

Nicole Kerschen

Chargée de recherche CNRS

IRERP EAC, CNRS-Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Claire Mourier

IRERP EAC, CNRS-Université Paris Ouest Nanterre La Défense

**Le modèle français de l'emploi des travailleurs âgés de 55 à 64 ans :
de la négation du droit à l'emploi au vieillissement actif**

Abstract

As a result of the age-based job share policies which were implemented in France since the 1970's, the older workers were literally excluded from the labour market. Despite a very deeply rooted culture of pre-retirement, France seems today to follow the injunctions from the European Union and implements some active ageing policies. The challenge is nothing less than deconstructing the former French social compromise.

Résumé

La politique de partage de l'emploi par âge mise en place en France à partir des années 1970 a eu pour effet d'exclure pratiquement les travailleurs âgés du marché du travail. Malgré une culture fortement ancrée de la préretraite, la France semble aujourd'hui entendre les injonctions de l'Union européenne à mettre en œuvre des politiques de vieillissement actif. L'enjeu n'est rien moins que la déconstruction du compromis social antérieur.

La France a un des plus bas taux d'emploi des travailleurs âgés de 55 à 64 ans de l'Union européenne, à savoir 38,3% contre une moyenne européenne de 45,6% en 2008¹. Cette situation spécifique est le résultat d'une politique de partage de l'emploi par âge mise en place lors de la crise des années 1970/80. Depuis lors, une « culture de la préretraite » s'est installée en France. Dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi, les États membres de l'Union européenne se sont fixés des objectifs quantifiés relatifs à l'emploi des travailleurs âgés, afin d'atteindre un taux d'emploi moyen pour cette classe d'âge de 50% en 2010. La France rencontre quelques difficultés pour augmenter le taux d'emploi de ses travailleurs âgés.

Notre article a pour objectif de proposer une lecture des changements qui sont intervenus depuis les années 1970 en France. Nous avons choisi d'étudier plus particulièrement trois moments-clés de l'histoire sociale française et européenne.

Nous allons d'abord revenir sur la construction du compromis social français des années 1970/80, sur les intérêts défendus par les différents acteurs et sur les mécanismes juridiques et financiers mis en œuvre (I). Nous allons ensuite analyser l'approche européenne du vieillissement actif à partir de la mise en œuvre de la stratégie européenne pour l'emploi, à la fin des années 1990, et son incidence sur la politique française depuis lors (II). Nous allons enfin tenter d'évaluer les changements actuellement à l'œuvre en France, à la fois en terme d'eupéanisation des politiques à destination des travailleurs âgés de 55 à 64 ans et de déconstruction du compromis social des années 1970/80 (III). Nous pensons que le passé permet d'éclairer les enjeux actuels et futurs.

¹ La Suède a le plus fort taux d'emploi de cette classe d'âge (soit 70,1 %) alors que Malte présente le taux le plus bas (soit 29,1 %) en 2008. Ce taux d'emploi est obtenu en divisant le nombre de personnes occupées âgées de 55 à 64 ans par la population totale de la même tranche d'âge. Cet indicateur, publié par *EUROSTAT*, est dérivé de l'enquête communautaire sur les forces de travail, qui couvre l'ensemble de la population vivant dans des ménages privés. La population occupée comprend les personnes qui, durant la semaine de référence et pendant une heure au moins, ont accompli un travail pour une rémunération ou un profit ou qui, n'ayant pas travaillé, avaient néanmoins un emploi dont elles étaient temporairement absentes. Voir : http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/employment_unemployment_lfs/d_ata/main_tables (vérifié le 29 octobre 2009).

I - Le compromis social français des années 1970/80²

Le compromis social français repose sur les « préretraites ». Qu'est-ce qu'on entend par préretraites ? Il s'agit d'un concept flou. La préretraite est « une allocation de chômage, d'un type particulier, qui est accordée à un travailleur ayant perdu son emploi³, à un âge déterminé, proche de la retraite, en contrepartie d'un retrait du marché du travail »⁴. La préretraite peut aussi être abordée comme une position particulière : le préretraité n'est plus un salarié, car son contrat de travail a été rompu ; il n'est pas encore un retraité, car la liquidation de la pension vieillesse du régime général et des régimes complémentaires n'est pas encore intervenue ; il n'est pas vraiment un chômeur, car il est dispensé de recherche d'emploi et son allocation est maintenue jusqu'à la liquidation de la pension vieillesse. Il se trouve dans une situation particulière d'attente de la retraite⁵.

A - L'apparition des premières préretraites : ASFNE et garantie de ressources

Les premières préretraites sont apparues en France, dès 1963, avec la création du Fonds National de l'Emploi (FNE), simple ligne budgétaire prévoyant des aides à l'emploi pour les entreprises en restructuration. L'allocation spéciale du FNE, dite ASFNE, faisait partie des aides publiques à l'emploi accordées en cas de licenciements économiques. Le cadre juridique du FNE se caractérisait par un triple volontariat. En premier lieu, les entreprises étaient libres de demander ou non des aides financières à l'État. En second lieu, l'Administration de l'Emploi était libre d'accorder ou non l'aide sollicitée, car elle conservait un pouvoir discrétionnaire⁶. Si elle

² Nous reprenons ici l'hypothèse que nous avons développée dans l'article : N. Kerschen et A.V. Nénot, « La fin des préretraites ou l'éternel recommencement ? », *Droit social*, n° 5, 1993, p. 470.

³ On dirait plus volontiers aujourd'hui « privé d'emploi ».

⁴ N. Kerschen et A.V. Nénot, *op. cit.*

⁵ N. Kerschen, « Cessation anticipée d'activité et droit social », *Travail et Emploi*, n° 15, 1983, p. 63.

⁶ Ce pouvoir discrétionnaire s'exerçait aux deux stades de la négociation avec l'entreprise : d'une part, lors de l'appréciation de l'opportunité de l'action (vérification de l'existence d'un sureffectif, appréciation du plan social établi par l'entreprise, contrôle des procédures de consultation, aptitude au reclassement des salariés âgés compte tenu du grave déséquilibre de l'emploi dans la région et dans la

décidait d'accorder une aide à l'entreprise, une convention était signée entre l'État et l'entreprise. En dernier lieu, après la signature de la convention, les bénéficiaires potentiels, âgés de 60 ans et plus à l'époque, demeuraient libres d'y adhérer ou non⁷. Toute adhésion était personnelle et facultative. Elle impliquait renonciation à toute autre indemnisation en tant que travailleur privé d'emploi et retrait du marché du travail. L'ASFNE s'est développée entre 1963 et 1972.

Une seconde forme de préretraite a vu le jour dans le cadre de l'assurance chômage, gérée par les partenaires sociaux. Ceux-ci ont créé, en 1972, la « garantie de ressources » à destination des travailleurs licenciés âgés de 60 ans et plus (GR licenciement) et l'ont étendue, en 1977, aux travailleurs démissionnaires âgés de 60 ans et plus (GR démission). Il s'agissait d'un véritable « droit à la préretraite », car il suffisait de remplir des conditions prévues par la loi et par la convention d'assurance-chômage pour pouvoir en bénéficier. À l'époque, l'allocataire percevait, jusqu'à la liquidation de la pension vieillesse, 70 % du salaire des trois derniers mois d'activité en contrepartie d'une cessation totale d'activité. La « garantie de ressources » concurrençait fortement l'ASFNE, qui tomba en désuétude. À la fin des années 1970, l'assurance chômage était le principal financeur en matière de préretraite.

B - Vers le compromis social français : le « tout préretraite »

Mais le sort des préretraites va se jouer entre 1979 et 1985. En 1979, l'État et les partenaires sociaux ont fondé un régime tripartite d'indemnisation du chômage, qui s'est révélé un échec dès 1982. C'est à cette époque que l'État a tenté de récupérer les préretraites, comme instrument d'intervention dans les restructurations, en abaissant l'âge d'ouverture des droits à l'ASFNE à 56 ans et deux mois (à 55 ans sur dérogation). En agissant de la sorte, il a ouvert une brèche, qui sera exploitée par les entreprises et qui aura des conséquences importantes pendant trente

profession) et, d'autre part, lors du choix du contenu de la décision (volume des préretraites et taux réel de participation de l'entreprise au financement des préretraites).

⁷ Pour le salarié âgé, le choix n'a jamais existé entre le maintien dans l'emploi ou le départ en préretraite. Si le futur bénéficiaire de l'ASFNE décidait de ne pas adhérer à la convention, il était licencié pour motif économique et avait droit à l'allocation de l'assurance-chômage.

ans. L'arrivée au pouvoir de la Gauche en 1981 amènera l'abaissement de l'âge de la retraite à 60 ans et la fermeture concomitante des « garanties de ressources » applicables à la classe d'âge 60-65 ans. Logiquement, l'ASFNE aurait dû demeurer la seule et unique préretraite en France, car les garanties de ressources étaient justifiées en partie par la revendication de « l'abaissement de l'âge de la retraite à 60 ans ». Mais les choses se sont passées différemment.

1 - Partage des publics et des financements entre l'État et les partenaires sociaux

Dans un premier temps, l'État et les partenaires sociaux se sont partagés les publics et les financements dans le cadre d'une nouvelle architecture du système d'indemnisation du chômage où l'assurance-chômage, gérée par les partenaires sociaux, est devenue le régime de base. Les partenaires sociaux ont réservé l'assurance-chômage aux « *travailleurs momentanément privés d'emploi* » (préambule à la convention du 24 février 1984 relative à l'assurance-chômage). L'État s'est engagé à prendre en charge, dans le cadre de la solidarité, les prestations destinées aux « *travailleurs durablement privés d'emploi* », dont faisaient partie les préretraités. En théorie, les préretraites devaient relever exclusivement de l'État. D'ailleurs, le Gouvernement avait, dès 1979, utilisé son pouvoir en créant de nouveaux dispositifs de préretraite sur le modèle de l'ASFNE. Il s'agissait, d'une part, des conventions de protection sociale de la sidérurgie, instruments de restructuration d'un secteur (1979), où la cessation d'activité était possible dès 50 ans et, d'autre part, des contrats de solidarité « *préretraite démission* »⁸ et « *préretraite progressive* » (1982), ouverts aux salariés à partir de 55 ans, relevant d'une logique de solidarité entre les générations.

