

Philippe Martin

Chargé de recherche

COMPTRESEC, UMR 5114 - CNRS – Université Montesquieu-Bordeaux IV

Les seniors et l'emploi

Abstract

In most industrialized countries, the pension reforms applied during the last years have led to deal with the issue of the seniors' employment. Comparisons between European and non European countries on this ground bring to view some remarkable points: the issue is more or less politicized and this is why can be observed kinds of global strategies in some countries and scattered approaches in other ones. There are also differences in the way the legal systems deal with forced retirement, even if the principle of non discrimination on the ground of age is overspreading in Europe. Finally is posed the question of the purpose and the effects of law upon this topic in which societal representations are dominant.

Résumé

Dans la plupart des pays industrialisés, les réformes des retraites intervenues ces dernières années ont fait émerger la question de l'emploi des seniors. Les comparaisons entre pays européens et non européens à cet égard font ressortir quelques éléments remarquables : le sujet de l'emploi des seniors est plus ou moins politisé, ce qui permet d'observer ici des stratégies globales, là des approches plus partielles. Des différences se manifestent au regard des pratiques de mise à la retraite forcée, même si, en Europe, se propage le principe de non discrimination en raison de l'âge. Finalement, se pose la question de l'intervention du droit dans ce domaine où priment de fortes représentations sociétales.

L'intitulé du présent dossier pourra quelque peu surprendre *a priori* le lecteur d'une revue de droit comparé. Que peuvent dire des juristes sur un tel sujet dont les termes eux-mêmes ne sont pas juridiques ? Quel genre de comparaison peut-on mener sur cette base ? Les juristes de droit social savent toutefois qu'il y a différentes manières de concevoir et mener la recherche dans cette discipline et, partant, de recourir à l'usage des comparaisons internationales. Au risque de simplifier exagérément, on peut distinguer deux approches. L'une consiste à se poser une question juridique par nature – par exemple la place du contrat dans le domaine de la sécurité sociale – et à observer comment cette figure juridique se manifeste dans différents ordres nationaux pour en tirer des conclusions au plan théorique et pratique, en s'inspirant de la solution jugée la plus adéquate, ou par exercice de synthèse. L'autre prend comme point de départ une question sociale supposée commune à différents pays et cherche à analyser comment, par le canal politique notamment, cette question parvient à une certaine formalisation juridique révélatrice, dans un pays donné, de l'état de conscience du problème, des valeurs et intérêts en jeu, de la volonté et de la capacité d'agir sur le réel par le droit. Les deux approches ne sont évidemment pas exclusives l'une de l'autre, mais les postures de départ sont assez différentes. Disons d'emblée que la conception du présent dossier thématique sur « les seniors et l'emploi » relève de la seconde démarche. La question sociale identifiée comme cruciale et commune à la plupart des pays industrialisés est celle du vieillissement des populations et de ses effets sur les politiques d'emploi. Nous avons donc souhaité mettre en perspective différents systèmes juridiques nationaux au regard de cette problématique.

Au départ on a postulé que les différents pays ici étudiés – le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France et le Japon – partageaient un même diagnostic, à savoir que le vieillissement des populations pose, entre autres, un problème de viabilité des systèmes de retraites. À partir de là, on a supposé que les États, tout en réformant leurs régimes de pensions, tendaient aussi à s'orienter vers des politiques de « mise au travail des vieux » (le terme de *senior* est un euphémisme qui constitue la version « politiquement correcte »). Le maintien prolongé dans l'emploi – le « vieillissement actif » – est en tout cas une politique qui fait consensus, aujourd'hui, en Europe, et qui se voit fortement impulsée dans le cadre de la « stratégie coordonnée pour l'emploi » menée depuis plus de dix ans au sein de l'Union européenne. Cette stratégie consiste au fond à maintenir ou à remettre dans l'emploi les personnes capables de travailler, y compris à des âges auxquels, jusqu'à

présent, on avait coutume de les faire sortir du marché du travail, notamment en usant des dispositifs de préretraites/chômage, d'invalidité ou de retraites anticipées. Il demeure que chaque pays en Europe organise à sa manière les réponses à ce type d'enjeu et on sait qu'à l'heure actuelle, les résultats en matière d'emploi des seniors sont assez contrastés. *A fortiori*, l'étude du cas des États-Unis et du Japon montre que les solutions, pour comparables qu'elles puissent se révéler, ne sont pas uniformes.

