



EDITORIAL

Le nouvel objectif de maintien en emploi des travailleurs âgés et de remontée du taux d'emploi de la population entre 55 et 64 ans constitue un renversement brutal de perspective tant pour les salariés, naguère encouragés à cesser tôt leur activité au nom d'un partage intergénérationnel du travail, que pour les entreprises précédemment incitées à se moderniser et à gagner en productivité en rajeunissant leurs effectifs, et qui sont aujourd'hui mises en demeure de conserver leurs salariés âgés le plus longtemps possible.

Une étude très récente, dont les résultats ont été publiés dans le journal « Les Echos » le 17 mars dernier, témoigne que ce renversement brutal de perspective n'est toujours pas intégré ni par les salariés ni par les entreprises.

Ainsi, les jeunes ont une image mitigée au sein de l'entreprise. Alors que le Medef prône un « double tutorat » des seniors vers les juniors, mais aussi des juniors vers les seniors, moins d'un salarié sur deux (47 %) estime que les jeunes apportent « des connaissances et compétences nouvelles, que les autres salariés n'ont pas toujours ». Pis, 58 % des sondés (et deux tiers des plus de 40 ans) estiment que « les jeunes ont du mal à s'insérer dans l'entreprise et à respecter une hiérarchie ». « Le tableau intergénérationnel dans l'entreprise n'est pas apaisé », observent les auteurs de l'étude.

Concernant « l'autre extrémité », alors même que des accords et des plans d'action en faveur des seniors ont été signés dans les branches et les entreprises, les sondés estiment que la situation des plus de 50 ans s'est dégradée depuis dix ans : il est aujourd'hui plus difficile pour les seniors qu'il y a dix ans d'encadrer et de diriger une équipe, estiment 61 % des sondés, d'être respecté au sein de l'univers professionnel (64 %), de pouvoir évoluer sur de nouveaux postes (78 %) ou de rester motivé (84 %). Pis, ce constat s'est, sur presque tous les points, aggravé par rapport à 2008, date d'une enquête similaire. « Les entreprises ont devant elles un gros chantier pour transformer une politique seniors défensive en politique plus offensive », estiment les auteurs. Et cela vaut au moins autant pour les entreprises privées que pour la fonction publique, où la perception de la situation des plus de 50 ans est plus dégradée.

Dans l'ensemble, ces discours font plutôt ressortir une compétition entre les âges qu'une complémentarité. Il est cependant important de nuancer ce constat. Il existe, effet des formes de solidarité, qui se jouent le plus souvent à l'insu des directions.

Tiphaine Garat
Francis Meyer

LE CHIFFRE DU MOIS

165 trimestres

C'est la durée d'assurance nécessaire depuis le 1^{er} janvier 2011 pour les assurés nés en 1953 et 1954 pour bénéficier d'une retraite à taux plein.

Pour plus de détails : <http://www.dialogue-social.fr/fr/duree-requise/idcat-63-idsscat-65-idssscat-69-idssssscat-71-id-1506/retraite-seniors.html>

SOMMAIRE

- P 2 Le chiffre du mois**
- P 3-6 Les brèves**
- P 7-11 La discrimination en fonction de l'âge en droit communautaire - Arrêts commentés de la Cour de Justice de l'Union Européenne**

Direction de publication : Francis Meyer

Rédaction : Tiphaine Garat, Hakim El Fattah, Francis Meyer

Cette action est réalisée dans le cadre d'une convention d'appui au dialogue social territorial signée avec la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence et de la Consommation, du Travail et de l'Emploi d'Alsace.

LES BREVES

La réunion du Conseil d'orientation des retraites du 16 mars 2011 consacrée aux dispositifs de l'inaptitude, l'incapacité, l'invalidité, la pénibilité et retraite.

Les dispositifs de retrait du marché du travail liés à l'incapacité, à l'inaptitude, à l'invalidité ou à la pénibilité représentent un enjeu important pour les régimes de retraite, du fait des effectifs concernés et de leur effet potentiel sur l'emploi, notamment des seniors.

Le Conseil d'orientation des retraites (COR) a consacré sa séance du 16 mars 2011 à ces différents dispositifs avec l'objectif de fournir des éléments d'information. [Le dossier, accessible sur le site du COR](#), comprend à la fois des éléments juridiques et des éléments descriptifs relatifs aux bénéficiaires des différents dispositifs. Il couvre le régime général et la fonction publique. Il est complété par des éléments de comparaison internationale.