2 - Remise en cause du partage par les partenaires sociaux : la création d'une nouvelle préretraite au sein de l'assurance-chômage

Dans un second temps, les partenaires sociaux ont fait fi du partage des publics et des financements de 1984 et ils ont recréé une nouvelle forme de préretraite au sein de l'assurance-chômage. Les organisations syndicales ont défendu les dispositions de protection des travailleurs âgés privés d'emploi, essentiellement la garantie du maintien de l'allocation de chômage à partir

⁸ Il s'agissait d'un dispositif provisoire, qui a expiré le 31 décembre 1983.

de 57 ans et 6 mois jusqu'à la liquidation de la pension vieillesse. Se reposait dès cette époque la question de la nature de la prestation garantie : *prestation de chômage améliorée ou préretraite* ?⁹ Plusieurs éléments plaidaient pour la reconnaissance d'une nouvelle préretraite. Il s'agissait d'une prestation de longue durée, dont le niveau était proche de la pension vieillesse et dont le montant était stable jusqu'à la liquidation de la pension vieillesse. Le travailleur âgé y avait droit, dès lors qu'il remplissait les conditions légales et conventionnelles. Subsistait un seul problème, à savoir la cessation totale d'activité. En tant que travailleur privé d'emploi, le bénéficiaire de l'allocation de chômage était soumis à l'obligation de recherche d'emploi. Cette dernière exigence relevait de la compétence des pouvoirs publics.

3 - L'acceptation par l'État : la création de la dispense de recherche d'emploi pour les travailleurs âgés

Une ordonnance du 21 mars 1984¹⁰ permettait à l'État de dispenser de recherche d'emploi les allocataires, qui satisfaisaient « à une condition d'âge »¹¹. En 1985, le Gouvernement a, par décret, fixé à 57 ans et 6 mois l'âge à partir duquel les bénéficiaires d'allocations de l'assurance-chômage pouvaient, à leur demande, être dispensés de recherche d'emploi. La dispense de recherche d'emploi entraînait la radiation de l'intéressé de la liste des demandeurs d'emploi inscrits à l'ANPE. Cette mesure avait des implications évidentes en matière de chiffres du chômage et prenait place dans le débat, du milieu des années 1980, sur les statistiques du chômage.

La reprise en mains des conventions d'ASFNE par l'État (et leur extension), la création par les partenaires sociaux d'une nouvelle forme de préretraite au sein de l'assurance-chômage et l'introduction par l'État de la dispense de recherche d'emploi pour les travailleurs âgés ont parachevé le compromis social français.

⁹ Th. Béranger, « La garantie de ressources aux travailleurs sans emploi âgés de 60 ans et plus : préretraite ou prestation de chômage améliorée ? », *Droit social* n° 9-10, 1978, p. 67.

¹⁰ Ordonnance n° 84-198 du 21 mars 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi et portant modification du contrat de travail, *JO* du 22 mars 1984, p. 896.

¹¹ En vertu de l'ancien article L. 351-16 du Code du travail.

La préretraite (et *a contrario* l'emploi des travailleurs âgés) était devenue pour tous les acteurs un mode de gestion privilégié de la main-d'œuvre en période de chômage de masse. En cas de licenciement collectif, les travailleurs âgés constituaient les cibles privilégiées dans l'ordre des licenciements¹², car ils pouvaient bénéficier d'une garantie de ressources jusqu'à la liquidation de leur pension vieillesse. L'État utilisait la préretraite comme un produit d'appel, un outil, pour imposer, dans le cadre de la négociation des conventions d'ASFNE, des contreparties aux entreprises en termes d'emploi¹³. Cet instrument était devenu d'autant plus indispensable pour l'État, que l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique avait été supprimée en juillet 1986.

C'est également à cette époque, que certains experts ont commencé à parler de « *risque évident de substitution* » entre l'ASFNE et l'assurance-chômage¹⁴. L'assurance-chômage était vue comme le droit commun de l'indemnisation du chômage des travailleurs âgés privés d'emploi, alors que l'ASFNE était identifiée comme une mesure d'exception. Mais les entreprises pouvaient librement choisir leur cadre juridique (FNE ou assurance-chômage) et les travailleurs, visés par une convention d'ASFNE, pouvaient opter, suivant leurs intérêts, soit pour l'ASFNE, soit pour l'allocation de chômage avec dispense de recherche d'emploi.

¹² N. Kerschen, « Cessation anticipée d'activité et droit social », *op.cit.*

¹³ R. M. Vanlerberghe, « Des contreparties à la préretraite », *Échange et Travail* n° 26, p. 30. Voir aussi N. Kerschen et A.V. Nénot, « Délégation à l'Emploi et négociation des conventions du FNE : la pratique des contreparties », *Droit social* n° 1, 1989, p. 17.

¹⁴ F. Lenormand et G. Magnier, « Le développement des dispositifs de cessation anticipée d'activité. Aspects sociaux et conséquences financières », *Travail et Emploi* n° 15, 1983, p. 47 ; voir aussi, G. Magnier et M. Ricau, « L'évolution du système d'indemnisation du chômage. Éléments pour un bilan de la période 1980-82 », *Comptes de l'emploi. Données physico-financières 1980-82*. Documentation française, 1984, p. 121.

C - La préretraite, un « consensus ambivalent »

Peu à peu, le compromis social est devenu un « consensus ambivalent ».

1 - Garantie de ressources contre droit à l'emploi

Le développement des préretraites et leur acceptation par la société ont fait apparaître un aspect important de la culture française, à savoir la préférence pour une garantie de ressources plutôt que la défense du droit à l'emploi pour tous. Or, le préambule de la Constitution de 1946 prévoit que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». Par décision du 28 mai 1983, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé sur une loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, qui a subordonné le paiement des pensions de retraite à la cessation totale de l'activité exercée au moment de la liquidation de la pension vieillesse et qui a institué une contribution de solidarité en cas de cumul emploi/retraite. Il a considéré qu'il appartenait à la loi « *de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés* »¹⁵. Il n'existe donc pas de droit à l'emploi, dans le sens d'un droit créance de l'individu. Il existe des objectifs de politique de l'emploi pour lesquels les pouvoirs publics conservent le choix des moyens (*cf.* l'approche européenne en deuxième partie).

2 - La préférence de tous les acteurs

La préretraite avait la faveur de tous les acteurs, État, employeurs, syndicats de salariés, travailleurs âgés, pour des raisons différentes. En cas de licenciement collectif, elle était considérée par tous comme « un moindre mal ». Pour les pouvoirs publics, elle passait pour un moyen de pacifier les conflits sociaux en cas de restructuration des entreprises. Elle permettait également aux entreprises de baisser la masse salariale, de réorganiser les emplois et les services, de modifier la pyramide des âges. Les travailleurs, ayant eu de longues carrières (37 ans et demi d'activité, voire 40 ans et plus), pouvaient cesser toute activité avant 60 ans, d'où la revendication d'un « droit à la préretraite ».

¹⁵ Décision n° 83-156 publiée au *JO* du 1^{er} juin 1983, p. 1646.

3 - Apparition d'effets pervers

Mais la préretraite n'a pas eu que des côtés positifs. Elle a fait apparaître les travailleurs âgés de 50 ans et plus comme pas ou peu employables, ce qui a entraîné des problèmes de recrutement et un chômage de longue durée pour cette classe d'âge. La formation reconversion, si importante dans les secteurs en restructuration, a été réservée aux travailleurs âgés de moins de 45 ans (cas de la sidérurgie). L'adaptation des conditions de travail pour les travailleurs vieillissants n'a plus été à l'ordre du jour. Même la solidarité entre les générations, slogan utilisé dans les contrats de solidarité, a montré ses effets pervers. Le partage de l'emploi en faveur des jeunes s'est révélé comme un partage par âges, excluant les deux classes d'âge extrêmes (les moins de 25 ans et les plus de 50/55 ans) avec un resserrement de la population « en âge de travailler » entre 25 et 50/55 ans. Mais ce n'est pas la « négation du droit au travail »¹⁶, ni l'exclusion du marché du travail d'une classe d'âge ni même la transformation de l'âge, de l'expérience et de l'ancienneté en des valeurs négatives, qui viendront à bout de la « culture de la préretraite ». C'est l'explosion du coût pour les finances publiques et pour l'assurance-chômage, qui va amener l'État et les partenaires sociaux à réfléchir à la mise en place de freins au développement des préretraites.

D - La mise en place des premiers freins au développement des préretraites

Les premiers freins au développement des préretraites furent décidés de façon tripartite, d'une part, par l'État et, d'autre part, par les partenaires sociaux. L'existence de deux mécanismes juridiques de préretraites concurrents rendait tout freinage difficile. L'ASFNE et l'assurance-chômage fonctionnaient comme des « vases communicants ». Le resserrement des conventions d'ASFNE était automatiquement compensé par l'augmentation des préretraites de l'assurance-chômage. D'ailleurs, à cette époque, le souci des pouvoirs publics n'était pas tant de diminuer le nombre des préretraites au-delà de 55 ans que d'empêcher les entreprises à fabriquer des préretraites dès 50 ans.

¹⁶ N. Kerschen, « Cessation anticipée d'activité et droit social », *op. cit.*

1 - L'amendement Delalande : une pénalité pour les employeurs rompant le contrat de travail d'un salarié de plus de 50 ans

Par le biais de l'amendement Delalande, la loi du 10 juillet 1987 relative à la lutte contre le chômage de longue durée introduisit une contribution supplémentaire, équivalente à trois mois de salaire, pour les employeurs licenciant pour motif économique les travailleurs âgés de 55 ans et plus¹⁷.

Cette contribution, versée à l'assurance-chômage, avait un double objectif. D'une part, il s'agissait de maintenir dans l'emploi les travailleurs âgés de 55 ans et plus. L'employeur pouvait se faire rembourser la contribution, s'il reclassait le travailleur dans un délai de trois mois. D'autre part, il s'agissait de rééquilibrer le poids des préretraites entre l'assurance-chômage et l'ASFNE. Étaient exonérés du paiement de la contribution supplémentaire les employeurs qui concluaient avec l'État une convention d'ASFNE. De cette façon, l'État entendait récupérer le levier pour intervenir dans les plans sociaux.

