

L'indifférence de l'âge de la retraite du salarié en droit du travail français

Par Marie-Cécile Amauger-Lattes¹

L'une des problématiques du droit du travail chinois, dont le Professeur Aiqing Zheng présente les termes et enjeux dans les pages de cette revue, concerne les conséquences de l'âge de la retraite sur le contrat de travail. En présence d'une disposition légale prévoyant la rupture le contrat de travail à l'âge de la retraite, quel doit être le statut du salarié qui continue à travailler pour son employeur après cet âge ?

En France aussi l'emploi des salariés en âge de liquider leur retraite est une question importante. Mais elle se pose en des termes très différents de ceux présentés par Aiqing Zheng, ne serait-ce qu'en raison de la définition du contrat de travail, notion d'ordre public dont la qualification dépend des seules modalités d'exécution du travail. En effet, le contrat de travail se caractérise par la conjonction de trois éléments d'origine prétorienne : une prestation de travail, une rémunération et surtout, un lien de subordination juridique. Plus précisément, l'individu qui accomplit un travail rémunéré pour le compte d'une personne qui a le pouvoir de lui donner des directives et de sanctionner ses manquements, est nécessairement un salarié. A ce titre il bénéficie des dispositions du code du travail et de la protection sociale attachée à ce statut.

Il n'empêche que les effets de l'âge de la retraite, voire de la liquidation des pensions, sur le contrat de travail constituent une question importante en France. Elle se pose dans un contexte de déséquilibre structurel du financement des retraites, lequel repose essentiellement sur les cotisations des actifs. Or, le vieillissement de la population conjugué à un taux d'emploi

¹ Maître de conférences en droit, HDR, Université de Toulouse - Capitole, Centre de droit des affaires

des 55-64 ans parmi les plus faibles d'Europe et de l'OCDE², fait du développement de l'emploi des *seniors*, notamment des salariés en âge de liquider leur retraite, un objectif récurrent des politiques publiques des vingt dernières années.³

L'objectif des pouvoirs publics est en effet de faire en sorte que les salariés restent en activité jusqu'à l'âge de la retraite, soit aujourd'hui 62 ans, et si possible au-delà. Plusieurs dispositifs visent ainsi à restreindre l'impact de l'âge sur le contrat de travail, parmi lesquels deux types de dispositions. Les premières posent l'interdiction des mesures fondées sur l'âge, et en particulier sur l'âge de la retraite. Le principe est que le salarié ne peut se voir imposer la rupture de son contrat du fait de son âge ; une telle mesure constituerait une discrimination. Il en résulte que, sauf exception, la retraite est un droit pour le travailleur. Ce n'est pas une obligation. (I) Quant aux secondes, elles ont pour finalité d'inciter les personnes ayant liquidé totalement ou partiellement leur retraite à poursuivre ou à reprendre une activité professionnelle. Ainsi, le droit français promeut le droit au travail des retraités. (II)

I. La retraite, un droit pour les salariés

Lorsqu'il atteint l'âge légal de la retraite, le salarié dont le contrat de travail est à durée indéterminée, a le droit de le rompre pour partir à la retraite⁴. En revanche, son employeur ne peut en principe l'y contraindre. La raison en est que le salarié qui remplit la condition d'âge de la retraite doit pouvoir continuer à travailler pour améliorer le montant de sa pension de vieillesse.

En effet, pour avoir droit à une pension à taux plein, il ne suffit pas d'atteindre l'âge légal de la retraite. Il faut en outre justifier d'un certain nombre de trimestres de cotisation au cours de sa carrière. A défaut, le montant de la

² <https://data.oecd.org/fr/emp/taux-d-emploi-par-groupe-d-age.htm>;
ég. <file:///C:/Users/mamauger/AppData/Local/Temp/Les%20seniors%20et%20le%20march%C3%A9%20du%20travail%20-%20donn%C3%A9es%20%C3%A0%20fin%20janvier%202021.pdf>

³ M.-C. Amauger-Lattes et I. Desbarats, Droit de l'emploi des seniors, éd. Lamy, collection Axe Droit, 2011

⁴ Si le contrat est à durée déterminée, il lui faut attendre l'échéance du terme.

pension est calculé sur la base d'un taux minoré, sauf si la liquidation des droits intervient après que l'intéressé a fêté ses 67 ans. Par ailleurs pour inciter les plus de 62 ans à demeurer dans l'emploi, alors même qu'ils pourraient prétendre à une retraite à taux plein, le législateur a instauré des incitations.