Le gouvernement renonce au dispositif d'aide à l'embauche des seniors de 55 ans ou plus au profit des contrats de professionnalisation.

La [loi portant réforme des retraites du 9 novembre 2010](#) - article 103, a prévu une aide à l'embauche, en contrat à durée indéterminée ou à durée déterminée d'au moins six mois, des demandeurs d'emploi âgés de cinquante-cinq ans ou plus. Un décret devrait intervenir pour préciser les modalités d'application de cette aide.

Mais selon une information du journal Les Echos (édition du 23 mars 2011), confirmée par le ministère du travail, ce décret ne verra pas le jour, le dispositif initial sera remplacé par [l'aide de 2 000 € versée à toute entreprise qui embauchera un demandeur d'emploi de 45 ans et plus en contrat de professionnalisation](#), annoncée par le Président de la République le 1er mars 2011.

Ce changement de cap aura pour conséquence, a priori, de cibler un public plus large et de répondre par la même occasion au phénomène de la "seniorisation" qui concerne un public salarié de plus en plus jeune ([certains accords et plans d'action relatifs à l'emploi des seniors](#) visent les salariés âgés de 45 ans ou plus).

Les bénéficiaires de l'ACAATA ne sont pas concernés par le relèvement de l'âge légal de départ à la retraite

La loi sur les retraites du 9 novembre 2010, article 87, maintient pour les bénéficiaires de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA), par dérogation au principe du relèvement progressif de l'âge de départ à la retraite, l'âge légal de départ à la retraite à 60 ans et l'âge d'annulation de la décote à 65 ans.
Voir Décret n° 2010-1734 - art.10 du 30 décembre 2010

Classement en invalidité et visite de reprise

Le classement d'un salarié en invalidité ne permet pas d'en déduire qu'il est inapte au travail. Il faut qu'une visite de reprise soit organisée et que le médecin du travail aboutisse à un tel constat.

Mais qui du salarié ou de l'employeur doit prendre l'initiative de cette visite ?

Jusqu'à présent, il semblait admis que l'employeur puisse attendre que le salarié lui réclame expressément l'organisation de la visite, le contrat de travail demeurant suspendu.

La cour de cassation vient de clarifier la question : « dès lors que le salarié informe son employeur de son classement en invalidité deuxième catégorie sans manifester la volonté de ne pas reprendre le travail, il appartient à celui-ci de prendre l'initiative de faire procéder à une visite de reprise, laquelle met fin à la suspension du contrat de travail ».

Lorsque l'employeur reçoit un courrier du salarié l'informant de son invalidité, il doit lui-même prendre contact sans délai avec le médecin du travail en vue de la visite de reprise.

- Il ne doit ni attendre que le salarié le lui demande ni lui laisser le soin de prendre rendez-vous avec la médecine du travail.
- Il n'en va autrement que si le salarié indique dans le même temps à l'employeur qu'il ne souhaite pas reprendre le travail. Dans ce cas, il ne pourra être reproché à l'employeur d'avoir tardé, mais il doit tout de même convoquer le salarié à la visite de reprise si ce dernier ne justifie plus d'aucun arrêt de travail.

Cass. Soc., 25 janvier 2011, n°09-42.766

Les préretraites continuent

Malgré la réforme, les préretraites ont toujours la cote, selon un article du journal Le Monde (1-2). « Selon les chiffres publiés par Pôle emploi, le nombre de demandeurs d'emploi de 50 ans et plus a augmenté en décembre 2010 de 16.3% sur un an. Les entreprises n'ont donc pas renoncé aux départs anticipés. Lors des restructurations, le recours à la cessation anticipée d'activité ancré dans les habitudes depuis les années 70 demeure, mais prend de nouvelles formes ». Ainsi, les entreprises ont pris le relais des pouvoirs publics pour financer les départs. « Le groupe pharmaceutique Sanofi-Aventis propose dans son plan de sauvegarde de l'emploi annoncé en décembre 2010 des départs anticipés sur la base du volontariat pour tous les salariés qui auront 55 ans au 30 septembre 2011, totalement financés par l'entreprise ».

Renault se dote d'un dispositif de dispense d'activité pour les salariés exposés à la pénibilité.