N'ayant pas eu les effets escomptés, l'amendement Delalande fut étendu en 1989 à « toute rupture du contrat de travail ouvrant droit au versement de l'allocation de base » pour les travailleurs âgés de 55 ans et plus. En 1991, la contribution supplémentaire fut intégrée dans les contributions particulières formant avec les contributions générales, les cotisations, les ressources du régime d'assurance-chômage. Elle relevait dorénavant de la compétence des partenaires sociaux, garants de l'équilibre financier du risque. En 1992, le montant de la contribution supplémentaire fut doublé, passant de trois mois à six mois de salaire, puis l'âge plancher fut abaissé à 50 ans et une modulation du montant de la contribution, en fonction de l'âge du travailleur à la date de la fin du contrat de travail, fut introduite. De nouveaux cas d'exonération furent également définis.

¹⁷ En vertu de l'ancien article L. 321-13 du Code du travail.

2 - Primauté des conventions d'ASFNE et maintien dans l'emploi des salariés âgés de 50 à 55 ans, comme contrepartie

Parallèlement, l'État réaffirmait, dès 1987, la primauté des conventions d'ASFNE en cas de licenciement collectif en les ouvrant aux petites et moyennes entreprises, en les rendant plus attractives pour les entreprises grâce à l'abaissement de leur participation financière et en modulant le taux de participation en fonction de nouveaux critères, tels que la taille de l'entreprise, la qualité du plan social, voire le respect des obligations contractées sous forme de contreparties dans le cadre d'une convention d'ASFNE antérieure. Au début des années 1990, le maintien dans l'emploi des salariés âgés de 50 à 55 ans est devenu une contrepartie à la convention d'ASFNE. La signature d'une convention est conditionnée par un double engagement pris par l'entreprise, d'une part, de maintenir dans l'emploi les 50-55 ans et, d'autre part, de limiter les licenciements économiques et les départs négociés des salariés âgés de 55 ans et plus aux seuls salariés compris dans le potentiel fixé dans la convention, sous peine de sanctions financières¹⁸.

3 - Modification des conditions d'ouverture de la préretraite de l'assurance-chômage

Enfin, les partenaires sociaux ont agi, à partir de 1991, en prenant en compte « *l'impact croissant des retraits d'activité des salariés âgés de 55 ans et plus sur les finances du régime d'assurance-chômage* » (protocole d'accord du 5 décembre 1991). Ils ont repoussé d'un an l'âge à partir duquel les allocataires peuvent bénéficier du maintien des droits jusqu'à la liquidation de leur pension vieillesse en le fixant à 58 ans et 6 mois. Ils ont également accru la durée minimum d'appartenance au champ d'application du régime d'assurance-chômage en la passant de 10 à 12 ans. Il faut également rappeler que les partenaires sociaux ont utilisé la contribution supplémentaire introduite par l'amendement Delalande pour dissuader les entreprises de se défaire des salariés âgés de 50 ans et plus (*cf.* ci-dessus).

¹⁸ R. M. Vanlerberghe, « Des contreparties à la préretraite », *op. cit.* ; voir aussi N. Kerschen et A.V. Nénot, « Délégation à l'Emploi et négociation des conventions du FNE : la pratique des contreparties », *op. cit.*

Nous voudrions conclure cette première partie en reprenant notre interrogation, du début des années 1990, à propos des mesures de freinage mises en œuvre par l'État et les partenaires sociaux, à savoir, s'agissait-il « de la fin des préretraites ou de l'éternel recommencement » ?¹⁹ À l'époque, notre réponse était très mitigée : « les quelques indices d'une maîtrise globale des dépenses relatives à la préretraite (...) ne signifient nullement que l'État et/ou les partenaires sociaux aient décidé d'abandonner une pratique sociale vieille de 20 ans, qui non seulement conserve ses adeptes, mais qui se révèle, encore et toujours, en période de licenciements massifs comme une mesure consensuelle ». Il faudra l'intervention de la stratégie européenne pour l'emploi quelques années plus tard pour modifier peu à peu la perspective française.

II - Le vieillissement actif dans la stratégie européenne pour l'emploi

Sans rentrer dans les détails de la stratégie coordonnée pour l'emploi (SCE), nous allons donner quelques précisions, qui devraient permettre à tous les lecteurs de comprendre les incidences de cette stratégie sur les politiques nationales de l'emploi, et dans notre cas, sur la politique de l'emploi de la France.

La stratégie coordonnée pour l'emploi a été inscrite dans le traité communautaire par le Traité d'Amsterdam (1997). Un titre VIII est consacré à l'emploi (articles 125 à 130 CE). L'emploi relève d'une compétence partagée entre les États membres et la Communauté. Les États membres ont reconnu la promotion de l'emploi comme une *question d'intérêt commun*. Ils coordonnent leur politique de l'emploi au sein d'une stratégie européenne, qui repose sur une nouvelle méthode, appelée « méthode ouverte de coordination » (MOC). Lors d'une procédure annuelle, les États membres déterminent ensemble des grandes orientations (étape 1), qu'ils inscrivent dans des lignes directrices pour l'emploi (étape 2). Ils élaborent ensuite des plans nationaux d'action pour l'emploi (PNAE), dans lesquels ils tiennent compte des lignes directrices communes (étape 3). Ces plans nationaux donnent lieu, au niveau européen, à une évaluation, qui peut aboutir à l'adoption de recommandations à destination des États membres (étape 4).

¹⁹ N. Kerschen et A.V. Nénot, *op. cit.*

Cette procédure se clôt par la publication d'un rapport européen sur l'emploi, qui servira de base pour l'établissement de nouvelles orientations (étape 5). Cette procédure se déroule annuellement depuis le Sommet Emploi de Luxembourg (novembre 1997). C'est dans le cadre de cette stratégie européenne, d'un type nouveau, que le thème du vieillissement actif est apparu.

Dès 1999, les États membres ont prôné « une politique visant à prolonger la vie active des travailleurs plus âgés » (ligne directrice n° 4). Mais, c'est à partir du Conseil européen de Lisbonne (mars 2000), qui a retenu un objectif de *plein emploi*, que le maintien dans l'emploi des travailleurs âgés est devenu une priorité. L'année suivante, le Conseil européen de Stockholm (mars 2001) a retenu un objectif quantifié, à savoir « porter à 50% le taux d'emploi moyen dans l'Union européenne pour la catégorie d'âge, hommes et femmes confondus, de 55 à 64 ans » à l'horizon 2010²⁰. Un second objectif quantifié a été adopté lors du Conseil européen de Barcelone (mars 2002), à savoir l'augmentation progressive de cinq ans de l'âge moyen effectif de cessation de l'activité professionnelle dans l'Union européenne en vue de 2010²¹.

Nous allons dans un premier temps présenter les lignes directrices communes relatives aux travailleurs âgés et au vieillissement actif, qui s'appliquent à tous les États membres et donc également à la France. Dans un second temps, nous allons voir les recommandations individuelles, que le Conseil a adressées à la France, ainsi que la réaction de celle-ci. Enfin, nous allons aborder la non-discrimination liée à l'âge à travers la directive européenne sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et la jurisprudence *Mangold* de la Cour de Justice des Communautés européennes.

²⁰ Conclusions de la Présidence pt. 9.

²¹ Conclusions de la Présidence pt. 32.

A - Les lignes directrices pour l'emploi : de la prolongation de la vie active au vieillissement actif

Les lignes directrices pour l'emploi, adoptées par le Conseil des Ministres ayant en charge l'emploi, sur proposition de la Commission, poursuivent les objectifs précités. Pour cela, elles orientent les mesures de politique de l'emploi à la fois en termes d'acteurs et de moyens. Le thème du vieillissement actif a émergé progressivement. Si la responsabilité des plans nationaux d'action pour l'emploi relève exclusivement des États membres, on a fortement incité ces derniers à associer les partenaires sociaux et les entreprises à l'élaboration et à la mise en œuvre d'une politique du vieillissement actif. Quant aux moyens préconisés, le vieillissement actif a été vu comme une politique globale articulant diverses mesures complémentaires.

1 - Les prémices

Les prémices de cette politique apparaissent dans les lignes directrices de 1999 et 2000. Dès cette époque, l'accent est mis sur l'emploi des travailleurs âgés. Afin de promouvoir une politique visant à prolonger la vie active des travailleurs âgés, le Conseil préconise certaines mesures dites « *appropriées* »²² : entretien de la capacité de travail, apprentissage tout au long de la vie, formes souples de travail. L'objectif est de faire en sorte que les travailleurs âgés puissent se maintenir dans la vie professionnelle et y participer activement. À cette époque, l'État est le seul acteur visé.

2 - L'emploi des travailleurs âgés au service de la protection sociale

Après le Conseil européen de Lisbonne (mars 2000), l'emploi des travailleurs âgés prend une autre dimension. Dans le but de garantir l'équité et la viabilité des régimes de sécurité sociale et d'utiliser au mieux l'expérience des travailleurs âgés, les lignes directrices de 2001 demandent aux États membres d'adopter deux types de politiques : d'une part, des mesures positives pour maintenir la capacité et les qualifications des travailleurs âgés grâce à l'éducation, à la formation et à des formes souples de travail et, d'autre part, des réformes des systèmes d'imposition et

²² Décision du Conseil du 13 mars 2000 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOCE*, L 72, 21 mars 2000.

d'allocation pour qu'il soit plus avantageux pour les travailleurs âgés de rester sur le marché du travail que de cesser toute activité. Il est précisé que les États membres peuvent, « le cas échéant »²³, développer ces politiques avec les partenaires sociaux. Ils doivent également sensibiliser les employeurs au potentiel des travailleurs âgés. L'emploi des travailleurs âgés demeure la priorité, mais le lien entre l'emploi de cette catégorie d'âge et la protection sociale, particulièrement les pensions, devient de plus en plus évident. En 2002, le Conseil rajoute au sein de la ligne directrice concernant la prolongation de la vie active, la nécessité de promouvoir la qualité de l'emploi, considérée comme « *un facteur important pour maintenir les travailleurs âgés dans la population active* »²⁴.

