

Pour apprécier le seuil d'effectif de 50 salariés, il convient de prendre en compte l'effectif moyen des 6 mois précédant la rupture du contrat de travail.

Pour apprécier le montant de la contribution, l'âge du salarié s'apprécie ici à la date à laquelle le contrat prend fin, soit en principe à l'expiration du préavis, travaillé ou non.

dispositif a-t-il fait l'objet de nombreuses retouches, à l'origine de problèmes d'application de la loi dans le temps opposant employeur et Assedic. Ainsi, la Cour de cassation l'a plusieurs fois affirmé, c'est la date de notification du licenciement qui permet de déterminer la règle de droit applicable<sup>375</sup>. Selon les espèces, l'enjeu est de déterminer le montant de la cotisation<sup>376</sup> ou de savoir si tel cas d'exonération ne figurant pas dans la ou les versions antérieures du texte doit ou non trouver application<sup>377</sup>.

Il faut dire que l'article L.321-13 ne comporte pas moins de 13 cas d'exonération<sup>378</sup>, introduits au gré des 9 réformes qui se sont succédées, plus une possibilité de remboursement résultant du deuxième alinéa du texte<sup>379</sup>, à l'origine ici encore d'un certain nombre de recours<sup>380</sup>.

<sup>375</sup> Cass. soc. 12 novembre 2002 op. cit. ; Cass. soc. 29 janvier 1999, pourvoi n° 97-13.886 ; Cass. soc. 15 juin 1999, pourvoi n° 97-18.779, arrêt n° 2802 ; Cass. soc. 24 novembre 1999, pourvoi n° 98-13.255, arrêt n° 4302.

<sup>376</sup> Cass. soc. 12 novembre 2002, pourvoi n° 00-20.422, arrêt n°3200 : « Attendu que pour décider que l'article 30 de la loi n° 92-722 du 29 juillet 1992 n'était pas applicable et qu'en conséquence, la cotisation prévue à l'article L.321-13 du code du travail devait être égale à trois mois et non six mois du salaire brut moyen des douze derniers mois travaillés, l'arrêt attaqué énonce que la date à prendre en compte est celle d'effet du licenciement soit le 18 mai 1992 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le licenciement de Mme T. avait été notifié le 11 juillet 1992, ce dont il résultait que l'article 30 de la loi n° 92-722 du 29 juillet 1992 était applicable, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

<sup>377</sup> Concernant par exemple l'introduction par la loi n°93-1313 du 20 décembre 1993 d'un nouveau cas d'exonération en cas de licenciement pour inaptitude : Cass. soc. 23 février 2000, pourvoi n° 98-15.598, arrêt n° 915 ; Cass. soc. 15 juin 1999, pourvoi n° 97-18.779, arrêt n° 2802 ; Cass. soc. 24 novembre 1999, pourvoi n° 98-13.255, arrêt n° 4302. Concernant la loi du 31 décembre 1992 (exonération en cas de première rupture d'un contrat de travail intervenant au cours d'une même période de 12 mois dans une entreprise employant habituellement moins de 20 salariés) : Cass. soc. 29 janvier 1999, pourvoi n° 97-13.886, arrêt n° 434.

<sup>378</sup> La contribution n'est pas due dans les cas suivants :

« 1° licenciement pour faute grave ou lourde ;

1 bis licenciement en cas de refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail consécutive à une réduction de la durée du travail organisée par une convention ou un accord collectif ;

2° licenciement résultant d'une cessation d'activité de l'employeur, pour raison de santé ou départ en retraite, qui entraîne la fermeture définitive de l'entreprise ;

3° rupture du contrat de travail, par un particulier, d'un employé de maison ;

4° licenciement visé à l'article L.321-12 ;

5° démission trouvant son origine dans un déplacement de la résidence du conjoint, résultant d'un changement d'emploi de ce dernier ou de départ en retraite du conjoint ;

6° rupture du contrat de travail due à la force majeure ;

7° rupture du contrat de travail d'un salarié qui était, lors de son embauche, âgé de plus de cinquante ans et inscrit depuis plus de 3 mois comme demandeur d'emploi, lorsque l'embauche est intervenue après le 9 juin 1992 et avant le 28 mai 2003 ;

7 bis rupture du contrat de travail d'un salarié qui était lors de son embauche âgé de plus quarante cinq ans, lorsque l'embauche est intervenue au plus tôt le 28 mai 2003 ;

8° première rupture d'un contrat de travail intervenant au cours d'une même période de 12 mois dans une entreprise employant habituellement moins de 20 salariés ;

9° licenciement pour inaptitude lorsque l'employeur justifie, par écrit, de l'impossibilité où il se trouve de donner suite aux propositions de reclassement du médecin du travail ou lorsque l'inaptitude à tout poste dans l'entreprise a été constatée par le médecin du travail ...

