HAL
archives-ouvertes.fr

L'âge en droit social : étude en droit européen, français et allemand

Laetitia Razé

▶ **To cite this version:**

Laetitia Razé. L'âge en droit social : étude en droit européen, français et allemand. Droit. Université Rennes 1, 2013. Français. <NNT : 2013REN1G025>. <tel-01298159>

HAL Id: tel-01298159
https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01298159

Submitted on 5 Apr 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE / UNIVERSITÉ DE RENNES 1
sous le sceau de l'Université Européenne de Bretagne

pour le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Mention : Droit

Ecole doctorale Sciences de l'Homme, des Organisations et de la Société (SHOS)

présentée par

Laetitia Razé

Préparée à l'unité de recherche IODE
Institut de l'Ouest : Droit et Europe UMR CNRS 6262
Université de Rennes 1

L'âge en droit social. Etude en droit européen, français et allemand.

Thèse soutenue à l'Université de Rennes 1
Le 9 Décembre 2013

Devant le jury composé de :

Monsieur Jean-Philippe LHERNOULD
Professeur à l'Université Poitiers *rapporteur*

Monsieur Patrick MORVAN
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
rapporteur

Madame Marion DEL SOL
Professeur à l'Université Rennes I *examinateur*

Monsieur Christophe WILLMANN
Professeur à l'Université Rouen *examinateur*

Madame Sylvie HENNION
Professeur émérite à l'Université Rennes I
directrice de thèse

Monsieur Otto KAUFMANN
Chercheur (HDR) Institut Max-Planck Munich
Codirecteur de thèse

THÈSE / UNIVERSITÉ DE RENNES 1
sous le sceau de l'Université Européenne de Bretagne

pour le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Mention : Droit

Ecole doctorale Sciences de l'Homme, des Organisations et de la Société (SHOS)

présentée par

Laetitia Razé

Préparée à l'unité de recherche IODE
Institut de l'Ouest : Droit et Europe UMR CNRS 6262
Université de Rennes 1

L'âge en droit social. Etude en droit européen, français et allemand.

Thèse soutenue à l'Université de Rennes 1
Le 9 Décembre 2013

Devant le jury composé de :

Monsieur Jean-Philippe LHERNOULD
Professeur à l'Université Poitiers *rapporteur*

Monsieur Patrick MORVAN
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
rapporteur

Madame Marion DEL SOL
Professeur à l'Université Rennes I *examinateur*

Monsieur Christophe WILLMANN
Professeur à l'Université Rouen *examinateur*

Madame Sylvie HENNION
Professeur émérite à l'Université Rennes I
directrice de thèse

Monsieur Otto KAUFMANN
Chercheur (HDR) Institut Max-Planck Munich
Codirecteur de thèse

J’écris ces quelques lignes pour exprimer mes plus vifs remerciements à l’intention de tous ceux qui ont contribué à l’aboutissement de ce projet.

Je tiens particulièrement à remercier ma directrice Madame Sylvie Hennion, Professeur émérite à l’Université de Rennes 1. Indispensable soutien dans ce périple, elle m’a guidée en me dispensant des conseils précieux. Je lui suis également reconnaissante pour la confiance qu’elle m’a accordée en m’offrant l’opportunité de mener un tel projet, mais aussi pour le temps qu’elle m’a consacrée lors de nos multiples entretiens.
C’est grâce à sa présence et à son investissement que cette étude a pu être finalisée.

Je tiens également à adresser toute ma gratitude à l’égard de mon codirecteur M. Otto Kaufmann , chercheur HDR à l’Institut Max-Planck de Munich. Sa patience et ses conseils avisés en droit social – notamment - m’ont été d’un grand secours dans la réalisation de ce projet. J’ai en outre très apprécié l’accueil qui m’a été offert lors de mon séjour à Munich. Ces lignes représentent une nouvelle opportunité d’exprimer mes remerciements non seulement pour ce séjour chaleureux et studieux au sein du laboratoire du MPI de Munich ; mais aussi pour les multiples recommandations de mon codirecteur à propos de mon poster. .

J’ai également une pensée toute particulière pour les membres du laboratoire de l’IODE de l’Université de Rennes, inestimable soutien moral dans la finalisation de ma thèse.

Je reste infiniment redevable à l’égard de mes collègues et amis.
Adra, je te remercie pour ton moral à toute épreuve face à l’impossible. Sans toi, ce projet n’aurait jamais pu aboutir.
Ève, mille fois merci pour ton écoute, ta présence. Nos échanges m’ont été indispensables pour faire face à la tâche.
Sébastien, mon indispensable informaticien bilingue, ne change pas, « tu es merveilleux ! »
Julie, merci pour tes lectures attentives et tes précieuses recommandations dispensées entre deux copies.
Aurore, encore merci pour ta lecture particulièrement attentive.
Zackarya, merci pour ton aide et nos échanges.

Ces remerciements ne seraient pas exhaustifs, si je ne dédiais pas quelques lignes aux multiples relecteurs qui ont accepté de participer à la finalisation de ce projet. Encore merci pour le temps que vous m’avez accordé.

Enfin, je tiens à adresser mes plus sincères remerciements à ma famille et à mon frère, pour leur inestimable collaboration et leur lecture parfois très critique de mon manuscrit.
Mes pensées vont également à toi, pour ton immense compréhension ces derniers mois.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

§	*Paragraphe*
Aff.	*Affaire*
AJDA	*Actualité juridique de droit administratif*
Al.	*Alinéa*
Art	*Article*
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch*
BGBl	*Bundesgesetzblatt*
BOCC	*Bulletin Officiel des Conventions Collectives*
Bull. civ .	*Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*
Bull. crim	*Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation*
C. civ.	*Code civil*
C. com	*Code de commerce*
C. pén.	*Code pénal*
C. trav	*Code du travail*
CE	*Conseil d'État*
CEDH	*Cour européenne des Droits de l'Homme*
CJCE	*Cour de Justice des Communautés européennes*
CJUE	*Cour de Justice de l'Union européenne*
Comm.	*Commentaire*
CSS	*Code de la sécurité sociale*
D.	*Dalloz*
Defrénois	*Répertoire Defrénois*
Dir.	*Dirigé*
Dr. adm.	*Droit administratif*
Dr. fam.	*Droit de la famille*
Dr. ouv.	*Droit ouvrier*
Dr. pén.	*Droit pénal*
Dr. soc.	*Droit social*
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais*
JCl	*Jurisclasseur*
JCP A	*Juriclasseur périodique (La Semaine juridique) Administration et collectivités*
JCP E	*Juriclasseur périodique (La Semaine juridique) édition entreprise*
JCP G	*Juriclasseur périodique (La Semaine juridique) édition générale*
JCP N	*Juriclasseur périodique (La Semaine juridique) édition notariale*
JCP S	*Juriclasseur périodique (La Semaine juridique) édition sociale*
JOCE	*Journal Officiel des Communautés européennes*
JOUE	*Journal Officiel de l'Union européenne*
JORF	*Journal Officiel de la République Française*
Lexbase Hebdo éd. sociale	*Revue Lexbase Hebdomadaire édition sociale*
LPA	*Les Petites Affiches*

not.	*Notamment*
Obs.	*Observation*
RAE	*Revue des Affaires Européennes*
Rec.	*Recueil des arrêts de la Cour de Justice*
RÉP.	*Répertoire*
RDT	*Revue Droit du travail*
RJS	*Revue de jurisprudence sociale*
RJPF	*Revue juridique personne et famille*
RSC	*Revue Sciences criminelles*
RTD civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RTD com.	*Revue trimestrielle de droit commercial*
RTDE	*Revue trimestrielle de droit européen*
RDSS	*Revue de droit sanitaire et social*
Sem. Soc. Lamy	*Semaine sociale Lamy*
SGB	*Sozialgesetzbuch*
Soc.	*Chambre sociale de la Cour de cassation*
TCE	*Traité instituant la Communauté européenne*
TFUE	*Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*
TUE	*Traité sur l'Union européenne*

SOMMAIRE

INTRODUCTION **1**

PARTIE 1. LE CONCEPT DE L'ÂGE DANS LES RELATIONS PROFESSIONNELLES **63**

TITRE 1. LES FONDEMENTS DE L'ÂGE DANS LES RELATIONS PROFESSIONNELLES 65

Chapitre 1. Les fondements culturels du concept de l'âge *67*

Chapitre 2. Les fondements physiologiques du concept de l'âge *117*

TITRE 2. L'ÂGE AU REGARD DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT DANS LES RELATIONS PROFESSIONNELLES 197

Chapitre 1. La dignité dans l'âge *201*

Chapitre 2. L'égalité de traitement dans l'âge *247*

PARTIE 2. LA PLACE DE L'ÂGE DANS LA FIN DES RELATIONS PROFESSIONNELLES **317**

TITRE 1. LE SEUIL D'ÂGE DANS L'ACCÈS À LA RETRAITE 319

Chapitre 1. Les fondements du seuil d'âge *321*

Chapitre 2. La détermination du seuil d'âge *391*

TITRE 2 : LA CONCILIATION DE LA LIQUIDATION DE LA PENSION DE VIEILLESSE ET LES RELATIONS PROFESSIONNELLES 455

Chapitre 1 L'âge de la retraite et la rupture des relations professionnelles. *457*

Chapitre 2 La conciliation de l'âge de la retraite et les relations professionnelles *525*

CONCLUSION GENERALE **579**

Introduction

Et le Sphinx demanda à Œdipe[1] :

« *A l'aurore, il se traîne sur quatre pieds ; à midi, il marche sur deux ; le soir, c'est sur trois qu'il avance en chancelant. Quel est cet être, jamais le même et cependant jamais plusieurs, mais un seul ?* »

Sans l'ombre d'une hésitation, Œdipe lui répondit :

« *Quel serait cet être, sinon l'homme ?* »

Car dans sa prime enfance, considérée comme le matin de la vie, il se traîne sur ses pieds et ses mains ; à l'âge adulte, soit le midi de la vie, il se tient debout sur ses jambes et enfin, au soir de la vie, dans sa vieillesse, il s'aide d'un bâton pour marcher, telle une troisième jambe, indispensable pour se soutenir[2].

1. La physionomie de l'être humain est ainsi appelée à changer en fonction de l'écoulement du temps. Autour de cette évolution, ou plus précisément de ces changements physiologiques, modifiant l'état physique et psychique de l'être, des normes sociales ont été édifiées.

Les passages entre ces âges, sont bien souvent rythmés par des rites initiatiques, préparant l'être à la phase suivante[3]. La fin de l'enfance est ainsi marquée par un rite de passage,

[1] L'échange entre le Sphinx et Œdipe est issu du livre de E. F. BUCKLEY, Trad. De S. GODET, *Légendes de la Grèce antique*, Librairie Payot et Cie, 1931, p. 23.

[2] P. COMMELIN, *Mythologie grecque et romaine*, Ed. Garnier Frères, 1960, p. 180.

[3] « *Les rites […] viennent jalonner la vie en orchestrant ces grands passages. Ils symbolisent la perpétuelle transformation des mortels humains que nous sommes, la valorisent, aident à la vivre et à supporter les pertes qu'elle entraîne, en l'occurrence l'abandon d'un passé qui n'était pas sans avantages, et auquel il est douloureux de renoncer. Les rites initient aux étapes nouvelles, c'est-à-dire qu'ils donnent les impulsions de changement : « le rituel licite le passage », comme l'écrit Pierre Bourdieu* », C. Le GRAND-SÉBILLE, « Des rites pour se situer », in *Fins de vie, éthique et société*, dir. E. HIRSCH, ERES, 2012, p. 460-467.

permettant à l'enfant-adolescent d'être introduit au sein du monde des adultes. Ce rituel est souvent constitué par une cérémonie[1], la réalisation d'un exploit, voire de pratiques à risque[2].

2. Car à toutes les époques, les individus ont été classés en raison de leur âge. Ce critère a parfois été combiné à celui du sexe, définissant ainsi le rôle et la place de l'individu au sein de l'organisation sociétale. Il en est ainsi dans *la Femme de trente ans*[3]. Jeune et fraîche à l'âge de quinze ans, l'avancée en âge chez la femme constitue un cheminement progressif vers la décrépitude. Au sommet de son épanouissement à l'âge de trente ans, la vie de la femme est très fortement encadrée. Sa vie est ainsi dédiée à la réussite de son mariage, contracté aux alentours de ses dix-neuf ans. La seconde mission de sa vie concerne la vie familiale et plus précisément, les enfants. Aspirant à un mariage d'amour, la naïve Julie s'éprend d'un officier, rustre et infidèle. Devenue l'épouse de cet homme, elle se morfond dans ce mariage malheureux, bien éloigné des exaltations de l'amour rêvées durant sa jeunesse. Sa vie ne fut ponctuée que par un enchaînement d'événements malheureux, faisant disparaître ses amants et ses enfants. Dénonçant le piège tendu aux jeunes femmes à travers le mariage[4], Balzac fait l'éloge de la femme âgée de trente ans, « *sommité poétique de la vie des femmes* [5]». « *La physionomie des femmes ne commence qu'à trente ans. Jusque à cet âge le peintre ne trouve dans leurs visages que du rose et du blanc, des sourires et des expressions qui répètent une même pensée, pensée de jeunesse et d'amour, pensée uniforme et sans profondeur ; mais, dans la vieillesse, tout chez la femme a parlé, les passions ses sont incrustées sur son visage ; elle a été amante, épouse, mère ; les expressions les plus violentes de la joie et de la douleur ont fini par grimer, torturer ses traits, par s'y empreindre en mille rides [….]*»[6] .

---

[1] En Afrique subsaharienne, le jeune homme est circoncis à l'intérieur de la « Case de l'homme », puis humilié et brimé par leurs aînés. Pour les jeunes filles, cela peut prendre la forme d'une mutilation sexuelle ; M. LAMINE DIOUF, « La case de l'homme : un rituel au service du narcissisme et de l'intégration de la loi chez l'adolescent africain », *Perspectives Psy*, 2010/2, voL. 49, p. 137-143.

Ou des multiples et progressives ornementations corporelles rythmant la vie des Matis, peuple indigène de l'Amazonie brésilienne ; P. ERIKSON, « Comme à toi jadis on l'a fait, fais-le moi à présent… », *L'Homme* 2003/3-4, n°167-168, p. 129-158.

[2] D. Le BRETON, *Conduites à risque*, essai, Puf, 2002.

[3] H. de BALZAC, *La femme de trente ans*, Hatier Poche, 2006.

[4] V. le dialogue entre le curé et la comtesse d'Aiglemont, chapitre III, in *La femme de trente ans, préc*.

[5] Extraits de *La femme de trente ans, ibid*., p. 131.

[6] Extraits de *La femme de trente ans*, préc. ,p. 221.

Mais cet extrait ne permet pas seulement de saisir la psychologie féminine de l'époque, il expose en outre le poids des rôles et fonctions déterminés par la société, sur les individus.

3. Cette classification existait déjà sous l'Antiquité. L'inévitable décrépitude affectait moins négativement les hommes que ces dames, comme Cicéron[1] nous l'a appris à travers une leçon de vie portant sur la vieillesse, âge contribuant à la bonne organisation de l'espace sociétale. Contrairement à une idée communément admise, la vieillesse n'arracherait pas aux affaires, notamment politiques. Exemples à l'appui, Caton a démontré que la sagesse du vieil homme se révélait indispensable pour modérer les ardeurs de la jeunesse[2]. La vieillesse ne signifiait pas la cessation des activités intellectuelles, ni même des travaux agricoles, consacrant ainsi « *leurs soins à des travaux […] complètement désintéressés*[3] ». De surcroît, la perte de la force physique pouvait être compensée par la vigueur intellectuelle, progressivement enrichie au fil du temps, dont la transmission aux plus jeunes était conseillée. Cette maturité, fruit de l'avancée en âge de l'individu, est alors perçue positivement, car elle était synonyme d'expériences, de savoirs et connaissances. En détenant de tels atouts, l'homme âgé conservait sa place au sein de la société.

Cette organisation inclusive n'a pas toujours été partagée, puisque certaines sociétés reposaient sur l'éviction définitive d'une tranche d'âge en raison de son âge[4] .

4. Mais la vieillesse ne retire pas nécessairement à l'être, sa place dans la société, tant que subsiste sa volonté de la conserver. L'une des fables de la Fontaine illustre justement ce

---

[1] CICÉRON, *De la vieillesse, Caton l'Ancien*, Les belles lettres, 2008.

[2] « *Temeritas est uidelicet florentis aetatis, prudentia senescentis* », CICÉRON, préc. p. 24, n°20

[3] CICÉRON, *préc*., p. 29, n°24.

[4] *La Ballade de Narayama*, film japonais de SHÔHEI IMAMURA, 1983, adaptation du livre de FUKAZAWA SHICHIRO, *La Ballade de Narayama*, 1956. La pauvreté de certains villages japonais imposait le sacrifice des vieillards. Ce sacrifice se matérialisait par un pèlerinage à destination de la montagne aux pins. Le fils transportait sa mère, bientôt septuagénaire, au sommet de cette montagne. La tombée de la neige était un signe positif, révélant le bon accueil de la personne âgée parmi les cieux.

Certains ont d'ailleurs fait le parallèle entre cette accession et l'entrée en maison de retraite, dernière demeure avant la disparition de l'être: J.-J. DEPASSIO, in *Décideurs en gérontologie*, n°75, janvier-février 2006, p. 25 ; Cité par Y. SAUVEUR, *Images de la vieillesse dans la France contemporaine : Ambiguïtés des discours et réalités sociales*, Société, EUD, 2013, p.63-64.

v. aussi l'étude approfondie à propos des peuplades primitives, menée par S. de BEAUVOIR, *La vieillesse*, Gallimard, 1970, p. 45-69.

possible maintien du lien avec la société. Il s'agit de la fable intitulée « Le vieillard et les trois hommes »[1]. Cet apologue gravé dans le marbre, contient en effet un message positif en faveur des plus âgés. Un octogénaire occupé à planter, est la cible de critiques acerbes de trois jouvenceaux, lui reprochant de réaliser un acte dont il ne bénéficiera pas des fruits.

« *À quoi bon charger votre vie*
Des soins d'un avenir qui n'est pas fait pour vous ?
Ne songez désormais qu'à vos erreurs passées :
Quittez le long espoir et les vastes pensées ;
Tout cela ne convient qu'à nous.
Il ne convient pas à vous-mêmes »

Refusant la fatalité du destin, dont l'issue, indifférente à l'âge est communément partagée, mais aussi une fin de vie tournée vers le seul passé, le vieil homme leur rétorqua :

« *Doit jouir le dernier ? Est-il aucun moment*
Qui vous puisse assurer d'un second seulement ?
Mes arrière-neveux me devront cet ombrage :
Hé bien défendez-vous au Sage
De se donner des soins pour le plaisir d'autrui ?
Cela même est un fruit que je goûte aujourd'hui :
J'en puis jouir demain, et quelques jours encore ;
Je puis enfin compter l'aurore
Plus d'une fois sur vos tombeaux ».

Conséquemment, l'individu âgé n'est pas nécessairement exclu en raison de son âge, sous réserve de détenir suffisamment de forces et de volonté pour conserver une place. L'individu âgé, toujours actif, voire productif, peut demeurer au sein de l'espace sociétal. Ce dernier doit toutefois être suffisamment inclusif pour y intégrer tous les âges du cycle de vie.

L'ensemble de ces exemples partage une commune préoccupation, l'âge de l'individu. Cet âge constitue un élément de classification, permettant de définir le rôle et la fonction d'un

[1] J. de LA FONTAINE, Le Vieillard et les trois jeunes hommes, in *Fables*, Le Livre de poche, 2002, Fable VIII, Livre onzième, p. 340-341.

individu à chaque instant. Ce critère contribue en outre à saisir les caractères *propres* à chaque âge, insouciance et impétuosité de la jeunesse, sagesse et maturité des anciens.

Ce fait physiologique n'attire pas seulement l'intérêt des écrivains, puisqu'il attise également celui des juristes[1]. Pourtant, il faudrait en premier lieu s'attacher à définir juridiquement l'âge, s'il existe une telle acception (§1). Le législateur emploie de mille façons ce critère (§2), notamment en droit social (§3). Finalement nous porterons notre intérêt sur les effets du triptyque âge, vieillissement et vieillesse sur la norme juridique (§4). La méthodologie guidant notre étude sera ensuite exposée (§5).

§1. L'ÂGE, UN MARQUEUR DU TEMPS

5. L'âge d'un individu n'est représenté que par un chiffre, illustrant le temps écoulé depuis sa naissance. Ce marqueur n'est donc que temporel et temporaire. Le décompte ne prend en effet fin qu'à la mort de l'être (1). Pourtant la notion d'âge peut revêtir de multiples visages, ce qui impose le partage d'une définition commune (2).

1. Les définitions de l'âge

6. Étymologiquement, l'âge est un nom commun masculin d'origine latine, issu du nom féminin *aetas*, qui est une abréviation du mot *aevitas*. Cette subtilité linguistique est intéressante, puisque celle-ci permet de révéler l'essence même du mot âge et surtout sa racine : l'*aevum*, le temps. L'*aetas* et l'*aevitas* se définissent comme étant «*ce qui a pris du temps, ce qui a duré* », dévoilant ainsi cette prise en compte de l'écoulement du temps. Ainsi, même à cette époque reculée, la notion d'âge était appréciée comme un instrument de mesure du temps et de ses effets sur les êtres mais aussi leurs places et fonctions sociales. Sous l'Antiquité, les civilisations grecque et romaine s'appuyaient déjà sur la segmentation des âges pour organiser la vie sociale, militaire et politique.

La place de l'âge au sein de la société se révèle centrale, puisque c'est à partir de la régulation de ce phénomène biologique que les rôles et places des individus ont été définis.

[1] F. COGULET-BONNET, *L'incidence de l'âge sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, Thèse, éd. Jeunesse et droit, Paris, 2008 ; C. LACOUR, *Vieillesse et vulnérabilité*, Thèse, PUAM, 2007; M. MERCAT-BRUN, *Vieillissement et Droit à la lumière du droit français et du droit américain*, Thèse publiée LGDJ, 2001; A. BOUILLOUX, *L'âge du salarié*, Thèse, Lyon II, 1993.

Cet héritage reste naturellement d'actualité, à l'image des multiples définitions communément admises.

La première des définitions de l'âge est chronologique. L'âge correspond à « *la durée déterminée de la vie*[1] » ou plus précisément au« *temps écoulé depuis la naissance* ». Il se traduit alors sous une forme chiffrée. Représenté à travers un nombre bien déterminé, ce sigle commun permet à la société ainsi qu'à l'individu de se situer à un instant T de son existence. La seule précision qu'il sera parfois nécessaire d'apporter est celle de savoir si ce seuil d'âge est révolu ou non, laissant ainsi transparaître des racines juridiques au cœur de la notion. Cette *« unité de mesure quantitative renvoyant à un chiffr* »[2] décompte le nombre de jours, de mois et d'années qui se sont écoulés depuis que l'être a vu le jour.

La deuxième des définitions de l'âge est physiologique. L'âge, c'est aussi « *la période de la vie correspondant à une phase de l'évolution de l'être humain* », exposant au grand jour les différentes étapes de la vie, telles que le bas âge, le troisième âge ou le quatrième âge. L'âge représente alors un indice révélateur du degré de maturation de l'individu, qui reste soumis en tant qu'organisme pluricellulaire[3], au programme biologique naturel. Au début de son existence, l'être est en plein développement : sa croissance augmente, ses cellules se régénèrent beaucoup plus aisément[4]… Ensuite, arrivé à l'âge adulte, son organisme a atteint le stade de la maturité et enfin, aux alentours de l'âge de 60 ans, il entre dans une nouvelle phase, la vieillesse. Le terme de ce processus se concrétise par la mort de l'être.

La troisième définition de l'âge est culturelle. Ces « *moments de la vie propre à chaque être »*[5] ne sont pas uniquement des étapes du cycle biologique de l'être humain, car des

---

[1] Les définitions évoquées sont issues du *Petit Larousse illustré 2011*, Paris, Larousse 2010.

[2] F. COGULET-BONNET, *op.cit.*, p.2.

[3] R. LADISLAS, « Biologie du vieillissement », *Communications,* n°37, Le continent gris. Vieillesse et vieillissement, 1983, p.17-30.

[4] L'âge joue en effet un rôle important dans le processus de cicatrisation des plaies. Lecomte de Noüy avait d'ailleurs créé un instrument de mesure du vieillissement cellulaire. À l'âge de 10 ans, une plaie cicatrise en 20 jours, 31 jours à 20 ans, 41 jours à 30 ans, 55 jours à 40 ans, 78 jours à 50 ans et 100 jours à 60 ans ; E. FELLER, « De Charcot à Carrel, la vieillesse et le regard médical », in *Histoire de la vieillesse, 1900-1960, du vieillard au retraité,* éd. Seli Aslan, Paris, 2005, p.94 ; Sur les effets biologiques de la vieillesse: S. de BEAUVOIR, *op. cit.*, p. 23-44.

[5] F. COGULET-BONNET, *Op. cit,* p. 3. D'ailleurs, l'auteur illustre cet autre aspect de l'âge en citant Jean SUTTER « *c'est la structure polycellulaire des êtres qui créé le temps physiologique* ». J. SUTTER, « Âge physiologique et âge chronologique », in *Actes du colloque Alliance National contre la dépopulation. Trois journées pour l'étude scientifique du vieillissement de la population*, 22-23-24 avril 1948, fascicule III, p.57.

conceptions culturelles s'y sont progressivement greffées. L'appréhension de l'âge est alors effectuée à la lumière de ces constructions sociales telles que l'enfance, la jeunesse, l'adulte, la vieillesse.

La quatrième définition de l'âge est liée à l'écoulement constant du temps et ses effets irréversibles sur l'être. L'un des autres visages de l'âge correspond donc au vieillissement et son étape ultime, la vieillesse. Cette perception de l'âge par l'environnement sociétal, met en exergue le cheminement de l'être dans les différentes étapes du cycle biologique et le poids de l'âge chronologique. La subjectivité de la notion jaillit donc à travers des expressions courantes, telles que *prendre de l'âge, ne pas faire son âge, avancer en âge…* Toutes ces expressions couramment usitées ne démontrent qu'une chose : l'être humain est en perpétuel état de vieillissement et celui-ci atteindra un point ultime, la vieillesse, dernière et malheureuse étape avant la disparition naturelle de l'être.

L'exposé de ces différentes définitions de l'âge, en tant qu'instrument de mesure du temps et de ses effets sur l'être humain génère une interrogation légitime. En employant très fréquemment cette notion d'âge[1], le législateur peut nous amener à envisager l'existence d'une définition juridique.

7. La référence en la matière[2], expose plusieurs définitions, renvoyant soit à la personne physique, soit à une périodicité de la vie humaine.

La première est liée à la personne physique et désigne « *le nombre d'années d'existence auquel sont attachées certaines conséquences juridiques* ». L'âge peut ainsi être « *réel ou par référence à la loi, [c'est-à-dire compris entre] un minimum et un maximum* ». L'âge réel est un élément permettant au juge d'apprécier « l'*homme dans sa singularité, à recomposer son portrait dans les traits que lui donne son âge »*[3]. La prise en considération de l'âge revêt alors les traits d'un « *correctif à l'âge légal* », nécessaire pour moduler le caractère « *un peu grossier et inadéquat* » de la présomption légale[4]. La définition prétorienne repose alors sur une appréciation subjective de l'âge, faisant ainsi référence aux quatre définitions

[1] Comme le constate Le Professeur DUPEYROUX, « L'âge en droit social », *Dr. soc*. 2003, p. 1041.

[2] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 7e éd. 2005, v° Âge.

[3] G. CORNU, « L'âge en droit civil », *Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, Tome II, Droit privé, Dalloz Sirey, Paris, 1961, p. 24.

[4] Ce correctif apporté à la présomption de l'âge légal se manifeste par l'appréciation de la vulnérabilité de l'être ; G. CORNU, « L'âge en droit civil », *préc* ., p. 26-27 ; v. *infra*, n°12-27.

pluridisciplicinaires précédemment exposées. À cet âge réel, est opposé l'âge par référence à la loi, c'est-à-dire l'âge légal, caractérisé au contraire par l'objectivité.