3 - Maintien dans l'emploi grâce à la promotion du vieillissement actif

Le terme « vieillissement actif » apparaît en 2003²⁵, au sein de la ligne directrice n° 5, intitulée « augmenter l'offre de main-d'œuvre et promouvoir le vieillissement actif ». Toute politique de promotion du vieillissement actif doit contenir trois types de mesures :

- des conditions de travail débouchant sur le maintien au travail, comme l'accès à la formation professionnelle, la reconnaissance de l'importance particulière de la santé et de la sécurité sur le lieu du travail et les formes novatrices et flexibles d'organisation du travail ;
- l'élimination des incitations à un départ prématuré du marché du travail, notamment en réformant les systèmes de retraite anticipée et en veillant à ce qu'il soit financièrement plus avantageux de rester actif sur le marché du travail ;
- l'encouragement des employeurs à faire appel à des travailleurs plus âgés.

Par ailleurs, la ligne directrice reconnaît un rôle important aux partenaires sociaux.

²³ Décision du Conseil du 19 janvier 2001 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOCE*, L 22, 24 janvier 2001.

²⁴ Décision du Conseil du 18 février 2002 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOCE*, L 60, 1^{er} mars 2002.

²⁵ Décision du 22 juillet 2003 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOUE*, L 197, 5 août 2003.

4 - Vieillessement actif et cycle de vie

À partir de 2005²⁶, et ce jusqu'aux dernières lignes directrices pour 2008/10²⁷, le vieillissement actif est inscrit dans une nouvelle approche fondée sur le *cycle de vie* à l'égard du travail. Le contenu du thème du vieillissement actif reste le même. Les partenaires sociaux sont dorénavant entièrement associés à l'État pour la conduite des politiques.

Le vieillissement actif, tel qu'il apparaît au sein de la stratégie européenne pour l'emploi, met en scène l'État, les partenaires sociaux et les entreprises. Il recouvre essentiellement deux domaines : d'une part, le maintien dans l'emploi des travailleurs âgés et, d'autre part, la question de la protection sociale, et plus particulièrement, du financement des pensions. Il est clair, à la lecture des lignes directrices, que l'emploi (ici celui des travailleurs âgés) est primordial. Mais l'emploi est instrumentalisé : son augmentation est nécessaire pour la viabilité des systèmes de protection sociale. L'emploi est mis au service de la protection sociale. Ainsi, la *méthode ouverte de coordination appliquée aux pensions*, mise en œuvre à partir de 2001, contient des lignes directrices relatives à l'emploi, en général, et à l'emploi des travailleurs âgés, en particulier²⁸. Destinées à garantir « *la viabilité financière des systèmes de pensions* », elles prônent un niveau d'emploi élevé grâce à « *des réformes globales des marchés du travail, comme le prévoit la stratégie européenne pour l'emploi* » (objectif N°4), ainsi que « *des systèmes de pensions offrant des incitations efficaces à la participation des travailleurs les plus âgés* » (objectif N°5). Plus largement, les États doivent veiller à ce que « *les travailleurs ne soient pas encouragés à partir en retraite anticipée et ne soient pas pénalisés, parce qu'ils restent sur le marché de l'emploi au-delà de l'âge standard de la retraite ; et que les systèmes de pensions facilitent l'option de la retraite progressive* » (objectif N°4).

²⁶ Décision du Conseil du 12 juillet 2005 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOUE*, L 205, 6 août 2005.

²⁷ Décision du Conseil du 15 juillet 2008 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOUE*, L 198, 26 juillet 2008.

²⁸ Comité de protection sociale et Comité de politique économique, Qualité et viabilité des pensions. Rapport conjoint sur les objectifs et méthodes de travail dans le domaine des pensions. Note du Conseil n° 14098/01 du 23 novembre 2001.

Par contre, les thèmes chers à la France, comme le partage de l'emploi par âge, l'utilisation des préretraites en matière de restructuration des entreprises ou encore la protection accrue des chômeurs âgés sont rejetés par la stratégie européenne pour l'emploi et la méthode ouverte de coordination appliquée aux pensions. Comment la France va-t-elle réagir aux lignes directrices relatives à l'emploi des travailleurs âgés ? Il est nécessaire de rappeler que les lignes directrices sont adoptées, à la majorité qualifiée, par le Conseil des Ministres ayant en charge l'emploi et que la France participe activement au bon fonctionnement de la stratégie européenne pour l'emploi depuis plus de dix ans.

B - Les recommandations adressées à la France

Au vu de l'évaluation des plans nationaux d'action pour l'emploi, le Conseil des Ministres ayant en charge l'emploi a la possibilité d'adresser, sur recommandation de la Commission, des recommandations individuelles aux États membres qui n'ont pas suffisamment tenu compte des lignes directrices communes. Ces recommandations relèvent d'une décision du Conseil adoptée à la majorité qualifiée. Il faut noter que la stratégie européenne pour l'emploi ne comprend pas de sanctions. Cependant, les recommandations sont prises au sérieux par les États membres, car ces derniers n'aiment pas être pointés du doigt comme étant les « mauvais élèves de l'Union européenne ». Chaque État membre répond aux recommandations dans le plan d'action de l'année suivante en démontrant qu'il a pris de nouvelles mesures susceptibles d'améliorer sa politique.

Le nombre des recommandations par État membre n'est pas neutre. Bien au contraire, il établit un classement des politiques de l'emploi mises en œuvre par les différents États membres. De même, l'ordre des recommandations adressées la même année à un État membre n'est pas dénué de sens. La première recommandation de la liste est la plus importante, requérant une action urgente de la part de l'État. Les suivantes voient leur importance graduée en fonction de leur position dans la liste. Le recul progressif de la recommandation sur l'emploi des travailleurs âgés, adressée à la France, démontre que la politique française fait peu à peu des progrès en termes de réforme globale et d'acteurs.

1 - Abandon des préretraites, comme recommandation première

Entre 2000 et 2002, l'emploi des travailleurs âgés constitue la première recommandation parmi les recommandations adressées à la France. En 2000, le Conseil recommande à la France de « reconsidérer les régimes de prestations existants, notamment ceux qui favorisent les départs en retraite anticipée, afin d'inciter les travailleurs les plus âgés à rester plus longtemps dans la vie active »²⁹. En réponse³⁰, la France tente de se justifier en pointant du doigt les habitudes des entreprises depuis plus de vingt ans, certaines d'entre elles ayant même fait des dispositifs de cessation anticipée d'activité un « mode quasi permanent de gestion de leurs ressources humaines ». En 2001, le Conseil recommande à la France « d'intensifier les efforts visant à réduire les départs précoces des travailleurs plus âgés du marché du travail en élaborant une approche plus globale intégrant les partenaires sociaux ». La France estime avoir répondu à la recommandation grâce à diverses mesures mises en place³¹, dont le resserrement des dispositifs de préretraite gérés, d'une part, par l'État et, d'autre part, par les partenaires sociaux. En 2002, les termes de la recommandation demeurent quasiment identiques. La France doit « intensifier les efforts visant à limiter le retrait précoce des travailleurs âgés de la vie active en élaborant une approche plus globale en faveur du vieillissement actif, en y associant les partenaires sociaux »³². Dans sa réponse, le Gouvernement fait état du compromis social français dans les termes suivants : « dès 1998, la France a entrepris une démarche volontariste de réexamen des pratiques et des dispositifs susceptibles d'infléchir les niveaux des taux d'emplois des actifs expérimentés ». Mais la transformation du compromis social ne pourra pas être « immédiate ». Elle s'avère délicate et nécessite l'intervention de tous les acteurs, à savoir les entreprises, les salariés, les partenaires sociaux et les pouvoirs publics³³.

²⁹ Recommandation du Conseil du 14 février 2000 concernant la mise en œuvre des politiques de l'emploi des États membres, *JOCE*, L 52, 25 février 2000.

³⁰ Plan national d'action pour l'emploi France 2000, p. 19.

³¹ Plan national d'action pour l'emploi France 2001 et bilan du plan 2000 (mai 2001), p. 21.

³² Recommandation du Conseil du 18 février 2002 concernant la mise en œuvre des politiques de l'emploi des États membres, *JOCE*, L 60, 1^{er} mars 2002.

³³ Plan national d'action pour l'emploi France 2002 (juin 2002), p. 7.

2 - Recul progressif, puis disparition de la recommandation relative à la promotion d'une politique globale du vieillissement actif

La recommandation portant sur l'emploi des travailleurs âgés recule enfin de place en 2003. Passant de la première place à la troisième, elle invite la France à « mener une politique cohérente, afin d'accroître sensiblement la participation des travailleurs âgés au marché du travail, notamment en offrant des incitations à la prolongation de la vie active, en facilitant l'accès à la formation et en réformant les régimes de retraite anticipée »³⁴. En réponse, la France reconnaît qu'elle a un taux d'emploi des travailleurs âgés parmi les plus bas d'Europe et que les plus de 50 ans sont exclus de l'emploi depuis de nombreuses années³⁵. Elle fait même référence à une enquête, qui a démontré que « moins d'une société sur cinq gérait sa pyramide des âges de façon anticipée ». 2004 sera la dernière année où le Conseil adressera une recommandation à la France sur l'emploi des travailleurs âgés, en la plaçant cette fois-ci en quatrième position. Il est recommandé à la France de « surveiller les répercussions de la réforme des pensions sur l'âge de départ à la retraite et (d') élaborer une stratégie globale du vieillissement actif visant à maintenir les travailleurs âgés plus longtemps sur le marché du travail, grâce à l'adaptation des conditions de travail, un meilleur accès à la formation et la réduction résolue du recours aux régimes de retraite anticipée »³⁶. Après avoir admis une nouvelle fois que le taux d'emploi des travailleurs âgés est particulièrement bas par rapport au reste de l'Union européenne, la France souligne tout de même, dans sa réponse, que sa situation est en « nette voie d'amélioration » en évoquant l'évolution du taux d'emploi des travailleurs âgés de 55 à 64 ans. Entre 1998 et 2003, ce taux d'emploi est passé de 28,3% à 38,6%. Entre 2002 et 2003, il a même augmenté de deux points. On peut lire dans le plan national d'action pour l'emploi, que « l'objectif de la politique gouvernementale est clairement d'accroître la participation au marché du travail des travailleurs âgés ». S'agit-il d'un simple affichage ou d'une rupture dans la politique menée par la France depuis les années 1970 ? Nous tenterons, dans la troisième partie, d'évaluer les changements à l'œuvre depuis 2003. Mais avant cette analyse, il nous reste à dire un mot de la non-discrimination liée à l'âge, qui constitue

³⁴ Recommandation du Conseil du 22 juillet 2003 concernant la mise en œuvre des politiques de l'emploi des États membres, *JOUE*, L 197, 5 août 2003.