Il en résulte que le travailleur peut avoir intérêt à ne pas liquider ses droits à la retraite et il serait injuste qu'il puisse y être contraint. C'est la raison pour laquelle le législateur a très fortement limité les possibilités de rupture du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge, y compris lorsque ce dernier peut prétendre à une retraite à taux plein. Plus précisément, l'âge n'est pas, en principe, un motif légitime de rupture du contrat (A) et les conditions dans lesquelles un employeur peut décider de la mise à la retraite du salarié sont extrêmement strictes. (B)

A) L'âge, un motif discriminatoire

Issu du droit communautaire, le caractère illicite du critère de l'âge résulte en droit français de la loi de transposition de 2001.⁵ Toute disposition ou toute mesure patronale fondée sur l'âge est nulle et engage, le cas échéant, la responsabilité pénale de l'employeur. L'interdiction connaît il est vrai des exceptions. Des mesures d'âge peuvent être justifiées, soit par des « exigences professionnelles essentielles et déterminantes » inhérentes à l'activité concernée⁶, soit par un but légitime tel que préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, ou encore garantir leur indemnisation en cas de perte d'emploi⁷.

Outre l'interdiction des mesures d'âge, depuis une loi de 1987, le code du travail prohibe les clauses dites « couperet » ou « guillotine », lesquelles étaient auparavant fréquentes dans les conventions collectives et les contrats de

⁵ M.-C. Amauger-Lattes et I. Desbarats, préc. n°66 et s. et 202 et s.

⁶ L.1133-1 c. trav. Par exemple, comédien devant incarner un personnage âgé.

⁷ L.1133-2 c. trav.

travail. Ces clauses, qui stipulaient la rupture de plein droit du contrat de travail lorsque le salarié atteignait un certain âge, sont désormais réputées nulles et de nul effet⁸.

Autrement dit, l'âge du salarié n'entraîne pas la rupture automatique de son contrat de travail, pas plus qu'il ne peut la justifier. Certes, le dispositif de la mise à la retraite du salarié déroge au principe mais les conditions requises sont telles qu'elle est en pratique rarement utilisée.

B) Les conditions drastiques de la mise à la retraite du salarié

Validé par le Conseil constitutionnel⁹, la mise à la retraite du salarié, qui consiste pour un employeur à rompre le contrat du salarié en raison de son âge, est aujourd'hui soumise à des conditions très strictes.¹⁰ En particulier, depuis 2010, l'âge auquel l'employeur peut prononcer la mise à la retraite d'office est fixé à 70 ans. Certes, lorsque le salarié atteint l'âge de 67 ans (âge du droit à une retraite à taux plein quelle que soit la durée d'assurance), la mise à la retraite est possible mais elle requiert alors l'accord de l'intéressé et ne peut donc lui être imposée.

En cas de non-respect de ces conditions, la rupture s'analyse en un licenciement nul parce que fondé sur l'âge et donc discriminatoire.¹¹

II. Le travail, un droit pour les retraités

Pendant longtemps, la question du droit, pour les retraités, d'avoir une activité professionnelle ne s'est pas réellement posée ou alors de façon marginale. S'il existait des possibilités de cumuler emploi et retraite, les conditions étaient peu attractives, les pouvoirs publics ne souhaitant pas, dans un contexte de chômage élevé, encourager le maintien des retraités sur le marché du travail. La volonté d'augmenter le taux d'emploi des *seniors*, en particulier des plus de

⁸ L.1237-4 CT

⁹ Cons. Const., 4 février 2011, n°2010-98, QPC

¹⁰ M.-C. Amauger-Lattes et I. Desbarats, préc., n°66 et s. et 73 et s.

