

« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

A PROPOS DU « CDD SENIOR »

PROJET DE DÉCRET MODIFIANT L'ARTICLE L. 122-2 DU CODE DU TRAVAIL

MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES

Référence de publication : Revue de droit du travail 2006 p.168

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

A PROPOS DU « CDD SENIOR »

PROJET DE DÉCRET MODIFIANT L'ARTICLE L. 122-2 DU CODE DU TRAVAIL

Souvent présenté comme la mesure phare de l'ANI du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors, la création du « CDD senior » ne s'est pas opérée sans résistance. Née d'une initiative du patronat et, bien qu'au final assez éloignée des propositions initiales, la mesure suscite une certaine méfiance de la part des syndicats. Pour la CGT, il s'agit même de l'une des raisons qui a justifié son refus de signer l'ANI. Quant à la CFDT, ce n'est qu'au terme d'une longue période d'hésitation - la signature de l'ANI n'est intervenue que le 9 mars 2006 - et après avoir obtenu la garantie du Gouvernement que les aménagements apportés à ce CDD ne seraient pas généralisés, qu'elle a finalement accepté de le signer. La mise en oeuvre de la mesure requérant l'intervention des pouvoirs publics, elle a été intégrée dans la *Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010*, finalement présenté devant le Conseil économique et social le 6 juin dernier - crise du CPE oblige - au lieu du 30 mars. Ce nouveau CDD doit être très prochainement transposé par décret pris sur le fondement de l'article L. 122-2 du code du travail.

Les caractéristiques du « CDD senior »

Son champ d'application. Il s'agit d'un nouveau cas de CDD destiné à « favoriser l'embauchage de certaines catégories de personnes sans emploi » (art. L. 122-2, 1^o), en l'occurrence, les demandeurs d'emploi de plus de 57 ans, inscrits au chômage depuis plus de 3 mois ou bénéficiaires d'une convention de reclassement personnalisé (CRP). Ce retour à l'emploi doit permettre aux intéressés d'acquérir, par leur activité, des droits supplémentaires en vue de la liquidation de leur retraite à taux plein (art. 17 ; Action 20). Ces conditions appellent quelques remarques. *En premier lieu*, le texte ne vise que les demandeurs d'emploi de plus de 3 mois et les bénéficiaires d'une CRP. On note tout d'abord que ces derniers ne sont pas concernés par le délai de 3 mois. Si le salarié accepte la CRP, il peut être immédiatement embauché sous « CDD senior ». On constate par ailleurs, ce

qui est regrettable même si le dispositif est expérimental, que les titulaires d'un contrat de transition professionnelle ne peuvent pas être embauchés dans ce cadre. *En second lieu*, le CDD a-t-il pour objet de permettre à l'intéressé d'acquérir plus de droits que s'il restait au chômage ou seulement des droits ? On rappellera, en effet, qu'en vertu de l'article L. 351-3 du code de la sécurité sociale, les périodes de chômage « sont prises en considération en vue de l'ouverture des droits à pension ... ». Ainsi, au regard du taux de la pension, qu'il travaille ou non, l'assuré acquiert le même nombre de trimestres. En revanche, travailler peut avoir un effet positif sur le montant de la pension. D'une part, seuls les trimestres validés, et non les périodes assimilées, sont pris en compte dans le quotient réducteur (trimestres validés/trimestres requis (1)). D'autre part, même si c'est peu probable, travailler peut permettre au salarié d'améliorer son salaire annuel de référence...

Son régime. Le rattachement de ce contrat à l'article L. 122-2 emporte plusieurs conséquences. *En premier lieu*, le contrat doit être conclu de date à date ; le terme n'est donc pas lié à l'acquisition du taux plein par le salarié. Peu importe qu'à la date fixée le salarié ne justifie pas d'un nombre de trimestres d'assurance suffisant pour prétendre à une retraite à taux plein ou, au contraire, qu'il l'ait acquis entre temps. *En second lieu*, il n'est pas soumis aux articles L. 122-1-2 concernant la durée maximale des CDD et L. 122-3-11 autorisant sous certaines conditions la succession de contrats précaires sur un même poste ou avec un même salarié. En revanche, par dérogation, il ouvre droit à l'indemnité de précarité de l'article L. 122-3-4 (2).