Ces remarques conduisent à dire quelques mots à propos de l'échantillon de pays ici présenté. À défaut d'être représentatif, au plan géopolitique, de l'ensemble des pays industrialisés, il reflète au plan juridique un certain nombre d'agencements types, pourrait-on dire, en regard du problème posé, à savoir le vieillissement et ses effets sur le marché du travail et les systèmes de sécurité sociale. Ces agencements, par hypothèse, présentent des traits d'originalité. On constate – comme toujours lorsqu'on compare politiques sociales et droits sociaux – la prégnance des schémas institutionnels nationaux, des règles formelles, des pratiques, des croyances, bref, de la culture propre à chaque pays. Si nous sommes aujourd'hui entrés dans une ère nouvelle, un autre monde plus ouvert dont les éléments sont interconnectés, le thème que nous traitons ici nous rappelle singulièrement combien le capitalisme du XX^e siècle s'est structuré et développé dans des cadres nationaux. Certes, une forme a prédominé, le fordisme, et les pays dont l'économie et la croissance ont reposé sur les grandes entreprises – privées ou publiques – en portent encore la marque. Mais malgré cela, la manière de régler la question des âges sur le marché du travail, le rôle plus ou moins fort imparté à la législation, à l'intervention de l'État dans cette affaire et, plus largement, le type d'État Providence historiquement construit dans chaque pays offrent un panorama contrasté : ici, on observe le rôle déterminant de la firme dans le système de « l'emploi à vie » (USA, Japon) ; là, les effets de la négociation collective sur la fin de carrière, en articulation avec un système de sécurité sociale favorisant le retrait du marché du travail (Espagne) ; là encore le poids de l'État et des instruments de politiques publique pour orienter les entrées et sorties du marché du travail, forgeant une véritable « culture de la préretraite » (France), où le rôle des experts et de la concertation sociale pour modifier la norme et inverser la tendance (Danemark).

Interroger différents systèmes juridiques sur la question de l'emploi des seniors revient à poser un certain nombre de questions susceptibles de nourrir la comparaison. Parmi celles-ci, comment le droit national définit-il la catégorie « senior » et quel sens y-a-t-il à construire juridiquement une telle catégorie ? Quel type de politique est mis en œuvre ou privilégié ? S'agit-il de maintenir les seniors dans l'emploi et de prolonger leur activité de manière à leur permettre d'obtenir une pension de retraite de niveau suffisant ? Quels dispositifs juridiques sont mobilisés à cet effet, aussi bien en droit du travail qu'en droit de la sécurité sociale ou en droit fiscal ? S'agit-il d'inciter les travailleurs âgés sans emploi à retourner sur le marché du travail ou, au moins, à exercer une activité ? Quelles mesures (incitatives/coercitives) sont mises en œuvre à cet effet, avec quels résultats ? Au fond, les auteurs du présent dossier ont été incités à explorer les interactions entre droit du travail, politiques de l'emploi et droit de la sécurité sociale ou dispositifs d'aide sociale, dans la perspective d'un prolongement de la vie active des individus.

Les riches informations fournies par les textes ici publiés peuvent être lues sur plusieurs axes permettant d'esquisser quelques comparaisons. Nous proposons donc au lecteur une sorte de grille de lecture basée sur un certain nombre de « points saillants » qui ressortent des différents textes.

