

Du consensus à l'affrontement

Pendant longtemps, on aura mis en avant le consensus social encourageant les départs massifs des seniors aux frais de la collectivité. Employeurs, organisations syndicales et salariés concernés avaient scellé un pacte.

Les temps ont bien changé. La discrimination en raison de l'âge directement issue du droit communautaire et les déficits abyssaux de nos régimes de retraite auront eu raison de ce consensus, plutôt rare dans notre pays.

Résultat : pas de mise à la retraite d'office avant 70 ans. Entre 60 et 70 ans, les salariés ont désormais les cartes en main. La décision de la mise à la retraite leur appartient. Si l'employeur souhaite une séparation, il devra procéder au licenciement, ce qui lui coûtera fort cher. Ces nouvelles dispositions particulièrement protectrices pour les salariés se révèlent être un casse-tête pour les employeurs, alors même qu'une nouvelle obligation s'impose à eux : mettre en œuvre un « plan seniors » sous peine de sanction. À moins que la rupture conventionnelle ne s'en mêle et ne devienne pour les entreprises une porte de sortie particulièrement choyée.

Françoise Champeaux

DISCRIMINATION. La rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur pour mise à la retraite du salarié ne constitue pas une discrimination du fait de l'âge au sens de la directive 2000/78/CE.

La mise à la retraite ne constitue pas une discrimination interdite

LA DIRECTIVE 2000/78/CE

La directive 2000/78/CE, adoptée sur le fondement de l'article 13 du Traité, prohibe, dans le domaine de l'emploi et du travail, une série de discriminations en raison de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle.

Concernant les discriminations en raison de l'âge, la directive prévoit une exception spécifique : « Les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires » (Dir. 2000/78/CE, art. 6, § 1).

La directive prend soin de distinguer les discriminations fondées sur l'âge, qu'elle interdit, des inégalités de traitement justifiées qui ne sont donc pas qualifiées de discrimination.

C'est la portée de cette exception qui est au cœur du contentieux communautaire qui s'est développé ces dernières années. L'interdiction des discriminations du fait de l'âge a, jusqu'à présent, suscité davantage de recours préjudiciels que les autres discriminations interdites par la directive de 2000. La question qui se pose est celle des justifications possibles de ce type de discriminations et plus précisément des mesures nationales autorisant les mises à la retraite, dès lors que les salariés ont atteint un certain âge.

possibilité pour un employeur de licencier un salarié âgé d'au moins 65 ans au motif de sa mise à la retraite.

La CJCE relève que la directive « n'impose pas aux États membres d'établir une liste spécifique des différences de traitement pouvant être justifiées par un objectif légitime ». À défaut d'une telle liste, les objectifs pouvant être considérés comme « légitimes » par la directive et permettant de justifier une dérogation au principe d'interdiction des discriminations fondées sur l'âge, « sont des objectifs relevant de la politique sociale, tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle. Par leur caractère d'intérêt général, ces objectifs légitimes se distinguent des motifs purement individuels qui sont propres à la situation de l'employeur, tels que la réduction des coûts ou l'amélioration de la compétitivité ».

Il appartient au juge national de vérifier d'une part si la réglementation nationale répond à un tel « objectif légitime » et d'autre part si les moyens choisis sont appropriés et nécessaires à la réalisation de cet objectif.

Pour analyser cette nouvelle décision de la CJCE et mesurer la compatibilité du droit communautaire avec le droit français, nous avons interrogé Sylvaine Laulom, spécialiste de ces questions et auteur de notre supplément annuel « Actualité sociale du droit communautaire » (v. Semaine sociale Lamy, Suppl., n° 1389, 2 mars 2009). ■

► CJCE, 5 mars 2009, aff. C-388/07

L'ARRÊT DU 5 MARS 2009

Dernière illustration en date : la décision rendue le 5 mars 2009 par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) en réponse à une question préjudicielle posée par une juridiction britannique saisie d'une contestation de la réglementation nationale prévoyant la

Entretien avec

Sylvaine Laulom

maître de conférences à l'Université
de Saint-Étienne, CERCRID

*Quelles étaient les
circonstances de l'affaire ?*
Sylvaine Laulom :