¹¹ L.1237-8 CT

62 ans, a conduit à un changement de cap. Il s'agit désormais de favoriser le maintien ou le retour des retraités dans l'emploi. Pour ce faire deux dispositifs, aux conditions toujours plus attractives, méritent d'être tout particulièrement signalés. Il s'agit de la retraite progressive (A) et du cumul emploi-retraite (B).

A) La retraite progressive, un mécanisme de maintien dans l'emploi des retraités

La retraite progressive permet à un salarié, ayant atteint l'âge légal de la retraite et justifiant d'un certain nombre de trimestres de cotisations vieillesse, de poursuivre son activité à temps partiel, tout en demandant la liquidation d'une fraction de sa retraite.¹² Elle constitue ainsi un mécanisme de transition, de passage en douceur du statut d'actif à celui de retraité, tout en limitant, grâce au versement d'une partie de la pension, la perte de revenu consécutive à la réduction du temps de travail. Surtout, dans le cadre de la retraite progressive, les cotisations d'assurance vieillesse continuent d'être calculées sur la base d'un temps plein, les droits du salarié faisant l'objet d'une liquidation définitive lorsqu'il quitte le dispositif. Le mécanisme est de ce fait très avantageux : il permet l'acquisition de nouveaux droits à la retraite et, de surcroît, le montant définitif de la pension n'est pas affecté par la réduction du temps de travail.

B) Le cumul emploi-retraite, un mécanisme en faveur du retour dans l'emploi des retraités

En France, le travailleur qui a liquidé en totalité ses droits à la retraite est en droit de reprendre une activité salariée, voire indépendante, et de percevoir une rémunération en plus de sa pension. Certes, favoriser le cumul emploi-retraite peut paraître paradoxal dans un contexte de chômage élevé. Mais le mécanisme présente aussi plusieurs avantages qui ont conduit le législateur à en assouplir les conditions. On peut en signaler au moins trois : en premier

¹² 12 M.-C. Amauger-Lattes et I. Desbarats, préc., n°149 et 283

lieu, il offre aux retraités qui le souhaitent la possibilité de compléter leurs revenus, ce qui peut ne pas être négligeable lorsque le niveau de la pension est très inférieur au revenu d'activité ; en second lieu, il permet aux entreprises, de bénéficier de compétences professionnelles spécifiques qui peuvent être rares ; enfin, en troisième lieu, il favorise l'emploi des plus de 62 ans.¹³

Il faut dire que les conditions du cumul emploi-retraite sont relativement peu exigeantes pour les retraités qui perçoivent une retraite à taux plein¹⁴. S'il est nécessaire de cesser toute activité professionnelle pour entrer dans le dispositif, aucun délai de carence n'est imposé pour en reprendre une, y compris chez le même employeur. Bien plus, rien ne s'oppose à ce que l'activité soit celle qui était exercée par le salarié avant la liquidation de la retraite. Il suffit que la rupture ait été actée et qu'un nouveau contrat de travail soit établi. En revanche, la reprise d'activité ne permet pas d'acquérir de nouveaux droits à retraite. Autrement dit, le cumul emploi-retraite ne permet pas au retraité d'augmenter le montant de sa pension. Souvent discutée, cette restriction pourrait cependant être levée à l'occasion d'une prochaine réforme des retraites. C'est en tout cas ce que prévoyait le projet de loi *instituant un régime universel de retraite*, abandonné en raison de la crise sanitaire.

Ainsi, en droit français, la question du statut du salarié qui continue à travailler pour son employeur au-delà de l'âge de la retraite ne pose pas de difficulté dans la mesure où l'âge n'est pas, en principe, une cause licite de rupture du contrat. Bien plus, la liquidation partielle ou totale de la retraite n'exclut pas la poursuite ou la reprise d'une activité professionnelle. Il n'y a pas d'incompatibilité entre le statut de retraité et celui de salarié car, en France, l'objectif est avant tout d'augmenter le taux d'emploi des *seniors*.

¹³ M.-C. Amauger-Lattes et I. Desbarats, préc., n°287

¹⁴ Les conditions sont beaucoup plus strictes pour les retraités qui ont liquidé leurs droits prématurément et qui perçoivent une pension à taux minoré.