

La rupture du contrat des 55-64 ans : tendances et ambiguïtés du Droit

Marie-Cécile Amauger-Lattes, Isabelle Desbarats(*)

Le projet d'Accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors vise leur maintien et leur retour à l'emploi et cherche à créer les conditions d'une augmentation du taux d'emploi des 55-64 ans. Mais pour inverser le phénomène du raccourcissement de leur vie active, le législateur a aussi tenté de contrecarrer la tendance en limitant les possibilités de rupture du contrat fondées sur l'âge. L'observation du contentieux et des pratiques montre cependant que cet encadrement incite les employeurs à mettre fin au contrat des seniors en recourant à d'autres mécanismes, plus souples, voire moins onéreux. Cet article met en évidence une augmentation du recours à des modes de rupture fondés sur d'autres motifs que l'âge, que les dispositifs de protection des salariés âgés ne permettent pas de réduire. Outre un état des lieux du droit positif et des pratiques concernant la rupture du contrat des seniors, les auteurs identifient les obstacles juridiques persistants au maintien en activité de ces derniers et formulent des propositions susceptibles de corriger cette situation.

Augmenter le taux d'emploi des seniors constitue aujourd'hui l'un des principaux défis inscrits dans les objectifs du Conseil de Lisbonne à l'intention des pays de l'Union européenne. Les études et rapports particulièrement nombreux en 2005 (CAHUC, 2005 ; CAE, 2005 ; OCDE, 2005 ; LIAISONS SOCIALES 2005 ; BREF SOCIAL, 2005) – qui se sont succédé sur le thème s'accordent à souligner l'urgence de la question dans le contexte démographique et économique actuel et ce, particulièrement en France. La cause en est bien connue : le vieillissement de la population active, qui compromet l'équilibre des régimes de retraite, implique un maintien en activité prolongé, alors que le taux d'emploi des 55-64 ans est l'un des plus bas d'Europe (EUROSTAT, 2004) et que l'âge de cessation d'activité est l'un des plus précoces (DARES, 2003). Ce contexte national est l'héritage du « consensus paradoxal » (1) sur la base duquel employeurs, salariés, partenaires sociaux et pouvoirs publics ont, depuis plus de 20 ans, favorisé les retraits anticipés d'activité. Or, ce faible taux d'occupation se trouve à l'origine d'une série de conséquences néfastes. D'une part, il se traduit par une progression du chômage de longue durée de cette catégorie de personnes. Il 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 (COR, 2004). Enfin, ce désintérêt pour les salariés de plus de 55 ans a un « effet ricochet sur les âges [...] plus jeunes » (1) : le fait que les 55 ans et plus soient jugés trop « vieux » pour demeurer sur le marché du travail rejaille 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.

Aujourd'hui, cette situation est devenue intenable et tous considèrent l'augmentation du taux d'emploi des 55-64 ans comme une exigence impérieuse.

S'inscrivant dans cette logique, la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites avait adopté des mesures destinées à susciter un allongement de la période d'activité professionnelle : mécanisme de décote/surcote créant une incitation à la poursuite de l'activité ; retraite progressive ; cumul emploi-retraite. Il s'agissait de marquer une inflexion nouvelle, impuissante à résoudre seule une question aux fortes résonances socio-culturelles. Aussi, les partenaires sociaux ont-ils été invités à s'en saisir. Difficiles, les négociations engagées ont finalement abouti, le 13 octobre 2005, à l'élaboration d'un projet d'Accord national interprofessionnel

(*) Maîtres de conférences en droit à l'Université des Sciences sociales de Toulouse I, Chercheurs au Lirhe, UMR 5066. Bât J. Place Anatole France. 31042 Toulouse Cedex (amauger-lattes@univ-tlse1.fr, isabelle.desbarats@univ-tlse1.fr).

Cet article rend compte d'un rapport présenté en juin 2005 au Conseil d'orientation des retraites (COR) et intitulé « Les formes juridiques de cessation d'activité des salariés âgés de 55 à 64 ans ». Son objet consiste en une analyse du droit positif relatif à la rupture du contrat de travail de ces salariés ainsi que dans une étude empirique des pratiques de séparation sur la base d'entretiens.

Ce rapport peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : <http://www.cor-retraites.fr/article280.html>, et il est publié dans *Les Cahiers du Lirhe*, sept 2005, n° 13.

(1) La formule a été initialement utilisée par Xavier GAULLIER dans ses travaux multiples sur l'âge et le travail. Elle a été reprise par F. JAEGER, 2003.

Encadré 1 Méthodologie

Plusieurs voies ont été explorées pour brosser le tableau le plus complet possible des formes juridiques de cessation d'activité des salariés âgés de 55 à 64 ans.

Outre une revue de la littérature, les deux pistes suivantes ont été 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, nous avons sélectionné et analysé – sur une période comprise entre 1994 et 2004 – plus de 300 décisions rendues par la chambre sociale de la Cour de cassation, concernant la rupture du contrat de travail des seniors. Nous avons pu conduire, entre 1999 et 2002, une recherche exhaustive, grâce à l'utilisation du logiciel de la Cour de cassation (recours à certains mots-clés tels que: « retraite », « préretraite », « licenciement », « rupture », « départ à la retraite », « mise à la retraite », « 55-64ans »...). S'agissant des périodes 1994-1998 et 2003-2004, seules, en revanche, ont été étudiées les décisions publiées au Bulletin de la Cour de cassation.

Cette analyse a ensuite été complétée par une étude d'arrêts et jugements rendus par certaines juridictions du fond (cour d'appel et conseil de prud'hommes de Toulouse). Plus précisément, 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 (une trentaine). 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. C'est la raison pour laquelle – eu égard au nombre très important de jugements rendus par la juridiction prud'homale Toulousaine – nous avons été contraintes de limiter nos recherches aux seules décisions rendues par les sections encadrement et industrie au cours des années 2004 et 2003 (soit plus de 2000 décisions): sur ce total, nous avons pu, plus précisément, identifier une soixantaine de jugements dans lesquels l'âge du salarié était indiqué et qui concernaient la rupture du contrat de travail.

Dans un second temps, l'intérêt s'est focalisé sur la question plus large des pratiques de séparation à l'amiable qui, justement, ne donnent pas lieu à contentieux. Cette deuxième partie de l'analyse s'est appuyée sur une série d'entretiens organisée, au cours des mois de septembre et octobre 2004, avec différents acteurs amenés, à des titres divers, à connaître de ce type de situations: responsables des ressources humaines, partenaires sociaux, médecine du travail, avocats, conseils. Ici, nous avons tenté de multiplier les angles d'approche en privilégiant une certaine diversité des secteurs d'activité concernés (santé, services, industrie), comme des niveaux d'intervention de nos interlocuteurs (vision « de terrain » des médecins du travail, plus « stratégique » du médecin-inspecteur).

relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi. Parmi les mesures phares qu'il préconise et dont la presse s'est fait l'écho, figurent notamment la création d'un cas de recours spécifique au CDD, dans une optique de retour à l'emploi des seniors, la mise en place d'une priorité d'accès aux périodes et contrat de professionnalisation, d'un entretien de deuxième partie de carrière ouvert aux plus de 45 ans ainsi que des dispositifs d'aménagement des conditions de travail et d'emploi.