I - La relative « politisation » de la question de l'emploi des seniors

Par politisation, on entend le degré d'intérêt manifesté dans la sphère politique pour la question (législation ; projets/débats parlementaires ; actions du Gouvernement ; procédures de concertation avec les acteurs sociaux, campagnes de sensibilisation ou autres formes) et son inscription à l'agenda. Sur ce plan, il est possible de distinguer trois catégories ou groupes de pays. D'une part, les pays dans lesquels l'intérêt est officiellement affirmé, ce qui conduit l'État et les autres acteurs sociaux à mener ou envisager des politiques proactives en matière d'emploi des seniors. C'est manifestement le cas au Danemark, au Japon et en France. D'autre part, il y a des pays dans lesquels la volonté de mener une politique d'emploi des seniors est ou semble plus indirectement manifestée. Le cas de l'Espagne illustre cette position dans laquelle certaines mesures sont prises, visant notamment à retarder la retraite, mais sans que soit affirmée clairement la nécessité d'accompagner ces mesures par des politiques spécifiquement

dédiées à l'emploi des seniors. Enfin, le cas des États-Unis atteste d'une situation encore assez typique du « laisser faire » : les travaux académiques pointent le fait que les américains sont de plus en plus conscients de la nécessité de se maintenir en emploi au-delà de l'âge de la retraite, que nombre d'entre eux l'affichent même comme un désir, mais la régulation de la gestion des âges sur le marché du travail demeure fondamentalement laissée au marché lui-même.

S'il est intéressant de mettre en perspective la volonté d'agir pour construire une politique d'emploi des seniors, il convient aussi de tenir compte du contexte propre à chaque pays et du traitement traditionnellement réservé aux travailleurs âgés. Dans certains pays, en effet, l'enjeu pour l'État consiste à rompre radicalement avec les pratiques passées. Les cas de la France et de l'Espagne sont emblématiques : les politiques développées à partir des années 1970 peuvent y être qualifiées de politiques de substitution – au demeurant peu efficaces – entre jeunes et vieux sur le marché du travail dans un contexte de chômage croissant et sur la base d'un diagnostic de raréfaction de l'emploi. D'où un usage immodéré des dispositifs de préretraites, notamment en France comme le montre la contribution de N. Kerschen et de C. Mourier¹. Face à une telle situation, certains pays affichent une nette volonté de rupture (le Danemark et, plus tardivement, la France) alors que d'autres manifestent encore des hésitations (l'Espagne). De ce point de vue, le cas du Japon apparaît quelque peu différent. Y. Sekine² indique que le Japon n'a pas développé de dispositifs publics de préretraites ou de retraite anticipée, malgré un taux important de chômage des jeunes. En même temps, on apprend que dans le mode traditionnel de gestion du personnel par les entreprises et le système du fameux « emploi à vie », la pratique a consisté à mettre les salariés à la retraite à l'âge de 50 ans, c'est-à-dire avant même qu'ils ne liquident leur pension de retraite. Le législateur tente cependant de corriger cette pratique depuis une vingtaine d'années. Aux États-Unis, les grandes entreprises n'assurent plus l'emploi à vie, nous dit W. J. Sonnenstuhl³, ce qui implique que de nombreux

¹ N. Kerschen et C. Mourier, « 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 », dans le présent *Bulletin*, p. 111.

² Y. Sekine, « Travailler plus, plus longtemps – le Japon, "age free", malgré lui », dans le présent *Bulletin*, p. 93.

³ W. J. Sonnenstuhl, « La retraite aux États-Unis : le contrat social s'étirole », dans le présent *Bulletin*, p.149.

travailleurs se trouvent au chômage avant la retraite. Pas de dispositifs publics spécifiques, cependant, dans ce pays où prévaut l'idée de responsabilisation des travailleurs. Le Gouvernement semble laisser jouer le marché pour l'emploi des seniors qui se voient, de fait, exposés au risque de la précarité et des bas salaires.