Le texte ajoute *in fine* que la cotisation n'est pas due lorsque le salarié bénéficie des allocations spéciales prévues par le 2<sup>ème</sup> de L 322-4.

<sup>379</sup> « Lorsque l'un des salariés visés à l'alinéa précédent est reclassé sous contrat à durée indéterminée dans les 3 mois suivant l'expiration du délai congé prévu aux art L 222-5 et s, l'employeur peut demander aux organismes

Par exemple, le 2° de l'article L.321-13 prévoit que la cotisation n'est pas due en cas de « licenciement résultant d'une cessation d'activité de l'employeur, pour raison de santé ou départ en retraite, qui entraîne la fermeture définitive de l'entreprise ». Contrairement aux juridictions du fond<sup>381</sup>, la Cour de cassation a considéré que cette disposition ne vise que l'employeur personne physique et ne concerne pas la cessation d'activité d'une personne morale due au décès de son gérant<sup>382</sup>.

De même, un certain nombre de contentieux sont liés à la contestation par l'Assedic de l'existence d'une faute grave à l'origine du licenciement, particulièrement lorsqu'une transaction est ultérieurement signée entre l'employeur et le salarié allouant à ce dernier une indemnité d'un montant important. Il faut dire que la tentation est grande pour les parties de procéder ainsi : l'employeur pour échapper, en partie au moins, au paiement de la contribution aux organismes d'assurance chômage, le salarié pour empocher une partie de la somme normalement due à ces derniers. En pratique, la fraude semble monnaie courante, pour ne pas dire systématique. Le seul obstacle à sa mise en oeuvre est d'ordre psychologique, le salarié pouvant en effet répugner à se voir congédier pour une faute grave même fallacieuse. La jurisprudence admet, il est vrai, le droit pour l'Assedic de contester l'existence d'une faute grave, dans la mesure où, si l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction interdit au juge de se prononcer sur le litige que cette convention avait pour objet de clore, il peut en revanche restituer aux faits énoncés dans la lettre de licenciement leur exacte qualification<sup>383</sup>. Cependant, la preuve est délicate et peut-être serait-il opportun de ne pas exonérer l'employeur du paiement de la contribution Delalande en cas de licenciement pour faute grave suivi d'une transaction<sup>384</sup>.

---

visées à l'art L 351-21 le remboursement du versement » de la contribution. Il en va de même lorsque l'employeur conclut avec l'Etat la convention prévue par le 2<sup>ème</sup> de l 322-4 et en propose le bénéfice au salarié avant l'expiration du délai congé.

<sup>380</sup> Cass. soc. 28 janvier 2004, RJS 4/04, n° 407 (l'exonération ne joue que si la convention de préretraite FNE conclue avec l'Etat a été proposée au salarié avant expiration du préavis) ; Cass. soc. 23 juin 1999, pourvoi n° 97-18.570, arrêt n° 2946 (concernant l'exonération de L.321-13-8, décidant que c'est sur la période de 12 mois précédant la notification du licenciement que doit être appréciée la condition d'effectif habituel de l'entreprise).

<sup>381</sup> CA Versailles 30 septembre 1994, RJS 1/95, n° 24.

<sup>382</sup> Cass. soc. 1° octobre 1996, RJS 1996, n°1174. En revanche, il a été jugé, à propos d'un groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC), que la personnalité juridique des associés n'est pas absorbée par celle du groupement, qu'ils peuvent donc être considérés comme chefs d'exploitation et que l'article L.321-13 2° est applicable en cas de cessation d'activité du groupement : Cass. soc. 18 mars 1997, RJS 5/97, n° 542.

<sup>383</sup> CA Paris 29 octobre 2002, RJS 8-9/03 n° 1010, 2° espèce.

Il ne suffit pas cependant à l'Assedic de contester le motif en raison de la signature, postérieurement au licenciement, d'une transaction entre les parties, allouant au salarié une indemnité transactionnelle d'un montant important, et de l'absence de mention de la faute grave dans l'attestation Assedic alors, d'une part, qu'il était précisé que le licenciement reposait sur une cause autre qu'économique, d'autre part, que le préavis n'avait pas été exécuté et aucune indemnité versée, et enfin, que la lettre de licenciement qui énumérait les faits constitutifs de faute grave retenus avait été jointe à l'attestation. CA Rouen 18 mars 2003 RJS 8-9/03, n° 1010, 1° espèce.

<sup>384</sup> Voir supra.

Dernièrement encore, le législateur a modifié l'article L.321-13, attestant une fois encore des limites du dispositif.