Cependant, inciter fortement au maintien des salariés âgés dans l'entreprise ne constitue que l'un des leviers de nature à permettre une inversion du phénomène du raccourcissement de leur vie active. Il en existe un autre, négatif, qui consiste à limiter les possibilités de rupture du contrat fondées sur l'âge. Cet aspect des choses n'est généralement pas ou peu abordé dans les études, si ce n'est, incidemment et de manière restrictive, sous l'angle de la très controversée contribution dite Delalande. De même, dans leur projet d'accord, les partenaires sociaux n'envisagent que des mesures positives de maintien en activité des seniors.

Il est vrai que de son côté, le législateur n'est pas resté insensible à ce versant du problème: même si des brèches importantes subsistent, la loi du 21 août 2003 s'est en effet efforcée de marginaliser les ruptures justifiées par l'âge du salarié (1^{ère} partie). L'observation du contentieux et des pratiques montre cependant que cet encadrement incite les employeurs à recourir à d'autres mécanismes de rupture des contrats des seniors, plus souples, voire moins onéreux. Elle révèle une montée en puissance des licenciements que les dispositifs de protection des salariés âgés contre les congédiements ne permettent pas d'endiguer (2^e partie).

L La marginalisation en cours des ruptures fondées sur l'âge

Depuis la loi du 30 juillet 1987, le Code du travail définit deux modes de cessation du contrat en raison de l'âge: à l'initiative du salarié, le départ à la retraite ou de l'employeur, la mise à la retraite. Dans le même temps, afin de permettre une libération des emplois au profit des plus jeunes, 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 dans la conjoncture actuelle. Aussi observe-t-on que le droit s'efforce d'opérer un renversement de perspective, tant en ce qui concerne les ruptures de contrat voulues ou acceptées par les salariés, qu'en ce qui concerne les mises à la retraite.

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

Le départ à la retraite constitue, par excellence, le mode de rupture en raison de l'âge voulu par le salarié : son régime reste peu attractif. Sont également concernées les préretraites qui sont le plus souvent mises en œuvre à l'initiative de l'employeur, avec l'accord du salarié intéressé.

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

Rupture à l'initiative du salarié, le départ à la retraite(2) s'apparente à la démission dont il se distingue semble-t-il par la volonté de son auteur de liquider son droit à une pension de vieillesse(3). Sauf exceptions légales(4), cela suppose qu'il ait atteint l'âge de 60 ans et qu'il liquide, au moins partiellement, sa pension.

Le régime du départ à la retraite n'a pas été directement retouché depuis 1987. Son objet consiste seulement à permettre aux salariés qui ont atteint l'âge de la retraite de quitter s'ils le souhaitent leur emploi. Il est peu incitatif pour les salariés et peut même apparaître, à certains égards, dissuasif. D'une part, les modalités de calcul des pensions de vieillesse, notamment le mécanisme conjugué des surcote et décote, vont certainement dissuader les salariés de partir trop tôt. D'autre part, ce régime est beaucoup moins avantageux que celui de la mise à la retraite. Il l'est en revanche légèrement plus que celui de la démission, en tout cas lorsque le salarié justifie d'au moins dix ans d'ancienneté dans l'entreprise ce qui n'est plus aujourd'hui aussi fréquent que par le passé. Effectivement, le salarié peut alors

prétendre à une indemnité, dont le montant est toutefois modeste(5) et les régimes fiscal et social moins avantageux que ceux de l'indemnité de mise à la retraite(6). En revanche, le départ à la retraite présente l'inconvénient – en dépit de sa parenté avec la démission – d'imposer le respect d'un délai-congé dont la durée correspond au préavis de licenciement.

Ce dispositif est cependant susceptible d'amélioration par voie conventionnelle. Or, avec l'aggravation des conditions de mise à la retraite, les partenaires sociaux – côté salarié mais surtout côté employeur – peuvent être tentés d'augmenter le montant de l'indemnité de départ à la retraite et même de l'aligner sur le montant de l'indemnité de mise à la retraite(7), lorsque l'âge de cette dernière n'a guère ou pas été abaissé dans le cadre d'une convention collective étendue conclue en application de la loi du 21 août 2003(8). Avantageuse pour les salariés dont les droits sont améliorés, une telle stipulation favorise leur départ à la retraite avant qu'ils n'atteignent l'âge autorisant leur mise à la retraite et satisfait finalement les deux parties.

Si l'on considère que le droit doit favoriser au maximum le maintien en activité des seniors, il convient sans doute d'éviter ces incitations conventionnelles au départ à la retraite. Pour cela, une solution consisterait à aligner le régime de ce dernier sur celui de la démission, d'autant que le départ à la retraite n'excluant pas une poursuite d'activité dans le cadre d'un cumul emploi-retraite, les différences entre ces deux modes de rupture s'estompent et résident désormais pour l'essentiel dans l'âge du salarié. Or, ce motif est-il à lui seul suffisant pour justifier une différence de régime ?

Indépendamment de cette question, si les conventions collectives respectent l'esprit de la loi, le départ à la retraite est et devrait demeurer, le plus souvent, un mode de rupture peu attractif.

Le reflux des dispositifs de cessations anticipées d'activité dans le secteur privé

Pendant plus de 20 ans, le recours aux mesures dites de cessation anticipée d'activité – qu'elles

(2) Article L. 122-14-13 c. trav.

(3) La question est controversée. Sur cette discussion, voir notre rapport publié, pp. 22-24.

(4) Il s'agit des salariés qui justifient d'une longue carrière ou lourdement handicapés, respectivement articles L. 351-1-1 et L. 351-1-3 nouveaux du Code de la sécurité sociale.

(5) Un demi mois de salaire après dix ans ; un mois après quinze ans ; un mois et demi après vingt ans ; deux mois après trente ans.

(6) Sur le plan social, contrairement à l'indemnité de mise à la retraite, l'indemnité de départ est assimilée à un salaire. Sur le plan fiscal, elle est soumise à l'impôt sur le revenu, sous réserve d'une exonération de 3 050 euros (art. 81 22° du CGI) et sauf si le départ à la retraite est compris dans un plan de réduction d'effectif.