Accord Renault du 4 février 2011 sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

Dans le cadre de son accord relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), signé le 4 février avec les syndicats (CFDT, CFTC, CFE-CGC,

FO), le constructeur automobile Renault a mis en place un dispositif d'aménagement de fin de carrière.

On se souvient que l'annonce au mois de novembre dernier par Renault de son intention d'inclure dans cet accord un dispositif permettant à certains salariés une cessation anticipée d'activité, avait suscité des critiques et notamment de la part du gouvernement qui reprochait au constructeur automobile de s'engager dans une démarche contraire à l'esprit de [la loi portant réforme des retraites du 9 novembre 2010](#) et aux politiques publiques tendant à encourager l'emploi des [salariés seniors](#).

Quoi qu'il en soit, suite à la réflexion engagée au sein du groupe sur les conditions de travail, Renault en accord avec les syndicats met en place un dispositif de dispense d'activité pour les salariés volontaires APR (agent de production Renault, tous les ouvriers non ETAM) et ETAM en usine, âgés de 58 ans et plus, occupés en horaires décalés depuis 15 ans ou l'ont été pendant 15 ans ou reconnus en IPP d'au moins 10%.

Les salariés qui souhaitent bénéficier du dispositif demeurent salariés de l'entreprise. Au cours de la période de dispense d'activité, l'entreprise peut, toutefois, les solliciter, s'ils sont volontaires, pour reprendre temporairement une activité. Ils peuvent également de leur propre initiative demander une reprise d'activité.

Pendant toute la durée de dispense d'activité, dont la durée maximale est de 3 ans, le salarié reçoit des appointements bruts annuels s'élevant à 75% de la rémunération annuelle calculée sur la base des 12 derniers mois précédant l'entrée dans le dispositif, versés en 12 mensualités égales. Cette rémunération forfaitaire est soumise à l'ensemble des cotisations sociales et fiscales.

Pendant la période de dispense d'activité, le salarié n'acquiert aucun droit à congés payés ni à capitalisation en CTC, CTI ou CEF, sauf période où il reprendrait une activité. En revanche, s'il accepte et si les régimes concernés l'autorisent, les cotisations retraite sont versées comme s'il travaillait à taux plein et, lors de son départ, l'indemnité de départ à la retraite est calculée sur la base d'un salaire à taux plein reconstitué.

Tenant compte des [dispositions légales relatives à la mise à la retraite d'office](#) qui ne peut intervenir avant l'âge de 70 ans, l'accord indique que le salarié qui ne souhaite pas procéder à la liquidation de ces droits à pension à l'issue de la période de suspension, sera autorisé à reprendre son activité.

Enfin, l'adhésion au dispositif peut s'effectuer à compter du 31 juillet 2011, pour s'achever au 31 décembre 2013.

Pour l'ensemble de l'accord : www.dialogue-social.fr/fr/accords-gpec/idcat-11-idsscat-20-idssscat-22-id-1482/emploi-seniors.html

Conseil constitutionnel : la disposition légale ayant institué la mise à la retraite d'office est conforme à la constitution

[Décision du Conseil constitutionnel n°2010-98 QPC du 4 février 2010.](#)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 14 décembre 2010 par la chambre sociale de la Cour de cassation d'une [question prioritaire de constitutionnalité](#) (QPC) posée devant le conseil de prud'hommes (CPH) de Saint-Brieuc et portant sur le premier alinéa de l'article L. 1237-5 du code du travail qui permettait au moment des faits à l'employeur de mettre d'office à la retraite tout salarié ayant atteint l'âge ouvrant droit au bénéfice d'une pension de retraite à taux plein, autrement dit à 65 ans, sans possibilité pour la salarié de s'opposer à cette décision.

Le requérant, à l'origine de la QPC, a estimé que la possibilité de mettre d'office à la retraite un salarié ayant atteint l'âge de 65 ans porte atteinte au droit d'obtenir un emploi et constitue une discrimination en fonction de l'âge qui méconnaît le principe d'égalité devant la loi.

Pour le Conseil constitutionnel, **le législateur, en instituant la disposition litigieuse, "n'a fait qu'exercer la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour mettre en œuvre le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre"**.

Le Conseil juge également que **le législateur s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels en lien direct avec l'objet de la loi**". Par conséquent, l'article L. 1237-5 du code du travail, dans sa version applicable au moment des faits, est jugé conforme à la Constitution.