Plus précisément, la loi du 21 août 2003 vise à élargir le champ de l'hypothèse définie à l'article L.321-13, 7° afin d'éviter que l'exonération de cotisation offerte en cas d'embauche d'un salarié âgé de plus de 50 ans et inscrit depuis au moins 3 mois comme demandeur d'emploi ne se traduise par des difficultés d'embauche accrues pour les salariés relevant de la catégorie d'âge immédiatement inférieure. Ainsi, si le dispositif antérieur reste applicable aux embauches intervenues après le 9 juin 1992 et avant le 28 mai 2003, pour celles effectuées à compter de cette date, l'exonération de cotisation s'appliquera à la rupture du contrat de travail, postérieure au 23 août 2003 et affectant un salarié qui, lors de l'embauche, était âgé de plus de 45 ans. A noter que la loi n'exige plus que ce salarié ait été inscrit comme demandeur d'emploi préalablement à son embauche.

Comme le relève M. J. Pélissier, cette modification législative est finalement à double tranchant<sup>385</sup>. Certes, d'un côté, elle peut inciter les employeurs à embaucher des candidats à l'emploi ayant plus de 45 ans mais, d'un autre côté, elle supprime le frein au licenciement des salariés qui, au moment de leur embauche avaient plus de 45 ans. De plus, l'extension de l'exonération à des catégories de salariés plus jeunes brouille l'objectif de la cotisation qui était de favoriser l'emploi des plus de 50 ans. Enfin, et en totale contradiction avec la finalité du dispositif, les employeurs ne risquent-ils pas d'être incités à embaucher des moins de 50 ans qui pourront être licenciés sans frein lorsqu'ils auront atteint ou dépassé cet âge ? Il ne faudrait pas, dans ces conditions, que pour limiter encore les effets pervers de cette exonération à l'égard de la catégorie d'âge immédiatement inférieure aux 45 ans, le législateur en élargisse encore le champ et réduise encore l'efficacité de la cotisation au regard de son objectif initial !

---

<sup>385</sup> J. Pélissier, op.cit. p.1062.

**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 »<sup>386</sup> ; 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.

---

<sup>386</sup> Selon l'expression de Dom Hugues Minguet, *Entreprises et Carrières*, n° 731, 2004, p 46.

<h2>Table des matières</h2>
-----------------------------

### 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*

###### *Sous section 1 : La volonté du salarié*

###### *Sous section 2 : Le droit à une pension de vieillesse*

#### §1. L'âge requis pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse

A) L'âge légal de la retraite : le risque d'une retraite à taux minoré

B) Les cas de retraite anticipée

1° Les salariés ayant commencé à travailler très jeunes et ayant effectué une très longue carrière

2° Les salariés lourdement handicapés

#### §2. La liquidation de la retraite : une exigence incertaine

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

###### *Sous section 1 : Une indemnité d'un montant modéré*

§1. Calcul de l'indemnité légale

§2. L'indemnité conventionnelle, résultant d'un usage ou du contrat de travail

###### *Sous section 2 : Un régime fiscal et social peu avantageux*

*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*

§1 Des conditions d'accès restrictives aux dispositifs de cessation anticipée d'activité

- A) Dispositifs publics de cessation anticipée d'activité
- B) Dispositifs conventionnels de cessation anticipée d'activité
- C) Dispositifs privés de cessations anticipée d'activité

§2 Le maintien ambigu de certains dispositifs de cessation anticipée d'activité

## 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*

§1 Des solutions jurisprudentielles hétérogènes visant à limiter les inconvénients de la mise à la retraite

§2 La limitation de la portée des aménagements conventionnels du régime légal

- A) Clauses couperet
  - 1) Domaine d'application de la prohibition des clauses dites « couperet »
  - 2) Effets de l'interdiction des clauses dites couperet
- B) Clauses souples
  - 1) Portée de la requalification de la rupture en cas de violation d'une clause dite « souple »
  - 2) Effets de la requalification de la rupture en cas de violation d'une clause dite « souple »

*Section 2 Des restrictions d'origine légale*

§1 Conditions de la mise à la retraite

Sous-§ 1 Exigences procédurales

- A) La mise à la retraite d'un salarié ordinaire
- B) La mise à la retraite d'un salarié protégé

Sous-§ 2 Conditions de fond

§ 2 Droits et indemnités du salarié mis à la retraite

## Chapitre II Des exceptions notables

*Section I L'exclusion des entreprises à statut du dispositif légal de la mise à la retraite*

§1 Le droit applicable aux travailleurs exerçant leur activité professionnelle dans le secteur public

§2 La mise à la retraite des salariés des entreprises publiques à statut

*Section II 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 I Un mode spécifique de rupture au domaine circonscrit*

§ 1 Rupture négociée et rupture judiciaire

§2 Rupture négociée et transaction

*Section II Des conditions rigoureuses de validité*

§1 Hors du cadre d'un licenciement économique

§2 Dans le cadre d'un licenciement économique

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

*Section I Des solutions acquises*



§1 En cas d'interdiction légale de toute rupture du contrat

§2 En cas de rupture autorisée mais soumise à un régime de protection particulier

*Section II 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 I L'interdiction des discriminations en raison de l'âge résultant du code du travail*