(7) 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. Lefebvre, avril 2004, étude p. 185 et 189. Dans le même esprit, dans certaines branches le montant des indemnités de départ offertes aux salariés justifiant d'une longue carrière correspond à celui de l'indemnité de mise à la retraite. Par exemple avenants des 4 octobre et 13 décembre 2004 et 13 janvier 2005 sur la retraite, la formation, les salaires dans l'assainissement et la maintenance industrielle, *Liaisons sociales*, 28/01/05, Bref soc., n° 14308, p. 2.

(8) En effet, si l'âge de la mise à la retraite est fixé à 60 ans, les employeurs n'ont guère intérêt à améliorer notablement le montant de l'indemnité de départ.

soient publiques (ASFNE, PRP, CATS), conventionnelles (ARPE), ou privées – a été encouragé au nom d'une justification simple : mieux valait un préretraité qu'un chômeur (ZAIMMAN *et alii*, 2000). De façon plus générale, cette solution a longtemps satisfait les acteurs auxquels elle fournissait un compromis. Mais le succès de « ces préretraites à la française » ne pouvait perdurer, compte tenu de leur coût à la fois humain et financier dans la mesure où c'est l'État et/ou l'assurance-chômage qui financent pour l'essentiel ces cessations anticipées d'activité. Pour ces raisons, (et pour d'autres encore liées aux conséquences de l'évolution démographique sur le coût des retraites), il fallait donc que les discours – mais également les règles – changent.

On a donc opéré un repositionnement des dispositifs de cessation anticipée d'activité, désormais caractérisés par des conditions d'accès restrictives ainsi que par une augmentation de leur coût à la charge des entreprises (a). On ne saurait cependant occulter qu'en dépit du mouvement de retrait/repli incontestable que connaissent ces dispositifs, il en subsiste encore un certain nombre, ce qui obscurcit les objectifs que le législateur est censé poursuivre (b).

a) Ce recentrage intéresse, en premier lieu, les **dispositifs publics de cessation anticipée d'activité**. C'est le cas pour les allocations dites AS-FNE dont les conditions d'accès ont été considérablement aggravées par une instruction ministérielle du 24 janvier 2003. Quant au dispositif CATS (9) permettant à des salariés ayant exercé des métiers pénibles ou handicapés de cesser, sous certaines conditions, leur activité tout en percevant une allocation exonérée de charges sociales et partiellement financée par l'État – son champ d'application a été nettement restreint par la même loi du 21 août 2003, complétée par un décret du 27 janvier 2005 (10). Il s'agit là « d'un nouveau signal de désengagement de l'État dans la mise en œuvre des préretraites, (qui doit avoir) pour conséquence d'accentuer la respon-

sabilisation des partenaires sociaux et des entreprises dans le financement de ces mesures » (11).

Sont également en perte de vitesse les mécanismes similaires mis en place par les **partenaires sociaux** : tel est notamment le cas du dispositif ARPE, financé par l'UNEDIC.

Enfin, si aucune obligation spécifique ne pesait sur elles avant 2003, les entreprises organisant des **préretraites « maison »**, sans recours à un financement public, sont désormais tenues de verser une contribution spécifique de 23, 85 %, dont le produit doit être affecté au Fonds de Solidarité Vieillesse (12). Le temps des préretraites entendu comme mode ordinaire de gestion des effectifs est donc bien révolu.

b) Certains mécanismes de cessation anticipée d'activité restent cependant présents dans le paysage juridique, même si on assiste depuis 2004 à un « tassement ». En effet, l'intérêt demeure de maintenir des possibilités de préretraite afin de permettre à des salariés ayant exercé des métiers pénibles ou qui sont handicapés de cesser de façon anticipée une activité professionnelle « difficile » (13) : on pense spécialement au maintien des préretraites CATS (14), ainsi qu'au dispositif dit CAATA de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante.

En revanche, on peut avoir un avis plus réservé sur le maintien de la dispense de recherche d'emploi (DRE), qui s'analyse comme une situation particulière de certains demandeurs d'emploi au regard de la condition de recherche d'emploi (15) et qui, en effet, est communément présentée comme un dispositif incitatif à la cessation anticipée d'activité : la raison en est que ce mécanisme peut faciliter un départ du salarié avant l'âge de la retraite, financé par l'assurance-chômage et sans obligation de rechercher un emploi. Ce dispositif – dit préretraite ASSEDIC – peut ainsi bénéficier à des chômeurs dès 55 ans sous certaines conditions (16).

(9) Art R. 322-7-2 c. trav ; Circulaire DGEFP n° 2000-23 du 10 octobre 2000, Légis. soc. – D2 n° 8120 du 16 novembre 2000.

(10) Art R. 322-7-2 nouv c. trav.

(11) Circulaire DGEFP n° 2005/22 du 50 mai 2005 relative aux conséquences de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites sur les dispositifs de préretraites financés par l'État.

(12) Comme cela a été observé lors de la discussion au Sénat du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, « le Gouvernement ne dispose pas d'informations statistiques sur les préretraites d'entreprise qui ne font pas appel aux financements publics. Elles sont toutefois largement développées » (www.senat.fr/rap/105-073-4/105-073-49.html). Plus généralement, on souligne que « les entreprises préfèrent les préretraites d'entreprise aux préretraites aidées par l'État pour deux raisons : grâce à elles, elles peuvent, d'une part, élargir la cessation anticipée d'activité à d'autres tranches d'âge que celles concernées par les dispositifs publics et, d'autre part, afficher une politique sociale propre à leur établissement. La préretraite privée permet également à une bonne moitié des établissements de conserver les préretraités maison parmi les effectifs de leurs salariés, ce que ne permettent pas les préretraites publiques puisque leur mise en place entraîne la rupture, immédiate ou légèrement différée, du contrat de travail. Cette souplesse rend possible le rappel de ces anciens salariés dans le cas de circonstances exceptionnelles » (DARES, 2002).

(13) Voir art L. 352-3 c. trav.

(14) Voir *supra*.

(15) La perception d'un revenu de remplacement en période de chômage est en principe subordonnée à une obligation de recherche d'emploi (articles L. 351-16, R. 351-26 et D. 311-6 c. trav.).

(16) Art R. 351-26 c. trav.

Il est vrai qu'avec la réduction des durées d'indemnisation chômage(17), la DRE a sans doute perdu une grande partie de son attractivité, spécialement en ce qui concerne les moins de 57 ans: désormais, il est beaucoup plus difficile pour eux qu'auparavant de bénéficier d'une jonction automatique entre période de chômage indemnisé et retraite à taux plein(18). Cependant, 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 intéressant(19). A fortiori, la DRE constitue toujours un mécanisme avantageux pour les salariés de plus de 57 et demi qui ont la possibilité de toucher une indemnisation chômage les conduisant jusqu'à une pension à taux plein.