Dans une deuxième approche, l'âge renvoie à une « *période de la vie humaine* ». À travers cette acceptation, l'âge correspond à une « *division de la course de l'existence* » par tranche d'âge, se rapprochant ainsi de la notion de génération.

Cette dernière définition est suivie d'une série d'exemples, reposant chacun d'entre eux sur cette notion de segmentation de la vie humaine.

Ainsi, « *le bénéfice de l'âge* » consiste à faire jouer le privilège de l'âge en tant que méthode de sélection pour l'attribution d'une fonction. Il existe également un « *âge d'admission* », limitant l'exercice d'une activité professionnelle par un adolescent.

L'âge de la retraite constitue un autre des exemples de l'application de cet élément en tant que condition d'accès à un régime.

Il en est de même pour l'âge de raison. Cette autre illustration de la périodicité de la vie humaine, désigne « *l'âge (légalement indéterminé) à partir duquel le mineur commence à comprendre la portée de ses actes et qui dépend en fait, pour chacun, de l'éveil de son esprit (en général autour de cinq à sept ans)* », ce qui correspond à la capacité naturelle de discernement, l'aptitude à comprendre.

L'âge peut aussi être légal, faisant ainsi référence à l'« *âge déterminé par la loi à l'accomplissement duquel est subordonnée l'acquisition ou la perte d'un droit ou d'un état* ». Il s'agit alors de l'âge de la majorité ou l'âge de la retraite.

La saisie de l'âge par le Droit peut en outre se manifester à travers un « *âge limite* », imposant au travailleur la cessation de la relation de travail.

8. Ces différentes manifestations du recours au critère de l'âge par le législateur ne permettent pas véritablement de considérer qu'il existe une définition juridique de l'âge. En revanche, elle procure un aperçu des enjeux liés à l'appréhension de l'âge d'un individu. Un auteur a d'ailleurs écrit à propos de la vieillesse, que « *c'est rarement à l'âge directement qu'on se réfère ; c'est aux […] conséquences qu'il est censé entraîner* »[1]. Cette réflexion suscite une interrogation portant sur les multiples usages de l'âge en Droit et la justification de son recours par le législateur. Plus simplement, il s'agit de se demander pour quelle raison le législateur s'est emparé du critère de l'âge pour l'intégrer au sein de la norme juridique.

[1] G. LYON-CAEN, « Une vieillesse sans droit », *D.* 1991, Chron. 21 (spéc. n°1).

Toutefois pour se conférer une assise solide, indispensable pour envisager un quelconque recours à ce critère dans un régime, le législateur a dû en préciser les contours.

2. L'impératif d'une acception commune

9. Selon la définition communément admise[1], la société correspond à « *l'ensemble d'individus vivant en groupe organisé* ». Cet ensemble se caractérise par des institutions, des lois, des règles qui lui sont propres. Le partage de définitions communes représente donc un impératif sociétal. En effet, ces définitions permettent non seulement de déterminer la législation applicable, mais aussi la place d'un individu au sein de cette organisation. Il en est ainsi de l'âge.

L'âge est un des éléments participant à l'identification de l'individu. Il permet de désigner un individu à un instant T et de le situer dans le temps. L'âge constitue un moyen de comptabiliser le nombre d'années écoulées depuis que l'être existe. Composante de l'état des personnes, indivisible[2], personnel[3], indisponible[4] et immuable[5], la notion d'âge encadre la vie de l'être dès son arrivée au sein de l'espace sociétal, participant ainsi à la reconnaissance de son individualité.

Ce décompte de l'avancée en âge débute à la naissance[6]. Cette condition n'est toutefois pas suffisante, puisque la viabilité et la vie de l'enfant sont également requises[1]. La

---

[1] *Le Petit Larousse illustré 2011*, Paris, Larousse 2010.

[2] Au cours de son existence, l'individu traverse tous les âges, mais il ne peut en avoir plusieurs à la fois.

[3] L'âge étant lié intrinsèquement à la personne, ce décompte du temps se fige à la mort de celle-ci.

[4] La personne ne peut céder par convention son âge.

[5] L'individu ne peut par sa seule volonté, modifier son âge sur son état civil. Loin de signifier le gel du décompte, cela rend seulement impossible la modification de la base de calcul (jour, mois et année de naissance) par la seule volonté de la personne.

[6] Pourtant il existe un très célèbre adage énonçant que l'enfant conçu est considéré comme né à chaque fois qu'il s'agit de son intérêt (*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*). En matière de succession, l'alinéa 1er de l'article 725 du Code civil énonce que la qualité d'héritier doit être reconnu, à celui qui conçu lors de l'ouverture de la succession, est né viable. Cela se confirme à la lecture de l'article 906 du Code civil, à propos de la capacité de recevoir dans le cadre d'une donation entre vifs et d'une succession.

Pour une application de cet adage à d'autres matières : « L'enfant simplement conçu peut-il réellement se prévaloir d'un préjudice d'affection ? », *RPJF* 2013, n°1, p.13-15, obs. J. GALLOIS ; « L'enfant conçu n'est pas créancier d'aliments », *Dr. fam.* 2013, comm. 39, X. LABÉE ; Sur le respect et l'honneur à ses pères et mères par l'enfant conçu (frais d'obsèques du père décédé avant la naissance): Civ. 1ère 28 janvier 2009, pourvoi

combinaison de ces critères permet de reconnaître la qualité de sujet de droit à cet être nouvellement arrivé au monde.

L'article 34 du Code civil relatif à l'acte d'état civil exige la mention de la date de naissance de l'enfant, mais aussi des père et mère. À défaut de mentionner cette date, l'officier d'état civil indique l'âge. Le législateur a d'ailleurs pris le soin d'en préciser expressément le sens, puisque l'âge ne peut être désigné que par le nombre d'années.

L'absence de date de naissance précise se résout par la mention de l'âge, participant par conséquent à l'identification et à l'individualisation de l'être. Cela s'illustre notamment à travers l'article 62 du Code civil énonçant que l'acte de reconnaissance doit mentionner à défaut de la date de naissance, l'âge, le lieu de naissance et le domicile de son auteur. Il en est de même à l'article 58 du Code civil. Ces dispositions précisent que lors de la découverte d'un enfant nouveau-né, il convient d'indiquer son âge apparent dans le procès verbal. Cette obligation est aussi valable pour l'acte tenant lieu d'acte de naissance.

L'âge constitue donc une audacieuse combinaison entre une fonction arithmétique et un élément d'identification, consciencieusement noté lors des bouleversements de l'état civil, à l'image des articles 76 du Code civil à travers l'acte de mariage (faisant mention de l'âge des époux) ou 79 du Code civil, lors de l'établissement de l'acte de décès (nécessitant la mention de l'âge du défunt et sa date de naissance).

---

n°07-14.272, *Bull. civ. I*, n°12 ; *D.* 2009, p.1927, G. RAOUL-CORMEIL ; *RTD civ.* 2009, p.307, J. HAUSER ; *LPA* 2009, n°175, p.7, note J.-P. COUTURIER.

Sur l'enfant conçu : « L'enfant simplement conçu », *Revue Lamy Droit civil* 2011, n°87, suppl., étude N. BAILLON-WIRTZ ; « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, chron., p.29, C. PHILIPPE ; « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD* civ. 1990, p. 611, G. MÉNETEAU.

De même, le principe de la dignité humaine a imposé des protections spécifiques en faveur de l'embryon et du fœtus ; v. *infra*, n°165-170.

En outre, les parents ont la faculté de demander la transcription de cet acte dans le livret de famille, depuis le décret n° 2008-798 du 20 août 2008 (*JORF* du 22 août p. 13144)

[1] L'article 79-1 du Code civil différencie d'ailleurs les deux hypothèses. Ainsi, l'enfant né vivant et viable décédé avant que ne soit établi son acte de naissance, fera l'objet de deux actes distincts, à savoir un acte de naissance et un acte de décès. En revanche, pour l'enfant mort-né, mais aussi celui né vivant mais non viable, l'officier d'état civil dressera à la demande des parents, un acte d'enfant sans vie, mentionnant heure, jour et lieu de l'accouchement.

En ce qui concerne l'acte d'enfant sans vie, aucun certificat d'accouchement ne peut être demandé par l'officier d'état civil (Nîmes, 15 décembre 2009, RG n° 08/01203), ni même de conditions tenant au poids du fœtus et à la durée de la grossesse (Civ. 1ère , 6 février 2003 pourvois n°06-16.498, n°06-16.499, n°06-16.500, *Bull. civ. I*, n°41-43 ; *D.* 2008, p.638, obs. P. CHAUVIN, C. CRETON; *JCP* 2008, II, 10045, note G. LOISEAU).

10. Travailler sur la notion d'âge, implique la nécessité d'en saisir la double dimension, à la fois objective et subjective. L'âge participe à l'indentification et à l'individualisation de l'être. Le législateur s'est entiché de ce critère, car il est élaboré de manière objective. Il ne s'agit en effet que de mesurer l'écoulement du temps depuis la naissance de l'être. Toutefois la notion d'âge revêt également d'autres dimensions, physiologique, psychologique et culturelle. L'ensemble de ces aspects est soumis à une appréciation subjective, même s'il convient de préciser qu'en matière médicale, des examens permettent d'estimer l'âge d'un individu[1]. Ce faisant, l'expertise scientifique remédie à l'imprécision inhérente à la notion d'âge, tout en comblant le défaut d'état civil.

La seule dimension objective reste donc la définition chronologique. Afin que celle-ci soit communément admise et partagée par tous les êtres composant la société, l'âge doit faire

[1] Cette question est d'ailleurs l'une des préoccupations des institutions européennes, tant de l'Europe (v. CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution 1810 (2011), *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe* du 15 avril 2011) que de l'Union européenne. L'objectif poursuivi par l'Union est celui de garantir les droits des mineurs d'État tiers non accompagnés, présents sur le territoire d'un État membre.
En droit de l'Union : N. GRIESBECK rapporteur, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, *Document de travail sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne*, du 6 février 2013, LIBE_DT(2013)504195 ; COMMISSION EUROPEENNE, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *rapport à mi-parcours relatif à la mise en œuvre du Plan d'action pour les mineurs non accompagnés* du 28 septembre 2012, COM (2012), 554 final et aussi la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010-2014)* du 6 mai 2010, COM (2010), 213 final.
V. aussi : P. DUMAS, « L'accès des mineurs non accompagnés à la protection dans les États membres de l'Union européenne », *RDT Eur.* 2013, p. 35 ; L. DELBOS (dir.), sur la base des recherches menées par M. CARLIER, M. de DONATO, M. PAVLOU, avec la collaboration de M. POULOU, A. GALLARDO, P. MARTIN, N. PALMIERI et E. BENASSI, *L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne, Etude comparative et perspectives d'harmonisation*, Rapport final décembre 2010, 165 p. et not. l'aperçu des méthodes de détermination de l'âge pour les mineurs accompagnés (p.29). Certains États membres ne retiennent que l'expertise médicale (Roumanie), d'autres conjuguent cette expertise avec un examen osseux (France, Espagne), voire aucune méthode officielle. Il en est ainsi de la Grèce qui s'appuie essentiellement sur l'appréciation de l'apparence physique de l'individu et parfois un examen médical. Des États membres privilégient l'entretien avec l'enfant (Grande-Bretagne, Suède).
Ces multiples méthodes sont liées à la difficulté de déterminer avec exactitude l'âge à partir de la quatorzième année d'un individu, tant par un examen osseux que dentaire ; P. CHARIOT, « Âge osseux : données médicales récentes, réponses à finalité juridique », *AJ Pénal* 2008, p. 128.

l'objet d'une réglementation précise. De même, le calcul de l'âge reposant sur la date de naissance, la conservation d'une trace écrite est essentielle[1].

En France, dans un premier temps, l'Église catholique en eut la charge. Le clergé inscrivait dans les registres les dates des différents sacrements, à savoir le baptême, le mariage et le décès, retraçant ainsi les étapes essentielles de la vie d'un chrétien et d'une chrétienne (registres paroissiaux). Cette charge ne devint obligatoire qu'en 1539, par l'ordonnance de Villers-Cotterêts, pour les registres de baptême et de sépulture[2]. L'article 51 de l'ordonnance énonce qu'« *[a]ussi sera fait registres, en forme de preuve, des baptêmes, qui contiendront le temps et l'heure de le nativité, et par l'extrait dudict registre, se pourra prouver le temps de majorité ou minorité, et sera pleine foy à ceste fin* ».

L'objectif consiste à garantir l'établissement d'une preuve de l'âge d'un individu, par l'écrit. Cette recherche de la preuve existe également en matière de décès, dont l'article 50 de cette même ordonnance, rappelle l'utilité dans le cadre d'un procès. Mais cette ébauche d'état civil ne concernait que les chrétiens. Seul le baptême généralement effectué quelques jours après la naissance pour éviter la réalisation du risque d'une mort sans sacrement, permettait de connaître la date de naissance. Ce texte fut ensuite complétée par l'ordonnance de Blois en 1579, relatif à l'obligation de la tenue de registre pour le mariage.

En revanche, les protestants étaient placés dans une zone de non-droit, les privant d'existence juridique. Cela concernait tous les protestants qui refusaient de se présenter devant un membre du clergé pour déclarer une naissance, mariage et décès. Cette zone de non-droit résultait de la révocation de l'édit de Nantes de 1598 par l'édit de Fontainebleau en 1685. Des registres clandestins étaient malgré tout tenus, mais ces actes étaient réprimandés. Le 29 novembre 1787, la promulgation d'un édit dit de tolérance mit fin à cette *fiction*[3].

À la Révolution, l'état civil s'est détaché de son emprise catholique, par un décret du 10 août 1792. L'état civil est laïcisé et la tenue des registres est confiée aux communes. En raison de l'importance des effets juridiques découlant de l'âge et particulièrement le franchissement du seuil de la majorité, la loi du 20 septembre 1792 instaura l'obligation pour le père ou à défaut, pour le chirurgien ou la sage-femme ayant assisté à l'accouchement de déclarer la naissance. Parmi les mentions à déclarer, il y avait l'heure, le jour et le lieu de naissance.

---

[1] R. RÉMOND, *Âge et politique*, dir. A. PERCHERON, R. RÉMOND, coll. La Vie Politique, Economica, Paris, 1991, p.5-7.

[2] Ordonnance disponible sur le site de l'Assemblée nationale, rubrique histoire.

[3] J. BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Monchrestien, Lextensoéditions, Paris, 2009, p. 203-204 (protestants) et p. 404-406 (état civil).

L'appréhension chronologique de l'âge a donc été édifiée par le droit, dans un premier temps, canonique, puis républicain. Sans la règle de droit, l'âge n'aurait pu être un instrument de distribution des places et rôles des individus au sein de la société.

Il en est de même en droit allemand. Le recours à ce critère à l'appui d'une réglementation dédiée à une tranche d'âge déterminée impose la connaissance exacte de l'âge d'un individu. Antérieurement au 1er janvier 1876[1], les registres paroissiaux étaient établis par les églises catholiques et protestantes. Leurs tenues étaient devenues obligatoires pour les paroisses. Il y avait donc trois registres liés aux sacrements : le baptême (*Taufen*), le mariage (*Heirat*) et la sépulture (*Sterben*). Depuis, ce sont les officiers d'état civil qui en ont la charge.

11. L'âge échappe ainsi à l'appréciation subjective fondée notamment sur des caractéristiques physiologiques. Par l'élaboration de dispositions spécifiques encadrant sa définition, le droit favorise l'objectivité du critère. L'existence de l'âge est donc indubitablement reliée à la norme juridique. Sans elle, l'âge serait laissé à la libre appréciation de chacun. Il serait conséquemment impossible d'ériger une organisation sans prendre en considération individuellement, l'avancement physiologique de l'être. Seule l'hypothèse d'une société sans âge permettrait d'imposer des normes juridiques uniques à tous ses membres.

L'intervention du législateur se révèle donc indispensable pour édifier ce critère, comme nous le détaillerons dans notre étude[2]. Il faut *a priori* constater le défaut de définition juridique de l'âge. Le législateur a seulement arrêté les modalités de calcul de l'âge de l'être. Cependant la détermination juridique de la règle de calcul a joué un grand rôle. Elle a en effet servi d'assise solide pour définir les rôle(s) et place(s) de chacun au sein de l'espace sociétal. Armé de ce précieux instrument de mesure, le législateur a façonné les âges rythmant le cycle de vie, construit notamment autour de l'âge de la majorité légale.

§2. L'ÂGE SAISI PAR LE DROIT

12. L'émergence de la notion d'âge suscite une interrogation pertinente liée à la motivation du législateur. Il s'agit en effet de se demander pour quelle raison dans

[1] Date de l'entrée en vigueur de la loi instaurant le service d'état civil du 6 février 1875 (*Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung*, *Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1875*, n°4, p. 23).

[2] v. *infra*, n°56 et s.

nombreuses branches du Droit, le législateur a eu besoin de ce critère. Au sein de la norme, ce curseur se manifeste parfois à travers un chiffre ou tout simplement par un terme empreint d'une certaine souplesse, l'âge. Les exemples suivants puisés dans différents Codes, partagent un objectif commun, à savoir protéger l'individu identifié par son âge. Partant de l'âge légal de la majorité, pierre angulaire du droit[1], le législateur a édifié un régime de protection destiné à garantir le maintien de la cellule familiale (1) et la conservation du patrimoine du vulnérable. Ce régime ne se limite toutefois pas aux seuls individus dont l'âge est en deçà de l'âge de la majorité (2). Le législateur a retenu des dispositions dérogatoires au droit commun en faveur de certains individus, motivées entre autres par leur âge (3). Enfin, il convient de préciser que le Code pénal contient également des dispositions sanctionnant les atteintes à l'encontre de ces personnes (4).

1. L'âge au soutien de la cellule familiale

13. En droit positif, le critère de l'âge conserve un rôle capital, puisqu'il contribue à la détermination de la loi applicable. Il faut donc délimiter le seuil de maturité, attestant que la personne a ou non franchi le seuil de majorité, pour lui appliquer les dispositions spécifiques.

Le Code civil consacre un de ces titres de son Livre 1er, à la minorité (titre X : de la minorité et de l'émancipation) et énonce au sein de son article 388, *« le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis*». Ce faisant, le législateur effectue un travail de définition par la négative. Celui qui n'est pas âgé de 18 ans accomplis, ne peut être qu'un mineur. Or, l'article 414 du Code Civil dispose que « *[l]a majorité est fixée à dix-huit ans accomplis […] ».*

14. En attendant ce jour, le législateur a érigé des protections pour garantir l'existence d'une vie familiale à la fois morale et éducative, respectueuse des besoins spécifiques de cet être en devenir. Plusieurs articles du Code Civil remplissent cette fonction protectrice, notamment l'article 213 disposant que « *les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ». Cette égalité dans le devoir parental imposent aux parents de pourvoir à l'éducation et à préparer l'avenir de leur progéniture. Cette question matérielle se traduit par l'instauration

[1] Les exemples suivants n'ont pas pour ambition d'être exhaustifs. Les développements ultérieurs nous permettront de saisir l'ampleur du caractère déterminant du seuil de la majorité légale, notamment en droit du travail ; v. *infra*, n°100 et s.

d'une obligation d'entretien. Le législateur contraint ainsi les époux à subvenir aux besoins et à l'éducation de leurs enfants. Cette obligation d'entretien contenue au sein de l'article 203 du Code civil comprend tout ce qui est nécessaire à la vie de l'enfant, incluant notamment les frais de cantine[1] . Perdurant au-delà du seuil de la majorité, l'obligation d'entretien permet de donner à l'enfant, ou plus exactement au jeune majeur, un véritable choix de vie[2]. Ce faisant, le jeune majeur n'est pas contraint à obtenir son indépendance économique. La finalité poursuivie par cette obligation d'entretien est par conséquent éducative, puisqu'il s'agit d'assurer le bénéfice de ressources financières au mineur et au majeur[3] encore en formation.

Concurremment, en apportant les ressources financières nécessaires pour le développement de l'enfant, les époux mettent en œuvre leur mission éducative[4]. Ce faisant, les époux contribuent à assurer l'effectivité de l'article L. 131-1 du Code de l'éducation relatif à l'instruction obligatoire pour les enfants âgés de 6 à 16 ans.

Cette mission de codirection de l'unité familiale est primordiale, puisqu'il s'agit pour le couple, de défendre les intérêts de l'enfant. La reconnaissance de l'autorité parentale sur les enfants est donc un préalable requis. Partant de l'article 371-1 du Code civil, le législateur énonce expressément que « *l'autorité parentale est un ensemble de droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* (alinéa 1) ». Il poursuit en expliquant que celle-ci « *appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation pour le protéger dans sa*

[1] Soc. 12 juin 1981**,** n° de pourvoi: 79-15.361**,** *Bull. civ. V,* n°557, p.418.

[2] Par exemple, il en est ainsi dans un arrêt de la Cour d'appel de Dijon, ch. civ., sect. C du 19 octobre 2007 (*JurisData* n° 2007-358181). En l'espèce, il s'agissait de deux majeures âgées de 22 ans et 27 ans. La première avait obtenu son agrément de maître-chien et était actuellement en recherche d'emploi. La seconde après avoir en vain essayé de passer le concours d'infirmière, était inscrite à l'ANPE et souhaitait intégrer une filiation par alternance. Les juges du fond du second degré ont refusé d'accueillir la demande de suppression de l'obligation d'entretien pour la plus jeune, admettant que l'obligation d'entretien puisse être versée temporairement, pendant un délai raisonnable, jusqu'à l'obtention d'un emploi. En revanche, la suppression a été justifiée à l'égard de la plus âgée, car les juges du fond ont apprécié le sérieux ou raisonnable des études poursuivies, notamment les éventualités de réussite aux examens. Il ne faut tout de même pas en déduire que l'échec aux examens entraîne *ipso facto* la fin du bénéfice de l'obligation d'entretien, ce qui n'est pas le cas des échecs chroniques ; M. BURGARD, « Les circonstances dans lesquelles le jeune majeur bénéficie de l'obligation d'entretien », *Dr. Fam*. 2008, comm. 93.

[3] C. civ. art. 371-2 aL. 2.

[4] L'objectif de cette mission éducative est seulement d'offrir les moyens à l'enfant de se construire une situation en suivant une formation ; P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La Famille*, Defrénois, 4e éd., 2011, n°1783-1784 ; I. CARBONNIER, *JCl Civil Code*, articles 371 à 387, Fasc. 10, autorité parentale, n°24 s.

sécurité, sa santé, sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne » (alinéa 2)[1].

15. L'exercice de l'autorité parentale entraîne la reconnaissance de la responsabilité civile des parents. Les père et mère sont en effet civilement responsables des faits dommageables commis par leur enfant mineur. L'article 1384 alinéa 4 du Code civil dispose que « *[l]e père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* »[2]. Il est ainsi de jurisprudence constante[3] que les mineurs non émancipés ne sont pas responsables civilement. Les détenteurs de l'autorité parentale seront tenus de réparer les dommages que leur enfant a causés. Aucune question de discernement n'entre en jeu. Les juges considèrent que cela n'affecte pas la mise en œuvre de la responsabilité civile, qui s'apprécie au jour des faits.

16. Assumant les effets juridiques de ce risque social[4], le parent, détenteur de l'autorité est également chargé d'administrer les biens de l'enfant. Cette gestion des biens de l'enfant est

---

[1] A défaut de remplir cette charge de manière satisfaisante, celle-ci peut être retirée (C. civ. art. 378 et s.).

[2] C. civ. art. 1384 aL. 4.

[3] Les références jurisprudentielles ci-après n'ayant pas vocation à être exhaustive, nous pouvons not. voir le très célèbre arrêt Bertrand de la 2ème chambre civile du 19 février 1997, n° de pourvoi: 94-21.111, *Bull. civ.* II, n° 55 (à propos de la collision entre une bicyclette conduite par un mineur âgé de 12 ans et une motocyclette) ; v. « les conclusions de l'Avocat général Roland KESSOUS », *JCP G* 1997, II, 22848, note G. VINEY; *D.* 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; *RDSS* 1997, p. 660, note A. DORSNER-DOLIVET; *RTD civ. 1997*, p. 648, obs. J. HAUSER et p. 668, obs. P. JOURDAIN.

H. LECUYER, « Une responsabilité déresponsabilisante », *Dr. famille* 1997, comm. n° 3 *; contra. D.* 1997, chron., p. 279, C. RADÉ.

Mais aussi, les arrêts de l'Assemblée plénière du 13 décembre 2002 (Ass. plén., 13 décembre 2002, pourvoi n° 00-13.787 (1ère espèce) et n°01-14.007 (2ème espèce), *Bull. ass. plén.*, n° 3 et n° 4) à propos de la blessure d'un mineur lors d'une partie de ballon (1ère espèce) et un coup porté à la tête d'un mineur lors d'un cours d'EPS (2ème espèce) ; *D.* 2002, 231, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 2003, II, 10010, note A. HERVIO-LELONG et aussi *les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*, n°217.

Et la constance de la jurisprudence: Civ. 2e, 17 février 2011, pourvoi n°10-30.439, *Bull. civ.* II, n°47 ; *D.* 2011, p.1117 note M. BOUTEILLE ; Metz, Ch. des urgences, 19 mars 2013, n°12/00313 ; Douai, ch. 3, 11 avril 2013, n°12/00511.

V. aussi : H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 12e éd., 2008, n°215-217 ; R. CABRILLAC, Droit des obligations, 10e éd., 2012, n°299 et 301 ; PH. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs, op.cit.*, n°1207-1213.

[4] Expression empruntée au Professeur Muriel JOSSELIN-GALL (elle-même inspirée des conclusions de l'Avocat général Roland KESSOUS), « Responsabilité civile des parents : conditions d'exonération », *JCP G* 1999, II, 10165. Antérieurement, le Professeur RADÉ a expliqué « *qu'il n'y a pas faute à avoir des enfants, mais*

justifiée par son défaut de capacité[1]. Ce faisant, le législateur érige un ensemble de garanties au sein de la sphère familiale en faveur de l'enfant, pour lui permettre un développement affectif, intellectuel et physique harmonieux sans avoir à se soucier des règles de droit.

Le législateur poursuit son œuvre de stabilité familiale. Face aux multiples bouleversements pouvant l'affecter ainsi qu'en raison de ses répercussions sur l'enfant, l'adoption plénière[2] n'est envisageable que pour les mineurs de moins de 15 ans[3].

En revanche, l'adoption simple[4] n'est pas conditionnée par un critère d'âge.

Une fois prononcée, l'adoption plénière ne peut être révoquée. Cette volonté de garantir une sécurité affective apparaît également à travers la révocation de l'adoption simple à l'initiative de l'adoptant. Cette dernière ne peut être mise en œuvre que si le mineur est âgé de plus de 15 ans[5], ce qui marque le franchissement d'un seuil de maturité.

Le législateur protège l'unité familiale en se préoccupant du domicile. Selon l'article 285-1 du Code civil, dans le cadre d'un divorce, le juge a la faculté de concéder au conjoint exerçant seul ou en commun l'autorité parentale, le bénéfice du logement.

Deux justifications peuvent fonder cette décision judiciaire.

Ce logement peut notamment correspondre à la résidence habituelle des enfants.

La décision du juge peut également être motivée par la poursuite des intérêts des enfants.

De surcroît, cette prérogative peut d'ailleurs être renouvelée jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants.

17. Enfin, la volonté du législateur d'imposer aux parents le devoir de subvenir aux besoins de ces êtres en formation se manifeste également à travers le Code pénal. En manquant à leurs devoirs, les détenteurs de l'autorité parentale engagent leur responsabilité pénale. De nombreux exemples l'illustrent tels que l'article 227-3 du Code pénal relatif au

---

il n'y a aucune raison de faire supporter à autrui les conséquences […] d'un choix aussi personnel, pour ne pas dire égoïste », *D.* 1997, chron., p. 283, n°14.

[1] C. civ. art. 382 et s.

[2] L'adoption plénière contrairement à l'adoption simple, détruit le lien de filiation unissant l'enfant adopté et famille d'origine. Selon l'article 356 du Code Civil, le lien de filiation de la famille d'origine est supplanté par celui de l'adoptant.