³⁵ Plan national d'action pour l'emploi France 2003, p. 28.

³⁶ Recommandation du Conseil du 14 octobre 2004 concernant la mise en œuvre des politiques de l'emploi des États membres, *JOUE*, L 326, 29 octobre 2004.

une arme juridique au service de l'emploi des travailleurs âgés mise en place par l'Union européenne à la fin des années 1990.

C - La lutte contre les discriminations liées à l'âge

En appui à la stratégie coordonnée pour l'emploi et en vue de soutenir « un marché du travail ouvert à tous », le Traité d'Amsterdam (1997) a introduit un nouvel article dans le traité communautaire (l'article 13) permettant à la Communauté de prendre « les mesures nécessaires pour combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

1 - Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2000)

Une directive, prenant en compte le critère de l'âge, a été adoptée le 27 novembre 2000³⁷. Dans ses considérants, cette directive fait directement référence à la stratégie coordonnée pour l'emploi [considérant (7)] et aborde les lignes directrices pour l'emploi de 2000 en « soulignant la nécessité de promouvoir un marché du travail favorable à l'insertion sociale en formulant un ensemble cohérent de politiques destinées à lutter contre la discrimination à l'égard de groupes tels que les personnes handicapées », mais aussi « d'accorder une attention particulière à l'aide aux travailleurs âgés pour qu'ils participent davantage à la vie professionnelle » [considérant (8)]. L'emploi et le travail sont considérés comme « des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous » et contribuent « dans une large mesure à la pleine participation des citoyens à la vie économique, culturelle et sociale, ainsi qu'à l'épanouissement personnel » [considérant (9)].

Son objet est d'établir « un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement »³⁸. Toute discrimination directe et indirecte³⁹ fondée sur l'âge

³⁷ Directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE*, L 303, 2 décembre 2000.

³⁸ Selon l'article premier de la Directive 2000/78/CE, *op. cit.*

³⁹ Article 2 de la Directive 2000/78/CE, *op. cit.*

doit donc être interdite. Mais 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 »⁴⁰.

La directive fournit des exemples de différences de traitement non discriminatoires, à savoir⁴¹ :

- la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris des conditions de licenciement et de rémunérations pour (...) les travailleurs âgés (...);
- la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi;
- la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

Elle s'intéresse également aux acteurs, puisqu'elle consacre l'article 13 au dialogue social. Cet article demande aux États membres de prendre les « mesures appropriées pour favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux en vue de promouvoir l'égalité de traitement », conformément à leurs traditions et pratiques nationales⁴². Les États doivent également encourager les partenaires sociaux à conclure, au niveau approprié, des accords établissant des règles de non-discrimination dans les domaines visés par la directive, qui relèvent du champ d'application des négociations collectives.

La lutte contre les discriminations fondées sur l'âge poursuit, à travers cette directive, l'objectif de promotion de l'emploi et fait intervenir l'État et les partenaires sociaux.

⁴⁰ Article 6 §1 alinéa 1 de la Directive 2000/78/CE, *op. cit.*

⁴¹ En vertu de l'article 6 §1 alinéa 2 de la Directive 2000/78/CE, *op. cit.*

⁴² Selon l'article 13 §1 de la Directive 2000/78/CE, *op. cit.*

La France a transposé cette directive par une loi du 16 novembre 2001⁴³ en introduisant un nouvel article L. 122-45 dans le Code du travail, qui interdit toute discrimination liée à l'âge en matière d'emploi et de travail. L'article 6 §1 a été repris dans l'article L. 122-45-3 du Code du travail, qui prévoit deux exemples de différences de traitement ne constituant pas une discrimination :

- l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des (...) travailleurs âgés ;
- la fixation d'un âge maximum pour le recrutement fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

2 - Différences de traitement liées à l'âge et intervention de la Cour de Justice des Communautés Européennes

Dans un arrêt du 22 novembre 2005 *Mangold* (C-144/04), la Cour de Justice des Communautés européennes a très utilement précisé le sens de l'article 6 §1 de la directive précitée⁴⁴. Une loi allemande prévoyait le recours au contrat de travail à durée déterminée pour tout salarié âgé de 52 ans et plus. Cette différence de traitement fondée sur l'âge était *a priori* à considérer comme une discrimination, sauf si elle était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et si les moyens de réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires. La Cour a considéré que l'objectif de la loi allemande, consistant à favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, dans la mesure où ces derniers se heurtent à des difficultés importantes pour retrouver un emploi (pt. 58), justifiait « objectivement et raisonnablement » une différence de traitement fondée sur l'âge (pt. 61). Pour autant, les moyens, mis en œuvre par le législateur allemand pour réaliser cet objectif légitime, devaient-ils être considérés comme étant « appropriés et nécessaires » ?

D'après la Cour, les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi (pt. 63). Cependant,

⁴³ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *JO* n° 267 du 17 novembre 2001.

⁴⁴ Conclusions de l'Avocat général, A. Tizzano, présentées le 30 juin 2005. Voir également *CJCE*, 16 octobre 2007, Palacios de la Villa (C-411/05) et les Conclusions de l'Avocat général J. Mazak du 15 février 2007.

l'application de la loi allemande « aboutit à une situation dans laquelle tous les travailleurs ayant atteint l'âge de 52 ans, sans distinction, qu'ils aient ou non été au chômage avant la conclusion du contrat, et quelle qu'ait été la durée de la période de chômage éventuel, peuvent valablement se voir proposer des contrats à durée déterminée susceptibles d'être reconduits un nombre indéfini de fois » jusqu'à l'âge auquel ils pourront faire valoir leur droit à une pension de retraite. En conséquence, une catégorie importante de travailleurs, déterminée exclusivement en fonction de l'âge, risque pendant une partie substantielle de la carrière professionnelle (entre 52 et 65 ans) « d'être exclue du bénéfice de la stabilité de l'emploi », laquelle constitue un élément majeur de la protection des travailleurs (pt. 64).

En conclusion, la Cour dénonce la loi allemande, qui doit être considérée « comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi », dans la mesure « où elle retient l'âge du travailleur concerné pour unique critère d'application d'un contrat à durée déterminée, sans qu'il ait été démontré, que la fixation d'un seuil d'âge, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et à la situation personnelle de l'intéressé », soit objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage. Et la Cour d'ajouter que « le respect du principe de proportionnalité implique en effet que chaque dérogation à un droit individuel concilie, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celles du but recherché » (pt. 65).

Cette jurisprudence a sûrement été prise en compte par le Gouvernement français, quand il a inscrit dans son plan national d'action pour l'emploi des seniors 2006-2010 le recours à un contrat à durée déterminée pour les travailleurs âgés de 57 ans et plus (*cf.* troisième partie). Il a tenté d'échapper à la censure de la Cour en retenant trois éléments :

- un âge proche de l'âge minimum de liquidation de la pension vieillesse, qui est en France de 60 ans, soit 57 ans ;
- la durée antérieure de la période de chômage, soit une inscription comme demandeur d'emploi de plus de trois mois ;
- la situation personnelle de l'intéressé, qui doit pouvoir acquérir, par le biais du contrat à durée déterminée, des droits supplémentaires en vue de la liquidation d'une pension vieillesse à taux plein.

Depuis 1997, l'Union européenne a fourni aux États membres une panoplie complète de mesures allant d'une politique de promotion de l'emploi des travailleurs âgés de 55 à 64 ans, en termes d'objectifs et de moyens, à un outil juridique interdisant *a priori* toute discrimination liée à l'âge. Faut-il pour autant qualifier de *révolution* les changements intervenus dans la politique française à l'égard de l'emploi des travailleurs âgés de 55 à 64 ans ?

III - Quels changements ?

La France a adopté peu à peu l'approche européenne de maintien dans l'emploi des travailleurs âgés de 55 à 64 ans. L'europeanisation de la politique française s'est opérée à partir de 2006, à travers la signature, par les partenaires sociaux, d'un accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors et l'adoption, par l'État, d'un plan d'action concerté pour l'emploi des seniors. Faut-il pour autant en conclure que le consensus autour des préretraites a pris fin et que le compromis social construit dans les années 1970/80 a été déconstruit par les acteurs, qui en étaient les auteurs ? C'est ce que nous allons tenter d'évaluer dans le cadre de cette troisième partie.

A - L'europeanisation des politiques⁴⁵ à destination des travailleurs âgés de 55 à 64 ans

On peut distinguer trois étapes.

1 - Réforme des retraites et emploi des seniors (2003)

Au lendemain des élections présidentielles de 2002, le Gouvernement a annoncé une réforme des systèmes de retraite. À peine un an et demi plus

⁴⁵ Nous empruntons ce concept à Cl. Radaelli (*Cf.* K. Featherstone et Cl. Radaelli, *The politics of Europeanisation*, 2003, Oxford University Press) : l'europeanisation est un processus de construction, de diffusion et d'institutionnalisation de normes formelles et informelles, de procédures, de paradigmes politiques, de styles, de *façons de faire les choses* et de croyances et règles partagées, qui sont d'abord définis et consolidés dans l'élaboration des politiques européennes et qui sont ensuite incorporés dans la logique des discours nationaux, des identités nationales, des structures politiques et des politiques publiques (traduction par N. Kerschen).

tard, la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites⁴⁶ est promulguée. Pour la première fois dans l'histoire de la protection sociale française, l'emploi apparaît dans une loi sur les retraites. L'article 5 prévoit qu'une Conférence tripartite examinera l'ensemble des problématiques liées à l'emploi des plus de 55 ans. L'article 11 rend obligatoire une négociation triennale sur les questions de l'accès et du maintien dans l'emploi des travailleurs âgés et sur leur accès à la formation professionnelle. L'article 12 invite les organisations professionnelles et syndicales représentatives au niveau national à engager, dans un délai de trois ans, une négociation interprofessionnelle sur la définition et la prise en compte de la pénibilité. De plus, les organisations, liées par une convention de branche, devront se réunir une fois tous les trois ans pour négocier sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences des salariés âgés et sur la prise en compte de la pénibilité du travail. La problématique de la viabilité des systèmes de retraite est reliée à l'emploi. L'approche européenne, qui met l'emploi des travailleurs âgés au service de la protection sociale, trouve un écho favorable dans la réforme française.