II - Stratégie globale ou approche partielle de l'emploi des seniors

Dans certains pays, on peut observer que les pouvoirs publics et les acteurs sociaux tentent de jouer sur toute la palette des domaines et instruments juridiques susceptibles d'agir dans le sens du « vieillissement actif ». Les plans nationaux ou les politiques nationales articulent dès lors des mesures aussi bien sur le terrain des pensions (réformes visant à assurer la viabilité des retraites), sur le terrain de l'emploi et du droit du travail légal et conventionnel (limitations des possibilités de mise à la retraite forcée ; limitation du recours aux préretraites ; aides et incitations à l'emploi des seniors au chômage), voire sur le terrain fiscal. Dans ces pays, on peut considérer que la cohérence est forte entre les différentes mesures adoptées.

C'est le cas au Danemark⁴ qui, sans conteste, mène depuis plus de dix ans une stratégie globale dont les « ingrédients » sont, entre autres : une forte implication du Gouvernement et de la société civile (mouvement associatif en faveur des seniors sans emploi) ; le recul programmé de l'âge de la retraite à 67 ans ; des mesures pénalisant le recours au dispositif de préretraite volontaire ; des mesures d'activation pour les chômeurs âgés à partir d'une certaine durée de chômage, des subventions à l'emploi des seniors de 55 ans chômeurs de longue durée, des primes pour ceux qui choisissent de ne pas partir en retraite anticipée. Cette stratégie liée à une situation économique plutôt favorable a produit des résultats significatifs en termes de taux d'emploi des seniors.

Au Japon, on observe aussi un fort volontarisme manifesté notamment au travers du thème de la « participation » des personnes âgées (loi de 1995 sur le vieillissement). On y trouve donc des politiques officielles et constantes de prolongation de la vie active qui articulent des mesures fort diverses :

⁴ P. Abrahamson, « De l'or gris ? L'emploi des seniors au Danemark », dans le présent *Bulletin*, p. 191.

garanties de ressources et d'emploi, soins aux personnes âgées, formation et participation à la vie de la société, cadre de vie et environnement (logement, notamment), recherches et études sur le vieillissement. L'action des pouvoirs publics s'est déployée aussi bien dans le champ de la sécurité sociale (relèvement de l'âge de la retraite, augmentation des cotisations, mesures de cumul emploi retraite) que dans le domaine du droit du travail (régulation des pratiques de mises à la retraite d'office et, plus largement, tentatives de corriger les effets néfastes en termes de gestion des âges induits par les modes de management des entreprises constituées en « marchés internes »).

La France, comme le montrent N. Kerschen et C. Mourier⁵, se présente comme un cas de conversion tardive, tant la religion professée pendant de nombreuses années dans ce pays a été celle d'un véritable « droit à la préretraite ». Le résultat en est connu : la France affiche l'un des plus faibles taux d'emploi des 55-64 ans en Europe. Toutefois, on semble assister depuis peu à une tentative de déconstruction du compromis des années 1980-1990 et on peut effectivement observer, notamment depuis la réforme des retraites de 2003, un véritable déploiement de mesures : augmentation du montant de la pension en cas de liquidation différée de la retraite, limitations du recours aux préretraites, assouplissement des possibilités de cumul emploi retraite, encadrement et restriction des mises à la retraite d'office, négociation collective interprofessionnelle sur l'emploi des seniors (emportant, entre autres, la création d'un contrat de travail « seniors », des mesures d'aménagement des fins de carrière), et un plan d'action concerté du Gouvernement pour la période 2006-2010 témoignant d'une approche globale du problème. Les entreprises sont responsabilisées, notamment par le biais d'une obligation de négocier et de conclure des accords collectifs relatifs à l'emploi des salariés âgés, obligation légale assortie de sanctions financières. Par contre, le relèvement de l'âge de la retraite est demeuré jusqu'à présent un sujet « tabou » ; le tabou risque toutefois d'être levé dans un avenir proche.