[3] C. civ. art. 345 al.1.

[4] C. civ. art. 360 ; Les effets de l'adoption simple n'ont pas la gravité de l'adoption plénière, puisque l'enfant conserve le lien de filiation l'unissant à sa famille d'origine, tout en étant relié à l'adoptant. Même après une révocation à l'initiative de l'adoptant, l'enfant conserve un lien de filiation auprès de sa famille d'origine.

[5] C. civ. art. 370.

refus de respecter une obligation de versement de subsides ou les articles 227-1, 227-2 relatifs au délaissement d'un mineur de 15 ans. Il faut aussi mentionner l'article 227-15 du Code pénal, condamnant la privation de soins ou d'aliments en faveur des mineurs de 15 ans. L'un des alinéas de ce dernier article prévoit d'ailleurs une condamnation spécifique sanctionnant de tels comportements adoptés à l'encontre des enfants de moins de 6 ans.

Pour conclure sur le thème de la responsabilité pénale des administrateurs légaux, il faut préciser que l'article 227-17 du Code pénal incrimine le non respect des obligations légales d'un père ou d'une mère à l'égard de son enfant mineur.

Le législateur a édifié un régime juridique favorable à l'égard du mineur. Compréhensif sur la nature et la durée de ses besoins, conciliant envers la faute commise par le mineur, le législateur fait preuve d'une exigence accrue à l'égard des détenteurs de l'autorité parentale. La justification de cette exigence est très certainement liée au fait qu'ils ont accepté de prendre le risque d'élever des enfants[1]. Cet être en devenir a besoin d'une sécurité affective, matérielle, alimentaire lui garantissant un épanouissement physique, intellectuel et relationnel.

2. La protection du patrimoine du vulnérable

18. Ce critère chronologique joue un rôle essentiel en droit civil, puisqu'il sert d'assise aux régimes des incapacités des mineurs. L'article 414 du Code civil dispose que « *[l]a majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* ».

La majorité légale constitue donc le seuil d'âge à partir duquel l'individu peut exercer pleinement ses droits et dans les meilleures perspectives, jusqu'au terme de son existence. En deçà de ce seuil, l'individu est considéré comme un mineur, conformément à la définition donnée à l'article 388 du Code civil, « *[l]e mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* ».

Le Professeur GRIDEL explique que « *la personne selon son âge, est dite de par la règle, apte ou inapte à la jouissance ou à l'exercice de droits ou obligations : c'est la capacité*[2] ».

[1] Roland KESSOUS a présenté « *le parent qui a des enfants, [comme] un aventurier qui prend des risques* », cité par le Professeur Muriel JOSSELIN-GALL, *op. cit.*

[2] J.-P. GRIDEL, *op.cit.*, p.91. Le Doyen Gérard CORNU précisait que « *Les limites d'âge que la loi établit pour frontières à la capacité sont, en réalité, les bornes d'une incapacité. Elles marquent toujours la fin, jamais le début d'une période d'incapacité* », L'âge civil, *op.cit.*.

Celle-ci est le principe et l'incapacité, la dérogation[1]. Le mineur, vulnérable en raison de « *l'infirmité présumé de son esprit* », est ainsi protégé jusqu'au jour où il atteint l'âge à partir duquel son esprit est présumé avoir accédé à la « *fermeté de jugement de l'homme adulte*» [2] .

Mais la minorité n'est pas la seule cause de vulnérabilité. Le grand âge et la maladie peuvent altérer les facultés de l'être, faisant de lui un être vulnérable[3]. À ce titre, il peut bénéficier de mesures de protection judiciairement établie[4]. Cette classification produit des effets non négligeables.

19. Depuis 1804, l'article 1123 du Code civil dispose que «*toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». Érigeant une capacité de principe, l'incapacité revêt le rôle d'exception légalement consacrée. C'est d'ailleurs en obéissant à

---

[1] J.-P. GRIDEL, *op.cit.*, p.92.

[2] Le Doyen Gérard CORNU disait que *« Le mineur est protégé non pour la fragilité de son corps, mais à cause de l'infirmité présumé de son esprit et il doit l'être bien au-delà de l'apparition du discernement, jusqu'à l'âge où l'homme peut être réputé avoir une suffisante fermeté de jugement. La majorité est […] liée à la faculté présumée de se gouverner par la raison* […] », *op. cit.*, p.16.

[3] L'article 425 du Code civil ne fait pas expressément référence à l'âge, mais seulement à « *la personne [placé] dans l'impossible de pourvoir à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté […]* ».
Pourtant la jurisprudence nous révèle que cette situation concerne bien souvent les personnes dont l'âge est avancé, comme par exemple : Bastia, ch. civ., 13 mars 2013, n° RG : 12/00867 (à propos d'une femme âgée de plus de 96 ans) ; Fort-de-France, ch. civ., 14 décembre 2012, RG n° 12/00047 (homme âgé de 66 ans et atteint de psychose délirante). Mais l'âge ne suffit pas pour prononcer la mise en place d'un régime de protection (tutelle, curatelle), les conditions de l'article 425 du Code civil doivent être satisfaites. En outre, le juge des tutelles doit motiver sa décision d'instituer un tel régime (C. civ. 428), notamment au regard de sa nécessité.
Il faut signaler que dans sa rédaction antérieure à la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1), (*JORF* du 7 mars 2007, p.4325), l'article 490 du Code civil énonçait en son alinéa 1er que *« [l]orsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants* ».

[4]Ou conventionnellement et par anticipation grâce à l'article 477 du Code civil (mandat de protection future). Pour un exemple : Paris, pôle 3, ch. 7, 14 janvier 2013, n°12/03648 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 61, obs. I. MARIA. En l'espèce, une femme âgée de 86 ans, atteinte d'aphasie progressive avait signé en 2010 un mandat de protection future désignant l'un de ses enfants. Lors de son placement en tutelle, le juge des tutelles s'était appuyé sur ce mandat pour déterminer le tuteur, ce qui avait ensuite été contesté par les autres enfants.
F. SAUVAGE, *RÉP. civ.* , v° Mandat de protection future.

cette règle que l'article 1124 du Code civil[1] poursuit en énonçant que « *sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : [l]es mineurs non émancipés [ainsi que] [l]es majeurs protégés »*[2].

Ce faisant, le législateur ne fait que préciser l'une des conditions essentielles pour la validité des conventions, à savoir la capacité de contracter. Cette exigence est contenue au sein de l'article 1108 du Code civil[3].

20. Une précision quant à cette incapacité, s'impose, car l'individu peut être privé de la jouissance de ses droits et ou de leur exercice. L'incapacité de jouissance et l'incapacité d'exercice doivent être distinguées[4].

L'incapacité de jouissance désigne « *l'inaptitude juridique à devenir titulaire d'un droit, qui se distingue de la mort civile par son caractère nécessairement spécial […] »* [5]. Liée à certains droits, elle peut être guidées par un intérêt d'ordre public. L'interdiction des dispositions testamentaires en faveur d'un auxiliaire médicale en constitue un exemple. Il lui est ainsi impossible de recevoir de la personne décédée en raison de la maladie traitée par des soins prodigués par l'auxiliaire. Il en est de même à l'égard d'un membre du culte[6].

---

[1] Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant reforme du droit des incapables majeurs, *JORF*, 4 janvier 1968, p. 114.

[2] Au sens de l'article 488 du Code civil.

[3] « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation ».

[4] P. MALAURIE, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 5e éd., Defrénois, 2010, n°506-510 ; A. MARAIS, *Droit des personnes*, coll. Cours, Dalloz. 2012, n°244 .

[5] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v° Incapacité de jouissance.

[6] C. civ. art. 909 ; C. LACOUR, « L'extension de l'incapacité spéciale de recevoir de l'article 909 du Code civil : droit positif et droit prospectif », *Dr. Fam.* 2010, étude 35 ; Sur le régime antérieur : B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, J. SAINT-AFFRIQUE, *JCl Civil Code*, Art. 909, Fasc. unique, n°9-19 (médecin, pharmaciens et autres) et n°20-23 (Ministre du culte).

Jurisprudence : Poitiers, Ch. civ. 3, 3 juillet 2013, RG n°12/01978 (inapplicable pour une assistante de vie) ; Civ. 1ère, 4 novembre 2010, pourvoi n°07-21.303, *Bull. civ. I*, n°222 ; *RTD Civ*. 2011, p. 163, note M. GRIMALDI ; *Revue des contrats* 2011/2, p.555-562 (psychiatre et son conjoint), note C. GOLDIE-GENICON ; Civ. 1ère, 1er juillet 2003, pourvoi n°00-15.786, (à propos de la libéralité en faveur d'un médecin généraliste) ; *D.* 2003, p.2404, J. SAINTE-ROSE ; *Répertoire du Notariat Defrénois* 2004, n°1, p.31 par N. PETERKA ; Alger,

Cependant cette incapacité de jouissance ne concerne pas seulement la relation unissant deux personnes déterminées, comme le patient et son auxiliaire médicale, elle peut également jouer à l'égard de toute personne. Le législateur prohibe le transfert de propriété au profit du tuteur, des biens de la personne dont il est chargé des intérêts[1].

En revanche, l'incapacité d'exercice se définit comme étant « *l'inaptitude juridique par l'effet de laquelle une personne ne peut, à peine de nullité, soit exercer elle-même ses droits, soit les exercer seule*[2] *»*. Le mineur non émancipé, au visa de l'article 1124 précité, en est un exemple. Incapable d'exercer ses droits dont il a pourtant la jouissance[3], le concours de l'article 389-3 du Code civil s'avère indispensable. En énonçant que « *l'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf dans les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-même* », le législateur remédie à cette incapacité d'exercice. Le principe exige par conséquent que l'administrateur légal[4] ou le tuteur[5] représente le mineur dans tous les actes de la vie civile. Si l'opportunité d'une telle disposition est incontestable à l'égard du mineur en bas âge[6], le législateur a tout de même aménagé cette incapacité pour les mineurs, capables de discernement. Cette dernière

---

30 avril 1856 ; *DP* 1859, 1, p. 81 ; cité in *JCl Civil Code*, Art. 909, préc., n°45 (emprise spirituelle d'un ministre du culte).

Antérieurement à la loi n°2007-308 du 5 mars 2007, l'article 909 du Code civil ne s'appliquait pas aux infirmières: Nîmes, 4 décembre 1997, *Dr. Famille* 1998, comm. n°92, B. BEIGNIER ; Paris, 27e ch. A, 29 juin 2005, *AJ. Fam.* 2005, 361.

Sur la privation de jouissance : *JCl Civil Code*, Art. 8, Fasc. unique, Jouissance des droits civils, n°3-5.

Sur la capacité d'exercice et la capacité de jouissance : Y. MENY, P. DRESSAYRE, *JCl Civil Code*, Art. 7 ; Fasc. unique, Droits politiques et civils, n°21-22 ; L. TOPOR, *RÉP. Civ.*, v° État capacité des personnes, n°307 - 316.

[1] C. civ. art. 509 et 1596.

A propos de la faculté de tester du mineur âgé de seize ans (C. civ. art. 903 et 904). Le législateur a posé une limite à cette capacité, en édifiant une impossibilité de tester en faveur du tuteur du mineur non émancipé (C. civ. art. 907 al. 1er).

S. MOREAU, « Les incapacités de défiance à l'égard du personnel des établissements sociaux », *RDSS* 1992, p.342.

[2] *Vocabulaire juridique, préc.*

[3] Dans certaines hypothèses, afin de le protéger, le mineur peut être privé de sa capacité de jouissance, par exemple en matière de donation (C. civ. art. 903) ; M. GRIMALDI, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », *Defrénois*, 1991, p. 385.

[4] Cela désigne le ou les parents (C. civ art. 389).

[5] C. civ. art. 408.

[6] M. GRIMALDI, *précité.*

affirmation amène à distinguer les actes imposant l'intervention du représentant de ceux accordant une pré-capacité au mineur.

21. La doctrine majoritaire[1] considère qu'au sein des actes patrimoniaux[2], il existe trois types d'actes, classés par ordre de gravité, regroupant les actes conservatoires, ceux d'administration et enfin, ceux de disposition[3]. Les actes conservatoires, les moins graves, sont destinés à garantir la conservation du patrimoine du mineur. Puis, il y a les actes d'administration désignant les actes utilisés pour gérer les biens du mineur. Enfin, les actes de disposition sont ceux affectant la consistance du patrimoine, ce qui correspond par exemple, à la cession de l'un ses biens.

Ce classement par gravité signifie que l'intervention de l'administrateur légal s'avère de plus en plus indispensable. En son absence, l'acte contracté par le mineur seul, peut encourir la rescision pour lésion[4] pour un acte d'administration, voire la nullité pour un acte de

---

[1] C. SIMLER, *JCl Civil Code*, Art. 1123-1225-1, Fasc. unique, Contrats et obligations, capacité de contracter, n°2-9 ; B. TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes*, Litec, 14e éd. 2012, n° 245 ; P. MALAURIE, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs, op.cit.*, n°521-524 ; A. MARAIS, *Droit des personnes, op.cit.*, n°246.

Sur la doctrine minoritaire : P. CONTE, J.-Cl. MONTANIER, « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *JCP N* 1986, I, p. 401 ; Pour un exposé : PH. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs, op.cit.*, n° 970.

[2] Leurs sont opposés les actes extrapatrimoniaux, définis comme des actes touchant la personne, n'ayant par conséquent aucune valeur pécuniaire, ne pouvant être accompli que par l'intéressé. C'est par exemple le cas pour le mariage, ce qui ne signifie pas l'absence de tout encadrement. Le législateur impose le consentement des pères et mères dans l'hypothèse d'un mariage entre deux mineurs (C.civ. art.148).

M. DOUCHY-OUDOT, *Droit civil, 1ère année*, HyperCours, Dalloz, 7e éd., 2013, n° 338-339.

[3] Un parallèle est possible avec les articles 1 et 2 du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil (*JORF* n° 304 du 31 décembre 2008 p.20631). Ce décret comporte des listes non exhaustives de ces actes.

Art. 1 : *« Constituent des actes d'administration les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal»*.

Art. 2 : « *Constituent des actes de disposition les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire* ».

[4]Comme le prévoit l'article 1305 du Code civil. Le représentant légal ou le mineur estimant avoir été lésé en contractant, peut demander la rescision. Deux appréciations de la lésion peuvent être suivies par le juge :

- la lésion en tant que vice objectif, en raison du constat d'un déséquilibre économique dans le contrat ;

disposition[1]. Ce dernier impose en effet le concours des deux parents pour retenir la validité de l'acte[2]. L'acte d'administration n'impose que l'intervention de l'un des administrateurs légaux comme le prévoit l'article 389-4 du Code civil[3]. En revanche, les actes conservatoires peuvent être accomplis par le mineur seul et conséquemment, par l'administrateur légal.

À ces actes, s'ajoutent[4] les actes de la vie courante. En vertu d'un usage ou de la loi, le mineur doté d'un discernement suffisant[5]peut les accomplir seul. L'usage[6] admet ainsi que le mineur puisse conclure seul les actes de faible valeur pécuniaire. Ces actes pouvant être réalisés fréquemment ne correspondent par exemple pas, à l'hypothèse de l'achat d'une automobile[7].

- la lésion en tant que vice subjectif, en raison de la prise en considération de la personne (excessivité de la dépense au regard du patrimoine du mineur.

Sur l'appréciation de la lésion par le juge : M. GRIMALDI, *préc.* ; A. DUMERY, « La sanction des actes passés par le mineur non émancipé bilan et perspectives », *Gaz. PaL. 2*009, n° 8, p. 4.

Sur les justifications de l'exclusion de la scène des actes juridiques : M. GRIMALDI, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », in *L'enfant, la famille et l'argent,* acte du colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliqués au droit privé de l'Université de Lille II, LGDJ, 1991, p. 102-103.

[1] Il convient de souligner qu'en matière testamentaire, le législateur a autorisé le mineur âgé d'au moins 16 ans ou émancipé à réaliser seul cet acte de disposition (C. civ. art. 904), sous réserve de respecter certaines conditions. Pour les mineurs de moins de 16 ans, l'article 903 du Code civil s'y oppose.

Civ. 25 mars 1861, *D.P.* 1861, 1, 202 (défaut d'autorisation et d'homologation entraînant la nullité de l'acte de vente d'un immeuble conclu par le mineur seul).

[2] L'alinéa 1 de l'article 389-5 du Code civil énonce que « *Dans l'administration légale pure et simple, les parents accomplissent ensemble des actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec autorisation du conseil de famille* ». A défaut d'accord, l'intervention du juge des tutelles s'impose. Malgré tout, certains actes échapperont toujours à la seule administration légale, requérant l'autorisation du juge des tutelles, tels que la conclusion d'un emprunt au nom du mineur…

[3] À l'égard des tiers, le parent est réputé agir en ayant reçu « *le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation* ». Cela nécessite de mentionner l'alinéa 1 de l'article 456 du Code civil lequel énonce que « *Le tuteur accomplit seul, comme représentant du mineur, tous les actes d'administration* ».

[4] Comme le souligne Christelle SIMLER, des divergences doctrinales ont surgi, portant sur le maintien des trois actes patrimoniaux en raison de l'apport du législateur à travers l'article 389-3 (« *loi ou usage* »). *JCl Civil Code, préc.*, n°5 et 6.

[5] J. ROQUE, « La prémajorité », *Dr. Fam.*, avril 2009, étude 20, n°10.

[6]V. aussi : C. civ. art. 450 (tuteur) ; M. GRIMALDI, *op.cit.*

[7] Civ. 1ère, 9 mai 1972, n°71-10.361**,** *Bull. civ. I,* n°122, p.110.

Cette forme de pré-capacité peut également être admise par le législateur. L'article 1308 du Code civil offre la faculté au mineur d'accomplir les actes exigés par l'exercice de sa profession.

Des dispositions précitées, il faut en déduire qu'hormis les actes de la vie courante, dispensant de l'autorisation de son administrateur légal, « *la mise en œuvre de leurs droits se fera par l'intervention d'une autre volonté, au travers de deux techniques possibles. Ou bien, cette intervention de cette autre volonté est un complément nécessaire à la volonté de l'incapable lui-même, et il sera dit assisté ; ou bien, elle s'accomplit à sa place, pour le compte et au nom de l'incapable, et celui-ci est alors représenté* » [1].

L'âge légal de la majorité a permis au législateur d'édifier un régime de protection spécifique à destination des mineurs. En revanche, il a refusé de créer un seuil d'âge à partir duquel l'incapacité ressurgit. Il a même évincé cette possibilité en modifiant les dispositions définissant le majeur vulnérable.

3. Des dérogations justifiées par l'âge

22. Cette protection des plus vulnérables se manifeste également dans des matières autres que patrimoniales. Bien que l'âge repose sur un simple calcul arithmétique, consistant à soustraire de l'année en cours la date de naissance, cette notion contient une part de subjectivité. L'âge devient alors un marqueur utilisé par le législateur pour établir une présomption de fragilité ou de vulnérabilité. Il représente alors un indice ou plus précisément, une manifestation concrète de la faiblesse existante ou à venir. Cette déficience ou cette défaillance peut remettre en cause une des conditions exigées par la règle de droit, favorisant ainsi l'avènement de régime dérogatoire.

À l'exclusion de l'âge de la majorité, de nombreux articles du Code civil illustrent le caractère dérogatoire de l'âge, tel que l'article 276 relatif à la prestation compensatoire versée sous forme viagère[2]. Selon l'article 270 du Code civil, le juge peut décider d'exiger le

[1] J.-P. GRIDEL, *ibid.*, p. 92.

[2] Notons que le droit allemand comporte également des dispositions favorisant une telle compensation –chose inexistante en droit français- en matière de droits à pension (*Versorgungsausgleich*). Cela consiste à partager les droits acquis obtenus pendant le mariage par l'un des époux en faveur de l'autre, permettant à celui-ci de se constituer ou d'améliorer ses droits à pension.

O. KAUFMANN, *Wörterbuch Arbeits und Sozialrecht, Dictionnaire de droit du travail et de droit de la sécurité sociale, Arbeits-und Sozialrecht, Französisch-Deutsch, Deutsch-Französisch, Dictionnaire de droit du travail et*

versement d'une prestation compensatoire par l'un des conjoints, destinée à « *compenser autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives* ». En effet, dans le cadre d'un divorce, l'un des époux peut supporter une disparité financière importante de nature à bouleverser ses conditions de vie. Son conjoint ayant une situation financière plus favorable, peut faire l'objet d'une condamnation, le contraignant à verser une prestation compensatoire. Elle peut prendre la forme soit d'un capital immédiatement exigible, soit celle de sommes forfaitaires dans la limite de huit années[1]. Dans cette dernière hypothèse, le montant total (le capital) a été déterminé en amont par le juge. C'est ainsi que le législateur a conçu la prestation compensatoire. Parmi les paramètres pris en compte, il y a notamment l'âge[2] et l'état de santé[3]. Le principe est donc celui de la détermination du capital, puisqu'il s'agit d'attribuer des ressources financières en attendant que la situation de l'époux évolue.

Ce principe souffre également d'une dérogation, la rente viagère, laquelle est versée durant toute la vie de son bénéficiaire. Cette dérogation dépend notamment de l'âge du demandeur d'une telle prestation, car selon l'article 276 du Code civil, celle-ci ne peut prendre la forme d'une rente viagère que dans l'hypothèse où « *l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins* ». La première Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi retenu dans un arrêt du 30 juin 2004[4], qu'il y avait lieu d'attribuer le bénéfice d'une prestation compensatoire sous forme de rente viagère à une épouse malade, placée dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins. Or, elle était âgée seulement de 49 ans. En revanche, les juges de la Cour d'appel de Paris ont refusé le 2 novembre 2006[5] d'accorder

---

de droit de la sécurité sociale, Français-Allemand, Allemand-Français, Verlag C.H. Beck, München, 2004, v°*Versorgungsausgleich*, p. 210.

[1] L'échelonnement n'est toutefois pas la règle. Si la situation financière du débiteur le permet, il a la possibilité de régler le capital en une seule fois dès le prononcé de la décision du juge (C. civ. art. 275 al.1).

[2] Toutefois, le divorce prononcé entre deux époux âgés ne signifie pas nécessairement qu'une prestation compensatoire sera versée à l'un des époux. Pour une illustration, v. les quatres décisions rendues par la Cour de cassation le 28 septembre 2011, pourvois n°09-14.835, n°10-24.392, n°10-20.774 et n°10-25.867, inédit ; *Lexbase hebdo. éd. privée* du 3 novembre 2011, n°460, obs. M. BRUSORIO-AILLAUD.

[3] C. civ. art. 271; D. PIWNICA, « Les méthodes d'évaluation de la prestation compensatoire », *JCP* 2011, 31.

[4] Civ. 1ère 30 juin 2004, n° 02-11.355 ; *Dr. Fam*. 2004, comm. 223, par V. LARRIBAU-TERNEYRE.

[5] Paris, 24e ch., 2 novembre 2006, *Juris-Data* n° 2006-321802 ; *Dr. Fam*.2007, comm. 43, V. LARRIBAU-TERNEYRE. Bénéficiaire d'une pension invalidité et d'une aide quotidienne financée, l'épouse était atteinte d'une maladie invalidante, ne lui permettant pas d'exercer une activité professionnelle. Son époux ingénieur bénéficiait d'un salaire de 3 600 euros par mois. Malgré ces éléments, la Cour d'appel de Paris a considéré que le

un tel versement à une épouse âgée de 46 ans, pourtant invalide. Une telle mesure reste minutieusement pesée par les juges du fond, car les effets juridiques de son prononcé ne sont pas négligeables. Le conjoint divorcé débiteur de cette obligation ne cessera en effet de verser cette prestation compensatoire sous forme de rente viagère qu'à la mort de l'époux bénéficiaire[1].

Dans un autre domaine, comme la nationalité, le caractère dérogatoire de l'âge joue également, conformément à la lettre de l'article 21-24-1 du Code civil. En effet, selon l'article 21-24 de ce même Code, la naturalisation exige une condition d'assimilation à la communauté française. L'appréciation de ce critère s'effectue par l'évaluation du niveau de connaissance de la langue française ainsi que des « *droits et devoirs conférés par la nationalité française* ». Mais ce principe souffre d'une dérogation admise par le législateur. L'âge avancé exonère de l'exigence de la connaissance de la langue française. Cette condition tombe pour les apatrides et réfugiés politiques résidents en France depuis 15 ans et âgés de plus de 70 ans.

23. La saisie de la dimension physiologique par le législateur révèle comme l'illustrent les hypothèses évoquées, une défaillance, fondant la mise en place d'un régime dérogatoire. Dans de nombreuses branches du Droit, le législateur s'appuie sur cette justification de l'avancée en âge pour motiver l'exception à la règle normalement applicable[2].

---

versement d'une prestation compensatoire sous la forme d'un capital ne s'imposait pas, en raison de l'âge de l'intéressée, s'élevant seulement à 46 ans. La Cour d'appel de Paris a préféré retenir le versement d'une prestation compensatoire en capital. Les juges du fond sont manifestement prudents en ce qui concerne le versement d'une rente viagère et n'envisagent son recours qu'en faveur d'un époux ayant un âge élevé afin de ne pas pénaliser l'époux débiteur pendant une durée trop importante dans le temps.

v. aussi : Civ. 1ère , 26 juin 2013, n°11-29.015, inédit (rente viagère allouée à une femme alors âgée de 41 ans et ayant cessé toute activité professionnelle à la naissance des enfants . Le litige portait sur la première indexation de la pension).

[1] Dans l'hypothèse du décès de l'époux débiteur, cette obligation alimentaire ne se transmet pas aux héritiers. Naturellement, ils ont la possibilité de maintenir la forme initialement décidée par le juge (C. civ. art. 280-1), mais selon l'article 280 du Code civil, un capital immédiatement exigible lui est substitué.

[2] Les exemples de dérogations sont multiples. Par exemple, le mandat ne peut en principe, être d'une durée supérieure à deux ans. Or, l'article 812-1-1 du Code civil prévoit que celui-ci peut être prorogé jusqu'à cinq ans (au même titre que l'inaptitude).

De même, en matière pénale, lorsqu'une personne est condamnée à une peine privative de liberté, celle-ci peut être assortie d'une interdiction de séjour. Mais en vertu de l'article 131-32 aL. 3 du Code Pénal, cette seconde sanction cesse de plein droit lorsque le condamné a atteint l'âge de 65 ans. Reposant « *sur des considérations d'humanité* » (citation du Professeur HERZOG-EVANS), cette jurisprudence demeure constante : Crim. 9

24. L'âge constitue en outre un indice révélant la fragilité d'un individu, laquelle est de nature à excuser la rupture d'une relation, justifiant l'application d'une règle spécifique. Il en est ainsi dans l'article L. 134-13 du Code de commerce. La règle de principe énonce qu'une indemnité compensatrice est versée à l'agent commercial en cas de cessation de relation avec le mandant, sauf si cette rupture est intervenue à l'initiative de l'agent commercial. L'âge peut toutefois constituer un motif faisant obstacle à l'application de cette disposition, puisque la poursuite de l'activité par un individu âgé peut être plus rude, voire compromise. Cependant, la jurisprudence ne permet pas de retenir ce seul critère de l'âge pour autoriser le bénéfice de cette indemnité compensatrice[1]. En réalité, l'âge joue un rôle de plus en plus important en fonction du poids des années.

Par exemple, les juges du fond du second degré ont considéré dans un arrêt du 2 juin 2011[2], que l'indemnité compensatrice devait être versée à un agent âgé de 61 ans souffrant de lombalgie. Les juges du fond n'ont pas seulement retenu l'âge, mais également l'état de santé de cet agent et ses effets sur la poursuite de l'activité. Bien que cela relève de la compétence des juges du fond, la jurisprudence apparaît favorable à l'application de cette dérogation à l'égard de l'agent commercial proche du seuil des 65 ans. En deçà de cet âge, l'agent commercial ne pourra en bénéficier que si la cessation définitive de son activité commerciale[3]

---

septembre 2008, pourvoi n°08-81.336, *inédit* ; *AJ. Pén.* 2008, p. 504 (auteur *préc.*) ; Crim. 9 juillet 1998, pourvoi n°97-83.512, inédit ; Crim. 17 janvier 1996, n° 95-84.176, *Bull. crim.* n°31 ; *Dr. pén.* 1996, n° 125 ; *RSC* 1996, p. 850.