Certaines mesures concernant les retraites, prévues par cette loi, tendent également à favoriser l'emploi des travailleurs âgés⁴⁷. Dorénavant, l'âge, que doit avoir le salarié pour que son employeur puisse rompre d'office le contrat de travail, sera de 65 ans au lieu de 60 ans. Les règles permettant le cumul emploi/retraite sont assouplies, afin de favoriser l'exercice d'une activité professionnelle pendant la retraite. La contribution supplémentaire, introduite par l'amendement Delalande (*cf.* première partie) est également assouplie, l'employeur bénéficiant d'une exonération en cas de licenciement d'un salarié de plus de 50 ans, dès lors que celui-ci avait plus de 45 ans lors de son embauche. Cette modification a pour objectif de limiter les effets pervers de cette contribution, qui décourage les employeurs à embaucher des travailleurs âgés.

⁴⁶ Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, *JO* n° 193 du 22 août 2003.

⁴⁷ Pour les récents développements concernant ces mesures, *cf.* P. Morvan, « Seniors et retraités à l'orée de 2009 (loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, loi de finances rectificative pour 2008 et mesures réglementaires) », *Droit social* n°3, 2009, p. 275.

Enfin, cette loi a instauré une contribution spéciale à destination du Fonds de Solidarité Vieillesse sur les prestations de préretraites « privées », c'est-à-dire les prestations versées par les entreprises résultant d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur (postérieurement au 27 mai 2003) sans passer par le FNE ou par une autre « préretraite publique » (cf. ci-dessous). À compter de 2008, cette contribution est affectée à la CNAVTS et son taux a doublé, passant de 24,15% à 50%. Par cette mesure, le Gouvernement français a voulu donner un signe fort aux employeurs, qui continuaient à considérer les cessations anticipées d'activité comme un mode normal de gestion de leurs ressources humaines.

2 - Accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors (2006)

De la réforme des retraites découlera l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005, signé le 9 mars 2006 par tous les syndicats, sauf la CGT⁴⁸.

Dans le préambule, les partenaires sociaux proclament que l'amélioration du taux d'emploi des seniors constitue un enjeu majeur pour la France, dans la mesure où ce taux est parmi les plus bas des pays industrialisés, que l'âge moyen de la population active croît fortement, que la population en âge de travailler va commencer à baisser à partir de 2006 et que le taux de chômage, d'un niveau élevé, se caractérise pour les seniors par un important chômage de longue durée. À partir de cette situation, qu'ils attribuent exclusivement « à l'évolution de la situation démographique » sans mentionner les politiques de l'emploi menées depuis les années 1970/80, les partenaires sociaux reconnaissent qu'il « est nécessaire de passer le plus rapidement possible d'une logique où l'âge a été considéré comme un facteur d'ajustement du marché du travail, avec des taux d'emploi très bas pour les plus de 55 ans, à une pratique conduisant au maintien ou à la reprise de l'activité professionnelle jusqu'à ce que les conditions pour obtenir une retraite à taux plein soient réunies ». L'objectif européen de remonter à 50% en 2010 le taux d'emploi des 55-64 ans est directement visé. Il est dit que « sa réalisation en France conduirait à relever de plus de dix points le taux d'emploi des 55-64 ans ». Or, les partenaires sociaux entendent, par la

⁴⁸ Accord national interprofessionnel du 9 mars 2006 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi. Cet accord a été étendu par arrêté du 12 juillet 2006 JO n° 168 du 22 juillet 2006, p. 11002.

conclusion de cet accord, « participer, dans leur domaine de compétence, à la réalisation de cet objectif en contribuant au maintien ou à la reprise d'emploi des seniors ». Il est à noter que les partenaires sociaux ont opté pour une appellation neutre, a priori déconnectée de tout critère d'âge, à savoir « les seniors »⁴⁹, pour parler des travailleurs âgés de 55 à 64 ans.

L'accord prévoit différentes mesures regroupées sous six titres : évolution des représentations socioculturelles, sécurisation des parcours professionnels, retour des seniors dans l'emploi, fin de carrière, relations avec les pouvoirs publics, dispositions finales.

Évolution des représentations socioculturelles

En priorité, les partenaires sociaux placent leur accord sur le terrain des représentations socioculturelles, qui constituent pour eux un frein important à l'augmentation du taux d'emploi de cette classe d'âge. Ces représentations ont pris leurs racines dans le développement massif des préretraites en France. Or, les partenaires sociaux affirment que, contrairement à certaines idées reçues, le vieillissement de la population active n'a pas d'impact sur la productivité moyenne. Dès lors, il faut se mobiliser pour contrecarrer ces idées reçues, en sensibilisant les chefs d'entreprise, la hiérarchie, les salariés et leurs représentants aux enjeux économiques et sociaux de l'augmentation du taux d'emploi des seniors, par exemple en convainquant les entreprises qu'il existe un lien entre la pratique de la gestion des âges et la performance.

Sécurisation des parcours professionnels

Plus concrètement, l'augmentation du taux d'emploi des seniors passe, pour les partenaires sociaux, par différentes actions de prévention ou d'adaptation destinées à développer à la fois les possibilités d'évolution de carrière ou de maintien dans l'emploi et les possibilités de mobilité professionnelle interne ou externe. Différents instruments sont abordés, tels que la gestion anticipative des emplois et des compétences par les entreprises, les entretiens professionnels de deuxième partie de carrière à

⁴⁹ *Senior* va avec *séniorité*, qui fait référence à la prééminence et aux garanties déterminées par l'ancienneté dans une fonction ou dans une maison (Petit Robert).

partir de 45 ans⁵⁰, l'amélioration et l'aménagement des conditions de travail et d'emploi, le droit individuel à la formation pour les salariés de 50 ans et plus, le bilan de compétences, la validation des acquis de l'expérience, ainsi que la transmission des savoirs et des savoir-faire.

Retour des seniors dans l'emploi

Les partenaires sociaux appellent également à une plus grande fluidité du marché du travail. Dans ce cadre, il s'agit de s'assurer que toutes les formes de discriminations en matière d'embauche liées à l'âge soient effectivement supprimées, afin de permettre le retour des seniors dans l'emploi. Différentes formes d'emploi peuvent également favoriser le retour à l'emploi, comme le contrat de professionnalisation assurant une qualification aux salariés de 45 ans et plus, le travail à temps partagé développé par des groupements d'employeurs ou encore le contrat à durée déterminé⁵¹ pour les salariés de 57 ans et plus, inscrits comme demandeurs d'emploi depuis plus de trois mois ; devant permettre aux seniors d'acquérir des droits supplémentaires en vue de la liquidation de la pension vieillesse à taux plein (cf. deuxième partie).

Fin de carrière

Les partenaires sociaux entendent également aménager les fins de carrière des salariés âgés de 55 ans et plus. Le salarié pourra, sur sa demande, faire le point avec son responsable hiérarchique sur les modalités de sa fin de carrière. Il s'agira surtout d'aménagements des horaires de travail. Le rétablissement de la préretraite progressive pour les salariés ayant occupé des emplois pénibles est également évoqué.

Relations avec les pouvoirs publics

Les partenaires sociaux demandent à l'État de procéder aux aménagements législatifs ou réglementaires nécessaires pour permettre la mise en œuvre des dispositions de l'accord et de mettre en place un plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors. Des doléances sont

⁵⁰ Prévu par l'accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003 relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle.

⁵¹ Il s'agit d'un contrat de travail à durée déterminée d'une durée maximum de 18 mois, une fois renouvelable.

également adressées aux pouvoirs publics dans des domaines, qui sont directement de leur compétence : cumul emploi/retraite⁵², contribution Delalande⁵³, retraite progressive. Il est à noter, qu'à cette occasion, les partenaires sociaux ont demandé aux pouvoirs publics de « prévenir l'apparition de comportements de substitution aux restrictions apportées au dispositif de préretraite », faisant ainsi directement référence au problème des « vases communicants » des années 1980/90 (*cf.* première partie).

Dispositions finales

Enfin, les partenaires sociaux demandent aux branches professionnelles et aux entreprises de s'impliquer dans la réalisation de l'objectif de l'accord, qui est rappelé dans le dernier article, à savoir « *une progression du taux d'emploi des 55-64 ans, afin de passer du taux actuel de 36,8% à 50% à l'horizon 2010, soit une progression de l'ordre de deux points par an* ». Un premier bilan de la situation est prévu fin 2007 impliquant une évaluation de l'impact des mesures adoptées dans le cadre de l'accord.

Cet accord s'inscrit parfaitement dans la stratégie européenne pour l'emploi, à la fois sous l'angle des lignes directrices et des recommandations adressées à la France. Les partenaires sociaux ont répondu favorablement à l'appel. Ils ont repris, à leur compte, l'objectif d'augmentation du taux d'emploi des travailleurs âgés de 55 à 64 ans. Tout en utilisant leur propre vocabulaire, ils ont énuméré des actions et des outils, qui prennent place dans les orientations communautaires. Mais leur accord peut aussi surprendre. Ainsi, ils n'ont aucunement abordé le chômage des travailleurs âgés et l'existence des préretraites au sein de l'assurance-chômage, alors qu'ils dénonçaient ouvertement la pratique de l'utilisation de l'âge comme un facteur d'ajustement du marché du travail. Tout au plus, ont-ils demandé à l'État de prendre des mesures pour freiner les dispositifs de préretraite. On peut penser que ce sujet relève d'une autre négociation, qui est celle de l'indemnisation du chômage par l'assurance-chômage. Or, l'accord n'a pas permis d'aborder de front à la fois la fin des préretraites financées par

⁵² Le cumul emploi/retraite sera libéralisé en 2009.

⁵³ La contribution Delalande disparaîtra définitivement au 1^{er} janvier 2008.

l'assurance-chômage et le maintien dans l'emploi des seniors⁵⁴. Pour cela, il faudra une mobilisation générale.

Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006 -2010

Le plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010⁵⁵, lancé par le Gouvernement, lors de la Conférence nationale sur l'emploi des seniors au Conseil économique et social, le 6 juin 2006, reprend l'accord des partenaires sociaux. Ce plan a été élaboré dans le cadre d'un groupe de travail ad hoc, présidé par le ministre du Travail, comprenant les partenaires sociaux négociateurs de l'accord et des représentants du Parlement et du Conseil économique et social. Dans la méthode, le plan fait penser à la stratégie européenne pour l'emploi, car il décline des grands objectifs (l'augmentation du taux d'emploi des seniors dans la perspective européenne) et des lignes directrices inscrites dans des axes. Il comporte cinq axes, appelés « *objectifs* », regroupant 31 lignes directrices, appelées « *actions concrètes* ». Par ailleurs, un suivi tripartite de la mise en œuvre du plan sera organisé en lien avec le Conseil d'orientation pour l'emploi (COE) et le Conseil d'orientation des retraites (COR).

Le plan se structure autour de quatre grands thèmes : faire évoluer les représentations socioculturelles (4 actions), favoriser le maintien dans l'emploi des seniors (10 actions), favoriser le retour à l'emploi des seniors (10 actions), aménager les fins de carrière (7 actions).

Faire évoluer les représentations socioculturelles

Pour l'État, comme pour les partenaires sociaux, le changement des mentalités demeure l'axe prioritaire. Une campagne de communication, destinée au grand public, sera organisée dans les médias et sera centrée sur l'emploi des seniors et sur leur image dans la société. Elle prendra comme modèle des campagnes du même type menées aux Pays-Bas et en Finlande. Les entreprises seront sensibilisées à la gestion des âges. Différents organismes participeront à l'observation des bonnes pratiques dans ce

⁵⁴ Chr. Willmann, « Promouvoir le « vieillissement actif » : les modestes propositions des partenaires sociaux », *Droit social* n° 2, 2006, p. 144.

⁵⁵ <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/seniors.pdf> (vérifié le 29 octobre 2009).

domaine. Le monde de la recherche sera mobilisé sur l'enjeu de l'âge au travail.

Favoriser le maintien dans l'emploi des seniors

Pour favoriser le maintien dans l'emploi des seniors, le plan reprend les mesures, prévues dans l'accord, consacrées à la sécurisation des parcours professionnels et les complète par différents dispositifs. Ainsi, les seniors feront partie des publics prioritaires des engagements de développement de l'emploi et des compétences, conclus entre l'État et les organisations professionnelles de branche. L'État souhaite également mettre la problématique de l'emploi des seniors au centre du développement des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, en particulier dans les PME. En matière de conditions de travail, des actions de prévention des risques professionnels à destination des seniors seront organisées, le fonds d'amélioration des conditions de travail sera réorienté vers les actions traitant de la gestion des âges et le réseau de l'Agence pour l'amélioration des conditions de travail sera mobilisé. En matière de cessation anticipée d'activité, l'État entend surveiller l'évolution des pensions d'invalidité et des indemnités journalières de l'assurance-maladie attribuées aux seniors, afin de prévenir « *l'apparition de comportements de substitution aux restrictions apportées au dispositif de préretraite* ». Il demande également aux partenaires sociaux de mettre un terme aux accords de branche abaissant en dessous de 65 ans l'âge à partir duquel les employeurs peuvent recourir à la mise à la retraite de leurs salariés, en ne négociant plus de nouveaux accords et en révisant les accords en vigueur. Une réforme législative fermera définitivement cette voie.

Favoriser le retour à l'emploi des seniors

Le thème du retour à l'emploi des seniors est largement développé dans le plan. L'État s'engage à accroître l'offre de service de l'Agence nationale pour l'emploi et de l'Association pour la formation professionnelle en direction des demandeurs d'emploi âgés de 50 ans et plus, voire de 45 ans pour les actions de qualification professionnelle. Ces institutions devront veiller à ce qu'il n'y ait pas de discrimination en fonction de l'âge. L'État mobilisera les contrats aidés, et plus particulièrement le contrat initiative emploi, à destination des demandeurs d'emploi de plus de 50 ans. Il transposera le « CDD senior », prévu par l'accord, dans le Code du travail.

Par ailleurs, l'État s'engage à supprimer définitivement la contribution Delalande, identifiée comme un frein à l'embauche des travailleurs au-delà de 45 ans. D'autres actions devront favoriser la création ou la reprise d'entreprise par des seniors, développer de nouvelles formes d'emploi pour les salariés en fin de carrière, comme par exemple le travail à temps partagé, renforcer l'aide dégressive pour les employeurs en cas d'embauche d'un demandeur d'emploi de plus de 50 ans, voire instituer des mécanismes d'intéressement à la reprise d'activité pour les demandeurs d'emploi de cette catégorie d'âge.

Aménager les fins de carrière

L'aménagement des fins de carrière comprend trois grands domaines, le tutorat en entreprise, la réduction du temps de travail et le départ à la retraite. Le plan propose de reconnaître un statut au tuteur, qu'il s'agisse d'un senior encore en activité ou d'un retraité volontaire pour exercer cette mission. Trois formules de développement de la réduction du temps de travail en fin de carrière sont évoquées, à savoir le travail à temps partiel donnant droit à des cotisations sociales portant sur un plein temps, l'utilisation du compte épargne temps, la promotion de la retraite progressive⁵⁶. Enfin, le départ à la retraite est envisagé sous trois aspects différents. Il s'agit de concrétiser le droit à l'information sur la retraite pour tous les salariés âgés de 55 ans et plus. Il est également rappelé que le prolongement de l'activité au-delà de 60 ans donnera lieu à une surcote de majoration de la pension de 3% par année supplémentaire travaillée. L'État s'engage à faciliter le cumul emploi-retraite pour les bas salaires, à condition que la somme des nouveaux revenus d'activité et des revenus de pension n'excède pas 1,6 fois le SMIC.

Quel impact a eu le plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010 sur le taux d'emploi des travailleurs âgés de 55 à 64 ans ? Malgré « les bonnes intentions affichées par tous »⁵⁷, le taux d'emploi n'a pratiquement pas augmenté entre 2006 (38,1%) et 2008 (38,3%). Faut-il en

⁵⁶ Cette dernière formule permet au salarié âgé de plus de 60 ans de faire liquider une fraction de sa pension vieillesse et de poursuivre une activité à temps partiel tout en améliorant ses futurs droits à pension.

⁵⁷ Cette expression a été utilisée par le ministère de l'Emploi, dans un document consacré à la « mobilisation en faveur de l'emploi des seniors », daté du 26 juin 2008, qui fait état d'un bilan assez mitigé et prévoit de taxer lourdement les préretraites et les mises à la retraite d'office.

déduire que le compromis social des années 1970/80 tient bon, en dépit des efforts déployés, au moins sur le papier, par les différents acteurs ?

B - La difficile déconstruction du compromis social français

Pour pouvoir évaluer la situation actuelle au regard du compromis social construit pendant les années 1970/80, nous allons successivement analyser le sort réservé aux mécanismes juridiques, qui ont permis le « tout préretraite ». Une première constatation : l'ASFNE et d'autres préretraites publiques, la préretraite au sein de l'assurance-chômage et le dispositif de dispense de recherche d'emploi pour les demandeurs d'emploi âgés demeurent en place et n'ont donc pas été abrogés. Quelles modifications a alors entrepris la France pour répondre favorablement aux recommandations, qui lui ont été adressées dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi et qui exigeaient toutes la fermeture des préretraites ?

1 - Baisse des préretraites publiques

Sous le vocable de « préretraites publiques », on trouve aujourd'hui différents dispositifs de préretraite, dans lesquels intervient l'État, à la fois dans la mise en place et dans le financement. Ces dispositifs sont, dans le secteur privé, au nombre de cinq : l'ASFNE, la cessation anticipée de certains travailleurs salariés (CATS), la cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (CAATA), la préretraite progressive (PRP) permettant un temps partiel jusqu'à la retraite et l'allocation de remplacement pour l'emploi (ARPE)⁵⁸. La plupart de ces dispositifs sont en voie d'extinction⁵⁹. Demeurent ouverts, un dispositif généraliste, l'ASFNE, et un dispositif spécifique, la préretraite amiante ou CAATA, cette dernière étant devenu le premier dispositif de préretraite publique en termes de bénéficiaires.

⁵⁸ Pour une description détaillée des différents dispositifs, il faut se reporter à l'étude de la DARES, « Les préretraites publiques en 2008 en baisse continue ». *Premières Informations Synthèses*, juin 2009, n° 26.3.

⁵⁹ Le dispositif ARPE est clos depuis le 1^{er} janvier 2003. Aucune convention relative à la préretraite progressive n'a été signée depuis le 1^{er} janvier 2005. L'accord de branche UIMM relatif à CATS a expiré le 28 février 2005. Plus largement, le dispositif CATS a été recentré sur les métiers à forte pénibilité et sur les travailleurs lourdement handicapés et il prendra fin au 1^{er} janvier 2010.

Au cours de l'année 2008, seulement 8 260 travailleurs du secteur privé sont entrés dans un dispositif de préretraite publique contre 78 785 dix ans plus tôt. Fin 2008, 62 400 travailleurs bénéficiaient d'une préretraite publique contre 222 142 en 1998, dont 11 300 bénéficiaires d'ASFNE contre 91 349 dix ans plus tôt. Les préretraites publiques ne couvrent plus qu'1% de la population âgée de 55 à 64 ans. La baisse paraît donc bien réelle. Elle apparaît également à travers les dépenses affectées aux préretraites publiques, qui ne représentent plus que 451 millions d'euros en 2008 contre 2 017 millions en 2002.

Par rapport aux années 1980, il faut noter que l'État a renoncé à utiliser l'ASFNE comme un instrument pour intervenir dans les restructurations des entreprises (cf. première partie), ce qui signifie qu'un élément du compromis social a été remis en question. Qu'en est-il des deux autres éléments ? Et plus particulièrement, la baisse des préretraites publiques a-t-elle été compensée par une augmentation des préretraites dans le cadre de l'assurance-chômage ? En d'autres mots, les « vases communicants » ont-ils fonctionné ?

2 - Maintien des préretraites au sein de l'assurance-chômage

À priori, la baisse des préretraites publiques, à partir de 2001, s'est accompagnée d'une hausse concomitante du nombre des travailleurs âgés de 55 ans et plus indemnisés par l'assurance-chômage⁶⁰. Les travailleurs âgés seraient près de 140 000 à être entrés dans le régime d'assurance-chômage en 2008. Mais peut-on encore parler de préretraite dans le cadre de l'assurance-chômage ?