Le Commentaire aux Cahiers n'a pas manqué de souligner que dans cette affaire le Conseil constitutionnel était amené à "examiner des griefs à front renversé de ceux qui lui ont été soumis dans le cadre du contrôle a priori".

La discrimination en fonction de l'âge en droit communautaire

Arrêts commentés de la Cour de Justice de l'Union Européenne

1 - Arrêt du 12 janvier 2010 - Wolf - C-229/08

2 - Arrêt du 12 janvier 2010 - Petersen - C-341/08

3 - Arrêt du 19 janvier 2010 - Küçükdeveci - C-555/07

4 - Arrêt du 12 octobre 2010 – Rosenbladt - C- 45/09

5 - Arrêt du 12 octobre 2010 - Andersen - C-499/08

Introduction

Le critère de l'âge n'est pas un motif de discrimination comme les autres. Le recours au critère de l'âge peut servir à défendre le maintien au travail des seniors, mais aussi à favoriser l'embauche des jeunes.

Au plan communautaire, la discrimination en fonction de l'âge a fait l'objet d'une promotion rapide par la CJUE dans un contexte particulier. Ce sont les fameux objectifs de Lisbonne sur les taux d'emploi de la population en général (70 %) et des seniors en particulier (plus de 50 % dans la fourchette des 55- 64 ans) qui constituent la toile de fond de l'analyse du critère d'âge. L'âge comme motif discriminatoire a été promu au rang de principe général du

droit de l'Union européenne par l'arrêt Mangold de 2005.¹

Pour en venir à la jurisprudence récente se rapportant à ce thème, la Cour fait preuve dans les arrêts que l'on va examiner d'un certain volontarisme, vite réfréné par sa volonté de préserver la marge de manoeuvre des Etats pour conduire les politiques de l'emploi et de ménager l'autonomie des partenaires sociaux.

I. Des injonctions paradoxales

Les injonctions juridiques sont complexes voire contradictoires : il s'agit d'éviter de discriminer en fonction de l'âge mais, dans le même temps des atteintes multiples au principe sont prévues par les textes permettant de légitimer des différences de traitement. Il faut donc combiner la

1 Arrêt Mangold CJCE 22 novembre 2005 C-144/04

neutralité de principe d'une disposition eu égard à la question de l'âge avec ces dérogations d'autant plus que les droits nationaux fourmillent de dispositions faisant intervenir le critère de l'âge. Le législateur français a encouragé cette tendance pendant longtemps dans le cadre du Fonds national pour l'emploi et les partenaires sociaux ont accompagné ce mouvement.

A. Les conditions à réunir pour qu'il y ait discrimination

*La **discrimination** est une inégalité de traitement qui est dénuée de justification. Dès lors, pour établir si une règle crée une **discrimination** fondée sur l'âge, il convient tout d'abord de rechercher si cette règle entraîne une inégalité de traitement fondée directement ou indirectement sur l'âge.*

Toute la difficulté sera de savoir dans quelle hypothèse un critère apparemment neutre est indissociablement lié à l'âge et dans quelle hypothèse il s'agit d'un critère parmi d'autres qui n'établit pas à lui seul l'existence d'une discrimination.

B. Justifications de l'inégalité de traitement

Les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures servant à atteindre leurs objectifs

dans le domaine de la politique sociale.

Cela veut dire concrètement que le droit de l'individu à ne pas être discriminé en fonction de l'âge est tout relatif et qu'il convient de considérer que certaines justifications générales des États mises en balance vont l'emporter (objectifs de lutte contre le chômage, de partage de l'emploi...).

Toutefois, la marge d'appréciation dont disposent les États membres dans le domaine de la politique sociale ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre du principe de non-**discrimination** fondée sur l'âge. C'est le *but légitime attesté par des facteurs objectifs* qui permettra aux États ou aux entreprises de légitimer la mesure incriminée.

Dans l'affaire **Rosenblatt**, la Cour fait valoir que constitue une différence de traitement fondée sur l'âge susceptible d'être justifiée, « les accords prévoyant la cessation de la relation de travail, sans licenciement ni démission, à une date à laquelle le travailleur peut solliciter une pension de retraite en raison de son âge. Cette mesure n'instaure [donc] pas un régime impératif de départ obligatoire à la retraite, mais autorise les employeurs et les employés à convenir, par des accords individuels ou collectifs, d'un mode

d'extinction des relations de travail fondé sur l'âge d'admission au bénéfice d'une pension de retraite, indépendamment des hypothèses de démission ou de licenciement ».