En revanche, un âge avancé ne constitue pas un obstacle à l'application d'une peine privative de liberté et ce, dans le respect de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme. En ce sens : CEDH, Papon c/ France, 7 juin 2001, *D.*2001, Jur. 2335 ; *RSC* 2003, p. 144 (parallèle avec l'affaire Mouisel c/ France, 14 novembre 2002).

[1] Versailles, 12e ch., 2e sect., 20 janvier 2000, *JurisData* n° 2000-108249. En l'espèce, l'agent commercial dont l'âge approchait les 65 ans l'évoqua à l'appui de la lettre de cessation de son mandat. La Cour d'appel a considéré qu' « *un tel âge, en ce qu'il constitue le terme normal et habituel pour se retirer de la vie professionnelle, répond aux prescriptions de l'article 13 de la loi du 25 juin 1991, qui n'exige pas une incapacité physique rendant impossible la continuation de l'activité* ». L'agent a donc bénéficié d'une indemnité.

[2] Douai, 2e ch., 1re sect., 2 juin 2011, *JurisData* n° 2011-013169 ; *Contrat, concurrence et consommation* 2011, comm. n° 239.

[3] Le relèvement de l'âge ouvrant le droit au bénéfice d'une pension de retraite modifiera-t-il l'appréciation des juges du fond?

est justifiée par son état de santé[1]. Il convient de préciser que l'agent doit démontrer que son âge et ou son état de santé ne lui permettent plus de mener raisonnablement son activité, imposant une cessation définitive[2]. Conséquemment, l'âge revêt l'apparence d'un complément d'excuse destinée à faire échec à la sanction applicable retenue par les règles de droit commun, à savoir la perte de l'indemnité.

25. La défaillance peut par ailleurs survenir avec l'avancement en âge, produisant à l'encontre des tiers des effets qu'il est préférable d'envisager préalablement à la conclusion d'une convention. En droit des obligations, le législateur prévoit qu'une convention peut notamment être remise en cause pour des faits de violence. L'article 1112 du Code civil précise que la violence est caractérisée «*lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »*. La violence se compose de deux éléments, l'un objectif (la menace) et le second, subjectif (la crainte du sujet)[3]. L'appréciation de la violence se faisant *in concreto*, le législateur conseille notamment de l'appréhender au regard du critère de l'âge, en énonçant qu' « *[o]n a égard, en cette matière, à l'âge….* ». Les faits constitutifs de violence font l'objet d'une appréciation circonstanciée, incluant la dimension physiologique de la personne. L'appréciation du consentement libre et éclairé et l'influence des tiers sont distincts en fonction des âges. Le doute dans l'existence d'un consentement libre et éclairé peut ainsi survenir dans le cadre d'une convention dont l'un des contractants est d'un âge avancé[4]. Par exemple, dans l'une de ses décision, la Cour d'appel de Lyon[5] a prononcé la nullité d'un contrat relatif à une commande de fenêtre avec offre de crédit avec

[1] Rappelé par une décision récente à propos du seul état de santé (Com. 19 mars 2013, pourvoi n° 12-13.258, inédit).

[2] D'ailleurs la Chambre commerciale a censuré la solution des juges du fond, qui avaient retenu le seul critère de l'âge pour accorder l'indemnité « *sans rechercher si l'âge de 58 ans et les circonstances particulières de la situation personnelle [de l'agent] étaient susceptibles de ne plus lui permettre raisonnablement de poursuivre son activité*». (Com. 29 novembre 2011, pourvoi n° 10-26.759, inédit).

[3] B. PETIT, S. ROUXEL, *JCl Civil Code*, articles 1111-1115, n° 31-33.

[4] Civ. 3ème, 19 février 1969, *Bull. civ*. III, n° 157. En l'espèce, une veuve âgée de 77 ans, fragilisée par la maladie, avait vendu sa propriété pour un montant dérisoire, converti ensuite en bail nourriture. Il s'est avéré que les époux acheteurs avaient exercé une violence morale, en lui adressant des menaces d'abandon sans soin. La violence morale de nature à influencer le consentement étant constatée, la demande en nullité du contrat de vente des héritiers accueillie par les juges du fond n'a pas fait l'objet d'une cassation.

[5] Lyon, 6e Ch., 8 Septembre 2004, n° 03/00051, *JurisData* n°2004-253186.

un homme âgé de 81 ans. En l'espèce, l'abus de faiblesse avait été caractérisé en s'appuyant sur l'âge du client, 81 ans ainsi que les conditions de vente. Les juges du fond ont considéré que « *l'interpellation grossière et abusive du client dans une galerie marchande, la durée de discussion de deux heures au domicile du client, durée incompatible avec l'état physique et l'attention d'une personne de cet âge, l'emport de documents appartenant au client, l'utilisation au cours de la vente du procédé consistant à appeler un responsable susceptible d'accorder des conditions de financement et une remise, sont autant de manœuvres constitutives de violences qui ont entaché le consentement du client* ».

26. À la lumière de cette décision, il est pertinent de faire le parallèle avec l'article L. 122-8 du Code de la consommation relatif à la prohibition de l'abus de faiblesse. Ces abus concernent de manière récurrente les personnes d'un âge avancé[1]. Certains actes font donc l'objet d'un traitement spécifique par le législateur, simplement en raison des possibles altérations des facultés. C'est notamment le cas en contractant avec un tiers âgé ou en bénéficiant de libéralité émanant d'un proche âgé. Cependant, l'âge en lui-même ne constitue pas une altération. Il est nécessaire que les éléments de fait (comme par exemple la technique de vente utilisée par le vendeur) révèlent une altération des facultés physiques et intellectuelles pour retenir l'âge comme un paramètre.

Cela a par exemple été retenu dans une décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 1er février 2000[2]. En l'espèce, une veuve âgée de 78 ans, isolée, avait été soumise dans un lieu choisi par le vendeur, à la pression de ses arguments publicitaires pendant une

---

[1] Cass. crim., 30 avril 1996, n° 96-80.068 ; *Bull. crim.*, n°175; *RSC* 1997, p.110. Une aide ménagère avait reçu des sommes conséquentes de la part d'un couple de personnes âgées de 86 et 84 ans. Elle savait que l'époux confondait la valeur des anciens et nouveaux francs et les conseillait dans leurs retraits. Un certificat médical a en outre attesté de la présence de détériorations intellectuelles. L'abus de faiblesse était ainsi caractérisé.
Paris, 9e ch., 2 avril 2001, *RSC* 2002, p.821. En l'espèce, un agent d'assurance a été condamné pour abus de faiblesse à l'encontre d'une personne de 85 ans. Ce sont ses « *difficultés visuelles et auditives de nature à diminuer son autonomie de jugement par le fait de ne pouvoir, ni par la lecture ni par l'audition, recueillir tous les éléments lui permettant de se forger une opinion sur la proposition qui lui était faite, de telle sorte que ces difficultés étaient de nature à amoindrir sa résistance psychologique aux sollicitations commerciales* ».
V. aussi pour abus de faiblesse en raison de la vulnérabilité liée à l'âge et la disproportion de l'engagement : Crim. 19 avril. 2005, n°04-83.902, *Bull.* crim. n°138 ; *RSC* 2006, p. 325.

[2]Crim. 1er février 2000, n°99-84.378, *Bull. crim*. n°52 ; v. le *Rapport annuel de la Cour*, 2009, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, la Documentation Française, 2010, plus précisément les contributions de la Chambre criminelle, « L'abus de faiblesse dans le droit de la consommation » (1.1.2.).

journée entière. Les juges n'ont d'ailleurs fait que tirer l'inéluctable conclusion : « *[elle] ne pouvait que céder aux sollicitations qui l'ont conduite à souscrire la commande* ».

4. Une protection pénale accrue

27. Ce traitement spécifique se poursuit par l'édification d'un arsenal de mesures protectrices en droit pénal[1]. L'appréciation du critère de l'âge joue un rôle primordial dans la gravité de la sanction prononcée à l'encontre de l'auteur du fait incriminé. Protégeant avec exacerbation les plus jeunes et les plus âgées, le législateur a recours au critère de l'âge pour sanctionner plus lourdement les agissements de l'auteur de l'acte incriminé. Le Code pénal regorge d'exemples en la matière. Le législateur a d'ailleurs dédié à ces tranches d'âge des dispositions spécifiques. Il est possible de classer ces mesures de protection en trois groupes. Le premier groupe rassemblerait les protections destinées à défendre le corps et l'esprit du mineur. Les atteintes à son encontre composent alors dans le Code pénal des incriminations spécifiques, destinées à garantir l'intégrité physique, morale et psychique de ces êtres en formation, fragiles et influençables. Le législateur condamne notamment l'incitation à la réalisation de comportements déviants, dangereux pour le mineur. Parmi ces comportements, il y a la consommation d'alcool[2], la commission de délits[3], la tentative de corruption[4], le vol

[1] Les développements qui suivent n'ont pas vocation à retracer dans leur entière exhaustivité les dispositifs de protection des mineurs.

[2] C. pén. art. 227-19.

Malheureusement, ce délit est bien souvent accompagné du délit d'agression sexuelle aggravée comme le révèle les affaires suivantes : Crim. 15 octobre 2008, pourvoi n° 08-81.523, *inédit*; Pau, ch. correctionnelle, 5 octobre 2006, n°06/00446 ; ou de corruption de mineur (films pornographiques) : Chambéry, Ch. des appels correctionnels, 16 septembre 2010, n° 08/00987.

[3] C.pén. art. 227-21 ; (Cambriolages) Crim. 6 janvier 2009, pourvoi n°08-81.912, *non publié*.

[4] Il faut noter que la transposition de la directive n°2011/93/UE du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels des enfants ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil (*JOUE* L 335, p.1-14) par le biais de la loi n°2013-711 du 5 août 2013 (*JORF* du 6 août 2013, p. 13338) a introduit un nouvel article dans le Code pénal. L'article 222-22-2 intègre parmi les agressions sexuelles, « *le fait de contraindre une personne par la violence, la menace ou la surprise à subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers* » ; Sur les apports de la directive: A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Adaptation du Code pénal français aux engagements européens », *AJ pénal* 2013, p. 510.

C. pén. art. 227-22 ; (Réunion ayant pour objet l'exhibition ou l'organisation de relations sexuelles) Crim. 20 janvier 2010, pourvoi n°09-80.009, *non publié* ; (Père d'enfants mineurs ayant contraint son fils à caresser sa sœur et rapports sexuels devant leurs enfants mineurs) Douai, 22 octobre 2008, *Jurisdata* n°2008-373276.

effectué par un majeur avec l'aide de mineurs[1], la vente ou la provocation à l'usage de stupéfiants[2]. Il existe en outre un arsenal de mesures sanctionnant les atteintes d'ordre sexuel à l'encontre d'un mineur[3].

Puis, dans une deuxième catégorie, ce classement pourrait réunir des incriminations mixtes, sanctionnant des actes portant atteintes à l'intégrité physique et ou morale des mineurs, mais aussi à l'encontre de la personne d'un âge avancé. Le législateur ne détermine toutefois pas de seuil d'âge. Il a en effet recours à une formule dont la généralité fait obstacle à une application trop stricte. Pour définir la personne d'un âge avancé tout en refusant d'ériger une condition de seuil, il la désigne comme étant une « *personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge,*[4] *[…] est apparente ou connue de son auteur* ». Naturellement, la minorité représente le premier motif aboutissant à une aggravation de la peine. Le législateur a donc prévu un durcissement de la sanction dans le cadre de violences à l'encontre de ses catégories d'individus, condamnant également les atteintes d'ordre sexuel, la dégradation de leurs biens, le vol et l'extorsion, le meurtre, les actes de torture et de barbarie ainsi que le

[1] C. pén. art. 311-4-1 ; Amiens, ch. correctionnelle, 21 janvier 2009, n° 08/01016.

[2] C. pén. art. 222-39 (vente ou offre), 227-18 (usage) et 227-18-1 (transport).

Pour la vente : Rouen, ch. correctionnelle, 12 décembre 2007, n° 07/00438.

[3] V. les articles 222-31-1 (inceste), 227-25 et 227-26 (atteinte sexuelle sans violence via les nouvelles technologies de l'information et de la communication (N.T.I.C.)), 227-22-1 (proposition d'un majeur à un mineur de 15 ans ou se présentant comme tel via N.T.I.C.) du Code pénal. D'ailleurs sur ce dernier point, il est intéressant de noter que le législateur a motivé cette sanction en se fondant sur l'apparence ou les dires de celui qui ressemble ou s'est présenté comme un mineur. Cette volonté de protéger les mineurs transparaît également à travers l'article 227-23 du Code pénal relatif à la diffusion, la transmission […] d'image à caractère pornographique d'un mineur et l'individu qui en a l'apparence physique. D'ailleurs depuis la transposition de la directive, il n'y a plus lieu de caractériser cet objectif de diffusion, si l'image concerne un mineur âgé de moins de 15 ans. En outre, une consultation occasionnelle payante constitue maintenant un délit.

La directive a également entraîné une dissociation de l'incrimination des agressions sexuelles autre que le viol entre les mineurs et celles réalisées à l'encontre de personnes vulnérables (C. pén. art. 222-29 ancien et les art. 222-29 et 222-29-1). Pour un exemple antérieur : Cass. crim. 7 décembre 2005, n° 05-81.316, *Bull. crim*. n° 326 (agression sexuelle par contrainte ou surprise sur mineurs âgé d'un an et demi et de cinq ans). Le Professeur MAYAUD souligne que l'âge surtout pour un mineur très jeune, est « *une preuve en soi* » de la contrainte exercée sur la victime (*RSC* 2006, p. 319).

[4] Parmi les autres critères retenus considérés comme étant des circonstances aggravantes, le législateur mentionne la vulnérabilité en raison de la maladie, la grossesse, l'infirmité, la déficience physique ou psychique.

proxénétisme[1]. Il convient toutefois d'émettre une réserve. Ce n'est pas l'âge en lui-même qui constitue une vulnérabilité. Cela nous a été démontré par de nombreux arrêts de la Cour de cassation en matière de viol à l'encontre d'une personne très âgée[2]. La particulière vulnérabilité en raison de l'âge est attachée aux effets sur la personne, c'est-à-dire les dégradations physiques et intellectuelles en raison de l'âge avancé[3].

Au sein du dernier groupe, il faudrait réunir les mesures s'adressant aux majeurs afin de garantir l'effectivité des protections érigées par le législateur. Cette vulnérabilité a en effet des répercussions sur les tiers, puisqu'ils sont tenus d'agir pour faire cesser le trouble menaçant ces individus fragiles. Si certaines dispositions du Code pénal sont spécifiquement consacrées aux mineurs[4], le législateur a également recours à la formule précédemment évoquée pour incriminer le silence d'un individu ayant eu connaissance de mauvais traitements[5].

Ces atteintes, entraînant un durcissement de la sanction retenue à l'encontre de l'auteur, dévoilent les objectifs du législateur, à savoir : protéger, garantir et lutter en faveur de la conservation de l'intégrité physique, morale et psychique de ces individus. Par une délimitation franche (la minorité) ou dans certaines hypothèses, par une simple esquisse (en

---

[1] En raison de l'ampleur des dispositions et de l'objectif de cette analyse, une évocation succincte des différentes incriminations semble suffisante. Les atteintes d'ordre sexuel sont prévues à l'article 222-29 et les violences exercées à l'encontre d'un mineur sont incriminées aux articles 222-12, 222-8, 222-10 du Code pénal.

A propos du proxénétisme : C. pén. art. 225-12-2; Crim. 29 mars 2006, n°05-81.003, *Bull. crim.* n°95 ; *RSC* 2006, p. 603, par Y. MAYAUD ; *AJ pénal* 2006, p. 262, obs. P. RÉMILLEUX.

[2] La jurisprudence est constante sur ce point et la chambre criminelle de la Cour de Cassation censure les décisions se reposant uniquement sur l'âge de la victime, pour défaut de motivation. A propos d'un viol ou tentative de viol à l'encontre d'une femme âgée de 70 ans : Crim. 8 juin 2010, pourvoi n°10-82.039, *Bull. Crim.* n°102 ; *RSC* 2010, p. 619, note Y. MAYAUD. Sur le délit d'extorsion (défaut de caractérisation de la particulière vulnérabilité due à l'âge) : Crim. 23 juin 1999, pourvoi n°98-84158, *Bull. crim.* n°152 ; Pour un abus de faiblesse (fragilité psychologique due à l'âge) Crim. 11 janvier 2000, pourvoi n°00-80522, *inédit*.

[3] V. à propos des travailleurs sociaux : S. HENNION, « Violences, vulnérabilités et responsabilités des travailleurs sociaux », *RDSS* 2012 , p.1109.

[4] Telle la levée du secret professionnel sans l'autorisation du mineur ou de la personne vulnérable (C. pén. art. 226-14) ou la connaissance de la disparition d'un mineur de 15 ans (C. pén. art. 434-4-1).

Il faut noter que l'arrêt de la Cour d'appel sanctionnant le défaut de dénonciation de mauvais traitement sur personnes vulnérables a été censuré, car il faut recueillir le consentement de la personne pour lever le secret professionnel ; Crim., 27 avril 2011, n°10-82.200, *JurisData* n° 2011-007088; *Dr. Pén.*, juin 2011, comm.77, M. VERON.

[5] Cela concerne aussi les mineurs (C. pén. art. 434-3); C. GUERY, Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ?, *D.* 2001, chron. p.3293-3297.

raison de son âge), le législateur choisit de révéler aux yeux de tous, l'existence d'individus plus fragiles, exigeant un arsenal de protections et de dérogations à la règle commune. La spécificité des deux extrémités du cycle de vie parmi l'autre âge, lui tenu au silence, démontre que la règle commune ne peut pas toujours s'appliquer sans adaptation. Or, l'élaboration des curseurs d'âge a contribué à la détermination des populations bénéficiaires de dispositifs protecteurs ou dérogatoires, seulement en raison de leur âge. Ce faisant, le législateur les a distinguées de l'ensemble sociétal.

Toutes ces illustrations montrent l'importance de la prise en considération du critère de l'âge par le législateur dans les diverses branches du Droit. Ces différentes appréhensions de l'âge suscitent une interrogation légitime en matière de droit social et l'existence d'un régime spécifique en raison de l'âge.

§3. L'ÂGE EN DROIT SOCIAL

28. Le droit social ne se distingue pas des autres branches du Droit. En la matière, le législateur a usé du critère de l'âge. Il constitue à la fois une limite d'accès à la vie active du jeune travailleur, mais aussi une condition pour l'obtention de la pension de vieillesse. Il ne faut toutefois pas en déduire que le législateur a érigé un seuil d'âge imposant la cessation de l'activité professionnelle. Seule la primo-insertion précoce est soumise à condition[1].

Ces deux situations ont toutefois un élément en commun, à savoir la capacité productive de l'individu. Par la mise en œuvre de cette capacité, l'individu est à la recherche de son indépendance économique afin de satisfaire ses besoins. Malheureusement pour l'individu, cette autonomie, condition indispensable à la pérennité même de l'être humain[2], peut être affectée tant par sa jeunesse que son âge avancé. Ces périodes d'incertitudes permettent de mettre en lumière ce qui constitue la pierre angulaire du droit social, à savoir la capacité de production (1). Le but poursuivi par l'individu étant l'assouvissement de ses besoins, la mise en œuvre de sa capacité productive doit lui permettre d'acquérir une indépendance financière.

[1] v. *infra*, n°100 et s.

[2] « *C'est un besoin fondamental et permanent de l'homme que celui de la sécurité. […] l'homme a cherché […] à se protéger contre les menaces mettant en jeu son existence, ses conditions de vie, et à éliminer totalement ou partiellement l'incertitude du lendemain* », P. LAROQUE, préface de *la sécurité sociale, son histoire à travers les textes*, Tome 1, 1780-1870, dir. M. GUILLAUME, Comité d'histoire de la sécurité sociale, 2e éd., 1994, p. V.

À ce titre, l'exercice de cette capacité ne peut s'épanouir que dans le cadre d'une relation professionnelle (2).

1. La capacité de production, cœur du droit social

29. Le critère de l'âge en droit social est communément appréhendé dans sa dimension prohibitive. En effet, l'Organisation Internationale du Travail (OIT) condamne le travail des enfants et a pour objectif de réduire l'exercice d'une activité professionnelle par les plus jeunes[1].

Les derniers chiffres de l'OIT[2] révèlent que près de 168 millions d'enfants sont concernés. Plus de 73 millions d'entre eux sont âgés entre cinq et onze ans[3]. Plus de 47 millions de ces travailleurs sont âgés de douze à quatorze ans. Ce chiffre atteint presque celui des travailleurs âgés de quinze à dix-sept ans.

Pourtant, depuis de nombreuses années, l'OIT se mobilise pour réduire le nombre d'enfants au travail. La première convention OIT[4] était destinée à encadrer l'activité des mineurs âgés de quatorze ans et plus dans les travaux industriels. Progressivement, l'OIT a posé cette exigence d'un âge minimum dans d'autres secteurs d'activités[5].

En 1973, ces conventions ont été unifiées à travers la Convention OIT n°138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi. Son article 2 §3 énonce que l'âge minimum d'admission à l'emploi ou au travail dans toute profession, « *ne devra pas être inférieur à l'âge auquel cesse la scolarité obligatoire, ni en tout cas quinze ans* ». L'article 3 §1 précise

---

[1] S. BOUHAIRI, *La protection des enfants contre l'exploitation au travail dans les principaux instruments internationaux et européens*, Thèse, Strasbourg, 2012.

[2] *Mesurer les progrès dans la lutte contre le travail des enfants - Estimations et tendances mondiales 2000-2012*, Bureau international du Travail (BIT), Programme international pour l'abolition du travail des enfants (IPEC), Genève, BIT, 2013, p. 3.

Le BIT constate une diminution de près d'un tiers du nombre d'enfants travailleurs, par rapport aux chiffres de l'année 2000.

[3] Tableau n°5 relatif (entre autres) au travail des enfants par âge ; *Rapport, ibid.*, p. 6.

[4] Convention OIT n°5 fixant l'âge minimum d'admission des enfants aux travaux industriels, 1919.

[5] Notamment, la Convention OIT n°7 fixant l'âge minimum d'admission des enfants au travail maritime, 1920 ; la Convention OIT n°10 concernant l'âge d'admission des enfants au travail dans l'agriculture, 1921 ; la Convention OIT n° 15 fixant l'âge d'admission des jeunes gens au travail en qualité de soutiers ou chauffeurs, 1921 ; la Convention OIT n° 33 concernant l'âge d'admission des enfants aux travaux non industriels, 1932…

Ces conventions, révisées par le passé, étaient complétées par des recommandations.

que « *[l']âge minimum d'admission à tout type d'emploi ou de travail qui, par sa nature ou les conditions dans lesquelles il s'exerce, est susceptible de compromettre la santé, la sécurité ou la moralité des adolescents ne devra pas être inférieur à dix-huit ans* ».

Cette Convention est l'une des huit conventions fondamentales de l'OIT, tout comme la Convention OIT n°182 sur les pires formes de travail des enfants de 1999. L'objectif de cette dernière est d'éradiquer certaines formes de travail des enfants, dont les formes d'esclavage, l'exploitation sexuelle des enfants, l'utilisation d'un enfant aux fins d'activités illicites ou les travaux pouvant porter atteinte à la santé, la sécurité ou à la moralité de l'enfant[1]. Son article 2 nous informe qu'est considéré comme un enfant, tout être âgé de moins de dix huit ans. D'autres instruments confortent cette nécessité de fixer un âge minimum d'admission à l'exercice d'une activité professionnelle[2].

Ce faisant, ces normes ont posé une limite à l'accès à l'indépendance économique. Tous les individus n'ont pas la faculté de pourvoir seul à leurs besoins. Il existe un âge à partir duquel le droit admet que l'individu puisse tenter de réaliser cet objectif par l'exercice d'une activité professionnelle. En deçà de cet âge, le temps de l'individu ne doit pas être occupé par le travail, mais par la scolarité.

30. Le noyau dur du droit social transparaît à travers les normes précédemment exposées. C'est effectivement l'activité productive qui est au cœur du droit social et celle-ci ne peut s'inscrire que dans le cadre d'une relation professionnelle. La spécificité du droit social est ainsi révélée, puisqu'il s'agit d'un droit construit à partir de la production industrielle.

---

[1] Art. 3 de la Convention OIT n°182.

[2] Il faut par exemple signaler parmi les instruments internationaux : la Déclaration des droits de l'enfant, nommée également Déclaration de Genève de 1924 (art. 4) ; la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 (9e principe not.) ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art. 24§1) ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (art. 10 §3) et la Convention international des droits de l'enfant de 1989 (art. 24§3).

Les institutions européennes se sont également saisies de cette question à travers -pour l'Europe- de la Charte sociale européenne de 1961 révisée en 1996 (art. 7) et -pour l'Union européenne- par le biais dans un premier temps de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 (points 20-23 de la Partie I), puis de la directive n°94/33/CE du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail (art. 1§1 et 4 §1, *JOCE L* 216 du 20 août 1994, p. 12-20) ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union (art. 32).

S. BOUHAIRI, *préc.*, n° 39-55.

D'ailleurs à l'origine, le droit social était désigné sous l'appellation de législation industrielle[1], voire de législation ouvrière et ne constituait qu'une branche du droit industriel[2].

Restreinte initialement aux seuls travailleurs des manufactures industrielles[3], cette législation est progressivement devenue le droit social, notamment par le développement de protection en faveur des autres travailleurs, y compris les plus réticents d'entre eux[4].

31. Le cœur du droit social est donc lié à la notion de production économique ou plus précisément, à la capacité de production de l'individu et son exercice.

Le droit social, via la branche du droit du travail, se soucie fortement de la protection de l'individu qui met en œuvre sa capacité de production pour subvenir à ses besoins, désigné comme un travailleur. À partir d'un certain d'âge, l'individu acquiert pleinement la faculté de décider de mettre sa force de travail à la disposition d'un tiers. Pendant ce laps de temps, il est considéré comme un actif[5], car il est un acteur de la production économique, exprimant (tout) son potentiel industriel en contrepartie d'un revenu. Ce travailleur à la recherche de ressources financières pour satisfaire ses besoins primaires, doit malgré tout être protégé, physiquement et économiquement[6].

32. Mais à certains moments de son existence, voire à certains âges du cycle de vie, cette capacité de se procurer des ressources peut faire défaut ou être insuffisante face au coût financier de l'événement réalisé. Le droit de la protection sociale vient alors *« protéger les*

[1] Et cette expression adaptée à la gestion à la fois individuelle et collective des travailleurs, fut employée jusqu'à une époque assez récente ; A. ROUAST, P. DURAND, *Précis de législation industrielle (Droit du travail)*, Paris, 4e éd., Ed. Firmin-Didot, 1950 ; Antérieurement: H. CAPITANT, P. CUCHE, *Précis de législation industrielle*, Paris, 4e éd., Dalloz, 1936 ; M. GERMAIN, *Législation industrielle*, Paris, Les cours de droit, 1921 ; P. PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle*, Première partie, Législation du travail industriel, Paris, Ed. A. Rousseau, 1894…

[2] La seconde étant la législation de la propriété industrielle ; P. PIC, *ibid*.., p. 1-3.

[3] Le recours au salariat pour nouer des relations de travail s'est considérablement développé au cours de la seconde moitié du XIXe siècle et « *l'importance de cette classe d'individus nécessaire à la vie d'une nation et dont le nombre allait sans cesse croissant »* imposa une « *effervescence de loi protectrices* »; R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Fayard, 1995.

[4] Comme par exemple les travailleurs indépendants face à l'avènement de la sécurité sociale (v. *infra*, n°358).

[5] La population active rassemble « *l'ensemble des personnes qui exercent une activité professionnelle ou recherchent un emploi* ». Conséquemment, la vie active fait référence à la « *période de la vie où l'on exerce une activité professionnelle* » ; v° Actif, in *Le Petit Larousse Illustré*.