La convention d'assurance-chômage du 19 février 2009 maintient des dispositions protectrices spécifiques pour les chômeurs âgés de 50 ans et plus⁶¹. Ces derniers bénéficient d'une durée d'indemnisation maximale de 36 mois, à condition d'avoir exercé une activité antérieure de 36 mois (article 11 §1) et d'un maintien de l'indemnisation jusqu'à la liquidation de la pension vieillesse au taux plein à partir de 60 ans et demi⁶² (article 11 §3).

⁶⁰ DARES, *Premières Informations Synthèses*, *op. cit.*, Graphique 1.

⁶¹ Arrêté ministériel du 30 mars 2009 portant agrément de la convention du 19 février 2009 relative à l'indemnisation du chômage, *JO* du 1^{er} avril 2009.

⁶² 61 ans à partir du 1^{er} janvier 2010. Pour pouvoir bénéficier de ce droit, le travailleur doit remplir plusieurs conditions. Il doit être en cours d'indemnisation

En d'autres mots, un travailleur peut quitter son entreprise à partir de 57 ans et demi et demeurer en préretraite jusqu'à la liquidation de la pension vieillesse au taux plein (au plus tard à 65 ans).

Même si les partenaires sociaux ont repoussé progressivement l'âge, à partir duquel l'indemnisation est maintenue jusqu'à la liquidation de la pension vieillesse, les mesures de freinage concernant les préretraites dans ce cadre apparaissent comme étant *soft*. Le deuxième élément du compromis social ne semble pas vraiment remis en question. Bien plus, l'introduction de la rupture conventionnelle du contrat de travail par la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail⁶³ a permis un départ négocié des seniors, pris en charge ensuite par l'assurance-chômage jusqu'à la liquidation de la pension vieillesse et, en conséquence, la reconstitution d'un mécanisme de préretraite, qualifié de « préretraite de fait »⁶⁴. Pour contrer ce phénomène, le Gouvernement a pris des mesures concernant le régime social et fiscal des indemnités de rupture.

Mais la « préretraite de fait » exige le maintien de la dispense de recherche d'emploi.

3 - Disparition progressive de la dispense de recherche d'emploi

Le troisième élément du compromis social devrait disparaître progressivement d'ici 2012.

En 2008, les demandeurs d'emploi, âgés de 57 ans et 6 mois, bénéficiaires d'une allocation d'aide au retour à l'emploi, pouvaient demander à être dispensés de recherche d'emploi. Cette possibilité était également ouverte aux demandeurs d'emploi dès 55 ans, à condition qu'ils eussent validé 160 trimestres à l'assurance vieillesse. En 2009, la dispense

depuis un an au moins et justifier de 12 ans d'affiliation au régime d'assurance-chômage, de 100 trimestres validés à l'assurance vieillesse et d'une affiliation soit d'une année continue soit de deux années discontinues dans une ou plusieurs entreprises au cours des cinq années précédant la fin du contrat de travail.

⁶³ Article 5 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, *JO* du 26 juin 2008.

⁶⁴ « Mobilisation en faveur de l'emploi des seniors. Mesures retenues par le Gouvernement à l'issue de la concertation avec les partenaires sociaux dans le cadre du rendez-vous 2008 sur les retraites Bercy », 26 juin 2008, Fiche n° 3.

de recherche d'emploi s'applique à partir de 58 ans. Elle passera à 59 ans en 2010 et enfin à 60 ans en 2011. À compter du 1^{er} janvier 2012, les dispositions du Code du travail relatives à la dispense de recherche d'emploi seront abrogées. Toutefois, les personnes dispensées de recherche d'emploi, à cette date, pourront continuer à en bénéficier.

La fin de la dispense de recherche d'emploi, créée il y a plus de 25 ans, est annoncée. Cependant, le Gouvernement s'est laissé une porte ouverte en projetant de soumettre au Parlement, en 2011, un rapport sur l'impact de cette mesure de freinage et plus exactement sur le retour à l'emploi des seniors. En attendant, il faut s'interroger sur la réalité de cette mesure.

Une récente étude de la DARES parle de 383 000 personnes bénéficiant, fin 2007, d'une dispense de recherche d'emploi, tout en restant indemnisés par le régime d'assurance-chômage ou le régime de solidarité⁶⁵. Depuis 1998, époque à laquelle il n'y avait que 270 000 bénéficiaires, le nombre des dispenses a régulièrement augmenté pour se stabiliser, à partir de 2004, autour de 400 000 personnes.

En 2007, les personnes dispensées de recherche d'emploi représentaient 4,9% de la population âgée entre 55 et 64 ans⁶⁶. 53% d'entre elles étaient indemnisées par le régime d'assurance-chômage, soit un peu plus de 200 000 personnes. Plus de la moitié étaient âgées de 57 à 59 ans et pouvaient, en théorie, *bénéficier d'une « préretraite de fait »*⁶⁷. Ces chiffres démontrent que, pour le moment, le troisième élément du compromis social est loin d'être remis en cause.

⁶⁵ DARES, « La dispense de recherche d'emploi en 2007 : des effectifs en baisse ». *Premières Informations Synthèses*, avril 2009, n° 16.2.

⁶⁶ Alors que les « préretraites publiques » couvraient seulement 1% de la population âgée de 55 à 64 ans.

⁶⁷ Il faut également noter que, grâce au dispositif de retraite anticipée pour « carrière longue », créé par la loi du 21 août 2003 précitée, 100 000 personnes par an sont parties à la retraite avant 60 ans depuis 2004. Cette mesure a eu pour impact de faire chuter l'âge moyen de départ à la retraite de 61,5 à 60,5 ans (pour les hommes) entre 2006 et 2008. Voir P. Morvan, « Seniors et retraités à l'orée de 2009 (loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, loi de finances rectificative pour 2008 et mesures réglementaires) », *op. cit.*

Mais le Gouvernement a sorti une nouvelle arme pour modifier le comportement des entreprises à l'égard de l'emploi des seniors.

4 - Nouvelle mesure : pénalité en cas d'absence d'accord ou de plan d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés

Pour défaire le compromis social, le Gouvernement a décidé d'agir sur un autre terrain, celui des actions positives envers les salariés âgés, en repartant du plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010⁶⁸.

Les entreprises sont obligées de négocier et de conclure, avant fin 2009, des accords favorisant l'emploi des seniors ou, à défaut d'accord, de mettre en œuvre un plan d'action. À partir du 1^{er} janvier 2010, les entreprises de 300 salariés et plus, non couvertes par un accord d'entreprise ou de groupe ou par un plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés, devront payer une pénalité égale à 1 % des rémunérations versées aux salariés au cours des périodes d'absence d'accord ou de plan d'action. Cette même pénalité s'appliquera aux entreprises de plus de 50 salariés. Mais, dans ce cas, la pénalité pourra être levée si la branche, à laquelle appartient l'entreprise aura conclu un accord validé et étendu relatif à l'emploi des salariés âgés.

Une circulaire du 9 juillet 2009⁶⁹ prescrit un contenu obligatoire aux accords et plans d'action. Ceux-ci doivent comporter, en premier lieu, un objectif chiffré global de maintien dans l'emploi pour les salariés âgés de 55 ans et plus ou de recrutement des salariés âgés de 50 ans et plus. Ils doivent également comporter des dispositions favorables au maintien dans l'emploi et au recrutement des salariés âgés relevant d'au moins trois des six domaines d'actions obligatoires suivants : recrutement des salariés âgés dans l'entreprise, anticipation de l'évolution des carrières professionnelles, amélioration des conditions de travail et prévention des situations de pénibilité, développement des compétences et des qualifications et accès à la

⁶⁸ Le Gouvernement a considéré que le bilan des accords sur l'emploi des seniors n'était pas à la hauteur des ambitions affichées et des engagements pris dans le cadre de l'accord national interprofessionnel de 2006.

⁶⁹ Circulaire DGEFP-DGT-DSS 2009-31 du 9 juillet 2009 relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi 2008-1330 de financement de la sécurité sociale pour 2009, voir : <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/Circulaire-finale-09-07-2009.pdf> (vérifié le 29 octobre 2009).

formation, aménagement des fins de carrière et transition entre activité et retraite, transmission des savoirs et des compétences et développement du tutorat. À chaque disposition retenue sera associé un objectif chiffré, mesuré au moyen d'un indicateur. En conséquence, les accords et les plans d'action doivent prévoir des modalités de suivi de la mise en œuvre des dispositions. On retrouve ici la méthode utilisée dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi, qui repose sur un processus à moyen terme mettant en œuvre des objectifs, des indicateurs et des modalités de suivi. Les accords et les plans d'action, qui doivent avoir une durée de trois ans maximum, font l'objet d'une procédure de dépôt pour permettre à l'entreprise d'être exonérée du paiement de la pénalité.

Cette nouvelle pénalité rappelle l'amendement Delalande, dans la mesure où il s'agit d'une cotisation additionnelle recouvrée par l'URSSAF, dont le produit est affecté à la CNAVTS. Mais elle ne sanctionne pas l'employeur qui met fin au contrat de travail d'un salarié âgé, mais celui qui n'engage pas une politique favorable à l'emploi des salariés âgés, qui n'intègre pas les salariés âgés dans sa politique de ressources humaines. La pénalité a aussi un tout autre impact, car elle ne porte pas sur le salaire de salariés licenciés, mais sur la totalité de la masse salariale. Elle sera due, chaque mois, tant qu'un accord ou un plan d'action ne sera pas mis en œuvre. Il paraît évident, que son montant s'avérera rapidement très dissuasif.

Le Gouvernement français essaie de forcer la main aux entreprises en les impliquant dans un processus de rupture de la politique d'éviction des salariés âgés, vieille de près de quarante ans. Il fait le pari, que la réussite ou l'échec de la promotion du vieillissement actif dépend essentiellement d'elles. Encore faut-il que les salariés âgés comprennent les enjeux économiques et sociaux et adhèrent à cette nouvelle approche, qui met au premier plan « le droit à l'emploi pour tous et à tout âge ». La conjoncture actuelle ne paraît pas très propice à cette véritable « révolution ».