Avant la transposition de la directive 2000/78, il n'existait pas au Royaume-Uni de dispositions législatives interdisant les

discriminations fondées sur l'âge en matière de recrutement et d'emploi. Les employeurs pouvaient licencier les salariés lorsqu'ils atteignaient l'âge normal de départ à la retraite en vigueur dans leur entreprise. La loi britannique, qui transpose la directive et introduit le principe d'interdiction des discriminations, maintient des dispositions spécifiques sur les départs à la retraite. Ainsi, la loi prévoit que les employés ayant atteint l'âge normal de la retraite en vigueur dans l'entreprise ou, à défaut, l'âge de 65 ans peuvent être licenciés en raison de leur départ à la retraite sans qu'un tel traitement puisse être considéré comme discriminatoire. La loi énonce certains critères destinés à vérifier que le motif justifiant le licenciement est le départ à la retraite et impose le respect d'une procédure définie. Pour les employés de moins de 65 ans, la loi ne contient pas de dispositions particulières et se limite à énoncer le principe selon lequel toute discrimination fondée sur l'âge est illégale, sauf si l'employeur peut démontrer qu'il s'agit « d'un moyen proportionné d'atteindre un but légitime ». Ce sont ces dispositions qui sont contestées par une association caritative (*The National Council on Ageing*) qui promeut le bien-être des personnes âgées. L'association soutient que ce dispositif constitue une discrimination fondée sur l'âge qui dépasse le champ des exceptions autorisées par la directive 2000/78. La Cour devait donc se prononcer sur la légitimité des dispositifs de mise à la retraite au regard de la directive de 2000. Cet arrêt était attendu, car il devait permettre d'éclaircir la portée d'un arrêt antérieur (CJCE, 16 oct. 2007, aff. C-411/05, *Palacios de la Villa* ; *Semaine sociale Lamy, Suppl.*, n° 1338, p. 23).

Quelle est la solution adoptée par la CJCE dans sa décision du 5 mars ?

S. L. : Pour l'association à l'origine du recours, la directive exigerait que les États membres définissent, sous forme de liste, les dérogations autorisées c'est-à-dire les différences de traitements susceptibles d'être justifiées. La législation britannique ne serait donc pas conforme à la directive, car, à l'instar d'ailleurs du droit du travail français qui a largement « recopié » l'article 6 de la directive (C. trav., art. L. 1133-1), elle se limite à prévoir, de manière générale, qu'une différence de traitement fondée sur l'âge n'est pas une discrimination si elle constitue « un moyen proportionné d'atteindre un but légitime ». Assez logiquement, la Cour ne suit pas cette interprétation et rappelle les principes généraux qui s'appliquent à la transposition des directives. Pour la Cour, la transposition de la directive n'exige donc pas que le champ des exceptions autorisées soit explicité dans une liste.

La Cour prend également le soin de préciser la portée de l'article 6 de la directive, relatif aux différences de traitements justifiées...

S. L. : Il faut en effet rappeler que l'arrêt *Palacios de la Villa* du 16 octobre 2007 (*arrêt précit.*) avait semblé admettre assez largement les dispositifs de mise à la retraite. Ils doivent certes être considérés comme des différences de traitement fondées sur l'âge, dans la mesure où c'est l'âge du salarié qui va déclencher le processus de rupture du contrat de travail. Mais pour la Cour, ils peuvent être justifiés notamment par un objectif d'emploi, quand bien même le dispositif ne fait pas explicitement référence à cet objectif. Il est nécessaire, en effet, de prendre en compte le contexte général afin d'identifier l'objectif poursuivi. Le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour dans l'arrêt *Palacios de la Villa* semblait également assez faible (*v. notre commentaire, Semaine sociale Lamy, Suppl.*, n° 1338, p. 23). Sur ce point, le nouvel arrêt n'apporte pas d'éléments essentiels dans la mesure où la Cour n'était pas interrogée sur la légitimité et la proportionnalité de la législation britannique. Certains éléments de sa décision pourraient néanmoins laisser présager d'un contrôle plus strict.