§ I L'affirmation du principe et ses garanties

A) La consécration de l'âge au rang des motifs discriminatoires

B) La facilitation des recours

§ II Les limites du principe : une portée incertaine

*Section II La sanction des discriminations fondées sur l'âge résultant du code pénal*

§ 1 L'incrimination des mesures patronales fondées sur l'âge et leur sanction

§ 2 Les dispositions tendant à faciliter la répression des discriminations

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

*Section I La validité des ruptures fondées sur d'autres motifs que l'âge*

§1 Le motif économique

§2 Le motif personnel

A) La faute

B) L'insuffisance professionnelle

C) L'inaptitude physique et morale

*Section II Les dispositifs dissuasifs*

§1 Les tempéraments au licenciement pour motif économique des salariés âgés

A) La prise en compte de l'âge dans les critères de l'ordre des licenciements

B) La prise en compte de l'âge dans l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi

§2 La contribution Delalande

Index

Indications bibliographiques

Annexes

## Index

ACA (allocation chômeur âgé) : 40

AER (allocation équivalent retraite) : 41

ASA (allocation spécifique d'attente) :41

Age :

- définition : 6

- limites d'âge au recrutement : 97,98

- départ à la retraite : 10 et s

- mise à la retraite : 43 et s

ARE (allocation d'aide au retour à l'emploi) : 41

ARPE (allocation de remplacement pour l'emploi) :36

AS-FNE (allocation spécifique du fonds national de l'emploi) : 33

ASSEDIC : 39

CATS (cessation anticipée d'activité des salariés occupés à des emplois pénibles) : 34

Cause réelle et sérieuse : 105 et s

Chômage : 40

Clauses conventionnelles de départ, dites « souples » : 54 et s

Clauses conventionnelles de départ, dites « couperets » : 50 et s

Conditions de travail : 125

Congés de fin de carrière : 36

Contribution Delalande : 121,126

Conventions collectives de travail : 16 et s, 50 et s

Décote : 13

Départ à la retraite : 10 et s

Discrimination : 96 et s

Dispense de recherche d'emploi : 41, 126

Formation professionnelle : 125

Harcèlement moral : 110

Licenciement pour motif économique : 105

Licenciement pour motif personnel : 106 et s

- inaptitude : 114 et s
- insubordination : 110
- insuffisance de résultats : 112
- insuffisance professionnelle : 112
- faute : 107 et s
- faute grave : 108
- abandon de poste : 110
- modification du contrat de travail : 111

Mise à la retraite : 47 et s

Ordre des licenciements : 117

Pénibilité du travail : 35, 125

Plan de sauvegarde de l'emploi : 119

Préretraites d'entreprise : 37

PRP (pré retraite progressive) : 35

Reclassement : 105 et s

Résiliation judiciaire : 84

Retraites anticipées : 13 et s

- handicapés : 16 et s
- longues carrières : 14 et s

Rupture amiable : 81 et s

Santé : 126

Statut (entreprises à) : 76 et s

Surcote : 80

Transaction : 86 et s, 110

Vieillessement :

- de la population : 5

- notion : 6
- vulnérabilité : 125

## Indications bibliographiques

### I. TEXTES

- Décret du 17 mars 2004, JO 18 mars
- Décret 30 octobre 2003, JO 31 octobre, p 18601
- Circulaire CNAV 18 novembre 2003, FRS-FL 33-03, p 2
- Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, FRS FL 22-03
- Décision CConstit 2003-483 DC du 14 août 2003, FRS FL 23-03
- Directive UNEDIC du 28 août 2003 sur les modalités de mise en œuvre et d'entrée en vigueur des dispositions issues de la loi 2003-775, FRS FL 24-03
- Directive CE 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et du travail
- Loi n°200-656 du 13 juillet 2000, JO du 14, FRS FL 20-00 (préretraites amiante)
- Décret et arrêté du 9 février 2000, FRS FL 5-00 (dispositif CATS)

### II. DOCUMENTS ET RAPPORTS

#### 2005 :

- P. Cahuc, « Le difficile retour en emploi des *seniors* », Document de travail n°69, avril 2005, CAE, sp 25-30.
- OCDE, Vieillesse et politique de l'emploi en France », Mars 2005

#### 2004 :

- Dares, Document d'études, Dossier Age et emploi. Synthèse des principales données sur l'emploi des *seniors* », Coordination F. Lerais et P. Marioni, Mai 2004
- MIDACT, « Age et travail en Midi-Pyrénées », Février 2004
- IGAS Rapport annuel, « Gestion des âges et politiques de l'emploi », (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/brp/notices/044000575.shtml>)

#### 2003 :

- « Le vieillissement dans les entreprises : faire face aux innovations technologiques », Dares, Fév 2003, n°09-2
- « Retraites, les enjeux de la réforme », Revue de la CFDT, Janv-Fév 2003, n°10-3
- « L'emploi des *seniors* en Europe du Nord », Dares, Premières synthèses, 2003
- « Le cumul emploi-retraite », Liaisons Sociales, 2003, n°8389, Législation Sociale
- « Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel », Dares, Premières synthèses, Juillet 2003, n°28-2