Par ailleurs, il faut noter que le motif lié à la solidarité intergénérationnelle de partage de l'emploi n'est pas disqualifiée : « La Cour a déjà jugé que des clauses de cessation automatique des contrats de travail des salariés pouvant être admis au bénéfice d'une pension de retraite *peuvent être justifiées dans le cadre d'une politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations*, les objectifs ainsi poursuivis devant, en principe, être considérés comme justifiant objectivement et raisonnablement, dans le cadre du droit national, ainsi que le prévoit l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2000/78, une différence de traitement fondée sur l'âge édictée par les États membres ».

C. Le contrôle de la proportionnalité

Il convient de vérifier si le principe de proportionnalité est respecté, en d'autres termes, il convient de vérifier si la mesure est « appropriée et nécessaire » pour atteindre son objectif de politique sociale et si elle ne porte pas une atteinte excessive aux prétentions légitimes des autres

travailleurs non touchés par la mesure. La Cour se limite à assurer que les mesures prises n'apparaissent pas *déraisonnables* ou – en d'autres termes – que les mesures prises ne soient pas *manifestement inappropriées* pour atteindre l'objectif poursuivi. Ainsi une indemnité de licenciement peut être réservée à *tous* les travailleurs qui ont travaillé un temps donné au service d'un seul et même employeur, car, pour eux, indépendamment de leur âge, la transition vers un nouvel emploi peut justifier un accompagnement financier (**Andersen**). Elle peut donc être appropriée. Par contre, on ne peut la refuser à ceux qui auraient l'âge de partir en retraite et qui veulent continuer à travailler.

1) La nécessité

Une disposition est « nécessaire » si l'objectif légitime recherché n'aurait pas pu être atteint par un moyen plus modéré, tout aussi approprié. Les États se fondent souvent sur une appréciation globale sans tenir compte de la volonté ou de la capacité réelle des individus : dans l'affaire **Petersen** la Cour refuse de cautionner ces mises à l'écart et conclut que « l'article 2, paragraphe 5, de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété *en ce sens*

qu'il s'oppose à une mesure nationale, telle que celle en cause au principal, fixant une limite d'âge maximale pour l'exercice de la profession de dentiste conventionné, en l'occurrence 68 ans, lorsque cette mesure a pour seul objectif de protéger la santé des patients contre la baisse de performance de ces dentistes au-delà de cet âge, dès lors que cette même limite d'âge n'est pas applicable aux dentistes non conventionnés ».

2) La proportionnalité

Même si l'on considère une disposition est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi par le législateur interne, il faut encore vérifier si la mesure est adaptée eu égard au résultat recherché. Ainsi la Cour estime-t-elle «qu'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal qui fixe à 30 ans la limite d'âge maximale pour le recrutement dans le cadre d'emploi du service technique intermédiaire des pompiers peut être considérée, d'une part, comme étant appropriée à l'objectif consistant à assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionnement du service des pompiers professionnels et, d'autre part, comme n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de cet objectif (**Wolf**) ».

Même si elles sont appropriées et nécessaires à la réalisation des buts légitimement poursuivis, de telles mesures ne doivent pas causer des inconvénients démesurés par rapport aux buts visés. En d'autres termes, il convient de concilier, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celles des objectifs de politique sociale poursuivis au niveau national. L'État membre est tenu de «trouver un juste équilibre entre les différents intérêts en présence ».

Conclusion

Pour le moment, il ressort de la jurisprudence communautaire que les intérêts des travailleurs sont parfois sacrifiés et mis en balance avec d'autres intérêts qui les dépassent. La Cour reconnaît que des motifs de politique d'emploi et du marché du travail peuvent justifier que des travailleurs qui ont atteint une limite d'âge prévue soient en quelque sorte «mis à la retraite d'office ». Et que les partenaires sociaux pouvaient, au nom de l'autonomie de la négociation, décider à la place des salariés à quel âge le contrat pouvait être légitimement rompu (**Rosenblatt**).

Francis MEYER