[6] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1re éd . 1997, rééd. 2007, p. 68-81.

personnes physiques contre la survenance d'un ensemble d'événements ou risque sociaux, [incluant] la maladie, la maternité, l'invalidité, la vieillesse, le décès, les charges familiales, les accidents du travail et les maladies professionnelles, le chômage »[1]. S'il convient d'exclure l'hypothèse d'un âge dans le décès, menace potentielle pour chacun d'entre nous[2], il faut en outre refuser l'existence d'un âge dans les accidents du travail et les maladies professionnelles[3]. De même, s'il n'existe aucun âge de la maladie, l'invalidité[4] ou du chômage[5], celui dans la maternité est bien présent, cloisonné dans un espace temporel défini par les règles biologiques. La réalisation de cet événement annonce le temps des charges familiales, fortement conditionnées par l'âge du bénéficiaire[6]. Enfin, il y a bien un âge dans la vieillesse. Car le vieillissement faisant son œuvre quotidienne, survient le jour à partir duquel

[1] P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, 5e éd., Lexis Nexis, 2011, n°1.

[2] Ce que ne manque pas de rappeler l'apologue de LA FONTAINE, *op. cit.* ; *v. supra*, n°4.

[3] Même si la DARES relève le lien entre la jeunesse du travailleur et la fréquence de la réalisation des accidents. Sur un millions d'heures de travail, les travailleurs âgés de 15 à 19 ans ont connu en moyenne 52,1 accidents de travail en 2007. Pour les travailleurs âgés de 50 à 59 ans, cette moyenne s'élevait à 18,2.

Source DARES, disponible sur le site de l'INSEE, à propos des travailleurs salariés du régime général.

[4] Quoique l'article L. 341-15 du Code de la sécurité sociale prévoit la fin du bénéfice de la pension au titre de l'invalidité, lors du franchissement du seuil d'âge d'ouverture des droits à pension (62 ans) et son remplacement par la pension vieillesse au titre de l'inaptitude au travail. Pour le bénéficiaire exerçant une activité professionnelle, cette conversion n'est pas effectuée de plein droit (CSS L. 341-16 aL. 1er).

[5] Il faut préciser que depuis le 1er janvier 2012, les demandeurs d'emploi âgés n'ont plus la faculté d'obtenir une dispense de recherche d'emploi. Sous l'empire de l'article L. 5411-8 ancien du Code du travail, il existait une sorte d'âge du chômage, puisque ces « dispensés » n'étaient pas des demandeurs d'emploi au sens de l'article L. 5411-1 du Code du travail ; v. *infra*, n°420-422.

[6] L'article L. 512-3 du Code de la sécurité sociale prévoit un critère d'âge de l'enfant à la charge de la personne sollicitant le bénéfice de prestations générales d'entretien. Selon les dispositions de cet article, les prestations familiales jusqu'à l'extinction de l'obligation de scolarité (16 ans), voire même au-delà. L'article R. 512-2 du Code de la sécurité sociale allonge ce possible bénéfice jusqu'au seuil des 20 années sous certaines conditions.

A titre d'exemple, retenons que l'allocation de rentrée scolaire soumise à une condition de ressources, est versée pour tout enfant âgé de 6 à 18 ans inscrit dans un établissement scolaire (CSS L. 543-1). Le montant de cette allocation dépend en outre d'un taux variant en fonction de l'âge de l'enfant scolarisé (CSS D. 543-1). Deux seuils d'âge découpent le cycle de formation initiale, distinguant ainsi les enfants de moins de 11 ans, ceux âgés entre 11 et 15, et enfin, les élèves âgés de plus de 15 ans.

Autre exemple : l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé versée pour tout enfant à charge de moins de 20 ans (CSS L. 541-1) cesse lors du franchissement de ce seuil, car « l'enfant » obtient la faculté de solliciter une aide sociale incluse parmi les prestations familiales, une allocation aux adultes handicapés (CSS L. 821-1).

Il y a également la prestation d'accueil du jeune enfant (CSS L. 531-1 et s.).

Sur les prestations familiales : P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, *op.cit.*, n°406-437.

la capacité de production de cet individu est réduite en raison de son âge avancé. La protection contre la minoration, voire la perte du revenu issu du travail est alors requise. L'individu est ainsi dispensé de travailler jusqu'à son dernier souffle, lui accordant l'accès à un nouveau temps dédié au repos grâce à un financement collectif, organisé par le droit de la sécurité sociale.

La sécurité sociale devient alors un moyen de « *régulation souhaitable de l'économique par le social* [1] ». Cela lui confère en outre, une dimension sociologique[2], en permettant aux travailleurs salariés, de prime abord, de bénéficier d'une sécurité collectivement organisée[3], assurant la capacité de se procurer un gain, malgré la maladie, la vieillesse, les accidents du travail, le chômage[4]. Cette définition de la sécurité sociale est toujours d'actualité. Le Professeur CHAUCHARD[5] propose « *une esquisse de définition de la sécurité sociale*[1] »,

---

[1] Pour citer le Professeur Saint-Jours : « *La sécurité sociale apparaît ainsi […] comme un facteur de régulation, de planification de l'économie, soit pour orienter une économie socialiste dans le but primordial de satisfaire les besoins de la population, soit pour corriger les effets les plus nocifs d'une économie capitaliste livrée à l'anarchie de la recherche du profit maximum* », *préc*., p. 7.

Dans le même sens : « *L'industrialisation […] a réveillé le besoin de sécurité en rompant l'équilibre social antérieur [la solidarité familiale notamment] […]. Dans de nombreux pays, les circonstances nées de la guerre ont fait apparaître l'institution de la sécurité sociale comme un moyen de compenser l'effort demandé aux travailleurs par une plus grande justice sociale, réalisée surtout grâce à une redistribution des revenu*s », F. NETTER, *La sécurité sociale et ses principes*, Dalloz, rééd. 2004, p. 38.

[2] Selon l'auteur, il faut ajouter une dimension juridique au concept de sécurité sociale, en raison des multiples références présentes au sein de divers instruments juridiques, érigeant «*un principe universel destiné à garantir à tout individu un minimum social son existence durant » (préc.,* p. 6). Par exemple : au niveau interne : les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946; Au niveau européen: Douzième droit énoncé au sein de la Charte sociale européenne (Première partie); art. 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et au niveau international : les art. 22 et 25 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 ; Convention OIT n°102 concernant la sécurité sociale, 1952 ; Art 9-12 du Pacte International relatif aux Droits économiques, sociaux et culturels, en vigueur le 3 janvier 1976…

[3] La sécurité sociale est de surcroît une institution, puisqu'elle érige *d'un système autonome ou étatique de garantie collective fondée sur la solidarité organisée entre les individus appartenant à une communauté humaine déterminée* », (*préc*. p. 13).

[4] Y. SAINT-JOURS, *op. cit.*, p. 8-9 ; C'est d'ailleurs ainsi que débutait l'ouvrage de F. NETTER, *op. cit*., p. 5 : « *L'objet de la sécurité sociale est de créer, au profit de toute personne et notamment des travailleurs, un ensemble de garanties contre un certain nombre d'éventualités susceptibles soit de réduire ou de supprimer leur activité, soit de leur imposer des charges supplémentaires* ». Cette dernière hypothèse fait référence à l'arrivée d'un heureux événement.

[5] J.-P. CHAUCHARD, *Droit de la sécurité sociale*, 4e éd., LGDJ, 2005, p. 5-17.

assez proche de celle retenue par le Professeur SAINT-JOURS[2]. De même, la sécurité sociale demeure un moyen de remédier aux imperfections du marché du travail, qui n'intègre pas certaines affections de l'individu[3]. Quant au droit de l'aide et de l'action sociales, il constitue un complément extérieur au rapport productif, pouvant se manifester par le bénéfice d'une prestation non contributive, éventuellement sous condition de ressources[4].

33. Le droit social représente donc un droit protéiforme. Il est à la fois le droit lié à la production économique résultant de la mise en œuvre de la force de travail par un individu et son envers, l'incapacité de produire. Il regroupe ainsi, le droit du travail et le droit de la protection sociale[5], en raison des communes préoccupations du droit de la sécurité sociale et du droit de l'aide et de l'action sociales.

Conséquemment, la définition énoncée au sein du Vocabulaire juridique synthétise fort bien cette diversité. Le Droit[6] désigne « *l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres d'une société* ». Ces règles peuvent être sociales et dans cette hypothèse, elles concernent la « *vie des travailleurs* ». Elles sont

---

[1] Cela correspond à l'énoncé du chapitre 1 introductif ; J.-P. CHAUCHARD, *préc.*

[2] J.-P. CHAUCHARD, *ibid*., p. 16-17 : « *Comme concept, la sécurité sociale se présente comme une garantie, celle de tout individu face au besoin ou au risque et qui trouve son expression dans l'existence d'un droit constitutionnel à la sécurité sociale. Cette garantie est aussi collective […]. Comme institution et en droit français, la sécurité sociale prend la forme de régimes, qui fondés sur la solidarité nationale ou professionnelle, tendent par une redistribution de caractère économique, […] à l'indemniser des risques de l'altération ou de perte de revenu en raison de la maladie….* ».

[3] J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 17e éd., Dalloz, 2011, n°137.

[4] Selon des auteurs, l'aide sociale désigne « *l'ensemble de prestations correspondant à des droits subjectifs, spécialisés, à caractère alimentaire et attribués sans contribution préalable des bénéficiaires* ». En revanche, l'action sociale recouvre plusieurs réalités, puisqu'elle peut prendre corps à travers diverses interventions, , par exemple : des aides directes (le financement d'une aide ménagère) ou des équipements ou services collectifs (crèche)… Quelques unes de ces prestations non contributives ont été confiées à la sécurité sociale (comme par exemple, l'allocation adulte handicapé précédemment évoqué (note de bas page n°6, p.37) ou l'allocation de solidarité aux personnes âgées. Remplaçant le dispositif de minimum vieillesse depuis 2006, cette allocation ne peut être versée qu'au bénéficiaire âgé de 65 ans (éventuellement l'âge légal d'ouverture des droits à la retraite sous condition), dont les revenus sont inférieurs à un certain seuil.

M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 8e éd. , coll. Domat, droit public, Montchrestien, 2012, n°3 et n°350 (ASPA).

[5] P. MORVAN, *op.cit.*, n°1.

[6] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° Droit.

également dites sociales, lorsqu'elles sont destinées à « *promouvoir dans l'organisation d'un pays, par la solidarité, la sécurité de ses membres*[1] ».

34. En revanche, en République fédérale d'Allemagne[2], il faut préciser que le droit social (*Sozialrecht*) a une acception autre. Il ne désigne pas le droit du travail (*Arbeitsrecht*), qui correspond au droit du travail des travailleurs non indépendants.

Le droit social fait référence aux assurances sociales, composées de cinq branches, incluant l'assurance maladie, l'assurance dépendance, l'assurance accidents du travail et maladies professionnelles, l'assurance chômage et l'assurance pension. Il faut préciser que l'assurance pension comporte une particularité héritée du passé, qui a réuni la vieillesse et l'invalidité au sein d'un même ensemble (*Rentenversicherung*).

Tout comme le droit français de la protection sociale, les assurances sociales sont complétées par des dispositifs non contributifs, intégrant ainsi les prestations d'aide sociale et les prestations familiales. Ces différentes composantes sont regroupées sous la formulation plus large de protection sociale (*Sozialschutz*).

2. La relation professionnelle, cadre d'exercice de la capacité de production

35. Au cœur du droit social, siège donc la capacité de production d'un individu, qui ne peut s'exprimer que dans le cadre de relations professionnelles. La définition juridique de la profession renvoie à *« une activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence* [3]». Cela correspond au métier[4], entendu comme « *une profession caractérisée par une spécificité exigeant une formation, de l'expérience […]*

---

[1] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, préc*., v° Social.

[2] O. KAUFMANN, *Wörterbuch …, op.cit.*, v°Sozialversicherung ; O. KAUFMANN, « Le droit social comparé », *Electronic Journal of comparative* law, mars 2004, vol 8.1, p. 10-17, disponible : <http://www.ejcl.org/81/art81-1.html>.

[3] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, préc*., v° Profession ; Cette définition comporte des similitudes avec celle proposée par le Professeur SAVATIER en 1961 : « *c'est l'activité qu[e la personne] exerce de manière habituelle en vue d'en tirer un revenu permettant de vivre* » , « Contribution à une théorie générale de la profession », in *Dix ans de conférences d'agrégation*, Études offertes à Joseph Hamel, Dalloz, 1961, p. 3 ; Cité par l'auteur, « Vie communautaire et contrat de travail, à propos des compagnons d'Emmaüs », *Dr. soc*. 2001, p. 798.

[4] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, préc*., v° Métier.

et entrant dans un cadre légal » sans omettre le fait que cela désigne également « *toute activité dont on tire des moyens d'existence*[1] ».

Par l'exercice de ce travail rémunérateur, le professionnel s'oppose alors à l'amateur, pratiquant sa passion de manière récréative et détachée de considération lucrative. Il se distingue également du bénévole[2], investi cœur et âme dans des missions sans obtenir une quelconque rémunération[3]. Le terme de profession est donc un terme générique permettant de désigner et d'identifier l'activité par laquelle un individu subvient à ses besoins. Ce terme rassemble des métiers exercés sous des formes diverses, incluant non seulement ceux se déroulant dans le cadre d'une relation subordonnée, mais aussi les autres rapports de travail refusant un tel lien.

Si le droit social n'est pas le synonyme du droit régulant les seules relations de travail subordonnées, ces dernières dominent, tant pour des raisons historiques que par son importance numérique[4]. Pourtant tous les travailleurs bénéficient des protections offertes par le droit social, notamment par le biais d'une condition d'âge limitant l'exercice de certaines activités professionnelles. Malgré une atténuation de la distinction entre le salariat et le travail indépendant[5], des spécificités demeurent. En effet, le travailleur subordonné bénéficie des

---

[1] *Le Petit Larousse Illustré 2011*.

[2] Le bénévolat correspond à « *une activité gratuite et désintéressée* »; G. CORNU, *Vocabulaire juridique, préc*. Mais la simple mention bénévolat retenu dans un contrat ne met pas à l'abri d'une requalification en relation de travail par les juges ; C. LEBORGNE-INGELAERE, « Entre bénévolat et salariat », *JCP S* 2007, 1743 ; J. SAVATIER, « La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association », *Dr. soc. 2002*, p. 494.

Sur le demandeur d'emploi bénévole : C. WILLMANN, « L'activité bénévole du chômeur », *Dr. soc*. 1999, p. 162 ; et aussi : « Le service gratuit à la recherche de son contrat », *RDSS* 1999, p. 350.

A propos de la distinction entre bénévolat et volontariat : E. ALFANDARI, « Le volontariat civil, au service des associations », *RDSS* 2001, p.125; J. SAVATIER, « Entre bénévolat et salariat : le statut des volontaires pour le développement », *Dr. soc*. 2000, p. 146.

[3] « *Le travailleur bénévole est un collaborateur non rémunéré. Son travail doit être exécuté de manière absolument gratuite […]. IL s'agit d'un choix délibéré, d'une philosophie selon laquelle la contrepartie a d'autres qualités, une valeur morale qui échappe au droit* » ; S. MOREAU, « L'activité désintéressée : fiction ou réalité en droit social ? », *RDSS* 1981, p. 508-530.

[4] Selon l'INSEE, au 31 décembre 2012, l'emploi salarié occupait plus de 23 millions de personnes et l'emploi non salarié, moins de 3 millions de personnes ; Source Insee, estimations d'emploi localisées.

[5] Sur ce point, v. not.: J.-P. CHAUCHARD, « Les avatars du travail indépendant », *Dr. soc*. 2009, p.1065 ; Dir. J.-P. CHAUCHARD, A.-C. HARDY-DUBERNET, *La subordination dans le travail: Analyse juridique et*

dispositions contenues au sein du Code du travail et d'une juridiction spécifique, en raison du rapport de force existant. Son antonyme, le travailleur indépendant, se charge seul de sa protection sociale auprès de caisses spécifiques. L'exercice d'une profession peut donc se réaliser tant par une relation de travail subordonnée ou salariée (a) qu'une activité indépendante (b).

a. La relation de travail subordonnée

36. Le contrat de travail conserve en la matière un rôle déterminant, car la conclusion de cette convention explicite qu'« *une personne [le salarié] s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre [l'employeur], sous la subordination de laquelle elle se place, et moyennant une rémunération* »[1]. Toutefois, l'absence d'une telle convention ne prive pas la relation de sa véritable qualification. De cette définition, découlent quatre critères[2] contribuant

---

sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail, La Documentation française, 2003 A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc*. 2000, p. 131.

[1]G.-H. CAMERLYNCK, *Traité du droit du travail*, Tome 1, Contrat de travail, 1re éd., Dalloz, 1968, n°28, p. 45 ; Cité par C. RADÉ, « Des critères du contrat de travail », *Dr. soc*. 2013, p. 202, spéc. n°4.

Précisons que cette personne peut être physique ou morale : A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *Sem. soc. Lamy* 2008, n°1340, suppl., p. 15 ; Cité par B. GÉNIAUT, « Le contrat de travail et la réalité », *RDT* 2013, p. 90.

[2] L'employeur doit fournir une tâche à exécuter à son salarié, qui sera personnellement accomplie, en contrepartie de laquelle il percevra une rémunération. Cette relation de travail doit en outre se réaliser dans le cadre d'un rapport de subordination.

Pour une analyse récente: S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail » *Dr. soc*. 2013, p. 576 ; J.-M. BÉRAUD, « Protéger qui exactement ? Le tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », *Dr. soc*. 2013, p. 197.

A propos de la tâche à exécuter, v. not. : A. de METZ, *La prestation de travail : contribution à l'étude juridique*, Thèse, Rennes 1, 2005 ; F. BOUSEZ, « La prestation », *in Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Ed. Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2009, p. 149-160.

Sur le salaire : G. COUTURIER, « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », *Dr. Soc.* 2011, p. 10-17 ; P. RODIÈRE, « Le salaire dans les écrits de Gérard Lyon-Caen », *Dr. Soc.*. 2011, p. 6 ; G.LYON-CAEN, *Traité de droit du travail*, Les salaires, Tome 2, dir. G.-H. CAMERLYNK, Paris, Dalloz, 1967, n°2 ; A. MARTINON, « Le salaire », *in Les notions fondamentales du droit du travail*, ibid., p. 161-187.

Sur la personne du salarié : M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », *in Le travail en perspectives*, dir. A. SUPIOT, LGDJ, 1998, p. 101-124 ; T. REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc*. 1992, p. 859 ; *Contra* (refus d'un bail pesant sur la personne du salarié) : E. DOCKÈS, « La détermination de

à l'identification d'une relation de travail salariée. La subordination juridique[1] est un élément décisif[2], prenant notamment corps à travers le pouvoir de direction et de contrôle de

---

l'objet des obligations du contrat de travail », *Dr. soc.*1997, p. 140 ; Sur cette dualité : N. COLLET-THIRY, *L'encadrement contractuel de la subordination*, Thèse, Panthéon-Assas, Paris II, 2012, n°28-30.

[1]Les travaux traitant de la subordination juridique étant conséquents, la liste suivante n'a pas vocation à être exhaustive: H. GROUDEL, « Critère du contrat de travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Études offertes à G.H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1978, p. 49-61 ; T. AUBERT-MONPEYSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, thèse Toulouse, éd. CNRS, 1988; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1re éd ; 1997, rééd. 2007, p. 109-123; Dir. J.-P. CHAUCHARD, A.-C. HARDY-DUBERNET, *La subordination dans le travail: Analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail, op. cit.* ; J.-F. CESARO, « La subordination », in *Les notions fondamentales du droit du travail, op.cit.*, p. 129-148 ; N. PÉPIN, *Le lien de subordination juridique dans les relations de travail*, thèse, Université de Montpellier I, 2010.

Articles : M. DESPAX, « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982, p. 11 ; D. LOSCHAK, « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Dr. soc.* 1982, p. 22 ; J. MAILLARD, « Scolie sur le rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982, p. 20 ; A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.* ; J.-E. RAY, « De la sub/ordination à la sub/organisation », *Dr. soc.* 2002, p. 5 ; E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.* 2011, p. 546 ; C. RADÉ, « Des critères du contrat de travail », *op.cit.*, p. 202.

Manuels : J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 26 éd. , 2012, n°193-197 (à propos des critères) ; Y. AUBRÉE, *RÉP. Trav.*, v° contrat de travail (Existence-formation), n°19-46 ; J.-M. VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAC, *Droit du travail, rapports individuels*, volume II, 14ème éd., p. 38 ; Mais aussi : J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du Droit du travail*, 4e éd., 2008, n°1-3.

[2] Crim. 26 janvier 1967, pourvoi n° 65-92.991, *Bull. Crim.* n°42; *Gaz. PaL. 1*967, 1, 133. En l'espèce, l'accident survenu à une danseuse lors de la transmission télévisuelle de son ballet, n'a pas été considéré comme un accident du travail et engageait, entre autres, l'entière responsabilité de la chaîne de télévision (ORTF). Le statut exact de cette artiste, qualifiée de danseuse dans son contrat l'unissant à M. X et de chorégraphe pour l'ORTF était donc déterminant. L'appréciation retenue par les juges du fond de différents éléments, tels que l'obligation *technique* de respecter les horaires de la chaîne la préexistence de cette représentation artistique à la chorégraphie originale, la propriété des costumes et des partitions et le financement des répétitions, n'a pas été censuré par la chambre criminelle, qui a retenu que «[…] *les juges du fond, interprétant le contrat à la lumière de ces éléments de fait, souverainement constatés par eux, ont estimé que cette convention constituait, non un contrat de travail, mais le contrat de louage d'ouvrage prévu par l'article 1787 du Code Civil* ». Expliquant pédagogiquement qu'il s'agissait « […] *d'une œuvre originale dont elle assurait la réalisation en se soumettant seulement aux horaires et à l'organisation des spectacles télévisés, ne se trouvait pas sous la dépendance et au service de l'ORTF* », la chambre a conclu « *qu'en l'absence du lien de subordination qui caractérise les relations existant entre le salarié et son employeur, au sens de l'article L. 415 du Code de la sécurité sociale, Dame Y. ne saurait être considérée, comme ayant été victime d'un accident du travail* ».

l'employeur sur l'activité du travailleur.... Dans de telles circonstances, le juge français rétablit la qualification véritable du contrat[1].

37. Le droit du travail allemand[2] ne fait pas exception et partage cette définition de la relation de travail subordonné. Codifié au sein du Code social allemand (*Sozialgesetzbuch*) (SGB), au paragraphe 7 du SGB IV, la relation de travail (*Arbeitsverhältnis*), repose sur un lien juridique entre un employeur et un salarié, bien distincte de celle établie avec un indépendant[3]. Trois critères sont requis pour retenir cette qualification, une relation contractuelle, un rapport de subordination ainsi que la qualification du travailleur. Cette relation contractuelle doit être établie par le biais d'un contrat de travail (*Arbeitsvertrag*) ou d'un contrat de service (*Dienstvertrag*) « soumis au droit privé [4]», ayant pour objet la réalisation d'une prestation de service (*Dienstleistung)*, en contrepartie de laquelle, le travailleur salarié (*Arbeitnehmer*) percevra une rémunération (*Entlohnung*). Cette relation de travail se déroule sous la subordination de l'employeur (*Arbeitgeber*), qui exerce son pouvoir de direction[5]. La qualification du salarié est également un élément à observer, révélant la place du salarié au sein de l'entreprise, en tant qu'ouvrier (*Arbeiter*), employé (*Angesteller*) ou cadre (*leitender Angesteller*).

38. Le droit de l'Union européenne comporte également sa définition du travailleur salarié. Celle-ci est d'origine prétorienne, façonnée par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), depuis l'affaire Lawrie Blum du 3 juillet 1986[6]. La relation de travail se caractérise par la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur

[1]Soc. 25 juin 2013, pourvoi n°12-13.968 ; *JCP* S 2013, 1386, note T. LAHALLE.

[2] Il faut mentionner qu'il n'existe pas de Code du travail allemand à l'image du Code français. Le droit du travail (das *Arbeitsrecht*) est constitué d'une série de lois et des conventions collectives, conventions d'établissement.

[3] Le titre 2 du SGB IV s'intitule « *Beschäftigung und selbständige Tätigkeit* », ce qui signifie emploi et activité indépendante. Le §7 aL. 1 énonce que l'emploi ne correspond pas à un travail indépendant, s'il exerce au sein d'une relation de travail : « *Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis* ».

[4]O. KAUFMANN, *Wörterbuch*, *op.cit.*, p. 118-119.

[5] Le pouvoir de direction de l'employeur s'exprime notamment par la détermination des « *conditions, la nature et la durée ainsi que le lieu de travail* » ; O. KAUFMANN, *préc.*, p. 119.

[6] CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum contre Land Baden-Württemberg*, Aff. 66/85, *Rec.* p. 2121 (*spéc.* pt. 17) ; P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, n°209.

d'une autre et sous la direction de celle-ci[1], des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération[2]. Par cette création jurisprudentielle, la Cour comblait l'absence de définition communautaire de contrat de travail. L'élaboration de la notion de relation de travail s'est ensuite poursuivie par de nombreuses décisions, élargissant la notion de travailleur, indépendante du niveau de la rémunération[3] et de la durée de l'activité[4]. La seule limite siège dans le caractère réel et effectif de l'activité salariée[5].

La CJUE a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler très récemment, la constance de sa jurisprudence en la matière, lors d'une affaire portant sur le refus d'une aide à la formation sollicitée par un citoyen de l'Union ayant exercé sa liberté de circuler[6].

---

[1] Sur la vérification de l'existence d'un lien de subordination par le juge national : CJCE, 8 juin 1999, *C.P.M. Meeusen contre Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, aff. C-337/97, *Rec*. I, p. 3289 (à propos de l'épouse du directeur et seul propriétaire des parts sociales d'une société).

[2] Cela ne s'étend pas au travail bénévole ; CJCE 7 novembre 1996, *Bruna-Alessandra Züchner contre Handelskrankenkasse*, aff. C-77/95, *Rec. I*, p. 5689.

[3]CJCE, 31 mai 1989, Bettray contre Staatssecretaris van Justitie, Aff. 344/87, *Rec.* p.1621. La Cour a considéré qu'en l'espèce, la qualification de travailleur ne pouvait être retenue, car M. Bettray, ressortissant allemand, toxicomane, avait été engagé pour une durée une durée indéterminée, par une entreprise dont le seul but est de donner aux personnes en cause la possibilité d'exercer des activités rémunérées.

Déjà amorcé : CJCE, 23 mars 1982, Levin c/ Secrétaire d'État à la Justice, aff. 53/81, *Rec.*, p.1035 (le revenu était inférieur au minimum d'existence) ; CJCE, 3 juin 1986, Kempf c/ Secrétaire d'État à la Justice, aff. 139/85, *Rec.*, p.1741. En l'espèce, le ressortissant allemand travaillait au Pays-Bas en tant que professeur de musique à temps partiel et il complétait ses revenus par une aide financière versée par l'État de résidence. Il avait essuyé un refus après avoir sollicité un titre de séjour.

[4] CJCE, 26 février 1992, Bernini c/ Minister van Onderwijs en Wetenschappen., aff. C-3/90, *Rec*. p. I-1071.

[5] Il s'agit de savoir si cette activité relève du marché de l'emploi ; CJCE, 7 septembre 2004, Michel Trojani c/ Centre public d'aide sociale de Bruxelles, *Rec*. p. I-7573.

[6] CJUE, 21 février 2013, L. N. c/ Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte, aff. C-46/12, non encore publiée ; *Europe* 2013, comm. 169. En l'espèce, le citoyen avait manifestement pour objectif de suivre une formation tout en sollicitant une aide éducative. Pour faire obstacle à la condition de résidence de cinq ans, conforme à l'article 24 §2 de la directive n°2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres […], il s'appuyait sur le fait d'avoir exercé une activité professionnelle à temps plein, puis à temps partiel.

Selon un auteur, la CJUE retient une définition restrictive de la fraude, privilégiant la citoyenneté européenne au détriment de la qualité du ressortissant ayant exercé sa liberté de circuler ; J. CAVALLINI, « La qualité d'étudiant ne chasse pas celle de travailleur européen », *JCP S*, 2013, 1179.