2002 :

- Rapport de la Commission au Conseil, « Vers l'accroissement de la participation au marché du travail et la promotion du vieillissement actif », Com (2002) 9 final
- « Age et travail. Un axe de réflexion essentiel pour l'avenir des retraites », La Documentation Française, 2002
- « Vieillir en Europe », Dossier CFDT, Juin 2002
- D. Anglaret et R. Cance, « Le papy boom renforce l'activité des *seniors* », Dares, Premières synthèses, 2002, n°15-2
- « Bilan des préretraites et des mesures en faveur des chômeurs âgés en 2000 », Dares, Premières synthèses, 2002, n°05-1
- L. Richet-Mastain et F. Brunet, « L'âge des salariés joue surtout à l'embauche », Dares, Premières synthèses, 2002, n°15-3
- CNAM, « Des tendances de fond aux mouvements de court terme ». Direction des statistiques et études, Point de conjoncture, Juillet 2002, n°3 (<http://www.ameli.fr/pdf:639.pdf>)
- Y. Guegano, « Rapport de stratégie nationale sur les pensions des pays membres de l'UE : examen des réponses à l'objectif de soutien à l'activité des plus âgés », Questions retraites, 2002, n°55
- « Gestion des âges et fin d'activité », Retraite et Société, n°36 et 37, 2002, [www.cnav.fr](http://www.cnav.fr)

2001 :

- Avis du CES sur le thème « Renforcement de la qualité de la politique sociale et de l'emploi », JOCE, 2001/C311/12
- P. Charpentier et A. Jolivet, « Préretraites progressives et GPE », IRES, Oct 2001
- « Les salariés *seniors* : quel avenir dans l'entreprise ? Enquête dans 5 pays : Allemagne, Royaume-Uni, Suède, Etats-Unis, Japon », Janvier 2001, <http://www.brunhes.com/EtudLigne/Cahiers/7/Cahier7.htm>
- B. Quintreau, « Ages et emploi à l'horizon 2010 », Notes d'Iéna, 2001
- « Les quinquagénaires entre l'activité et la retraite », Dares, Premières synthèses, 2001, n°41-2
- A. Topiol, « L'évolution des sorties d'emploi vers la retraite et la préretraite. Une approche par métiers », Dares, Juillet 2001, n°48
- B. Quintreau, « Dynamique de la population active et emploi : la gestion prévisionnelle des âges à l'horizon 2010 », 2001, CES

2000 :

- « Pour des retraites progressives et choisies », Rapport pour le CAE, sous la direction de D. Taddéi, La Documentation française, 2000

- « Les relations industrielles et le vieillissement de la main d'œuvre : examen des mesures de lutte contre la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi », Observatoire européen des relations industrielles, <http://www.eiro.eurofound.ie/2000/10/Study/tn0010202s.htm>
- « Les salariés de plus de 50 ans et l'emploi », Liaisons Sociales, N° spécial, supplément au n°13308, 2000

### III. MANUELS, OUVRAGES ET THESES

#### Manuels

- JE Ray, « Droit du travail, droit vivant », Ed Liaisons, 2004-2005
- Mémento Social Pratique 2005, Edition F. Lefevbre
- J. Péliissier, A. Supiot; A. Jeammaud, « Droit du travail », Précis Dalloz, 2004
- A. Mazeaud, « Droit du travail », Ed Montchrestien, 2004
- J. Péliissier (sous la direction de), « Droit de l'emploi », Dalloz Action, 1998
- P. Morvan, « Droit de la protection sociale », Litec, 2003
- J. Péliissier et al, « Les grands arrêts du droit du travail », Dalloz, 2004

#### Ouvrages et thèses

- « Travail et vieillissement. Quelles perspectives d'emploi et de formation ? », Problèmes économiques et sociaux, La Documentation Française, 2002, n°873
- « Activité professionnelle et vieillissement », Editions Liaisons, collection Les dossiers thématiques, 2001
- M. Mercat-Bruns, « Vieillissement et droit à la lumière du droit français et du droit américain », LGDJ 2001
- « Le travail au fil de l'âge », sous la direction de JC Marquié, D. Paumes, S. Volkoff, Ed Octares, 1996
- A. Bouilloux, « L'âge du salarié », Thèse Lyon, 1993

### IV. ARTICLES

- Année 2004
  - JM Peretti, « Les seniors : d'une logique d'exclusion à la rétention active » ? in « Tous responsables », sous la direction de J. Igalens, Editions d'Organisation, 2004, 275
  - A. Bouziges, « Vieillir en entreprise », in « La protection sociale face au vieillissement, Journées d'étude Poitiers, LGDJ, 2004, p 151