On comprend, dans ces conditions, que l'OCDE par exemple (2005) préconise le rétablissement progressif de l'obligation de rechercher un emploi pour les nouveaux chômeurs de plus de 55 ans, tout en prônant néanmoins le renforcement de mesures actives de placement adaptées (DARES, 2004).

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

La mise à la retraite(20) du salarié est une faculté offerte à l'employeur, subordonnée au respect d'un certain nombre de conditions, qui ont été significativement aggravées par la loi du 21 août 2003.

Cette démarche n'est cependant pas univoque. En effet, certaines règles risquent de freiner l'emploi des travailleurs vieillissants en autorisant une rupture du contrat avant l'heure ; c'est évoquer l'ambiguïté persistante des textes et pratiques aujourd'hui applicables, les uns rendant plus difficiles les mises à la retraite, les autres les facilitant.

L'aggravation des conditions de mise à la retraite

Jusqu'en 2003, un employeur pouvait décider de la mise à la retraite d'un salarié si deux conditions étaient réunies. D'une part, le salarié devait avoir atteint l'âge de 60 ans ou bien un âge supérieur prévu par un texte conventionnel. D'autre part, il devait bénéficier d'une retraite à taux plein : durée d'assurance suffisante ou âge de 65 ans.

Or, comme le souligne P. Y. VERKINDT (2003) «maintenir cette règle tout en plaçant pour l'augmentation du taux d'emploi des salariés âgés était

contradictoire». Le législateur a donc décidé que, désormais, un employeur ne pourrait mettre un salarié à la retraite avant l'âge de 65 ans(21). La sanction de la violation de cette disposition est la requalification en licenciement(22) qui, en toute logique, devrait être considéré comme discriminatoire, puis fondé sur l'âge, donc nul(23).

Cette décision de reculer de 60 à 65 ans l'âge de la mise à la retraite – quelle que soit la durée d'assurance du salarié – constitue l'une des mesures phares d'une loi *a priori* soucieuse de favoriser le maintien en activité des travailleurs vieillissants. Il reste que, dans un certain nombre d'hypothèses, une mise à la retraite sera possible entre 60 et 65 ans, voire peut-être même avant 60 ans(24).

Des exceptions notables

Pour deux raisons différentes, il apparaît en effet que 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 la portée espérée : la première tient au champ d'application en réalité circonscrit du dispositif légal (a); la seconde, au rôle important laissé aux partenaires sociaux par la loi du 21 août 2003 (b).

a) Bien qu'*a priori* très large, le champ d'application de l'article L. 122-14-13 du Code du travail est, en réalité, doublement limité. D'abord, seuls les contrats de travail à durée indéterminée sont concernés. On sait en effet que, s'agissant d'un contrat à durée déterminée, les cas de rupture avant terme sont limitativement énumérés par le législateur et l'âge n'en fait pas partie.

Ensuite, une autre question doit être évoquée, qui est celle de la compatibilité entre, d'une part, le Code du travail et, d'autre part, les statuts particuliers.

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, 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 : les restrictions concernant le dispositif de la mise à la retraite n'ont pas vocation

(17) Protocole d'accord du 20 décembre 2002 sur le retour à l'équilibre de l'assurance chômage. Celles-ci n'ont pas été modifiées par la convention du 18 janvier 2006 relative à l'aide au retour à l'emploi (Semaine Soc. Lamy, 6 février 2006, n° 1247).

(18) La durée de leur indemnisation est désormais de 36 mois, soit 3 ans.

(19) Sur cette question, voir *infra*, partie II.

(20) Art L. 122-14-13 al. 3 c. trav.

(21) Art 16 de la loi du 21 août modifiant l'article L. 122-14-13 c. trav.

(22) Article L. 112-14-13 al 4 c. trav.

(23) Sur cette question, voir partie II.

(24) Sur ce point, voir *infra*.

à s'appliquer aux personnels des entreprises publiques à statut. En effet, la Cour de cassation estime – en cas de conflit entre un statut particulier et l'art L. 122-14-13 – que ce dernier ne doit pas s'appliquer. Ainsi a-t-elle statué dans ce sens, en ce qui concerne les agents EDF-GDF (25), ceux de la SNCF (26), de la RATP (27), les salariés de l'Opéra et de l'Opéra comique qui peuvent être mis à la retraite à l'âge de 50 ans (28), ceux de la compagnie Air France (29) ou encore le personnel du Centre national d'études spatiales (30).

Ces solutions, qui font prévaloir le statut sur la loi, trouvent vraisemblablement leur justification dans le fait que les dispositions réglementaires spéciales «constituent des éléments de l'organisation du service public» (31). Il reste que cette jurisprudence s'avère peu favorable au maintien en activité des seniors, dans la mesure où l'âge de la retraite prévu par le statut est généralement inférieur à l'âge légal. Ce faisant, les juges autorisent l'employeur à imposer au salarié un départ anticipé de l'entreprise, contrairement aux objectifs visés par le législateur.

Un autre facteur contribue à réduire la portée de l'interdiction de la mise à la retraite un salarié avant l'âge de 65 ans : les marges de manœuvres octroyées par la loi du 21 août 2003 aux partenaires sociaux.

b) La loi de 2003 prévoit qu'une convention ou un accord collectif étendu conclu avant le 1^{er} janvier 2008 peut autoriser la mise à la retraite avant 65 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 prévoit des contreparties en terme d'emploi et de formation professionnelle (PÉLISSIER *et alii*, 2004).

Sans doute, une telle option concédée aux partenaires sociaux se conçoit-elle dans le cadre d'une loi qui, certes, s'efforce de freiner les cessations d'activité liées à l'âge mais se fixe également pour objectif de permettre et/ou d'encourager le maintien dans l'emploi des travailleurs âgés. Et c'est bien ainsi qu'il faut sans doute comprendre l'exigence de contreparties en termes d'emploi ou de formation.

Pour autant, on peut s'interroger sur la pertinence de ce dispositif, qui ne va pas jusqu'au bout de sa

logique et qui, d'ores et déjà, a rencontré un succès important (32). En effet, si les conventions doivent prévoir des contreparties en termes d'emploi ou de formation permanente, la loi n'impose pas qu'elles concernent spécifiquement les salariés vieillissants. Autrement dit, l'abaissement de l'âge de la mise à la retraite peut n'être assorti d'aucun avantage au profit des seniors. Ce faisant, note M^{me} A. BOUZIGES (2004), le législateur laisse «à la négociation le pouvoir de défaire ce que la loi a fait». Et il faut bien reconnaître que, dans certaines branches, les partenaires sociaux se sont emparés de toutes les possibilités de dérogation autorisées par les textes ou supposées l'être. Des conventions collectives étendues ont ainsi été jusqu'à permettre la mise à la retraite de salariés avant 60 ans, dans les hypothèses de retraite anticipée autorisées par la loi, soit en raison du handicap lourd du salarié concerné, soit parce qu'il a effectué une longue carrière (33).