Les textes prévoient une durée maximum de 18 mois renouvelable une fois ; la durée de 18 mois doit donc être entendue comme la durée *initiale* maximum et non comme la durée maximale du contrat qui, renouvellement compris, peut atteindre 36 mois. L'existence d'une durée initiale maximum vise sans doute à éviter que les parties ne se lient trop longtemps dès l'origine. Par ailleurs, la loi n'autorise qu'un renouvellement dans la limite des 3 ans.

Une fois le contrat rompu, si le salarié n'a pas 60 ans ou n'a pas encore le nombre de trimestres requis pour avoir droit au taux plein, il sera admis au chômage (avec dispense de recherche d'emploi s'il est âgé de 57 ans et 6 mois) et pourra éventuellement bénéficier d'un nouveau « CDD senior » avec un autre employeur. En revanche, le salarié âgé d'au moins 60 ans et qui bénéficie du

taux plein ne peut plus percevoir d'allocation chômage (art. L. 351-19 c. trav.). Sauf à trouver un autre emploi, il n'a d'autre choix que de liquider sa retraite. Cette situation n'est pas propre au « CDD senior », mais elle apparaît d'autant plus contestable aujourd'hui que l'un des objectifs du Plan consiste à offrir à chacun la possibilité de choisir le moment de la liquidation de sa retraite.

Mesure d'âge, le « CDD senior » est-il conforme au droit communautaire ?

Ce nouveau contrat est soumis à une condition d'âge ; il entre donc dans le champ d'application de la directive communautaire 2000/78 *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail* qui prohibe les discriminations fondées notamment sur l'âge et en précise les modalités. En effet, ces discriminations ne sont pas toujours condamnées. Il en est ainsi « *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* ». Ces différences de traitement autorisées peuvent, selon la directive, comprendre entre autres des conditions spéciales d'emploi, notamment pour les travailleurs âgés, « en vue de favoriser leur insertion professionnelle (...) ». Les exemples donnés ne sont cependant pas exhaustifs et les possibilités de dérogation considérables. Toutefois, avec l'arrêt *Mangold* du 22 novembre 2005, la Cour de justice des communautés européennes a montré sa volonté d'opérer un contrôle approfondi, d'une part, sur la légitimité de l'objectif poursuivi et, d'autre part, sur la pertinence des moyens mis en oeuvre. Selon elle, même si l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés constitue un objectif légitime de nature à justifier des mesures d'âge, les moyens mis en oeuvre par le législateur allemand qui autorisait la conclusion d'un nombre indéfini de CDD avec un salarié âgé de plus de 52 ans s'avéraient inappropriés. C'est à la lumière de cette jurisprudence qu'il convient d'apprécier la conformité du « CDD senior » au droit communautaire.

Tout d'abord, l'objectif poursuivi. Il est double. Il s'agit de favoriser le retour à l'emploi des plus de 57 ans mais aussi de leur permettre d'acquérir, par leur activité, des droits supplémentaires en vue de la liquidation de leur retraite à taux plein. Il y a tout lieu de penser que la CJCE admettrait la

légitimité de tels motifs (3), en tout cas du premier des deux.