- V. Bonnin, « Vieillesse et sécurité sociale », in « La protection sociale face au vieillissement, Journées d'étude Poitiers, LGDJ, 2004 ; p 187
- Année 2003
  - Droit social 2003, N° spécial, L'âge en droit social, Journées Michel Despax
  - Y. Moreau, Avant ou après les retraites, réformer le travail, Droit social 07-08/2003, p.683
  - G. Cornilleau, « Réformes des retraites et politique de l'emploi », in « La réforme des retraites », La Documentation Française, 2003, p 49
  - Y. Chassard, Réforme des retraites : quelques idées glanées chez nos voisins européens, Droit social 03/2003, p.323
  - N. Raoult, L'Europe s'attaque à la discrimination par l'âge, Entreprise et Carrières 2003, n°676, 36
  - P. Aubert, Près d'un salarié du privé sur cinq a plus de 50 ans en 2000, INSEE Juillet 2003
  - PY. Verkindt, « Emploi, chômage et retraite : le chantier ne fait que commencer », Dr.soc. 2003, 948
- Année 2002
  - L. Mathias, De la retraite au vieillissement actif, Liaisons Sociales Europe, n°60, Juillet 2002
  - C. Boudineau, Le départ à la retraite : quels enjeux, PA, 23/4/2002, 12
  - X. Gaullier, Retraites, préretraites et temps de vie, Droit Social Fév 2002, 147
  - P. Lagesse et I. Goulet, De la nécessaire vigilance des entreprises, SSL 2002, n° 1078
  - F. Michaux, L'emploi des salariés âgés, Futuribles, 2002, n°275, 27
  - F. Héas, Temps et retraite, Bull Soc F. Lefevbre 6/02, 317
- Année 2001
  - JY. Kerbouc'h, Aides à l'emploi, Juris-Classeur Travail, Fasc 40-18
- Année 2000
  - Y. Chassard, Emploi après 55 ans et retraite : quelques leçons d'une observation de l'étranger, Droit Social 2000, 1124

- Année 1999

- J. Savatier, La mise à la retraite d'office à l'âge de 40 ans d'une danseuse de l'Opéra en congé de maternité, Droit Social 1999, 779

- Année 1998

- C. Daniel, Les politiques d'emploi : une révolution silencieuse, Droit Social 1998, 3

- Année 1996

- PY. Verkindt, Retraite, Juris-Classeur, Travail traité Fasc 30-25, 1996
- S. Volkoff, Des « politiques du travail » dans les entreprises, pour tenir compte du vieillissement (quelques exemples en France et en Allemagne) ; Travail et emploi, 1996, n°69, 71

- Année 1993

- N. Kerschen et AV Nenot, La fin des préretraites ou l'éternel recommencement, Dr.soc. 1993, 470
- A. Arseguel et Ph Isoux, La protection des salariés âgés : effets de seuil, effets en chaîne, effets pervers ; Droit Social 1993, 942
- PY. Verkindt et M. Wacogne, Le travailleur vieillissant, Droit Social 1993, 932

- Année 1991

- G. Lyon-Caen, «Une vieillesse sans droit, D1991, 112
- S. Benamar-Bouaziz, L'âge de la retraite et la rupture du contrat de travail, DO 1991, 366

- Année 1990

- A. Areseguel et Ph Isoux, La rupture du contrat de travail des salariés âgés de plus de 50 ans : réflexions sur le « contribution Delalande », Droit Social 1990, 808

- Année 1988

- F. Saramito, Age de la retraite et fin du contrat de travail, DO 1988, 213

-Année 1987

- J. Savatier, Les dispositions de la loi du 30 juillet 1987 sur la rupture du contrat de travail à l'âge de la retraite, Droit Social 1987, 723
- J. Savatier, Les clauses conventionnelles sur l'âge de la retraite, Droit Social 1987, 2

## Annexe 1

### Personnalités rencontrées :

- Maître PH Bernard, Avocat à la Cour, Cabinet Jacques Barthélémy et associés.
- Docteur Blanc, médecin du travail, SAMSI
- Maître A. Caillier, Avocat à la Cour
- Monsieur JF. Courselle, Directeur des Ressources Humaines SAUR France, Région Sud-Ouest
- Docteur Delia, médecin du travail, SAMSI
- Docteur Esther, médecin-inspecteur du travail, Région Midi-Pyrénées
- Maître C. Eychenne, Avocat à la Cour, spécialiste en Droit Social
- Monsieur JP.Gauthier, Formation professionnelle, Union Régionale Interprofessionnelle CFDT Midi-Pyrénées
- Monsieur N. Jullien, administrateur de structures emploi-formation, Union Régionale Interprofessionnelle CFDT Midi-Pyrénées
- Madame MA. Lalanne, Comité Régional CGT Midi-Pyrénées, Chargé de mission Agefiph, ancien élue CGT CE GIAT.
- Monsieur J. Mauriés, Union Mines et Métaux, Union Régionale Interprofessionnelle CFDT Midi-Pyrénées
- Monsieur Ph. Moitry, Secrétariat du Comité Régional CGT Midi-Pyrénées, ancien secrétaire du CE de l'entreprise JOB
- Monsieur JM. Simon, Directeur des Ressources Humaines Hôpital Joseph Ducuing-Varsovie, Toulouse, Président de l'ANDCP Midi-Pyrénées