Dans ces conditions, l'existence d'une possibilité de dérogation conventionnelle est, en elle-même, difficilement compréhensible. Bien plus, comme le souligne M. J. PÉLISSIER (2003) «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 ? [...] 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 les priver de cette possibilité en l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement» (34).

Quoi qu'il en soit, sous réserve des problèmes soulevés par l'exclusion du personnel des entreprises à statut et les dérogations conventionnelles, la tendance lourde du droit positif des dernières années consiste en un encadrement incontestablement plus sévère des modes de rupture du contrat de travail en raison de l'âge, particulièrement des préretraites et de la mise à la retraite.

Cette tendance incite les acteurs à recourir à d'autres modes de rupture, les employeurs pour contourner la rigidité des règles, les salariés pour améliorer leurs droits.

(25) Soc 21 juin 1995, Bull. civ., V, n° 204.

(26) Ex, Soc 21 juin 1995, Bull. civ., V, n° 205.

(27) Soc 29 octobre 1996, RJS 12/96, n° 1332.

(28) Soc 16 juillet 1997, RJS 10/97, n° 1173.

(29) Ex Cass. Soc 24 juin 2003, RJS 10/03, n° 1154.

(30) Soc 12 décembre 2000, Bull. civ., V, n° 418 et 419.

(31) 2 articles 16 de la loi du 21 août modifiant l'article L. 122-12-du Code du travail.

(32) Une liste actualisée de ces accords est consultable à l'adresse suivante : <http://www.dialogue-social.fr>.

(33) Ex-accord du 21 avril 2004 sur la mise à la retraite des géomètres experts, Liaisons soc., 16/06/2004, Bref soc. 14158. Avenant du 16 septembre 2004 sur la mise à la retraite avant 60 ans dans le caoutchouc (Liaisons soc. 14 avril 2005, Bref soc., 14361).

Contrairement à l'esprit de la loi, de telles stipulations ne sont pas non plus conformes à une interprétation stricte des textes que commandent, à notre avis, le caractère dérogatoire des dispositifs de départ anticipé et celui des conventions conclues en application de la loi de 2003. (Pour plus de développements sur ce point, voir notre rapport publié, pp. 21-22.)

(34) J. PÉLISSIER, article *op. cit.*, p. 1061.

Une augmentation des licenciements des seniors difficile à contenir

Afin de préserver les salariés âgés contre le risque de licenciement⁽³⁵⁾, le législateur a édicté un certain nombre de règles protectrices qui s'avèrent cependant impuissantes à juguler l'intensification du recours à certains motifs de licenciement.

Les limites des dispositifs protecteurs

La protection des salariés âgés contre le licenciement présente deux aspects. Le premier consiste dans l'interdiction légale de licencier en raison de l'âge et fait de celui-ci, quel qu'il soit, un motif illicite. Cette interdiction devrait constituer un élément non négligeable de la protection des seniors face au pouvoir de l'employeur, d'autant que son intensité a été récemment renforcée par le législateur⁽³⁶⁾ : on constate toutefois que l'interdiction des discriminations en raison de l'âge présente des ambiguïtés susceptibles de nuire à son efficacité. Le second aspect de la protection des salariés âgés contre le licenciement leur est propre. Il 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 : de ce point de vue encore, une appréciation nuancée s'impose.

L'interdiction ambiguë des discriminations en raison de l'âge

Le principe d'égalité des personnes est largement consacré par les normes internationales et par les normes françaises, notamment les plus solennelles. De portée générale, il s'impose dans le cadre des relations de travail salarié, comme le rappelle avec insistance le législateur. En la matière, le risque de discrimination est particulièrement fort : gérer une entreprise implique des choix, une sélection entre les personnes que celles-ci ne peuvent guère contester du fait de leur subordination. Le droit s'efforce donc de garantir la légitimité des décisions patronales en condamnant, tant sur les plans civil (a) que pénal (b), celles qui, fondées sur des critères illégitimes – dont l'âge – constituent des discriminations attentatoires à la dignité des personnes.

a) L'âge a été inséré dans la liste des motifs prohibés, dressée par l'article L. 122-45 du Code du travail, par la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, transposant un certain nombre de directives communautaires. Désormais, « 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... ». La sanction ne consiste pas dans l'octroi de dommages et intérêts mais dans la nullité de plein droit de la mesure.⁽³⁷⁾ Le caractère tardif de l'affirmation expresse du caractère illicite du critère de l'âge dans le Code du travail s'explique probablement par le fait que, contrairement à d'autres formes de discrimination, la discrimination en raison de l'âge était « sans doute acceptée, voire désirée par l'opinion commune » (LYON-CAEN, 2003).

Cependant, concomitamment à l'affirmation du caractère illicite du motif d'âge, la loi du 16 novembre 2001, s'inspirant ici encore du Droit communautaire, 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... ». Ce texte, dont la lecture laisse perplexe, suscite des interrogations. En particulier, comme le soulignait le professeur G. LYON-CAEN (2003) « on ne sait pas très bien si ces différences de traitement licites concernent le législateur ou l'employeur ». En tout état de cause, la confusion qui en résulte témoigne à coup sûr du sentiment ambivalent qu'inspirent les mesures fondées sur l'âge et du rejet mitigé qu'elles suscitent. Il se pourrait, au-delà, que le flou qu'il instaure entre discriminations licites et illicites, neutralise l'article L. 122-45 (LYON-CAEN, 2003 ; MOREAU, 2002).

b) Faisant écho aux dispositions du Code du travail, l'article 225-1 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 16 novembre 2001, incrimine le licenciement d'un salarié en raison de son âge⁽³⁸⁾. Désormais, le refus d'embauche ainsi que le fait de sanctionner ou de licencier une personne en raison de son âge constitue un délit⁽³⁹⁾ dont les personnes morales peuvent être déclarées responsa-

(35) S'agissant des ruptures négociées, cf. notre rapport publié, pp. 85-98.

(36) Loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (JO 17 novembre) ; loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JO 10 mars).

(37) À noter que le Code du travail s'efforce d'assurer l'effectivité de l'interdiction des discriminations en facilitant les recours des victimes. Cf. art. L. 122-45 al. 4, L. 122-45-1, L. 122-45-2.

(38) Si le Code pénal recoupe largement le Code du travail, il n'existe cependant pas de texte répressif qui répute non discriminatoires les différences de traitement fondées sur l'âge, « raisonnablement et objectivement justifiées par un objectif légitime ». Si le cas venait à se présenter, ces distinctions licites au civil devraient-elles être considérées comme illicites au pénal ? Certes non. Les tribunaux répressifs sont toujours fondés à relever l'existence d'un fait justificatif sans qu'un texte particulier le prévienne expressément.