D'autres pays ont une approche plus partielle et sans doute moins cohérente du problème. En Espagne, il semble que l'action ait essentiellement porté, à ce jour, sur le terrain de la Sécurité sociale, ce qui se comprend dans la mesure où un certain nombre de dispositifs de sécurité sociale (incapacité permanente, chômage) ont jusque-là joué le rôle de

⁵ N. Kerschen et C. Mourier, *op. cit.*

« prestations refuges » poussant les travailleurs âgés hors du marché du travail. Parmi les mesures visant à prolonger la vie active, on trouve, comme en France, l'instauration d'une « surcote » (pension augmentée en cas de liquidation différée), des possibilités de dépassement du plafond (la pension maximale) ou encore des avantages consentis aux entreprises qui maintiennent les seniors en activité. Des programmes spécifiques pour l'emploi des chômeurs de longue durée de plus de 45 ans ont été mis en œuvre et on a vu apparaître un « contrat de travail seniors » qui, en Espagne, prend la forme d'un contrat à durée indéterminée, alors que la France expérimente un contrat à durée déterminée. J. Cabeza Pereiro⁶ montre cependant l'ambivalence des réformes en Espagne, qui maintient encore une politique attractive en matière de préretraites. L'auteur souligne aussi le manque de véritable politique active et l'absence de politique fiscale en faveur de l'emploi des seniors.

Aux États-Unis, W. J. Sonnenstuhl⁷ montre que le contrat social fondé sur les trois piliers de la retraite – la Sécurité sociale, les plans d'entreprise et l'épargne individuelle – est en voie d'effondrement. La classe moyenne du secteur manufacturier se voit obligée de reporter les départs à la retraite, si les conditions de santé le permettent. Selon l'auteur, cet effondrement est largement dû à la crise économique, même si le vieillissement de la population est aussi en cause. On voit les faiblesses d'un système de protection sociale très « financiarisé » et fondé sur la capacité et la volonté des entreprises d'offrir retraite et couverture sociale à leurs employés. Les politiques publiques américaines ont essentiellement été menées sur le terrain de la Sécurité sociale : augmentation des cotisations salariales et relèvement progressif de l'âge de la retraite de 65 à 67 ans. Les États-Unis ont précédé l'Europe sur ce terrain. Mais globalement, la viabilité des pensions américaines est sujette à caution et le pays est en attente d'un nouveau contrat social « ré-impliquant » l'État.

⁶ J. Cabeza Pereiro, « Les seniors et l'emploi dans le royaume d'Espagne », dans le présent *Bulletin*, p. 169.

⁷ W. J. Sonnenstuhl, *op. cit.*

III - La problématique de la mise à la retraite forcée et de la discrimination en raison de l'âge

Quelles sont les règles et les pratiques gouvernant la mise à la retraite d'office ou forcée des salariés âgés par les employeurs et dans quelle mesure la règle de non discrimination en raison de l'âge vient-elle corriger ces pratiques d'exclusion ? Sur ce plan, on constate à nouveau une proximité entre la France et l'Espagne. Dans les deux pays, la législation et la négociation collective ont organisé ce mode de rupture du contrat de travail. En France, cependant, depuis la réforme des retraites de 2003, la loi restreint cette possibilité et permet désormais au travailleur qui ne souhaite pas être mis à la retraite de se maintenir dans l'entreprise jusqu'à 70 ans. Le cas de l'Espagne montre toujours une forte prégnance de la pratique de la mise à la retraite forcée, articulée à une logique « classique » de sécurité sociale plutôt dissuasive de l'emploi des seniors. Au sujet des clauses conventionnelles de mise à la retraite, J. Cabeza Pereiro⁸ décrit un étonnant jeu de « *stop and go* » entre le Tribunal Suprême, d'un côté, qui cherche à en encadrer le régime en se fondant sur le principe de non discrimination en raison de l'âge, et le législateur ainsi que les partenaires sociaux de l'autre, qui ne renoncent pas à cette technique censée favoriser l'emploi des jeunes par le départ des vieux. J. Cabeza Pereiro souligne, au passage, la position bien peu volontariste de la Cour de Justice des Communautés européennes sur le sujet.