### Entretiens téléphoniques :

- Madame Albaret, ASSEDIC Haute- Garonne
- Madame A. Tanay, Service statistique, DRTEFP

## Annexe 2

### MÉTHODOLOGIE

*Les établissements de 10 salariés ou plus fournissent des données sur les mouvements de main-d'œuvre. Ces données sont issues de la fusion trimestrielle de deux sources statistiques distinctes :*

*- La Déclaration mensuelle des Mouvements de Main-d'Œuvre (DMMO) : chaque mois, les établissements de 50 salariés ou plus adressent à l'administration un relevé détaillé des contrats conclu ou résiliés durant le mois précédent.*

*- L'Enquête sur les Mouvements de Main-d'Œuvre (EMMO) : chaque trimestre, la Dares interroge par sondage stratifié selon la zone d'emploi et le secteur d'activité, les établissements de 10 à 49 salariés à l'aide d'un questionnaire comparable au formulaire déclaratif. Au total, un peu plus d'un établissement sur cinq est interrogé.*

Le champ est celui du secteur concurrentiel industriel et commercial, ce qui représente plus de 80% du champ couvert par l'Unedic. Sont en particulier exclus les administrations publiques, les collectivités territoriales, les principaux établissements publics, les établissements relevant de la Défense Nationale et les établissements de travail temporaire. Les missions d'intérim ne sont pas prises en compte dans les mouvements de main-d'œuvre.

### DÉFINITIONS

Motifs de sorties : AU : Autre motif de Sortie  
DM : Démission  
ES : Sortie avant la fin de la période d'Essai  
FD : Fin de Contrat à Durée Déterminée  
LA : Autre licenciement  
LE : Licenciement économique  
RT : Départ à la Retraite  
TS : Transfert (en Sortie)  
SI + SN : sorties indéterminées ou service national

<i>Répartition des sorties selon le motif par tranche d'âge (en %)</i>										
Année de déclaration 2003, Région 73 Midi Pyrénées										
	AU	DM	ES	FD	LA	LE	RT	SI+S N	TS	Total
<b>de 16 à 24 ans</b>	19,2	30,9	48,0	42,0	15,0	secret	secret	34,0	10,7	35,1
<b>de 25 à 54 ans</b>	69,0	65,7	50,0	54,7	72,6	80,7	secret	secret	82,7	58,9
<b>de 55 à 64 ans</b>	10,9	2,3	secret	secret	11,6	13,4	83,8	secret	5,7	4,9
<b>autres</b>	0,8	1,1	secret	secret	0,9	secret	9,8	57,4	0,9	1,1
<b>Sous-total</b>	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

<i>Répartition des sorties selon l'âge par motif de sortie (en %)</i>										
Année de déclaration 2003, Région 73 Midi Pyrénées										
	AU	DM	ES	FD	LA	LE	RT	SI+S N	TS	Total
<b>de 16 à 24 ans</b>	0,9	16,6	6,0	71,9	2,4	secret	secret	0,2	1,7	100,0
<b>de 25 à 54 ans</b>	1,9	21,1	3,7	55,8	7,0	2,4	secret	secret	7,9	100,0
<b>de 55 à 64 ans</b>	3,6	9,1	secret	secret	13,6	4,8	29,3	secret	6,6	100,0
<b>autres</b>	1,2	18,7	secret	secret	4,5	secret	15,5	12,2	4,7	100,0
<b>Sous-total</b>	1,6	18,9	4,4	60,1	5,7	1,7	1,7	0,2	5,6	100,0
source : DRTEFP, sources sur les mouvements de main-d'œuvre										

### Annexe 3

#### **Propositions d'évolutions possibles de la réglementation**

**(Ces pistes de réflexion sont celles des auteurs du présent rapport,  
qui n'engagent pas le Conseil d'orientation des retraites)**

En ce qui concerne plus spécialement la question de la rupture du contrat des *seniors*, plusieurs propositions plus techniques peuvent être faites.

- En ce qui concerne tout d'abord la mise à la retraite, il conviendrait de limiter la portée des exceptions au principe de la mise à la retraite à 65 ans : ainsi, les possibilités de dérogations offertes aux partenaires sociaux doivent-elles être interprétées restrictivement ; d'autre part, il conviendrait de rapprocher les statuts particuliers du personnel des entreprises publiques du droit commun.

- S'agissant des ruptures amiables, nous avons vu qu'elles sont le plus souvent dissimulées par un montage juridique (licenciement disciplinaire pour faute grave et transaction). Dans ce contexte, leur interdiction n'apparaît pas comme une priorité. Toutefois, si le montage s'avérait plus difficile à mettre en œuvre parce que plus onéreux (voir infra, contribution Delalande), il serait opportun de revoir la validité de principe de ces ruptures.