Ensuite, les moyens mis en oeuvre sont-ils appropriés et nécessaires ? On notera que, contrairement à la législation allemande sanctionnée dans l'affaire *Mangold*, le dispositif envisagé est plus encadré et l'on peut aisément convenir qu'il concerne des demandeurs d'emploi confrontés à des difficultés particulières pour trouver un emploi. Le contrat est par ailleurs limité dans le temps, même si cette limite est supérieure au droit commun. En outre, contrairement aux prévisions de la loi allemande censurée, les successions de contrats précaires avec le même salarié sont interdites (art. L. 122-3-10). Mais si sur tous ces points le « CDD senior » semble conforme aux exigences du droit communautaire, en revanche, on peut s'interroger sur le choix de la limite d'âge. Peut-il être « objectivement et raisonnablement justifié » ? Pour diverses causes, notamment l'âge légal de la retraite, l'emploi des 60 ans et plus est particulièrement déficient en France et nécessite sans doute des mesures spécifiques ; en revanche, la situation de l'emploi des 57 ans est-elle réellement plus problématique que celle des 55 ans ? Cela reste à démontrer et le juge de l'Union pourrait considérer cette limite d'âge inappropriée (4). Certes, la mesure poursuit un second objectif - l'obtention de droits supplémentaires- mais au-delà de la proximité de l'âge de la retraite qui coïncide avec la durée théorique du contrat, on ne voit pas ce qui justifie ce choix de 57 ans.

Une nouvelle étape en faveur de la déréglementation de la rupture du contrat de travail.

Est-il besoin d'insister sur le foisonnement de contrats de travail particuliers, dérogatoires par rapport au modèle initial du CDI à temps plein, dont le code du travail dresse aujourd'hui le catalogue indigeste. Pourquoi un nouveau cas de recours au CDD ? Ne pouvait-on éviter d'ajouter un arbre à la forêt des contrats d'exception ? La question se pose d'autant plus que, d'une part, l'ANI et le Plan envisagent la mobilisation de certains d'entre eux au profit des seniors, d'autre part, les conditions de ce nouveau contrat sont strictes et laissent augurer une application limitée. Contrat de travail sur mesure, on imagine mal que ce CDD particulier puisse avoir un impact visible sur l'emploi des seniors. De plus, s'agissant d'un contrat dont il n'est pas prévu qu'il soit aidé et dont l'issue implique le paiement de l'indemnité de précarité, quelles sont les raisons susceptibles d'inciter les employeurs à y recourir ? Le premier avantage - mais il peut tout aussi bien s'agir d'un

inconvenient - réside dans la durée maximale du contrat fixée, s'il y a renouvellement, à 3 ans. Le second est encore incertain : il suppose que la jurisprudence décide, comme elle l'a fait pour le CIE (5), que par exception au principe, ces contrats puissent être contractés pour pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale de l'entreprise. Dans ce cas, l'intérêt principal pour l'employeur consiste, d'une part, à lui permettre d'échapper aux contraintes qui entourent le recours au CDD et, d'autre part, à lui éviter les risques et rigidités de la procédure de licenciement et, dans une moindre mesure, de la mise à la retraite (6). Dans ces conditions, le « CDD senior » apparaît bien comme une nouvelle étape, certes très limitée, dans le processus de déréglementation de la rupture du contrat de travail. Reste à savoir, s'il en résultera effectivement des embauches.

(1) Jusqu'en 2008, le nombre de trimestres requis figurant au dénominateur sera inférieur à celui nécessaire pour l'obtention du taux plein. Pour 2006, 156 trimestres requis, pour 2007, 158, pour atteindre 160 à partir de 2008.

(2) Avenant du 9 mars 2006.

(3) P. Rodière, Age et discrimination dans l'accès à l'emploi, Semaine sociale Lamy 19 juin 2006, n° 1266, p. 7.

(4) F. Kessler, Le CDD senior sous surveillance, Le Monde, Economie, 30 mai 2006.

(5) Cass. soc., 18 nov. 2003, RJS 2/04, n° 245 ; Dr. soc. 2004, p. 127, C. Roy-Loustaunau.

(6) Le Plan prévoit en effet que les accords de branche dérogeant à l'âge de mise à la retraite - 65 ans - cesseront de produire effet d'ici à 2010 (Action 11). Le projet de loi relatif à la participation et à l'actionnariat salarié qui doit être très prochainement discuté au Parlement contient les dispositions nécessaires à la réforme.