La notion de travail salarié en droit français, allemand et de l'Union européenne, comporte donc des similitudes. Et ce travailleur salarié bénéficie d'une législation spécifique, destinée à le protéger dans le cadre de ce rapport de subordination.

b. L'activité indépendante

39. L'âge n'épargnant pas le travailleur menant une activité indépendante afin de subvenir à ses besoins, il convient de définir cet autre mode d'exercice de la profession. Sa particularité réside dans le fait qu'elle est réalisée en dehors de tout rapport de subordination. La racine étymologique du mot indépendant, composé du préfixe *in* accolé au mot *dependere* exprime explicitement cette caractéristique essentielle du travail indépendant. Sa qualification se fonde donc sur une interprétation *a contrario* de celle du travailleur subordonné. Si « *une définition juridique du travail indépendant, aujourd'hui encore [2009], fait défaut* »[1], l'utilisation de la technique de faisceau d'indice permet de combler cette lacune. Les travailleurs indépendants sont « *ceux qui exploitent une entreprise en leur nom personnel et ceux qui louent, qui offrent ou qui mettent leur force de travail à disposition d'autrui* »[2].

Certaines dispositions du Code de la sécurité sociale permettent d'identifier le travailleur indépendant[3]. La diversité des professions exercées rend assez complexe l'élaboration d'un critère unique, auquel il convient de préférer l'appréciation de différents éléments. Il est en outre possible de se reposer sur la présomption de non-salariat énoncée aux articles L. 8221-6 et L. 8221-6-1 du Code du Travail. Le législateur considère que l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers constitue un indice de l'absence de subordination. Il en est de même lorsque le travailleur est autonome dans la détermination de ses conditions de travail[4]. Le travail indépendant désigne « *celui qui travaille pour son propre*

[1] J.-P. CHAUCHARD, « Les avatars du travail indépendant », *op.cit.* ; v. aussi G. LYON-CAEN, *le droit du travail non-salarié*, Paris, Ed. Sirey, 1990, 208 p.

[2] J.-P. CHAUCHARD, *préc.*

[3] Il en est ainsi de l'article L. 621-1 du Code de la sécurité sociale relatif au régime d'assurance vieillesse à l'égard d'une catégorie spécifique de travailleurs, fait référence aux personnes non salariées ou assimilées. L'article L.621-3 de ce même Code énumère les différents groupes, incluant les professions artisanales, industrielles et commerciales, libérales et agricoles.

[4] Civ. 2ème 7 octobre 2010, n°09-69.830, *Bull. civ. II*, n°164; *RDSS* 2010, p. 1175, par T. TAURAN. Un médecin exerce en parallèle une activité en qualité d'expert pour des compagnies d'assurance. En accord avec les juges du fond, la Cour considère qu'ils ont exactement déduit des éléments de faits, l'absence de lien de subordination.

compte » et non pour le compte d'autrui à l'image du travailleur subordonné. La relation contractuelle unissant un artisan à un entrepreneur prend corps via un contrat d'entreprise et certainement pas un contrat de travail. La première Chambre civile de la Cour de cassation l'a d'ailleurs affirmé, en définissant le contrat d'entreprise comme « *une convention par laquelle une personne charge un entrepreneur, d'exécuter en toute indépendance, un ouvrage*[1] ». Ayant la faculté d'employer des salariés pour réaliser et développer son activité, la caractéristique du travailleur indépendant réside dans le choix de travailler pour son propre compte et corrélativement, de supporter seul le risque économique[2].

L'indépendance, l'autonomie du travailleur caractérisent l'exercice de l'une de ces activités, commerciale ou civile[3]. Cette autonomie peut également se manifester à travers la propriété du matériel, puisque le travailleur indépendant ne peut dépendre d'un collaborateur pour exercer son activité[4].

40. L'absence de rapport de subordination constitue également l'élément caractéristique en droit allemand. Le travailleur autonome (*Selbständiger*) se distingue du travailleur salarié (*Arbeitnehmer*), car selon le Code du Commerce allemand *(Handelsgesetzbuch), « est*

Parmi ces éléments, il y avait notamment le fait de rester maître de son organisation (horaire, aucune directive)….

Cette présomption ne vaut que jusqu'à preuve du contraire. Sur la fraude de dissimulation de travail salarié : Crim. 14 février 2006, n°05-82.287, *Bull. crim.* n°43, p.168 ; *RDT Com.* 2006, p. 688, obs. B. BOULOC. La Chambre criminelle a censuré la solution de la Cour d'appel, car celle ci n'avait pas répondu aux réquisitions du Ministère Public relatives aux indices caractérisant l'existence d'un lien de subordination. Les juges du second degré avaient considéré que les travailleurs engagés sur les chantiers, n'étaient que des artisans, immatriculés au répertoire des métiers, libres dans l'organisation de leurs conditions de travail, n'utilisant que par simple commodité les matériaux et véhicules de l'entreprise….

[1] Civ. 1ère 19 février 1968, *Bull civ. I* n°69 ; *D.*1968, p.393 ; Cité par F.-X. LICARI, *JCl Civ*, Article 779, fascicule unique relatif au louage d'ouvrage et industrie, n°11.

[2] Com. 15 octobre 1991, n° 89-19.281, *Bull. civ. IV*, n°286, p.199.

[3] L'activité commerciale s'oppose l'activité civile, car elle a pour particularité liée à l'exercice de reposer sur la réalisation d'actes de commerce, absente ou accessoire pour les activités civiles.

[4] Soc. 4 juin 1992, n°90-22.094, *Bull.civ. V* n°367, p.230. En l'espèce, des gérants liés par contrat de collaboration ou mandat-gérance avec une société, dépendaient de celle-ci sur plusieurs points : fourniture des locaux, marchandises et matériel indispensables à l'exercice de l'activité de gérance… Cet indice associé aux critères caractérisant le rapport de subordination juridique, imposait la reconnaissance du statut de salarié.

indépendant celui qui est, pour l'essentiel, libre de décider de son activité et qui fixe lui-même son temps de travail[1] ».

41. Le droit de l'Union reconnaît au ressortissant d'un État membre la faculté d'exercer l'une des activités prévues à l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) relatif à la détermination de la prestation de service[2], sur le territoire d'un autre État membre. Libres de s'établir dans tout État membre, « *les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé* », ayant un but lucratif, sont considérées comme des personnes physiques ressortissantes des États membres comme l'énonce l'article 54 TFUE. En termes de droit applicable, le droit de l'Union a retenu la singularité[3] reconnue par le droit des États membres, soumettant ainsi leur activité aux règles du droit de la concurrence[4]. Dans une récente décision[5] à propos de l'application de la directive n°2005/29/CE[6], la Cour a défini le professionnel au sens de l'article 2 de cette directive. Il s'agit de « *toute personne physique ou morale» dès lors qu'elle exerce une activité rémunérée […]* ». La Cour précise que « *le sens et la portée de la notion de « professionnel » […] doivent être déterminés par rapport à la notion, corrélative mais antinomique, de «consommateur», laquelle désigne tout particulier non engagé dans des activités commerciales ou professionnelles* »[7].

Par le passé, la CJCE s'est déjà exprimée en la matière, à travers un arrêt du 12 décembre 2000[8], Pavel Pavlov. En l'espèce, cinq médecins spécialistes exerçant au sein d'un hôpital ont

---

[1] Issu du §84 Abs.1 à propos des Vendeurs Représentants Placiers (*Handelsvertreter*) « [...] *Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann* », traduction de M. Otto KAUFMANN, *op.cit.*, p.193.

[2] C'est-à-dire des activités industrielles, commerciales, artisanales ainsi que les professions libérales.

[3] S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international*, *op. cit.*, p. 311 ; Pour un exemple récent à propos des experts comptables : CJUE, 28 février 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas/Autoridade da Concorrência, C-1/12, non encore publiée.

[4] Articles 101 à 104 TFUE.

[5] CJUE, 3 octobre 2013, BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV., aff. C-59/12, non encore publié.

[6] Directive n°2005/2/CE du 11 mai 2005 dite sur les pratiques commerciales déloyales, *JOUE* 2005, L 149, p.22-149.

[7] Pts 32-33 de l'aff. , BKK Mobil Oil, *préc.*

[8] CJCE 12 décembre 2000, Pavel Pavlov et autres c/ Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, aff. C-180/98 à C-184/98, *Rec. p. I-6451.*

remis en cause l'affiliation obligatoire à un fonds de pension des médecins spécialistes, en raison de la conclusion d'un contrat d'emploi. Considérant avoir acquis le statut de salarié, M. Pavlov s'est dispensé de verser ses cotisations à l'égard de ce fonds professionnel au motif pris de son affiliation obligatoire à un nouveau fonds. Saisie par la juridiction de renvoi, la CJCE a dû se prononcer sur le fait de savoir si ce fonds de pension doit être considéré comme une entreprise relevant des règles du droit de la concurrence. Elle a retenu que ce fonds ne pouvait se soustraire aux règles de la concurrence, en raison de la particularité du statut de ces créateurs, rassemblés au sein d'une association professionnelle, qualifiée d'association d'entreprises. En effet, lors de sa conception, ce fonds a été initié par cette association de médecins indépendants, ayant par la suite demandé aux pouvoirs publics d'en rendre l'affiliation obligatoire.

Pour en décider ainsi, la Cour s'est penchée sur le statut de ces médecins, œuvrant en parallèle à la détermination de la notion d'indépendant. Le critère déterminant permettant de retenir l'application des règles de concurrence est celui de l'entreprise, définie comme étant « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »[1]. Or, comme le relève la Cour, ces « *opérateurs économiques indépendants* » en exerçant leur activité, offraient des services, tout en bénéficiant de rémunérations versées par leurs patients, assumant en outre *« les risques financiers afférents à l'exercice de leur activité »*[2]. Elle en a déduit que « *les médecins spécialistes indépendants […] exercent une activité économique et […] constituent des entreprises […] sans que la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé soient de nature à modifier une telle conclusion* »[3].

42. Toutefois, cette singularité admise dans les droits internes français et allemand ne constitue pas un obstacle infranchissable à certaines protections existant au profit du travailleur salarié. Une forme de transposition se fait jour, via des directives ciblées, favorisant le développement d'un droit spécifiquement dédié aux indépendants. La directive du 11 décembre 1986 relative au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes

[1] Pt 74 de l'arrêt Pavlov *préc*.

[2] Pt 76 de l'arrêt Pavlov *préc*.

[3] Pt 77 de l'arrêt Pavlov *préc*.

exerçant une activité indépendante[1]en est l'illustration. La notion de travailleur indépendant formulée se limitait, tout comme celle actuellement en vigueur, à la définition retenue par le droit national. Le travailleur indépendant est une personne «*exerçant, dans les conditions prévues par le droit national, une activité lucrative pour son propre compte, y compris les exploitants agricoles et les membres des professions libérales*[2] ».

La césure entre les travailleurs subordonnés et les travailleurs indépendants s'avère moins intense que les droits nationaux, notamment en raison du fait que le droit de l'Union étend certaines protections en faveur de ces derniers.

43. De ces développements, il y a lieu de constater que les relations professionnelles peuvent revêtir divers aspects. Or, le choix quant à la relation professionnelle, produit des effets dans la détermination des règles applicables en matière d'âge. Le but poursuivi par ces travailleurs ayant choisi des modes d'exercice différents, reste pourtant le même. Comme l'explique le Professeur SUPIOT, « *le travail, au sens le plus large du terme, désigne cette part de l'activité humaine qui, à la différence du jeu, n'est pas à elle-même sa propre fin car elle vise à faire œuvre utile, c'est-à-dire à produire des biens et des services propres à satisfaire les besoins matériels et symboliques des hommes*»[3] .

Par ce travail de création, l'individu devient non seulement un facteur de production, mais en outre un être économiquement indépendant, détenteur des moyens de répondre seul à l'ensemble de ses besoins et ayant le devoir d'œuvrer dans ce sens[4].

---

[1] Directive 86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, *JOCE* L 359 du 19 décembre 1986, p.56-58. Depuis le 5 août 2012, est entrée en vigueur la directive 2010/41/UE du Parlement Européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil, *JOUE* L 180 du 15 juillet 2010, p.1-6. Celle-ci étend son champ d'application personnel, puisque sont inclus parmi les bénéficiaires de ces protections, au même titre que les conjoints, les partenaires de vie (art. 2 b).

[2] Art. 2 de la directive 86/613/CEE. La directive 2010/41/UE ne précise plus l'inclusion des exploitants agricoles ni des exploitants agricoles (art.2 a).

[3] A. SUPIOT, *Le droit du travail*, 3ème édition, Que sais-je, PUF, 2006, p.9.

[4]Les réformes de l'assurance chômage se fondent d'ailleurs sur l'idée d'une activation des prestations de chômage. Sur ce point : L. EPIARD, *Le retour des demandeurs d'emploi indemnisés sur le marché du travail : la voie des politiques d'incitation*, Thèse, Nantes, 2007.

Or, le droit social retient des bornes d'âges encadrant l'exercice de la capacité productive de l'individu, en érigeant deux seuils, semblables à des lignes de départ et d'arrivée, balisant le cycle de vie active. La durée de la vie active est ainsi cloisonnée au sein d'un même bloc. Corrélativement, cela a pour conséquence de réduire l'étendue de notre étude, restreinte aux relations professionnelles, qui constituent le seul cadre possible d'exercice de la capacité de production de l'individu afin de satisfaire ses besoins.

§4. ÂGE, VIEILLISSEMENT ET VIEILLESSE, TRIPTYQUE D'UNE PROBLEMATIQUE RENOUVELEE DE LA SAISIE DES AGES

44. Le droit social a retenu des bornes d'âge délimitant la période de la vie active, encadrant tant la primo-insertion des jeunes travailleurs[1] que la rupture motivée par la liquidation de la pension de vieillesse pour les travailleurs âgés[2]. La sérénité de cette segmentation du cycle de vie active est actuellement bouleversée en raison du vieillissement de la population et de l'allongement de la durée de la vie. C'est dans ce cadre que s'inscrit la présente étude.

La longévité humaine s'est considérablement améliorée depuis les années 50. Toutefois, la répartition de cet allongement de l'espérance de vie ne s'est pas réalisée de manière équilibrée dans chacune des tranches d'âge. Ce gain de la durée de l'espérance de vie est concentré sur la dernière période de la vie professionnelle, c'est-à dire la vieillesse, exposant les États au délicat problème du financement de ce temps de la vie du travailleur.

45. Deux notions font ainsi leur apparition, celle de vieillesse et vieillissement, imposant à titre liminaire, des précisions sur leur distinction. Car si la vieillesse est reliée à un état physiologique de l'être, elle ne peut s'assimiler au vieillissement, lequel correspond à un processus de maturation de l'être ou plus exactement à son évolution physiologique[3].

La saisie juridique de la vieillesse n'est pas négligeable, car la règle de droit a institué une présomption d'inaptitude au travail[4] en raison du franchissement d'un certain seuil d'âge, justifiant la perte et corrélativement, le remplacement des revenus d'activité. Ainsi la

[1] v. *infra*, n°100 et s.

[2] v. *infra*, n°336 et s.

[3] Processus à la fois inexorable et perpétuel…

[4] G. LYON-CAEN, « Une vieillesse sans droit », *op.cit.*, n°4.

vieillesse correspond à « *l'état d'une personne qui, ayant dépassé un certain âge, est présumée ne plus pouvoir travailler, et peut bénéficier, à ce titre, d'un régime de pension de retraite et d'une aide éventuelle à défaut d'un minimum de ressources* » [1] . Cette « *dernière période de la vie, caractérisée par un ralentissement ou affaiblissement des fonctions* » [2] justifierait par conséquent le retrait du travailleur de la scène professionnelle, lequel accéderait à une nouvelle qualité, délaissant celle de travailleur pour adopter celle de pensionné.

En revanche, le vieillissement ne constitue pas un état stable, mais une évolution physiologique perpétuellement en cours, se mesurant par l'accumulation des années. Le processus enclenché s'avérant irrémédiable, il ne témoigne pas uniquement de l'avancée en âge, mais en outre, de l'âge avancé de l'individu. Dans le sens commun, cela désigne le « *fait de devenir vieux* » et plus précisément, « *l'ensemble des phénomènes qui marquent l'évolution d'un organisme vivant vers la mort* »[3] . Le vieillissement, processus physiologique et état de l'individu, revêt alors une dimension individuelle.

46. Toutefois, une certaine ambiguïté se fait jour à travers la notion même de vieillissement. Cette notion s'enorgueillit d'un sens pluriel, ne s'attachant plus uniquement à un individu déterminé, mais à un plus grand ensemble, la population[4]. Le vieillissement dans sa dimension démographique désigne « *l'augmentation de la moyenne d'âge d'un groupe humain* », possible à travers quatre formes[5].

Selon les démographes, le vieillissement démographique peut être effectué « *par le haut* », ce qui signifie l'allongement de la durée de vie, entraînant par conséquent la création d'un étage supplémentaire au sein de la pyramide des âges. Mais il peut également s'opérer

[1] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*,v° Vieillesse .

[2] *Le Petit Larousse illustré 2011*.

[3] *Le Petit Larousse illustré 2011*.

[4] Pour une synthèse des débats terminologiques autour de la notion de vieillissement démographique ; P. PAILLAT, *Vieillissement et vieillesse*, Que sais-je ?, PUF, 2ème éd., 1982, p.8 ; M. LORIAUX, Du vieillissement démographique à l'intégration des âges : la révolution de la géritude, *Population*, 1995, 50ème année, n°6, p. 1612-1613.

[5] F. HERAN, « L'inexorable privilège du vieillissement », *Alternatives économiques, Hors-série* n°85, 2011, p. 26-27.

« *par le bas* », se matérialisant par une diminution durable de la fécondité sous le seuil de renouvellement[1] des générations.

Les États membres de l'Union sont touchés par ce double aspect du vieillissement démographique. D'une part, il est lié à l'allongement de l'espérance de vie, qui depuis 1960, accroît de huit années la durée de vie des Européens. Ce phénomène se poursuit, laissant présager une augmentation importante des personnes âgées de plus de 80 et 90 ans en 2050, aboutissant corrélativement à une hausse de leur nombre d'années en retraite[2]. La Commission européenne a confirmé cette tendance en 2012[3], estimant qu'entre 2010 et 2060, « *l'espérance de vie à la naissance devrait augmenter de 7,9 ans pour les hommes et de 6,5 ans pour les femmes* ». Lors de l'année du vieillissement actif en 2012, la Commission[4] a fait part de la nécessité d'améliorer qualitativement cette espérance de vie afin de faire du vieillissement, un atout. Ce « *grand projet de société* » est réalisé par un partenariat européen d'innovation pour un vieillissement actif et en bonne santé, ayant un objectif chiffré, consistant à augmenter de deux années la durée de vie en bonne santé des citoyens européens d'ici 2020[5]. D'autre part, l'allongement de l'espérance de vie s'accompagne d'une baisse

[1] Selon l'Institut National d'Etudes Démographiques, le seuil de remplacement est de 2,1 enfants par femme dans les pays développés. V. le site de l'INED.

[2] En 2006, la Commission évoquait déjà la question de la dépendance en faisant mention des forts risques de fragilité et d'incapacité pour cette tranche d'âge. Communication de la Commission du 12 octobre 2006, *L'avenir démographique de l'Europe, transformer un défi en opportunité*, COM (2006), 571 final.., p.4. Plus récemment : Livre Blanc, *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables*, 16 février 2012, COM (2012) 55 final.

[3] Livre Blanc, *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, ibid*.

L'Union européenne s'est très fortement préoccupée de la question, du vieillissement, comme le révèle le nombre de rapports et communications en la matière : Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 *sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables* (2012/2234) ; Rapport élaboré conjointement par la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'inclusion de la Commission européenne et le Comité de la protection sociale, *Pension Adequacy in the European Union 2010-2050* ; *Ageing Report 2012: Economic and budgetary projections for the 27 EU Member State*s (2010-2060), Economic and Policy Comittee and European Commission ; Déclaration du 7 décembre 2012 du Conseil relative à *l'Année européenne du vieillissement actif et de la solidarité intergénérationnelle (2012): La voie à suivre* (SOC 992/SAN 322).

[4] Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Concrétiser le plan de mise en œuvre stratégique du partenariat européen d'innovation pour un vieillissement actif et en bonne santé, du 29 février 2012, COM (2012), 83 final.

[5] Le plan stratégique retenu pour y parvenir, réunit trois axes : l'amélioration de la santé et la qualité de vie des personnes âgées ; le renforcement de la viabilité et l'efficacité des systèmes de soins ; la création de marchés pour les entreprises. Communication *précité*, COM (2012), 83 final, p. 4-6 (v° tableau).

durable du taux de fécondité, atteignant seulement 1,5 enfant par femme pour les vingt-sept États membres de l'Union européenne[1], soit en deçà du seuil de renouvellement des générations.

La population peut en outre vieillir simplement du fait de la montée en âge d'une génération, notamment celle des baby-boomers, ce qui entraîne une hausse du nombre de pensionnés[2]. Des États membres connaissent actuellement cette situation[3]. En 1960 en France[4], la proportion de personnes âgées de 65 ans et plus s'élevait à 11,6 % de la population totale. En Allemagne, elle était assez proche, puisqu'elle était de 11,5%. Quant aux vingt-sept États membres de l'Union[5] ainsi que les quatre États de l'Association européenne de libre échange (AELE), cette proportion était nettement inférieure, représentant 9,6% de la population totale. L'appréciation de ces données au regard de celles de 2010 met en lumière le vieillissement de la population. En 2010, pour ces deux États membres, la proportion de personnes âgées de 65 ans et plus atteignait respectivement 16,6 et 20,7 % de la population totale. En ce qui concerne l'Union européenne et les membres de l'AELE, elle était de 16%.

Selon les projections[6] de l'Office statistique de l'Union Européenne, la part de la population âgée de 65 ans et plus au sein de l'ensemble de la population avoisinerait les

---

[1] Chiffres de l'INED pour l'année 2011.

En 2009, pour l'ensemble de l'Union Européenne (27 États membres), il atteignait 1,59 ; Tableau de fertilité disponible sur le site d'Eurostat.

[2] Livre Blanc, *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables*, *op. cit.*, p.3.

La Commission n'omet pas d'évoquer les effets de la crise financière et économique sur les systèmes de pension de vieillesse.

[3] Ce constat a été dressé par le Parlement européen en 2013 ; « *le premier bataillon de la «génération du baby-boom» a atteint l'âge de la retraite, faisant du défi démographique, autrefois considéré comme un scénario du futur, une réalité d'aujourd'hui et considérant que le nombre de personnes âgées de plus de 60 ans augmentera de plus de deux millions par an* », Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 *op.cit.*

[4] Toutes ces données sont issues de l'étude menée par G. LANZIERI, « The greying of the baby boomers: A century-long view of ageing in European populations », *Eurostat Statistiques in focus*, 23/2011, (spéc. tableau n°3).

[5] L'Union européenne ne comporte 28 Etats membre que depuis le 1er juillet 2013, date d'entrée de la Croatie.

[6] Le mot projection ne peut être assimilé à celui de prévision. La projection consiste en statistique à estimer la répartition de la population notamment par l'âge en se reposant sur les effectifs de la population des années précédentes. Il s'agit non seulement de faire vieillir les effectifs, mais également de les faire décéder, naître et migrer. Cela correspond à la méthode utilisée par Eurostat appelé « *méthode des composantes* » reposant sur 3 éléments : fécondité, mortalité, immigration. Subtilité terminologique expliquée par l'Insee (V. le site de l'Insee, rubrique définitions et méthodes, projection de population).

26,6% en France et les 32,8 % de la population allemande en 2060[1]. Elle serait de 29,3% pour l'Union européenne et les membres de l'AELE. Le poids démographique de cette « *épisode de haute fécondité*[2] » étant conséquent, l'avancée en âge de cette génération entraînera nécessairement un vieillissement collectif.

Enfin, le dernier type de vieillissement démographique est à exclure, puisqu'il s'agit de l'hypothèse du départ massif de la jeune génération.

47. La combinaison des trois premières formes de vieillissement au sens des spécialistes est à l'origine du vieillissement démographique de la population de l'Union européenne, comme le soulignait déjà la Commission européenne dans une communication de 2006[3]. Dernièrement, le Parlement européen a fait part de ses inquiétudes par le biais de la résolution du 21 mai 2013[4]. Car le vieillissement démographique de la population génère un certain nombre de problématiques. Il constitue un défi majeur pour les États membres en raison de ses effets sur les systèmes de retraite et plus précisément sur le système par répartition. En 2010, pour l'Union européenne, quatre actifs finançaient la pension d'un retraité. En 2060, les estimations réduisent ce rapport à deux actifs pour un retraité[5].

De surcroît, l'augmentation du nombre de retraités entraînera proportionnellement une hausse des dépenses liées aux pensions, ce qui aura des répercussions sur leur montant. L'objectif réside dans le maintien d'un niveau adéquat des pensions et lutter contre l'appauvrissement des retraités[6].

---

[1] Tableau (anglais) *Percentage of population aged 65 years and over on 1 January of selected years*. Elaboré à partir des données Eurostat d'avril 2011. Disponible sur le site Eurostat.

[2] F. HÉRAN, *préc.*

[3] Communication de la Commission du 12 octobre 2006, *L'avenir démographique de l'Europe, transformer un défi en opportunité*, COM (2006), 571 final.

[4] Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 *sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables* (2012/2234).

[5] Livre Blanc, *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, op.cit.*, p. 7.

La Commission rappelle toutefois qu'en matière de ratio économique, il faut aussi prendre en considération les personnes sans emploi.

[6] Livre Blanc, *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, ibid.*, p. 5.

Il est d'ailleurs intéressant de faire le parallèle avec la situation relatée par le Spiegel dans un article du 22 octobre 2013, intitulé : Hausse de la pauvreté dans la vieillesse : plus de retraités ont besoin de la retraite de base (« *Steigende Altersarmut : So viel Rentner wie nie zuvor brauchen Grundsicherung* »). En 2012, sur les 900 000 bénéficiaires de cette prestation, près de 465 000 étaient des retraités, ce qui représente une hausse de 6,6% par rapport à l'année 2011. Toutefois, cette augmentation ne concerne pas seulement les plus âgés. En effet, le

Le vieillissement produira également des effets sur les finances des États membres. En 2010, les pensions de retraite constituaient plus de 10% du produit intérieur brut en moyenne pour l'Union. Cette moyenne s'élèvera à 12, 5% en 2060[1].

Partant du constat que « *l'immigration peut seulement compenser en partie les effets de la faible fécondité et de l'allongement de l'espérance de vie sur la répartition par âge de la population européenne* »[2], la Commission[3] et plus largement les institutions européennes[4], ont fait la promotion d'une autre voie, celle de l'évolution du traitement collectif de la vieillesse. La méthode ouverte de coordination[5] constitue un outil précieux pour les institutions européennes, car elle offre aux États membres la possibilité de comparer leur expérience et de retenir les bonnes pratiques, sources éventuelles d'inspirations pour les politiques sociales destinées à réformer leurs institutions. Pour atteindre cet objectif de viabilité financière des régimes de retraite, plusieurs pistes sont étudiées conformément aux propositions de la

---

système de protection sociale de la République fédérale d'Allemagne comporte une prestation de base (*Grundsicherung*) à destination des retraités dont les ressources sont insuffisantes. Ce dispositif ne correspond pas à l'allocation française de solidarité pour les personnes âgées, car elle bénéficie aussi aux personnes âgées d'au moins 18 ans, dont la capacité de gain est minorée par une affection médicalement constatée.

O. KAUFMANN, *Wörterbuch …*, *op.cit.*, v° *Grundsicherung*.

[1] Livre Blanc, *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables*, *ibid.*, p. 4.

Il faut toutefois relever que des disparités importantes entre les États membres sont à craindre. Sur ce point : v. *Ageing report* 2012, *op.cit.*, p. 34-39.

[2] La Commission se fonde sur les projections d'Eurostat, estimant que l'UE accueillera environ 40 millions de personnes jusqu'en 2050. Communication de la Commission, *op.cit.*, p. 4.