(39) Art 225-2-3° c. pén.

bles (40). Quant aux peines encourues, elles ont été notablement aggravées par la loi dite Perben II du 9 mars 2004. (41) Par ailleurs, il convient de relever l'existence de dispositions tendant à faciliter la répression des discriminations, comme la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Reste que l'isolement de la victime et la difficulté de la preuve de la discrimination constituent des freins importants au développement de ces actions dont la rareté tranche avec la sophistication des règles et la sévérité des sanctions.

Ainsi, les dispositions relatives aux discriminations fondées sur l'âge reflètent l'ambiguïté que suscite encore aujourd'hui, leur condamnation, ambiguïté qui caractérise aussi les mécanismes qui visent à protéger les salariés âgés contre un licenciement fondé sur un autre motif que l'âge.

Des dispositifs dissuasifs aux effets discutables

Il existe deux catégories de dispositions visant à dissuader les employeurs de licencier les salariés les plus âgés, lorsque la mesure est fondée sur un motif légitime *a priori* indépendant de l'âge du salarié. Les premières ont une portée générale et ont vocation à s'appliquer, quel que soit le motif du licenciement : il s'agit des textes afférents à la fameuse contribution dite Delalande (a). Les secondes concernent le licenciement pour motif économique (b).

a) L'article L. 321-13 du Code du travail prévoit que, lorsque la rupture du contrat concerne un salarié qui a au moins cinquante ans lorsque le contrat prend fin 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 (42). Cette cotisation 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 la liquidation de leur retraite. Comme toute mesure de protection, elle présente cependant un revers. Elle rend malaisée l'embauche des salariés compris dans, ou approchant, cette tranche d'âge. C'est pourquoi le législateur a prévu pas moins de treize cas d'exonération introduits au fil de neuf réformes (43).

Face aux inconvénients pratiques d'un dispositif complexe et finalement aisément contournable, de

nombreuses voix se sont élevées récemment pour en dénoncer les effets pervers sur l'emploi des seniors. Quant à son devenir, deux analyses s'affrontent. Certains, conformément aux préconisations de l'OCDE (2005, *op. cit.*), appellent de leurs vœux sa suppression pure et simple. D'autres, au contraire, préconisent sa généralisation à tous les licenciements et sa transformation progressive en un système de bonus-malus, permettant d'éviter la stigmatisation d'une catégorie de salariés en particulier et de responsabiliser les employeurs sur les coûts des licenciements indépendamment du critère d'âge (CAHUC, 2005 ; IGF, IGAS, 2005).

Il est vrai que l'existence même de cette contribution peut avoir un effet psychologique négatif sur des employeurs ignorants des subtilités du droit – particulièrement ceux des petites entreprises – et constituer un frein à l'embauche des seniors. D'un autre côté, il existe tant d'hypothèses d'exonération, dont certaines aisément accessibles, que l'on peut douter que cette contribution soit une protection efficace contre le licenciement des plus de cinquante ans. Plus précisément, deux cas d'exonération sont utilisés en pratique : l'inaptitude du salarié et surtout la faute grave (44). Dès lors, sans aller jusqu'à la suppression d'une mesure qui peut être source de moyens pour financer des actions en faveur de chômeurs âgés (45), s'impose, à tout le moins, celle de certains cas d'exonération, spécialement la faute grave, en particulier lorsqu'elle est suivie d'une transaction permettant de suspecter un arrangement frauduleux des parties (46).

La décision incombe à présent aux pouvoirs publics, le projet d'ANI du 13 octobre 2005 sur l'emploi des seniors les invitant prudemment à apporter, « les correctifs éventuels », « sur la base d'une étude des effets de la contribution Delalande sur l'emploi des seniors » (47) et « après consultation des partenaires sociaux ».

b) Afin d'éviter le licenciement pour motif économique des salariés âgés – plus exposés que leurs collègues plus jeunes – le législateur impose à l'employeur de tenir compte de leur plus grande vulnérabilité au regard de l'emploi, que ce soit au stade du choix des critères de l'ordre des licenciements ou de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi. Il s'agit cependant d'obligations assez peu contraignantes.

(40) Art 225-4 c. pén. À noter que depuis le 31 décembre 2005 la responsabilité pénale des personnes morales est générale.

(41) L'art 225-2 prévoit, pour les personnes physiques, 45 000 euros d'amende et 3 ans d'emprisonnement. Pour les personnes morales, conformément à l'article 131-38, le montant de l'amende encourue s'élève à 225 000 euros.

(42) Art. D. 321-8 c. trav.

(43) Art. L. 321-13 c. trav.

(44) Cf. rapport IGF et IGAS, *op. cit.*

(45) Cf. rapport IGF et IGAS, *op. cit.* Les recettes correspondantes représentaient 489 millions d'euros en 2004, répartis à 50 % entre l'Unedic et l'État.

(46) Cf. *infra*.

(47) Le Gouvernement avait semble-t-il anticipé cette demande, cf. le rapport de l'IGF et de l'IGAS, *op. cit.*

La prise en compte de l'âge dans les critères de l'ordre des licenciements

Selon l'article L. 321-1-1 du Code du travail, les critères de l'ordre des licenciements doivent tenir compte de la situation de certaines catégories de salariés plus fragiles que d'autres, «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. Péliissier, cette dernière exigence n'a pas «un caractère protecteur très affirmé» (PÉLISSIER, 2003) En effet, en cas de licenciement collectif, si l'employeur doit prendre en compte tous les critères légaux pour définir l'ordre des licenciements, la loi ne lui interdit pas, d'une part, d'en ajouter d'autres, d'autre part et surtout, de pondérer chacun des critères énoncés par l'attribution d'un coefficient plus ou moins important. Il en résulte que, très souvent, le critère des qualités professionnelles est prépondérant, tandis que les salariés de plus de 56 ans, susceptibles de bénéficier d'une convention FNE, sont, dans un consensus quasi général, mais en totale opposition avec l'article L. 321-1-1 du Code du travail, désignés parmi les premiers licenciés (48). Il est vrai que la suppression de la plupart des dispositifs aidés de préretraite ou les restrictions apportées pourraient modifier les comportements, la loi du 21 août 2003 rendant par ailleurs plus onéreuses les préretraites-maisons pratiquées, en dehors de toute garantie légale.

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 relatifs à l'ordre des licenciements. 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 conformé (49), quand elle ne rejette pas le pourvoi sur le fondement de l'article 604 NCPC pour défaut de moyen de droit (50).

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 tout 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.

La prise en compte de l'âge du salarié dans l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi

L'article L. 321-4-1 du Code du travail prévoit que les «salariés âgés» doivent, indépendamment de leurs caractéristiques sociales ou de qualification, être pris en compte dans le plan de sauvegarde de l'emploi et bénéficier de mesures spécifiques. Cette disposition, combinée à celle concernant l'ordre des licenciements, devrait conduire à une protection particulière de cette catégorie de travailleurs en cas de licenciement collectif pour motif économique.