Lesquels ?

S. L. : La CJCE rappelle tout d'abord que des éléments, tirés du contexte général de la mesure concernée, doivent permettre l'identification de l'objectif de la mesure en cause. Surtout, elle précise que ces objectifs légitimes relèvent de la politique sociale, et donc que par leur caractère d'intérêt général, ils « se distinguent de motifs purement individuels qui sont propres à la situation de l'employeur, tels que la réduction des coûts ou l'amélioration de la compétitivité ». La Cour rappelle également que de simples affirmations générales concernant l'aptitude d'une mesure déterminée à participer à la politique de l'emploi ne suffisent pas pour faire apparaître que l'objectif de cette mesure est de nature à justifier qu'il soit dérogé audit principe ni ne constituent des éléments permettant raisonnablement d'estimer que les moyens choisis sont aptes à la réalisation de cet objectif. Enfin, elle indique également et, il faut bien le dire, de manière assez mystérieuse, que l'article 6 de la directive impose aux États membres la charge d'établir le caractère légitime de l'objectif invoqué à titre de justification à concurrence « d'un seuil probatoire élevé ». Ces éléments pourraient ainsi indiquer un renforcement du contrôle du juge européen sur les mesures nationales autorisant les mises à la retraite. Celles-ci doivent être justifiées et ce dernier arrêt de la Cour pourrait induire un contrôle plus important sur ces justifications que celui admis dans l'arrêt *Palacios*. Il n'en demeure pas moins qu'une incertitude demeure sur le contrôle qui doit être fait sur les objectifs et la proportionnalité des mesures en cause.

Quel est l'impact de cette nouvelle décision en droit français ?

S. L. : L'interdiction des discriminations du fait de l'âge a posé la question de la compatibilité des dispositions autorisant la mise à la retraite. Ces mises à la retraite ●●●

●●● demeurent possibles dès lors qu'elles sont justifiées par un objectif légitime. Or, même si cet arrêt peut annoncer un renforcement du contrôle de la Cour, la mise à la retraite française doit pouvoir, assez aisément, être rattachée à la politique de l'emploi en général et/ou à une politique de l'emploi des seniors. La loi du 21 août 2003, qui a relevé à 65 ans l'âge de la retraite, était d'ailleurs motivée par un objectif légitime de maintien des seniors dans l'emploi. Quant à la proportionnalité exigée des dispositifs de mise à la retraite, le droit français, et encore récemment la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, a

progressivement réduit leur nombre et les a encadrés. Le recul de la mise à la retraite d'office à 70 ans rend encore plus probable la compatibilité du droit français au droit communautaire. Chaque année, à partir du moment où le salarié aura atteint l'âge de la retraite, l'employeur devra interroger le salarié sur son intention de quitter volontairement l'entreprise. En cas de réponse négative, l'employeur ne pourra pas mettre à la retraite le salarié (*D. n° 2008-1515, 30 déc. 2008, JO 31 déc. ; Semaine sociale Lamy, n° 1382, p. 5*). En limitant ainsi les mises à la retraite, la proportionnalité du dispositif est renforcée. ■

PRUD'HOMMES. Les conseils de prud'hommes sont surtout juges de la rupture du contrat de travail, avec quatre demandes sur cinq en 2007, et dans une moindre mesure des créances salariales qui représentent un peu plus de 13 % des demandes.