[3] L'immigration demeure toutefois une priorité, dont l'importance a été rappelée dans une Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique Social et Européen et au Comité des Régions, du 18 novembre 2011, *Approche globale de la question des migrations et de la mobilité*, COM 2011, 743, spéc. p 3 et plus récemment : Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Quatrième rapport annuel sur l'immigration et l'asile* (2012), COM (2013), 422 final, spéc. p. 5-6.

[4] Cette problématique a été abordée de manière récurrente lors de nombreux Sommets et est présente au sein de multiples rapports et communications : Sommet de Lisbonne du 23 et 24 mars 2000 (http://consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00100-r1.f0.htm); Sommet de Göteborg du 15 et 16 juin 2001 (http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00200-r1.f1.pdf); Conseil européen de Barcelone du 15-16 mars 2002. (http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/71026.pdf);

Cela sera évoqué plus en détails, v. *infra*, n°373 et s.

[5] Elle est « *considérée comme un instrument approprié pour soutenir l'action des États membres concernant l'adéquation des retraites* », Livre Blanc, *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables*,*op.cit.*, p.22 ; L'influence croissante de l'Union en matière de retraite sera abordée, v. *infra*, n° 376 et s.

Commission[1], dont notamment la modification de la répartition des temps entre la durée d'exercice de l'activité professionnelle et la durée consacrée au repos au titre de la retraite.

Le tableau est ainsi dressé. Ces trois éléments, l'âge, le vieillissement et la vieillesse sont réunis au sein d'une même problématique portant sur la saisie de l'âge par le législateur. Ce travail s'impose en raison de la progression continue[2] de longévité humaine, conjugué au vieillissement de la population.

Pour modifier l'âge conditionnant l'accès au bénéfice de la pension vieillesse et plus largement, l'âge de survenance de la vieillesse, le législateur peut déplacer le curseur en arrêtant un autre âge du cycle de vie. Ce faisant, il œuvre à l'adaptation du cycle de vie professionnelle à l'évolution de la durée de la vie humaine.

§5 LA DEMARCHE METHODOLOGIQUE RETENUE

48. Malgré la légèreté du geste du législateur n'effectuant qu'une simple modification du signe numérique inscrit dans le texte de loi, cette intervention est lourde de sens.

Le droit social est une branche du droit protéiforme et les législations sociales ont très souvent recours au critère de l'âge. Ce faisant, les sujets découlant de la question de l'âge en droit social peuvent être multiples. Ils peuvent concerner plus précisément le droit de l'emploi des travailleurs âgés, l'accès aux prestations familiales ou celui aux minimas sociaux. Le droit

[1] Livre Blanc, *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables,ibid.*

v. aussi : Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2013 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour la période 2012-2017, du 29 mai 2013, COM (2013), 360 final. En première recommandation, le Conseil préconise la prise de « *mesures d'ici à la fin de l'année 2013 pour équilibrer durablement le système de retraite en 2020 au plus tard, par exemple en adaptant les règles d'indexation, en augmentant encore l'âge légal de départ à la retraite et la durée de cotisation pour bénéficier d'une retraite à taux plein [….] tout en évitant une augmentation des cotisations sociales patronales […]* ».

Il faut noter que cette question est absente de la recommandation adressée à la République fédérale d'Allemagne. v. Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de l'Allemagne pour 2013 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de l'Allemagne pour la période 2012-2017, du 29 mai 2013, COM (2013), 355 final.

[2] La continuité de ce phénomène est directement reliée aux technologies médicales et à la diffusion de ces avancées sanitaires à l'ensemble de la population, ce qui permettra éventuellement d'accroître le nombre de centenaires ; J. VALLIN, F. MESLÉ, « Espérance de vie : peut-on gagner 3 mois indéfiniment ? », *Population* 2010, n°473, p.1-4.

du travail et le droit de la protection sociale utilisent fréquemment ce critère pour conditionner l'accès à un dispositif ou restreindre l'exercice à une activité.

Parmi les objectifs poursuivis, il convient de noter que certaines dispositions du droit social ont pour objet de protéger l'individu en raison de son âge. Il est à noter qu'il existe des situations dans lesquelles l'individu peut être sujet à l'exploitation par un tiers. Il est ainsi pour le travailleur dont le très jeune âge ne lui permet pas d'avoir conscience des effets d'un engagement auprès d'un employeur. Pourtant, comme tous les êtres, il n'a pas d'autres choix que de subvenir à ses besoins. Malgré tout, la règle de droit peut édifier un seuil d'âge encadrant l'exercice d'une activité professionnelle. Elle peut alors répondre à cet impératif vital par la mise en place d'un dispositif assurant cette obligation alimentaire.

L'âge peut également refléter une éventuelle altération de la capacité de production de l'être. Il y a des hypothèses dans lesquelles l'avancée en âge constitue une menace future, portant sur la constance et la pérennité de la capacité productive. L'individu n'a alors pas la certitude qu'il pourra jusqu'à son dernier souffle, produire afin d'obtenir une contrepartie financière suffisante pour vivre.

Ces deux exemples suscitent des interrogations pertinentes, liées à la justification de l'emploi au critère de l'âge par le législateur. Le recours à ce critère entraînant bien souvent l'application d'un régime spécifique, il convient de ne pas omettre la question des effets juridiques attachés à cette norme reposant sur un seuil d'âge. Ces interrogations inscrites dans le contexte du vieillissement de la population et de l'allongement de la durée de la vie, posent en outre la question de l'étendue de l'intervention du législateur en matière de seuil. Ce faisant, il s'agit dès lors d'appréhender la problématique de la longévité humaine au regard des âges segmentant le cycle de vie. Elles nous offrent ainsi la possibilité d'apprécier les éventuels déplacements opérés par le législateur et les limites qui lui sont opposées.

Parmi ses limites, il faut en citer une, qui est liée au critère de l'âge. En effet, nous avons pu constater que ce curseur était fréquemment employé par le législateur au sein des normes du droit social. Partant de ces éléments, il est judicieux de savoir s'il existe un régime juridique spécifique propre à l'âge. La fréquence d'utilisation nous entraîne ainsi sur l'éventuelle existence d'un concept juridique de l'âge. L'appréciation de ce curseur par le législateur est objective, ce qui signifie qu'elle n'est pas propre à chaque individu. En ne retenant pas une appréciation subjective de l'âge, le législateur refuse de prendre en considération individuellement l'avancement dans le processus biologique. Par exemple, il privilégie un âge de la majorité légale, préférant ainsi une interprétation abstraite de l'âge.

49. C'est par ce raisonnement intellectuel que naît le concept. En délaissant la dimension subjective de l'âge, nous réalisons intellectuellement « *une représentation générale et abstraite d'un objet [ou d'une chose]»* [1] et la désignons communément sous une dénomination spécifique, un terme propre[2], érigeant la notion en concept.

Cette définition n'est cependant pas pleinement satisfaisante en raison de ses imprécisions. Selon le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit[3], le concept est « *[un]'objet de pensée dont la source est le sujet épistémique aboutissant à une représentation générale d'une classe déterminée de phénomènes. Les phénomènes représentés peuvent appartenir au monde dit naturel (physique, physiologique…), au monde dit intentionnel (social, historique, culturel…) […]* ».

Pour caractériser un concept, deux éléments sont donc requis. Il faut ainsi que cet objet de pensée puise ses origines dans des phénomènes précis. Ces phénomènes relèvent du domaine des sciences de la nature et parfois même, des sciences de l'homme.

Appliquée à la question de l'âge, cette définition nous impose l'étude des fondements du critère de l'âge employé par la norme juridique. Les bases de ce curseur pourraient relever de l'un, voire de ces deux domaines. Cette définition nous amène ainsi à nous interroger sur le point de connaître les éléments pris en considération par le législateur pour justifier la présence de ce curseur.

Cette définition d'origine philosophique pourrait ainsi nous faire admettre la qualification de concept à la notion d'âge, en raison de la combinaison de différents phénomènes parfaitement identifiés par les sciences. Cette définition demeure malgré tout incomplète.

50. La définition juridique de la notion de concept s'avère en effet plus exigeante. La qualification de concept juridique a pour caractéristique son défaut de matérialité. Le concept juridique n'est donc pas la représentation abstraite d'un objet.

---

[1] *Le Petit Larousse illustré 2011.*

[2] E. R. GRAU, « Notes sur les concepts juridiques », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, 1994/3, p. 769-772.

[3] A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, v° Concept.

En revanche, il fait bien référence à la signification d'une chose, d'un état ou d'une situation pour les membres d'un même espace sociétal[1]. Il s'agit donc d'une idée universelle[2] prenant corps à travers les termes de la norme juridique. Une fois le concept juridique explicité par les mots, il est alors traduit en une image dans l'esprit de chacun. Cela n'est malgré tout pas suffisant pour retenir l'existence d'un concept juridique. En effet, en raison de son caractère juridique, l'objectif de ce concept doit être celui de garantir l'effectivité de la norme.

L'avènement d'un concept juridique impose donc la réunion de ces trois composantes à savoir : une idée universelle, une norme juridique et un objectif, l'effectivité de la norme. À défaut,[3] aucun concept juridique n'existe[4]. Seule demeure la notion, entendue comme un « *objet de connaissance de ce qui existe déjà comme réalité intelligible*[5] *».*

51. À la lumière de ces précisions relatives au concept, il convient d'observer sous un autre jour, l'intervention du législateur. L'évocation de la notion d'âge dans sa forme la plus abstraite en droit social, a dévoilé une idée dominante relative à la protection de l'individu. Cela peut laisser penser que nous sommes en présence non pas d'un simple critère, mais d'un véritable concept juridique de l'âge. Ce dernier aurait vocation à organiser la mise en œuvre de la capacité productive de l'homme, laquelle a une valeur économique.

De surcroît, l'encadrement de l'exercice de cette capacité par le biais de la norme, résulte uniquement de l'homme. Ce faisant, le législateur a aspiré à créer de l'ordre au sein de

---

[1] E. R GRAU (*op.cit*., p.769-770): «*L'objet du concept juridique –la signification- ne pourrait accomplir sa fonction [….] seulement et uniquement dans la mesure où cet objet peut être reconnu uniformément par un groupe social* ». Il en est de même lorsque le concept est issu d'une idée universelle.

[2] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 5e éd., Dalloz, 2012, n° 170-177 (sur les concepts) et *spé*. n° 170 : « *Les concepts sont toujours liés à des idées : ils reposent inéluctablement sur les idées qui les animent et, inversement, toute idée implique, pour se développer, de recourir à des concepts. […] [L]es idées génèrent, animent et structurent les concepts* »,.

[3] Hormis l'hypothèse de l'imprécision des termes exprimant le concept. Dans cette hypothèse, l'auteur souligne que seuls les termes sont indéterminés et cela n'affecte pas la qualification de concept ; E. R. GRAU, *préc.*, p. 771.

[4] E. R. GRAU, *préc*., p. 771.

[5] J.-L. BERGEL, *op.cit*., n° 170.

l'espace sociétal, répondant ainsi à l'interrogation suivante, « *Comment fabrique-t-on de l'ordre dans une société complexe ?* »[1]

Pour créer cet ordre, le législateur s'est saisi du vieillissement progressif de l'individu, lui conférant au fil du temps, l'acquisition de toutes les prérogatives des adultes. Toutefois, l'accès à la maturité ne met pas fin au vieillissement, processus constant. Cette assise physiologique s'est par la suite enrichie, conférant aux normes juridiques d'autres fondements plus prestigieux. Une énigme demeure malgré tout, posant la question de savoir si le critère de l'âge parvient à garantir l'effectivité de ces principes généraux du droit de la personne humaine.

La présente étude traite donc de la méthode retenue par le législateur pour élaborer des normes d'âges. Cependant, elle ne se limite pas à l'étude de l'âge en droit social. Elle s'inscrit également dans un contexte, à savoir le vieillissement de la population et l'allongement de la durée de la vie. L'appréhension des effets de la longévité humaine imprègne notre étude des âges à cause des bouleversements qu'elle entraîne. En effet, l'ordre obtenu par le législateur, fruit d'une construction légale récente, est actuellement modifié par le vieillissement de la population et l'allongement de l'espérance de vie. Des interrogations portant sur l'opération de déplacement des curseurs effectuée par le législateur et les limites potentielles se dressant à ces interventions, surgissent alors.

Ces bouleversements affectent de nombreux États et bien au-delà des limites de l'Union européenne. Dans le cadre de notre étude, nous privilégierons toutefois une démarche orientée en droit de l'Union européenne. Son influence croissante sur le droit des Etats membres ainsi que son emprise en matière de politiques sociales, nous confortent dans la nécessité d'adopter une démarche de recherche à dimension européenne. D'ailleurs, le critère de l'âge constitue l'une des préoccupations du législateur de l'Union et des institutions européennes. Ces derniers exposent régulièrement leur intérêt pour les effets de la longévité sur les systèmes de protection sociale.

Ce recours au critère de l'âge au sein de la législation sociale n'est pas une spécificité française ou allemande. Le droit national de nombreux Etats membres comportent en effet des dispositions s'appuyant sur le critère de l'âge. Toutefois, il convient de délimiter le champ de la présente étude, en mettant en exergue le droit de deux Etats membres, nous permettant ainsi l'approfondissement de certaines questions.

[1] P. MULLER, « L'analyse cognitive des politiques publiques : vers une sociologie politique de l'action publique », *Revue française de science politique*, n°2, 2000, p. 189.

Le droit français et allemand seront conséquemment privilégiés. Cette dimension comparatiste s'impose notamment pour des raisons historiques et scientifiques. L'Allemagne fut en effet précurseur en matière de traitement social de la vieillesse, par la création de l'assurance invalidité-vieillesse en 1889. Les effets de la longévité sur ce traitement de la vieillesse constituent par conséquent, un thème de recherche pertinent.

La délimitation du sujet nous impose également de restreindre le champ de notre étude du droit social. Les propos introductifs nous ont permis de constater les multiples recours au critère de l'âge dans la législation sociale. Il convient dès lors de préciser que le droit social sera abordé à travers la mise en œuvre de la capacité productive de l'être humain. L'exercice de cette capacité répondant à l'objectif de satisfaction des besoins vitaux, il ne peut se matérialiser qu'à travers une relation professionnelle. De surcroît, la dimension européenne imprégnant le sujet, s'oppose à restreindre le sujet de cette étude aux limites du contrat de travail. Les relations professionnelles s'avèrent en effet plus conforme à l'appréhension de la notion de travailleur par le droit de l'Union.

52. L'ambition de notre étude est de saisir la nature du critère de l'âge en droit social et les effets du déplacement de ce curseur par le législateur. Le critère de l'âge joue en effet un rôle essentiel en constituant un seuil d'admission à l'exercice d'une activité productive. Il représente également un seuil pour l'obtention de la pension liée à la vieillesse, sans pour autant édifier un seuil d'âge limite de l'exercice de la capacité productive. Si l'individu est soumis à une condition d'âge quant à l'accès au monde professionnel, aucune disposition légale ne prononce une exclusion automatique motivée par son seul âge. Autour de ces seuils, des régimes spécifiques ont été construits. Chacun des déplacements de ces seuils affecte le régime édifié. Il est donc important de se poser la question de la présence d'un concept juridique de l'âge, car si tel était le cas, l'intervention du législateur pourrait être restreinte.

Conséquemment, il convient en premier lieu de s'interroger sur le point de savoir s'il existe un concept de l'âge dans les relations professionnelles, requérant ainsi l'étude des éléments nécessaires pour lui admettre cette qualité (PARTIE 1).

Cette appréciation effectuée, il s'avère pertinent, en raison des effets de la longévité sur la segmentation du cycle de vie professionnelle, d'approfondir la question de l'âge par le biais d'un exemple. L'âge ayant une place prédominante en matière de vieillesse, il est dès lors indispensable de connaître les effets de la longévité sur les seuils d'âge retenus par le législateur. Ainsi, en second lieu, la présente étude nous permettra d'appréhender la question de la place de l'âge dans la fin des relations professionnelles (PARTIE 2).

Partie 1. LE CONCEPT DE L'ÂGE DANS LES RELATIONS PROFESSIONNELLES

53. Au regard des défis actuels liés au vieillissement de la population et à l'allongement de la durée de la vie humaine, les législateurs des États membres ont ciblé leur intervention dans le relèvement des âges de la retraite afin d'entraîner un report des demandes de liquidation des pensions.

54. Mais préalablement à l'étude du rôle de l'âge dans la fin des relations professionnelles[1], il convient de s'interroger sur la qualification à retenir pour désigner cette notion d'âge. Plus précisément, il s'agit de savoir si le critère de l'âge acquiert la qualité de concept juridique.

Le concept juridique est une œuvre de l'esprit, dans laquelle une chose, d'un état ou d'une situation obtient une signification. Il se matérialise à travers les dispositions textuelles de la norme juridique, mais aussi dans l'imaginaire de son lecteur, par le biais d'une illustration mentale. Le siège du concept étant l'esprit de l'être, les pensées philosophiques et juridiques puisent leur inspiration dans l'apport des travaux d'autres sciences. La lecture de la définition de concept présente au sein du dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit[2], nous le confirme. « *L'objet de pensée* » est lié à la représentation de phénomènes, détachée de considérations subjectives propres à l'individu. Ces phénomènes peuvent relever d'un, voire des deux mondes[3].

Le premier monde est culturel. Il correspond à la dimension sociale de l'être et l'organisation collective de la société.

Le deuxième monde fait référence à la biologie. Il est inhérent à la qualité d'être vivant et permet d'appréhender l'individu en fonction de considérations physiologiques.

Le critère de l'âge comporte à la fois une définition culturelle et une définition biologique. Il n'est toutefois pas certain que cela soit suffisant pour accorder la qualification de concept à

[1] v. *infra*, n° 260 et s.

[2] V. *supra*, n°48.

[3] Le troisième monde est exclu, car il est lié au monde des lois logico-mathématiques ; v° concept *in Dictionnaire encyclopédique de théorie…, op.cit.*

l'âge. Car pour admettre cette qualité à ce critère, il faut que celui-ci parvienne à créer son propre ordre, son espace.

Aussi, pour mener à bien cette étude, nous allons partir d'une hypothèse de travail scientifique, admettant l'existence d'un concept de l'âge, en raison des fondements culturels et physiologiques de la notion (TITRE 1).

Toutefois, pour atteindre la qualification de concept, la représentation abstraite de la notion doit être déterminée, permettant au concept de créer son ordre, son espace propre[1].

Devenu objet de la pensée en faveur des travailleurs, la prise en considération du critère de l'âge s'accroît en raison des rapports entretenus avec certaines normes supérieures de l'Union européenne, les principes généraux du Droit liés à la personne humaine. Les assises physiologique et culturelle se sont progressivement enrichies, conférant aux normes juridiques d'autres fondements, plus prestigieux, dont l'objectif n'est plus seulement de garantir la protection de certains travailleurs, mais plus largement de veiller à la protection de la personne humaine. Pourtant ces interactions pourraient constituer un obstacle à la reconnaissance de la qualification de concept de l'âge (TITRE 2).

[1] Sur la conceptualisation de la notion de victime : F. ALT-MAES, « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *RSC* 1994, p. 35-52.

Titre 1. LES FONDEMENTS DE L'ÂGE DANS LES RELATIONS PROFESSIONNELLES

55. Dans le cadre des relations professionnelles, dans ces deux modalités, les individus doivent composer avec les différents fondements normatifs posés par le législateur, dont l'âge[1].

Ce critère revêt une importance particulière, puisqu'il a une double dimension, ce qui pourrait constituer les deux fondements du concept juridique de l'âge.

La première dimension de l'âge est culturelle. Les seuils d'âge retenus par le législateur apparaissent naturels, presque immanents. En réalité, il en est tout autre. La détermination de ces seuils est le fruit d'une évolution du mode d'organisation de la société et de la répartition des rôles entre les individus en fonction de leur âge. Les choix du législateur se sont progressivement imposés, utilisant le critère de l'âge pour aboutir au développement de protections spécifiques, fondées elles-mêmes sur l'âge.

L'élaboration de ces normes ne s'est pas toujours déroulée sans heurt et parfois, les individus se sont opposés à l'établissement de nouvelles bornes (CHAPITRE 1).

La deuxième dimension est physiologique. Attaché directement au corps et à l'âme du travailleur, l'âge chronologique encadre et limite la liberté du travail des mineurs. En ayant recours à l'âge, le législateur lui confère le rôle de levier, au sens d'une simple tige de commande d'un mécanisme, dont le déclenchement a pour objectif de garantir la protection de la physiologie de ces futurs travailleurs. Mais qu'advient-il après cet âge ? Le franchissement du seuil de la majorité signifie-t-il pour autant que le législateur se désintéresse de la condition physiologique du travailleur ? Ce n'est pas l'approche qu'il convient de retenir. Bien au contraire, le législateur se préoccupe non seulement de la santé physique et mentale du travailleur, mais également du maintien de ses capacités d'exercer une activité professionnelle. Ce n'est plus dans l'âge que réside la fragilité du travailleur, mais

[1] L'exercice d'une activité professionnelle en tant que travailleur indépendant exige aussi le respect d'une condition d'âge.

dans son vieillissement, un processus constant exigeant de nombreuses protections au-delà du seuil de la majorité (CHAPITRE 2).

Chapitre 1. Les fondements culturels du concept de l'âge

> « Un garçon, avant de devenir homme, quand il est encore enfant, reçoit et perd sa rangée de dents durant les sept premières années. Lorsque Dieu ferme la seconde période de sept ans, il commence à manifester les signes de masculinité. Au cours de la troisième période, une barbe drue apparaît bien que les épaules n'aient pas encore atteint toute leur envergure, ni l'efflorescence juvénile déclinée. Dans la quatrième période de sept ans, chaque homme a atteint l'apogée de sa force physique […]. À la cinquième période, il est temps pour l'homme de penser au mariage et aux enfants pour se défendre contre l'avenir. Dans la sixième période, les expériences de tout genre amènent à la perfection et apaisent les tentations violentes de la jeunesse. Dans la septième septaine, l'homme est à son apogée pour l'esprit et l'expression, ainsi que dans la huitième, ce qui fait quatorze ans. Dans la neuvième période, malgré ses forces subsistantes, l'homme devient plus faible tant pour la sagesse que pour la parole et ne parvient plus à ses buts. Si un homme complète sa dixième période, le destin mortel qui s'abat sur lui n'est plus en avance ».

56. Ce poème de SOLON[1], homme d'État, poète et législateur athénien ayant vécu entre 640 et 558 av. J.C, reflète les multiples aspects de l'âge. Il s'agit notamment d'une unité de mesure destinée à comptabiliser l'écoulement du temps et par sa nature même, elle ne peut être fixe. Cette variable représente donc l'être à un moment de son évolution. Mais cette dimension chronologique s'accompagne d'une perception physiologique, reliée directement au développement biologique, comme l'illustre très justement SOLON.

L'ensemble de ces caractéristiques a eu des répercussions sur le mode d'organisation de la société. Ce critère *naturel* de distinction, perçu comme étant objectif en raison de son universalité, a constitué un fondement idéal pour la règle de droit. La saisie de l'âge par le droit a entraîné l'élaboration de norme d'âge, ayant non seulement vocation à réglementer les âges mais aussi à uniformiser l'appréhension et les relations entre les individus. L'émergence de normes d'âge a abouti à la création d'un gouvernement des âges, c'est-à-dire une détermination juridique des rôles et place des âges au sein de la société.

Mais l'âge n'existe pas seulement à travers la norme juridique. Elle est certes nécessaire, puisque la loi réglemente les règles de calcul et d'enregistrement. Ce faisant, la règle de droit

[1] H. LE BRAS, « Les politiques de l'âge », *L'Homme*, 2003/3-4, n°167-168, p.30

est à l'origine de sa consécration. Mais comme l'exprime l'une des maximes de PORTALIS[1], « *[le législateur] ne doit pas perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois* ».

Par le critère de l'âge, la loi protège les individus en érigeant des seuils, telles des barrières de sécurité destinées à les protéger contre les risques liés à leur immaturité, aussi bien physique, morale que psychique. En utilisant ce critère, le législateur ne fait pas une œuvre nouvelle. En revanche, il en est tout autre en prenant en considération l'objectif poursuivi.

En effet, par le passé, les différentes autorités productrices de normes ont eu recours à l'âge pour classer et affecter les individus à l'accomplissement de tâches spécifiques.

La constance de son recours par le législateur et l'intériorisation de la norme d'âge édifiée par les membres d'un même espace sociétal, constituent d'ailleurs des éléments en faveur de l'avènement du concept de l'âge. Mais pour retenir l'existence de la dimension culturelle de l'âge, un préalable est requis. Il faut que le législateur se saisisse de l'un des âges du cycle de vie et élabore une police de l'âge. En se reposant sur la segmentation du cycle, la règle participe à la rigidité du mode d'organisation en tranche d'âge (SECTION 1).

Une fois saisi par la norme juridique, le critère de l'âge peut sous certaines conditions, devenir une culture organisant et planifiant le cycle de vie. En ce sens, le poème de SOLON ne fait qu'expliciter le rôle confié à l'âge. Déterminant les rôles de l'homme à travers son existence, sa fonction se résume en quelques mots : à chaque âge, sa fonction. En instituant des normes d'âge, le législateur élabore un gouvernement des âges, lequel est ensuite intégré par les individus composant la société. Ce phénomène d'intériorisation donne progressivement naissance à une culture, car les êtres d'un même ensemble partagent les mêmes règles et valeurs. Mais parfois, les relations entre la police et la culture de l'âge ne sont pas aussi sereines (SECTION 2).

[1] PORTALIS, *Discours préliminaire au 1er projet de Code Civil*, préface M. MASSENET, coll. Les voix de la cité, éditions Confluences, 1999, p.16.

Section 1. La police de l'âge, saisie du cycle de vie

57. D'un point de vue biologique, le cycle de vie de l'être humain est constitué de différentes phases. L'homme a donc plusieurs âges au cours de son existence. La règle de droit permet de saisir le vieillissement progressif de l'être. Elle seule, peut dégager une conception commune, s'appuyant sur une méthode de calcul unanimement partagée, garantissant l'objectivité du critère. La règle de droit a donc eu un rôle décisif dans la création de l'âge, puisque sans elle, la notion se cantonnerait à sa dimension physiologique, reposant sur la présence ou l'absence de caractéristiques physiques chez l'être, comme les rides ou le grisonnement des cheveux pour marquer le franchissement du seuil de la vieillesse.

La règle de droit est donc à l'origine des seuils d'âge. Néanmoins, cette consécration est le fruit d'un travail des législateurs sur plusieurs siècles, lesquels ont œuvré à l'élaboration et à la définition du rôle et de la place des individus en fonction de leur âge. Les recours au critère de l'âge par les autorités productrices de normes, diverses selon les époques, ont abouti à la naissance des polices de l'âge (§1). Cela ne reste pas une spécificité ancrée à une lointaine époque, puisque l'étude du droit positif révèle que les législateurs s'appuient toujours sur ce critère pour définir les bénéficiaires de dispositions spécifiques ou exclure du champ d'application personnel un public déterminé (§2).

§1. L'âge, un instrument de réglementation ancien

58. Les civilisations de l'Antiquité avaient déjà retenu le critère de l'âge pour fonder le mode d'organisation de leur société. Le prestige et la grandeur de la Grèce et la Rome Antique ont exercé une forte influence dans la détermination de la répartition et la distribution des places et fonctions des individus en raison de l'âge.

Les Rois, les législateurs se sont également emparés de ce critère, devenu un précieux instrument de mesure des effectifs militaires, de fidélisation des croyants, de réglementation des mœurs et relations sociales. L'âge rythme la vie militaire, religieuse et sociale de l'être, puisqu'en franchissant un des seuils du cycle de vie, il acquiert des droits et des devoirs spécifiques (A).

L'ensemble de ces législations a ainsi contribué à l'élaboration d'un gouvernement des âges, dictant la place et les fonctions des individus en fonction de ce critère (B).