Cependant, ces règles se sont avérées jusqu'à présent sans grande efficacité. Il faut dire qu'en cas de licenciement collectif, le sentiment que le licenciement d'un salarié en fin de carrière est moins grave que celui d'un salarié plus jeune est communément partagé. De plus, les contraintes du droit du licenciement économique font que les employeurs n'y recourent que lorsqu'il n'existe plus d'autre possibilité, à un moment où, souvent, la situation est devenue irréversible, de sorte que la question de la protection spécifique des salariés âgés passe alors au second plan.

Au final, si plusieurs textes légaux tendent aujourd'hui à éviter le licenciement des seniors, ils ne permettent pas d'empêcher l'augmentation des congédiements fondés notamment sur un motif personnel.

L'actualité de certains motifs de licenciement

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 justifié par l'âge. 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 et l'employeur peut en principe les licencier. C'est vrai pour le motif économique comme pour le motif personnel. Cependant, si

(48) 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.*

(49) Ex Cass. soc. 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-43 937, arrêt n° 2354.

(50) Cass. soc. 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-43 463, arrêt n° 418.

l'évolution de la législation ne semble pas avoir eu pour conséquence une augmentation du nombre de licenciements pour motif économique affectant les plus âgés, il n'en va pas de même des licenciements pour motif personnel.

Pressentie depuis déjà quelques années, l'augmentation des licenciements pour motif personnel a été confirmée par une enquête de la DARES, qui constate un « engouement » patronal pour ce mode de rupture au détriment du licenciement pour motif économique et ce, particulièrement en ce qui concerne les salariés âgés (51). Il apparaît en effet que la lourdeur des procédures 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.

Plus précisément, s'agissant du public qui nous intéresse, l'étude que nous avons conduite sur la base d'entretiens avec des médecins du travail et des responsables de ressources humaines souligne l'importance de deux motifs, tous deux exonérateurs de la contribution Delalande: la faute grave et l'inaptitude.

La faute grave 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 sérieuse.

En pratique, celui-ci sera tenté d'invoquer la faute grave du salarié – plus rarement la faute lourde, plus délicate à établir – non seulement pour échapper au paiement des indemnités compensatrices de préavis et de licenciement – ce qui n'est pas propre au licenciement des salariés âgés – mais surtout, au versement à l'Assedic de la contribution « Delalande ». Très souvent, d'ailleurs, si l'obstacle psychologique d'un licenciement pour faute grave est surmonté, le salarié sera associé à la fraude (52), lorsqu'il n'en est pas l'initiateur ce qui, selon certains témoignages recueillis lors de l'étude, ne serait pas rare. Dans certaines entreprises, « ces départs négociés » sont devenus une « véritable mécanique systématique de cessation anticipée d'activité » (53).

Dans ces hypothèses, le licenciement pour faute grave – en pratique, pour abandon de poste (54) – 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 (55). Ce montant est généralement supérieur à celui des indemnités de préavis et de licenciement – légales ou conventionnelles –, ce qui revient finalement à verser au salarié une partie du montant de la cotisation normalement due à l'Assedic (56). 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 (57).

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. Certes, la jurisprudence admet le droit pour l'Assedic de contester l'existence de la faute grave invoquée à l'appui d'un licenciement suivi d'une transaction (58). Mais, la preuve de l'absence de faute est délicate en présence d'une collusion des parties au contrat de travail...

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 (59), incriminant la fraude ou la fausse déclaration en vue d'obtenir ou de faire obtenir des allocations d'assurance chômage, ou de l'article 313-1 du Code pénal incriminant l'escroquerie. 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 le 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...

(51) DARES, 2003 ([http : //www.travail.gouv.fr/IMG/pdf/publication](http://www.travail.gouv.fr/IMG/pdf/publication)). (Sur les sources statistiques utilisées, voir étude précitée, encadré n° 3).

(52) V. DEVILLECHABROLLE, « Moins de préretraités mais plus de quinquas malades ou inaptés », *Liaisons sociales Magazine*, janvier 2004, p. 24.

(53) LIAISONS SOCIALES MAGAZINE, *op. cit.*, p. 23. Témoignage de M. G. Henry, délégué syndical central CFDT de Thalès.

(54) Sont également invoqués l'insubordination, le refus d'une mutation géographique ou professionnelle en application d'une clause du contrat, l'insuffisance de résultats.

(55) 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.

(56) Cf. *supra*, les développements relatifs à la contribution Delalande.

(57) Pour plus de précisions sur ce montage, cf. notre rapport publié, pp. 112-113.

(58) CA Paris 29 octobre 2002, RJS 8-9/03 n° 1010, 2° espèce.

Outre le recours au licenciement pour faute grave, on assiste aujourd'hui à une augmentation des licenciements pour inaptitude.

L'inaptitude physique et morale

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. Or la jurisprudence veille à ce que l'inaptitude du salarié ait été constatée selon les formalités prévues par la loi (60). 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 (61).

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, selon les résultats d'une étude menée en Midi-pyrénées, qu'en ce qui 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 (62).

Mais l'inaptitude renvoie en fait à des réalités disparates.

Elle 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 (63), concernera tout poste dans l'établissement ou l'entreprise.

D'un autre côté, il ressort des témoignages, notamment, 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 solli-

cite 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. «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...» (64). 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.

Quoi qu'il en soit, il y a là un panel de la population dont il paraît aujourd'hui difficile de prolonger la vie professionnelle... Dans ces conditions, du fait de la disparition de la plupart des dispositifs de préretraite, il n'est pas exclu 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 1980» (65).

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 [...]» (66).

Significative depuis la fin de l'année 1999, cette évolution risque d'être amplifiée par le raccourcissement des durées d'indemnisation des seniors au

(59) 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.

(60) Art R. 241-51-1 c. trav.

(61) Ex, CPH Toulouse 15 avril 2003, Section Encadrement, Minute 03/196.

(62) DRTEFP de Midi-Pyrénées, Études et statistiques, « Étude sur les conséquences d'un avis restreignant l'inaptitude ».

(63) DRTEFP de Midi-Pyrénées, Étude, *op. cit.*

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 dans tous les cas de retarder la date d'épuisement des droits à l'assurance chômage.

D'un point de vue général, 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. 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 au licenciement pour motif personnel. 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 certaines 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 certains salariés, comme le moyen de tirer le meilleur parti des assurances sociales.

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

En premier lieu, on ne saurait minorer l'impact que pourraient avoir, comme instrument de maintien en activité, *la préservation de l'employabilité des seniors et une amélioration des trajectoires professionnelles*: 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, 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» (67); d'ores et déjà, c'est dans cette logique que prennent place certaines des mesures préconisées par le projet d'ANI du 13 octobre 2005, relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi.