Au Japon, le contexte semble assez différent et Y. Sekine⁹ montre qu'il n'a jusque-là guère été jugé nécessaire d'introduire le principe de non discrimination en raison de l'âge. Toutefois, les entreprises semblent avoir pratiqué systématiquement la mise à la retraite forcée sans se soucier de savoir si les salariés pouvaient accéder à la pension de retraite. L'État est intervenu pour corriger ces pratiques de management, d'abord par un système d'aides aux entreprises qui maintiennent leurs salariés en emploi jusqu'à 65 ans, puis par l'obligation légale. Malgré les résistances, un changement commence à s'opérer et le Japon tente de gommer ou de neutraliser le critère de l'âge qui structurait jusque là fortement l'entrée et la sortie du marché du travail.

⁸ J. Cabeza Pereiro, *op. cit.*

⁹ Y. Sekine, *op. cit.*

IV - L'emploi des seniors : de quel droit ?

Ce type de questionnement, à vrai dire, apparaît plutôt « en creux » dans les différentes contributions. Il revêt aussi une double dimension. D'une part, on peut se poser la question du droit *subjectif* dont peuvent ou pourraient se prévaloir les seniors souhaitant se maintenir en activité. Cette question est bien posée par N. Kerschen et C. Mourier¹⁰ qui, étudiant le cas français, mettent en question la réalité du *droit à l'emploi* pour les travailleurs âgés, au regard de politiques et de pratiques de relations professionnelles qui, jusque-là, ont plutôt nié ce droit et exclu les vieux du marché du travail. Au fond, on peut considérer que les pays pour lesquels on observe une forte politisation de la question sont des pays dans lesquels s'opère une prise de conscience de la nécessité de donner corps au droit à l'emploi des seniors. Sans doute le principe de non discrimination en raison de l'âge, malgré ses limites, constitue-t-il un instrument permettant d'œuvrer dans ce sens. D'autre part, la question du droit de l'emploi des seniors peut être saisie sur le terrain des formes juridiques. Les auteurs s'interrogent sur le mode réglementaire pertinent en la matière : faut-il privilégier l'approche de *soft law* pour obtenir des résultats, notamment pour parvenir à un changement des pratiques entrepreneuriales ? P. Abrahamson¹¹ semble le penser s'agissant du Danemark tandis que Y. Sekine¹², dans le cas du Japon, se montre plus dubitative et évoque plutôt un schéma dans lequel s'articulent contraintes juridiques et incitations à valeur pédagogique. Au final, on observera que si les comparaisons montrent une plus ou moins grande consistance des dispositifs juridiques au regard de l'emploi des seniors, selon les pays, cela ne préjuge pas des résultats effectifs. Sur ce sujet, cependant, les auteurs expriment assez largement leur perplexité quant aux effets de la crise économique et financière. Celle-ci a manifestement porté un coup d'arrêt à la dynamique à peine enclenchée d'augmentation du taux d'emploi des seniors qui, de manière générale, s'avèrent une catégorie toujours vulnérable face aux licenciements massifs. Par-delà la conjoncture défavorable, il demeure néanmoins absolument nécessaire de s'interroger sur la place qu'on veut accorder aux travailleurs âgés dans nos sociétés et en particulier sur la question du droit de travailler ou de ne pas travailler dans la vieillesse.

¹⁰ N. Kerschen et C. Mourier, *op. cit.*

¹¹ P. Abrahamson, *op. cit.*

¹² Y. Sekine, *op. cit.*