- Pour ce qui est de la dispense de recherche d'emploi, et comme le propose un rapport de l'OCDE, il convient peut-être « de rétablir graduellement l'obligation de rechercher un emploi pour les nouveaux demandeurs d'emploi de plus de 55 ans, tout en renforçant les mesures actives de placement adaptées »<sup>387</sup>. En effet, contrairement à celui d'autres Etats, le système français d'assurance invalidité est assez restrictif en sorte que la dispense de recherche d'emploi sert d'échappatoire pour bon nombre de personnes qui, dans d'autres systèmes, bénéficieraient du statut d'invalidé. Il n'empêche que si l'on souhaite un signal fort en faveur de l'emploi des *seniors*, la suppression de principe de la dispense de recherche d'emploi apparaît pertinente, quitte ensuite aux ASSEDIC d'accorder des dispenses au cas par cas, en fonction des situations individuelles.

- S'agissant de la contribution Delalande, depuis quelque temps, de nombreuses voix soulignent l'inefficacité de la mesure pour en demander, soit la généralisation à tous les salariés (rapport Cahuc, avril 2005), soit au contraire la suppression (notamment,

---

<sup>387</sup> OCDE, « Vieillesse et politique de l'emploi. France », Mars 2005.

Rapport OCDE, mars 2005 ; également, INSEE<sup>388</sup>). Il est vrai que la contribution peut avoir un effet psychologique négatif sur les employeurs et constituer un frein à l'embauche des *seniors*. D'un autre côté, il existe tellement de cas d'exonérations que l'on peut douter qu'elle constitue une protection contre leur licenciement . Plus précisément, deux cas d'exonération sont largement utilisés en pratique : l'inaptitude du salarié et surtout, dans le cadre de montages juridiques, la faute grave. Voilà pourquoi, sans aller jusqu'à la suppression d'une mesure qui peut être source de moyens pour financer des actions en faveur des chômeurs âgés, on peut envisager une suppression de l'exonération en cas de licenciement pour faute grave suivi d'une transaction, ce qui nécessiterait un contrôle se prolongeant au-delà de la présentation, lors de l'inscription du salarié comme demandeur d'emploi, de l'attestation ASSEDIC.

- De façon plus générale, si l'on souhaite vraiment qu'il n'y ait pas de prise en compte de l'âge dans la rupture du contrat de travail, une solution radicale consisterait à fondre la rupture du contrat des *seniors* dans le droit commun des ruptures du contrat de travail. Concrètement, cela reviendrait à supprimer purement et simplement le départ et la mise à la retraite, la rupture du contrat de travail des *seniors* s'analysant soit en une démission, soit en un licenciement<sup>389</sup>.

---

<sup>388</sup> Economie et Statistique, n° 372 ; Liaisons sociales 9/03/2005, Bref social 14 336.

<sup>389</sup> La suppression de la mise à la retraite en tant que mode de rupture autonome a déjà été suggérée par Monsieur J. Péliissier, « Age et perte d'emploi », D Soc 2003, 1061. S'agissant du départ à la retraite, cette suppression permettrait d'éviter des incitations conventionnelles éventuelles au départ à la retraite avant l'âge de la mise à la retraite ( allègement des conditions et/ou augmentation du montant de l'indemnité de départ à la retraite).

## Annexe 4

Extrait de la convention d'étude  
entre le Laboratoire Interdisciplinaire de recherche  
sur les Ressources Humaines et l'Emploi (LIRHE)  
et le Conseil d'orientation des retraites

### OBJET DE LA CONVENTION

La présente convention porte sur la réalisation par le LIRHE d'une étude pour le Conseil d'orientation des retraites, sur « les formes juridiques de cessation d'activité des salariés âgés de 55 à 64 ans ». Cette étude s'inscrit dans le chantier « Age et Travail » du programme de travail du Conseil d'orientation des retraites. Son intérêt est renforcé par le recul à 65 ans de l'âge où l'employeur peut mettre à la retraite d'office.

L'étude réalisée par le LIRHE est composée :

- D'une analyse du cadre juridique de la rupture du contrat de travail d'un salarié de plus de 55 ans et de la jurisprudence récente en la matière. Après un cadrage national sur les décisions recensées par le logiciel de la Cour de Cassation, une analyse du contentieux sera réalisée sur le conseil des prud'hommes de Toulouse et la Cour d'appel.
- D'une étude empirique sur le thème plus large des pratiques de séparation des salariés par les entreprises. Cette deuxième partie s'appuiera sur une série d'entretiens auprès d'acteurs ou d'observateurs tels que les responsables des ressources humaines, les partenaires sociaux, l'administration du travail, la médecine du travail. Elle s'intéressera également aux séparations à l'amiable qui ne donnent pas lieu justement à contentieux.