De façon plus technique et en ce qui concerne spécifiquement la *question de la rupture du contrat de travail des seniors*, plusieurs propositions d'évolution ponctuelle peuvent être faites pour effacer l'ambiguïté des dispositifs et favoriser encore davantage le maintien des plus de 55 ans dans l'entreprise (68).

Ainsi, en ce qui concerne tout d'abord la *mise à la retraite*, il conviendrait de supprimer les exceptions au principe de la mise à la retraite à 65 ans, qu'elles soient d'origine conventionnelle ou bien qu'elles concernent les entreprises à statut.

Pour ce qui est de la *dispense de recherche d'emploi* – dont le maintien va à l'encontre des objectifs affichés par les Pouvoirs Publics –, sa suppression constituerait un signal fort en faveur de l'emploi des seniors, quitte à admettre des dispenses au cas par cas, en fonction des situations individuelles.

Au-delà, et si l'on souhaite vraiment qu'il n'y ait plus 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 (69).

Quels sont, dans ce contexte, les aménagements que le Gouvernement va apporter à notre dispositif juridique, dans le cadre du prochain plan quinquennal d'action concerté en faveur de l'emploi des seniors ?

(64) DRTEFP de Midi-Pyrénées, *Études et statistiques*, « Santé au travail et conditions de vie au travail ». « Ce qu'ont observé les médecins du travail de Midi-Pyrénées ».

(65) V. Liais. soc. Magazine, janvier 2004, *op. cit.*

(66) CNAM, Direction des statistiques et études, « Des tendances de fond aux mouvements de court terme », *Point de conjoncture*, juillet 2002, n° 3 (<http://www.ameli.fr/pdf:639.pdf>).

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

(68) Pour une présentation plus complète de ces propositions, cf. notre rapport publié, pp. 129-131.

(69) La suppression de la mise à la retraite en tant que mode de rupture autonome a déjà été suggérée par monsieur J. PÉLISSIER (voir *supra*). 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).

Bibliographie

- AMAUGER-LATTES M.-C., DESBARATS I. (2005), « Les formes juridiques de cessation d'activité des salariés âgés de 55 à 64 ans », Rapport présenté au Conseil d'Orientation des Retraites, <http://www.cor-retraites.fr/article280.html>; *Les Cahiers du Lirhe*, n° 13.
- BONNIN V. (2004), « Vieillesse et sécurité sociale », in *La protection sociale face au vieillissement*, Journées d'étude Poitiers, LGDJ, 187.
- BOUZIGES A. (2004), « Vieillir en entreprise », in *La protection sociale face au vieillissement*, Journées d'étude Poitiers, LGDJ, 151.
- CAHUC P. (2005), « Le difficile retour en emploi des seniors », *Document de travail n° 69*, avril, CAE.
- CHASSARD Y. (2003), « Réforme des retraites : quelques idées glanées chez nos voisins européens », *Droit social*, 323.
- CISME (2005), *Santé et vie professionnelle après 50 ans*, Journées médicales, DTM, août.
- COR (2002), *Âge et travail. Un axe de réflexion essentiel pour l'avenir des retraites*, La Documentation française.
- CAE (2000) (D. Taddéi, dir.), « Pour des retraites choisies et progressives », La Documentation française.
- CNAM (2002), Direction des statistiques et études, « Des tendances de fond aux mouvements de court terme », *Point de conjoncture*, n° 3, <http://www.ameli.fr/pdf:639.pdf>.
- COURTIOUX P., ERHEL C. (2005), « Les politiques en faveur des seniors : quelles réformes ? », *Travail et Emploi*, n° 102, 107.
- DARES (2002), « Bilan des préretraites et des mesures en faveur des chômeurs âgés en 2000 », *Premières synthèses*, novembre.
- DARES (2003), « Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel », *Premières synthèses*, juillet.
- DARES, (2005), « L'emploi des travailleurs âgés, mesures ciblées et dispositifs généraux. L'exemple de l'Europe du Nord », *Premières synthèses*, mai.
- DESBARATS I., REYNÈS B. (2003), « Âge et conditions de travail », *Droit social*, 1075.
- DEVILLECHABROLLE V. (2004), « Moins de préretraités mais plus de quinquas malades ou inaptes », *Liaisons sociales Magazine*, p. 24.
- EUROSTAT (2005), Enquête sur les forces de travail 2004, *Liaisons sociales*, sept., n° 14458, p. 1.
- GAULLIER X. (2004), « La réforme des retraites et les entreprises : quelles fins de carrière ? », *Droit social*, 641.
- GUILLEMARD A.-M. (2000), « Incertitudes et perspectives de la fin de carrière », in *Pour des retraites choisies et progressives*, CAE (D. Taddéi, dir.), La Documentation française.
- HÉAS F. (2005), « Âge et emploi », in *La santé au travail*, Semaine sociale Lamy 2005, supp. N° 1232, 32.
- IGAS (2005), Rapport annuel, Gestion des âges et politiques de l'emploi, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/brp/notices/044000575.shtml>.
- IGF et IGAS (2005), « Rapport sur la contribution Delalande ».
- JAEGER F. (2003), « L'exclusion des plus de 50 ans : conséquence inévitable de l'évolution du chômage ou problème culturel majeur ? », *Droit social*, 686.
- LERAIS F., MARIONI P. (coord.) (2004), « Synthèse des principales données sur l'emploi des seniors », DARES, *Document d'études*, n° 82, mai 2004.
- LYON-CAEN G. (2003), « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Droit social*, 1047.
- MARBOT E. (2000), *La place des seniors dans l'entreprise : une comparaison internationale*, Les notes de benchmarking international, Institut de l'entreprise, mai.
- MERLIER R. (2005), « Tassement des préretraites en 2004 », DARES, *Premières informations*, mai.
- MOREAU M. A. (2002), « Les justifications des discriminations », *Droit social*, 1112.
- MOREAU Y. (2003), « Avant ou après les retraites, réformer le travail », *Droit social*, 683.
- MOREAU Y. (2003), « La réforme des retraites du 21 août 2003 : une étape importante dans un processus de long terme », *Droit social*, 909.
- OCDE (2005), *Vieillesse et politique de l'emploi*, France, mars.
- PELISSIER J. (2003), « Âge et perte d'emploi », *Droit social*, 1061.
- PÉLISSIER J. et alii (2004), *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz.
- VERKINDT P.-Y. (2003), « Emploi, chômage et retraite : le chantier ne fait que commencer », *Droit social*, 948.
- ZAIDMAN C. et alii (2000), « Les dispositifs de cessation d'activité ; état des lieux et évolutions souhaitables », in *Retraites choisies et progressives*, Rapport CAE, D. Taddéi (dir.), La Documentation française, p. 95.