63,1 % des demandeurs obtiennent gain de cause

Depuis le 3 décembre 2008, date des dernières élections prud'homales, la réforme de la carte judiciaire est entrée en vigueur : 63 tribunaux de prud'hommes sur 245 ont été regroupés (*D. nos 2008-514 et 2008-515, 29 mai 2008, JO 1^{er} juin*). Le principal critère, quantitatif, retenu pour justifier les regroupements est le nombre moyen d'affaires annuellement traitées par conseil. Du côté des chiffres, le ministère de la Justice vient de rendre publics ceux des affaires prud'homales traitées en 2007. On dénombre 192 000 affaires portées devant les conseils de prud'hommes (CPH) : 151 000 affaires au fond et 41 000 référés. Depuis dix ans, le volume d'affaires dont sont saisis les CPH a globalement baissé, les fluctuations de cette activité sont liées à l'actualité sociale. Ainsi, les années 2001 et 2002 sont marquées par un retour à un niveau élevé d'activité dû à un afflux d'affaires généré par l'application des 35 heures (paiement d'heures supplémentaires, etc.). Depuis 2003, où l'on retombe au niveau de l'année 2000, le nombre d'affaires n'a cessé de baisser, atteignant en 2007 le niveau le plus bas de la décennie. La rupture conventionnelle souhaitée par les partenaires sociaux dans l'Ani du 11 janvier 2008 et instituée par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 devrait provoquer mécaniquement une nouvelle baisse du nombre d'affaires traitées par les juridictions prud'homales, la majorité des affaires traitées aux prud'hommes concernant une rupture du contrat de travail.

LE CPH, JUGE DU LICENCIEMENT

► Qui saisit les CPH ?

La quasi-totalité des demandes sont in-

troduites par les salariés (ou par un syndicat à la demande du salarié), les demandes formées par les employeurs restant marginales. Les salariés qui saisissent les CPH relèvent majoritairement des sections commerce (34,8 %) et industrie (25,7 %), suivi de près par la section activités diverses (21,2 %). Le poste encadrement se situe à 16,5 % et la section agriculture ne représente que 2 % des affaires.

► Pour quels motifs ?

Le conseil de prud'hommes se présente aujourd'hui comme la juridiction du licenciement car il est essentiellement saisi par des salariés après la rupture de leur contrat de travail. La prédominance de ce type de contentieux n'a cessé d'augmenter depuis 1990 : cinq demandes sur dix étaient liées à la rupture du contrat de travail en 1990, six demandes sur dix en 2002 et huit sur dix en 2007. Les autres demandes ont essentiellement pour objet principal le paiement d'indemnités ou de salaires et représentent un peu plus de 13 % des demandes (30 % en 2002 et 40 % en 1990). La situation est différente en matière de référé : les demandes se répartissent de façon presque équilibrée entre rupture du contrat de travail (43,3 %) et demande d'indemnités ou de salaires (48 %). Il semble en effet que le référé provision soit particulièrement utilisé dans les affaires de rémunération. Les autres contentieux sont marginaux, seules émergent les demandes d'indemnités ou de salaires dans une procédure collective (3 % de demandes).

LE CPH EN CHIFFRES

En 2007, les conseils de prud'hommes ont

terminé 194 100 affaires composées de 152 800 affaires au fond et de 41 300 référés.

Sur l'ensemble des affaires introduites au fond et terminées en 2007, 55 % ont tranché le fond du litige : 71 % des jugements ont accueilli favorablement la demande (totalement ou partiellement) et 28,6 % l'ont rejetée en totalité.

Sur l'ensemble des affaires au fond, 45 % se sont terminées sans jugement au principal. Ce contingent d'affaires terminées sans jugement est composé à parts presque égales d'actes qui traduisent un accord des parties, désistement (25,5 %), conciliation (22,2 %) et retrait du rôle (4,7 %) et d'actes qui manifestent un abandon unilatéral de la procédure, essentiellement la radiation sanctionnant le défaut de diligence des parties (33,7 %) et la caducité (9,2 %).

LE TAUX DE DÉPARTAGE

Composées à parts égales de conseillers employeurs et salariés, les différentes formations des conseils de prud'hommes statuent toujours en nombre pair, ce qui implique, pour qu'une décision puisse être rendue, qu'un accord soit trouvé entre les représentants des deux collèges.

Lors du délibéré, si une majorité de voix ne peut se former, que ce soit dans les affaires au fond ou en référé, l'affaire est renvoyée à une audience présidée par un juge d'instance qui siège alors comme juge départiteur. La formation étant alors en nombre impair, une décision peut être prise à la majorité. Pour mesurer l'ampleur du phénomène de partage des voix, il faut se situer au moment du délibéré où survient le risque de désaccord. En 2007, 81 100 af-