Progressivement, l'âge s'est donc imposé comme un instrument de gestion des hommes, délimitant les étapes du cycle de vie, posant des présomptions de maturité et de capacité, érigeant des seuils de protection. Or, en posant ces seuils, l'âge établit une distinction entre les individus, entre ceux ayant la faculté d'exercer et les autres, dont l'âge révèle soit une immaturité, soit une éventuelle défaillance. En mettant l'accent sur l'âge, en consacrant son existence, la norme procède à une distinction des deux extrémités de la vie, les détachant ainsi de la période où le droit commun s'applique. Ce faisant, l'exclusion du socle de droit commun se trouve justifiée (C).

A. La dimension organisationnelle originelle de l'âge

59. Les premiers recours à l'âge au sein de la norme se sont manifestés durant l'Antiquité. Critère d'organisation de la vie sociale, politique et militaire, l'âge a joué un rôle primordial, segmentant la vie du citoyen, masculin, en différentes étapes (1). Le recours à ce précieux instrument de gestion des individus a été entériné par les Rois permettant de comptabiliser les effectifs militaires ou les croyants, tout en organisant la vie militaire, religieuse et sociale des êtres (2).

1. La saisie de la dimension physiologique dans l'Antiquité

60. À la fois processus biologique et instrument de mesure de la durée de vie, l'âge constitue un élément important de la construction d'une société tout en entretenant des rapports étroits avec le droit. C'est par le Droit que les différentes étapes de la vie ont été reconnues et distinguées, opérant ainsi une véritable segmentation des âges de la vie. En Europe, deux civilisations ont posé les fondations de leur organisation sociétale sur le cycle de vie de l'être humain : la Grèce et la Rome Antique. Ces deux modèles pourtant très anciens, ont exercé une forte influence sur la conception et la définition des modes organisationnels retenus par les sociétés qui lui ont succédé.

61. Dans les sociétés grecques, la fonction première de l'âge était *« de rassembler, voire de souder dans une sociabilité commune les personnes de même âge* » [1]dans l'objectif de fonder une unité, une cité. L'âge est alors conçu comme un instrument de socialisation et de normalisation des comportements, permettant de développer les politiques militaires et

[1] H. LE BRAS, *op.cit.*, p.25-48.

sociales organisant la société. Ce rassemblement entre personnes du même âge ne concernait donc que les citoyens masculins libres[1], puisque l'âge déterminait « *les modalités de leur participation à la vie civique, dans ses droits et obligations, comme la vie agonistique. C'est pour eux seulement que la structuration de la vie en fonction de l'âge était une nécessité* ».

Comme le souligne le Professeur en Histoire grecque Michel SÈVE, la difficulté essentielle reposait alors sur la connaissance de l'âge d'un individu à un instant T. Bien que la date de naissance soit un fait connu, cette référence était difficilement utilisable, car la mesure de l'écoulement des années rendait l'exercice très complexe. Dans la Grèce Antique, « *chaque année était désignée dans le cadre de chaque cité par le nom d'un magistrat qui remplissait la charge éponyme, donnant son nom à l'année* ». Cela nécessitait donc le recours à des documents retraçant l'ensemble des éponymes[2]. Mais les citoyens grecs s'appuyaient également sur des critères plus physiologiques, s'attachant alors à observer la présence de certains traits spécifiques à différentes étapes du développement humain.

L'âge de l'homme libre, destiné à participer à la vie de la cité, comportait donc à la fois une part chronologique et une autre, physiologique. La connaissance de l'âge était indispensable, car c'est sur cette unité de mesure que reposait l'ensemble du mode organisationnel de la civilisation grecque.

Sous l'Antiquité, le cycle de vie débutait par l'enfance. Les grecs pratiquaient déjà une segmentation de cette période de la vie, en dédiant à chacune une fonctionnalité particulière. En abandonnant le statut de nouveau-né (*gennomena*), l'enfant (*pais*) connaissait trois étapes essentielles favorisant son développement physique et intellectuel. La première période de la vie dédiée à la nourriture, cessait vers l'âge de 3 ans, âge auquel débutaient les exercices physiques. Vers 7 ans, le contrôle maternel envers l'enfant prenait fin et était relayé par l'éducation. Cette phase consacrée à l'instruction se poursuivait jusqu'à l'adolescence (*êbê*), jusqu'aux alentours des 18 ans. Une fois ce seuil atteint, s'ouvrait la post-adolescence (*ephêbê*) dédiée à l'apprentissage militaire.

Ensuite, dès que le citoyen grec avait atteint l'âge de 21 ans, la segmentation du cycle de vie était moins forte. Toutefois, la société grecque organisait la vie politique en se reposant sur un critère d'âge. Par exemple, la participation à la *Boulê* exigeait une condition d'âge minimal (30 ans), tout comme la profession d'arbitre (60 ans). Bien qu'il existait des

[1] M. SÈVE, « Les Grecs de l'Antiquité connaissaient-ils leur âge ? », Les âges de la vie, *Le Portique*, 2008, n°21.

[2] L'accès à ces ressources restait toutefois exceptionnel ; M. SÈVE, *préc.*

désaccords entre les penseurs de l'époque, le cycle de vie de l'homme grec peut être découpé en trois périodes : la jeunesse (18 à 30 ans), la maturité (30 à 60 ans) et les âgés (après 60 ans). Toutefois, la maturité fait l'objet d'une subdivision entre les adultes qui commandent et ceux qui sont commandés. Cette subdivision est justifiée par la conciliation entre le principe d'égalité entre tous les citoyens et le respect de la hiérarchie[1]. Le dominé abandonnera ce statut au profit de celui de dominant une fois le seuil d'âge atteint.

Enfin, pour conclure sur la civilisation grecque, rappelons que l'âge n'évoquait pas à l'époque la vieillesse, mais l'honorabilité[2]. À Sparte, le Conseil des Anciens, dont l'accès était soumis à une condition d'âge minimal de 60 ans, se nommait la *Gerousia*, dont la racine *geras*, signifiait l'honneur et le privilège.

62. La distinction des âges retenue par la Rome Antique est assez similaire à celle de la Grèce Antique. La segmentation des différentes étapes de la vie organisait déjà la vie sociale, militaire et politique. À cette époque, l'enfance constituait simplement une étape préliminaire avant l'âge adulte, s'accompagnant de multiples enseignements destinés à façonner ce futur citoyen.

Durant le statut d'*infans*[3] (littéralement, celui qui est incapable de parler), la mère et le personnel servile prodiguaient tous les soins nécessaires pour modeler le nouveau-né. Ensuite, à l'âge de 7 ans, l'enfant, le *puer*, sevré et maîtrisant le langage, était scolarisé afin de suivre divers enseignements dispensés par des précepteurs ou par l'autorité paternelle. Cette scolarisation avait pour objectif de lui garantir une protection contre les risques de corruption de l'esprit et la mollesse du corps.

Après cet apprentissage d'une certaine rigidité, la scolarité s'achevait à des différents âges en fonction du statut social. Pour les enfants des classes laborieuses, l'enfance prenait fin vers

[1] H. LE BRAS, *op.cit,* p.27-28. Sur ce point, ARISTOTE déclarait « *Mais, par ailleurs, qu'il faille que les gouvernés diffèrent des gouvernants c'est incontestable. Comment donc cela sera-t-il, et comment participeront-ils au pouvoir, le législateur doit l'examiner.[…]Car la nature nous a donné un critère de choix, en ayant constitué ce qui est identique selon le genre d'une partie plus jeune et d'une partie plus vieille, à celle-là il convient d'être gouvernée, à celle-ci de gouverner. Et nul ne s'indigne d'être gouverné pendant son jeune âge ni ne se croit supérieur à ses gouvernants, surtout s'il est remboursé de sa quote-part quand il arrive à l'âge convenable. »* ARISTOTE, *Les politiques*, trad. P. PELLEGRIN, GF Flammarion, 1990, Paris, Livre VII, chapitre 14, 1332-b.

[2] H. LE BRAS, *op.cit.*, p.29.

[3] E. VALETTE-CAGNAC, « Être enfant à Rome. Le dur apprentissage de la vie civique », dossier Enfant et apprentissage, *Terrain*, 2003, n°40, p. 49-64.

l'âge de 12 ans, car ils entraient souvent en apprentissage. Ce seuil correspondait également à la fin de la scolarité des filles, puisqu'elles atteignaient l'âge à partir duquel le mariage devenait envisageable. La fin de l'enfance des filles coïncidait avec le commencement de l'âge nubile. Pour les enfants des classes plus aisées, la scolarité pouvait se poursuivre jusqu'à 15-16 ans.

Ensuite, à l'âge de 17-18 ans, la fin de l'enfance pour les individus de sexe masculin se manifestait à travers un rite de passage, la prise de la toge virile, c'est-à-dire la toge blanche du citoyen romain. L'enfant devenait alors adulte (*juvenus*) soumis à l'autorité du père[1]. Le franchissement de ce seuil entraînait notamment la faculté d'être incorporé dans la milice ou l'inscription sur les listes électorales de la communauté. En accédant à l'âge adulte, l'individu avait également la faculté de choisir librement la carrière qu'il désirait : arts, politique…Toutefois, une certaine méfiance régnait à l'égard de ce jeune adulte, dont l'esprit pouvait être aisément corrompu. Par conséquent, les postes à responsabilité étaient confiés à des vieux sages (*senectus*), plus matures.

L'accession progressive à la capacité de discernement (l'esprit) et à la maturité (le corps) constituait déjà à l'époque, un des piliers de la régulation des relations des êtres au sein de la société.

Partant de l'âge physiologique associé à l'âge chronologique, le législateur de l'époque en déduisait déjà des présomptions de maturité, sagesse et honorabilité. Ces présomptions telles que l'impétuosité de la jeunesse, la sagesse de l'ancien, organisaient la vie politique, militaire et sociale des citoyens et justifiaient les règles régissant la cité. Corrélativement, les citoyens acceptaient ces normes et s'y conformaient.

2. Un instrument au soutien de la stratégie politique et militaire

63. Dans le royaume des Francs, plus précisément à l'époque carolingienne, CHARLEMAGNE figure parmi les précurseurs en la matière, puisqu'à partir de 789, celui-ci mit en place par le biais d'un capitulaire[2], un dénombrement de tous les hommes libres[3] âgés

[1] Cette soumission à l'autorité du père cessait à 25 ans.

[2] Acte législatif de l'époque carolingienne.

[3] Les hommes libres sont à différencier des hommes en situation servile, les serfs. Ces derniers étaient non seulement attachés à la terre ou à un seigneur, mais ils étaient soumis à des redevances spécifiques, comme le chevage, qui contraignait le chef de famille à donner quelques deniers au seigneur, ce qui constituait une preuve

de plus de 12 ans afin de leur faire prêter un serment de fidélité. Ce travail était effectué non seulement pour asseoir son règne, mais il lui permettait aussi d'estimer ses forces armées. En 802, CHARLEMAGNE étendit cette obligation de serment de fidélité à tous les sujets de son peuple. En faisant cette œuvre de création, le roi législateur consacrait l'existence d'une tranche d'âge, par le franchissement d'un seuil déterminé. Le cycle de vie sous le règne du *roi à la barbe fleurie* était découpé en trois étapes : l'enfance commençait par le baptême et cette strate de la vie devait être consacrée (dans l'idéal) à la scolarité[1], s'ensuivait alors la pré-majorité permettant dès l'âge de 12 ans, à un enfant de travailler comme apprenti, mais entraînait également l'obligation pour tous les hommes libres, d'effectuer un service militaire[2]. Le seuil des 16 ans marquait l'entrée dans l'âge viril et la vieillesse en signifiait le terme. Cette époque trouble, marquée par de multiples conquêtes et conflits, réduisait considérablement l'espérance de vie humaine, estimée alors à seulement 36 ans[3].

Toutefois, cette œuvre de création est sous influence, puisque le poids de l'institution ecclésiale transparaît dans la détermination des seuils d'âge. Les différents sacrements segmentaient le processus de développement de l'être. Chaque sacrement marquait l'accession progressive de l'enfant à la raison. Le baptême attestait de l'accession au statut d'enfant et marquait en outre l'entrée dans la communauté chrétienne.

Au seuil des 7 années, il atteignait l'âge de raison, abandonnant ainsi le statut d'enfant sans capacité de discernement. Possédant une « *volonté autonome de désobéir à la loi et donc de pécher*[4] », le mineur n'est pas encore un majeur.

Entre 10 et 12 ans, le mineur accédait à l'âge de discrétion, lui permettant de comprendre la signification de l'enseignement et des symboles religieux ainsi que de l'ampleur des

---

du servage. Contrairement à l'homme libre, le serf était protégé par le seigneur, il devait obtenir son autorisation pour contracter un mariage et ses enfants héritaient aussi de son statut.

[1] Par le capitulaire *Admonitio generalis* de 789, Charlemagne ordonna aux évêques de rassembler les enfants des hommes libres mais aussi ceux en situation servile afin de leur prodiguer divers enseignements (lecture, grammaire, mathématiques…).

[2] C. SALLES, « 741-814, la renaissance carolingienne », in Naissance d'une nation, des origines à 987, Histoire de France illustrée, Larousse, Paris, 1988.

[3] R. LADISLAS, *op. cit.*, Tableau n°1, p. 27.

[4] A. PIVRON, A. ENDERS et L. CAIMARI, « La police des âges dans l'Eglise catholique ou le miroir de la société moderne », *in Âge et Politique*, dir. A PERCHERON et R. RÉMOND, coll. La Vie Politique, Economica, Paris, 1991, p. 15-30.

obligations qui lui incombait[1]. Le mineur devait alors communier avant l'âge de 12 ans pour les filles et 14 ans pour les garçons (âge de la nubilité).

Enfin, concernant le dernier sacrement, le mariage, celui-ci donna naissance à de nombreux débats théologiques. Si l'âge constituait un motif d'empêchement au mariage[2], il ne faisait pas obstacle aux fiançailles, envisageable dès l'âge de 7 ans. Sous le Moyen-Âge, l'Eglise invitait les jeunes hommes à se marier à partir de l'âge de 21 ans, car le mariage est alors conçu comme requérant une certaine maturité d'esprit ainsi que la capacité de satisfaire les devoirs et obligations liés à ce sacrement.

L'ensemble de ce processus exigeait une certaine rigueur. La structuration du cycle de vie par les différents sacrements nécessitait la tenue de registres de baptême, destinés à respecter les étapes du cheminement religieux et l'acquisition progressive de la maturité.

64. À la fin du haut Moyen-Âge, ce processus biologique reste découpé en trois étapes selon le modèle hérité de l'Antiquité, dans lesquelles des subdivisions plus fines sont parfois effectuées pour mettre en relief les évolutions psychologiques, biologiques et sociales (de 7 à 12 étapes). Cela est par exemple le cas dans le *Livre des Propriétés des Choses* (*Liber de proprietatibus rerum*)[3], dans lequel BARTHÉLÉMY L'ANGLAIS a décrit dans son enluminure intitulée *« Les quatre âges de la vie »*, le déroulement des étapes de la vie sur le modèle des 4 saisons. Il faut en outre, signaler le travail de Philippe de NOVARE[4], auteur du livre *Les Quatre Âges de l'Homme*, qui procéda également au découpage des différents stades de l'évolution de l'être humain : l'enfance, la jovence, le moyen-âge et la vieillesse. Véritable panorama de la perception du processus naturel du vieillissement humain en 1260, ce livre apparaît essentiellement comme étant un manuel d'éducation des enfants, destiné à mettre en

[1] A. PIVRON, A. ENDERS et L. CAIMARI, *ibid*, p.25. « *Cet âge de discrétion est atteint quand l'enfant sait discerner entre les nourritures terrestres et la nourriture spirituelle, lorsqu'il peut faire preuve de dévotion consciente, lorsqu'il sait reconnaître la présence du Christ et ses effets sur le monde.* »

[2] A. PIVRON, A. ENDERS et L. CAIMARI en mentionnent d'ailleurs la dérogation suprême par une citation latine du XIVème siècle « *in matrimonio carnalis malitia supleat aetatem* » qui signifie « *Dans le mariage, la malice charnelle supplée l'âge* », tirée de l'ouvrage de J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris, Cerf, 1987, p.197.

[3] Encyclopédie écrite entre 1230 et 1240. Sur ce point voir notamment le dossier « L'enfance au Moyen-âge » sur le site de la Bibliothèque Nationale de France : http://www. bnf.fr

[4] Œuvre reprise dans le traité moral de Philippe de NAVARRE, par M. de FRÉVILLE, éd. Firmin-Didot, Paris, 1888. Disponible sur le site Gallica, bibliothèque numérique.

garde les parents contre les dangers et les perversités pouvant menacer leurs progénitures[1]. Mais, il convient de relever que l'auteur a retenu une règle de mesure des âges particulièrement intéressante pour des époques plus modernes, puisqu'il s'écoulerait une durée de 20 ans entre chaque étape, si bien que l'enfance ne cesserait véritablement qu'à 20 ans. Chaque étape faisait l'objet d'une nouvelle division en son milieu afin de refléter plus fidèlement l'évolution de l'être.

D'autres auteurs se sont également investis dans de tels œuvres, à l'image de Gilles de ROME dans son *Livre du Gouvernement des Princes* en 1280, choisissant un découpage de la vie en trois âges et dont l'enfance était elle-même divisée en période de sept années.

Ces différents exemples illustrent la difficulté de définir les âges de la vie humaine face à la diversité de leur appréhension, aussi multiples que leurs auteurs, révélant la nécessité de recourir à l'instrument juridique pour reconnaître les étapes de l'évolution de l'être. En effet, étant donné que l'âge est une notion emprise de subjectivité, alliant des caractères biologiques, psychologiques et sociaux, variables selon les individus, leur croissance et leur maturité, son appréciation ne peut que revêtir de multiples aspects selon les analyses et convictions des savants.

65. Par conséquent, tel que le démontre l'exemple de CHARLEMAGNE, Roi législateur, c'est grâce à la règle de droit que la distinction des âges de la vie est consacrée. Pour étayer cet argument, il faut noter que durant le Moyen-Âge, le seuil des 12 années est resté un indicateur du degré de maturité de l'enfant, ce qui a de multiples conséquences dans la société civile. Par exemple, une fois ce seuil d'âge est atteint, le pré-majeur peut prêter serment, témoigner valablement dans une affaire criminelle ou prendre la décision de renoncer à la vie au sein de la communauté religieuse. Toutefois la société de l'époque est assez conciliante à l'égard de ce pré-majeur, en lui reconnaissant un droit à l'erreur en lui accordant la faculté de remettre en cause des transactions commerciales, à l'âge adulte (14 ans). Ce seuil érigé par un acte législatif était donc l'une des premières normes d'âge.

Conséquemment, le Droit apparaît comme un simple instrument au service de l'âge, permettant non seulement de distinguer les âges de la vie, mais aussi d'en rigidifier la structuration. Néanmoins il faut se garder de tirer la conclusion que le droit n'est qu'un

[1] Comme par exemple, les risques du mariage tardif sur l'innocence des filles ou la maîtrise des pulsions charnelles des jeunes hommes…

moyen, car bien que l'âge se révèle à travers la règle, celle-ci le façonne, l'utilise comme un instrument de gestion des hommes.

B. Les prémices des polices d'âge modernes

66. La segmentation des deux extrémités de l'existence d'un être a été dessinée par les polices de l'âge. En ayant recours au critère de l'âge, le législateur a dans un premier temps, déterminé la vieillesse, correspondant à un état physiologique ne permettant plus de subvenir seul à ses besoins par son travail (1). Le législateur s'est ensuite dans un second temps, prononcé sur l'autre extrémité de la vie, l'enfance, correspondant à un état dans lequel la personne est insuffisamment mature physiologiquement pour satisfaire convenablement ses besoins par la mise en œuvre de sa force de travail, imposant par conséquent son exclusion du marché du travail (2).

1. La naissance juridique de la vieillesse.

67. L'âge correspond donc à l'appréhension d'un phénomène biologique par la société. Cette construction sociale a néanmoins besoin d'être rigidifiée, voire normalisée afin d'aboutir au développement commun de perceptions et comportements des différentes étapes du cycle de vie chez les individus composant cet ensemble. La production de norme d'âge reste essentiellement le résultat de diverses réflexions alliant intérêts économiques et militaires, sécurité civile et progrès social, comme l'illustre l'exemple des premiers régimes spéciaux de retraite français pour les serviteurs du Roi.

En 1674, l'Hôtel des Invalides[1] ouvre ses portes aux soldats trop âgés ou blessés. Luttant contre les menaces de mendicité ou de délinquance, Louis XIV a pris la décision en 1670 de créer une structure destinée à accueillir ses vieux serviteurs ou invalides. Par la mise en place d'une telle institution, le roi a consacré l'existence d'une tranche d'âge, celle des vieux soldats. Cette réglementation partiellement dédiée à une catégorie de la population (les soldats trop âgés) a permis de mettre en lumière l'existence de cette tranche d'âge (tout en délimitant les critères), mais elle a aussi créé un climat favorable à l'émergence d'un gouvernement des

[1] M. PIGENET, « Exigences de loyauté et contraintes professionnelles : aux origines des régimes spéciaux de retraite », in *Retraite, Une histoire des régimes spéciaux,* dir. M. PIGENET, ESF éditeur, 2008, p. 11-13.

âges et par conséquent, d'un encadrement juridique de la fin de la vie, assimilée pour cette profession, à la fin de l'activité.

Cette ébauche de gouvernement des âges, destinée à encadrer les risques liés à l'invalidité (notamment la délinquance et la mendicité), a ensuite été étendue à d'autres serviteurs royaux, tels que les hommes de la Marine Royale. En effet, jusqu'au XVII^{e}, le recrutement dans la Marine Royale s'effectuait notamment par des rafles, dont l'inconvénient majeur était de laisser subsister un sentiment d'incertitude quant à l'effectif potentiellement réuni. Louis XIV décida alors de contraindre les marins professionnels et de pêche à accomplir un temps de service dans la Marine Royale. Il mit alors en place le système de l'Inscription maritime, contraignant tous les hommes français ou naturalisés de 18 à 50 ans à s'inscrire sur un registre. En contrepartie, par un édit de 1673, le marin blessé sur un navire royal avait droit à une pension, financée par un prélèvement sur les soldes. Ce système de pension a été ensuite étendu aux blessés sur les navires commerciaux et de pêche.

Il faut souligner que l'âge était alors assimilé à l'invalidité[1]. Ces réglementations relatives à la fin de l'activité professionnelle n'étaient donc pas spécifiquement dédiées à la gestion de l'âge, ce qui ne permet pas de reconnaître la naissance d'une véritable appréhension de l'âge par le droit. Cette dissociation âge et invalidité a été effectuée par deux lois de 1790 relatives aux droits des personnels militaires et civils de l'État. D'application complexe, ces deux lois ont fixé les conditions cumulatives d'accès à une pension, 50 ans et 30 ans de service.

Mais il est alors prématuré de considérer que cela constituait un gouvernement des âges, puisque cela ne concernait que les personnels militaires et civils de l'État, excluant ainsi toutes les autres composantes de la population. En l'espèce, si un tel dispositif avait été mis en place pour l'ensemble de la population par une loi, l'Assemblée Constituante aurait organisé la fin de l'activité professionnelle, en instaurant un seuil âge conditionnant le droit à une pension, créant ainsi une norme d'âge. Or en 1790, cette segmentation du cycle de vie omettait une grande partie de la population laborieuse.

68. En 1891, en Allemagne, la loi relative à l'invalidité et l'assurance vieillesse[2] entrait en vigueur, exigeant une affiliation obligatoire de tous les travailleurs salariés en deçà d'un

[1] M. PIGENET, *ibid*, p.13. Le revenu perçu prenait alors la forme d'une pension de retraite.

[2] *Le risque vieillesse en Europe : Quels droits, quelles protections ?* Rapport final, projet sous la responsabilité de Ph. MARTIN, avec les contributions de M. BADEL, J.-P. LABORDE, R. LAFORE, Ph. MARTIN, O. KAUFMANN, J. CARBY HALL, K. FALISZEK et K. WÓDZ, J. RUBEL, Ministère des affaires sociales, du

plafond déterminé. L'assimilation de la vieillesse à une invalidité en raison de l'âge constitue l'apport essentiel de ce texte. En effet, si l'assuré remplissait les conditions d'âge (70 ans) et de durée d'activité (30 ans), il pouvait bénéficier du versement d'une pension de vieillesse. L'âge représentait une invalidité liée aux effets de l'écoulement du temps sur l'être.

Le risque invalidité se pouvait se réaliser prématurément (soit avant l'âge de 70 ans). Le travailleur obtenait alors sous certaines conditions, tenant au degré de l'invalidité et une durée d'emploi (cinq années), une prestation d'incapacité. L'invalidité concernait donc une catégorie particulière d'individus. *A contrario* de l'exemple précédent, la cessation de l'activité en raison de la vieillesse concernait le plus grand nombre, permettant l'émergence d'une norme d'âge, assimilant l'âge de 70 ans à l'âge à partir duquel le travailleur n'avait plus véritablement la capacité physique de mener une activité pour financer ses besoins.

69. À la lumière des réflexions du sociologue GOSTA ESPING ANDERSEN sur l'État providence, le Professeur de sociologie, Mme GUILLEMARD en a déduit que l'intervention de l'État est à l'origine de la création de normes d'âge. Elle explique notamment que « *L'État social en réglementant les rapports entre les âges, travail et protection social produit des normes d'âges. Son activité donne naissance à un véritable gouvernement des âges, que nous désignerons comme « police des âges ». À travers les dispositifs de politiques publiques qu'il met en œuvre, l'État est donc l'un des artisans principaux des définitions et redéfinition des âges* »[1].

Cela signifie que parmi les étapes préliminaires de construction des normes d'âge, il faut reconnaître et distinguer chaque tranche d'âge dans le cycle biologique de l'être. D'après les développements précédents, la distinction des différentes étapes de l'évolution est plutôt ancienne et il est possible de s'inspirer des découpages hérités de l'Antiquité.

---

travail et de la solidarité, Paris, 2005, p.14 ; D. ZÖLLNER, « La République fédérale d'Allemagne », *in Un siècle de sécurité sociale, 1881-1981. L'évolution en Allemagne, France, Grande-Bretagne, Autriche et Suisse*, éd. par P. A. KÖHLER, H. F. ZACHER, en collab. avec Ph.-J. HESSE, Nantes/ München, 1982 ; G. A. RITTER, « La sécurité sociale en Allemagne de Bismark à nos jours », in *Un siècle de protection sociale en Europe. Colloque des 24, 25, 26 octobre 1996 à l'occasion du cinquantenaire de la sécurité sociale*, Comité d'histoire de la sécurité sociale et l'Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, la Documentation française, 2001, p.8-9 ; O. KAUFMANN, « L'assurance invalidité : de ses débuts en Allemagne et en France jusqu'aux relations internationales », in *Colloque sur l'histoire de la sécurité sociale*, Actes du 114e Congrès national des sociétés savantes, Chambéry, 1991, éd. AHESS, 1992, p. 125-139 ; v. *infra* n°345 et s.

[1] A.-M. GUILLEMARD, « Politiques publiques et cultures de l'âge. Une perspective internationale », *Politix*, 2005/4, n°72, p.85-86. Elle s'appuie également sur les travaux d'A. PERCHERON, *Âge et politique, préc*.

Le législateur doit consacrer l'existence des strates de la vie humaine par le biais de réglementations spécifiquement dédiées, ayant pour effet de les dissocier. Émerge ainsi un gouvernement des âges, c'est-à-dire un cadre juridique tenant compte des particularités de chacune des étapes de la vie humaine, entraînant la création de norme d'âge. L'élaboration de telle norme est donc la résultante d'un habile mélange entre l'âge chronologique et physiologique et de sa maîtrise par la règle de droit.

2. La naissance juridique de l'enfance

70. D'ailleurs de nombreux exemples contemporains étayent cette théorie de l'État artisan créateur de normes d'âges, à l'image de l'enfance. Le législateur français est à l'origine de l'élaboration de cette norme d'âge, car il a redéfini pour l'ensemble de la population, le mode d'organisation de la société autour de ces êtres en devenir mais aussi les orientations des politiques futures. L'interdiction du travail des enfants est l'aboutissement d'une lente maturation autour de la définition et redéfinition des rôles de ces êtres au sein de la société[1]. Au début du XIX^{e}, l'industrie est en plein développement et l'élaboration de normes protectrices à l'égard des jeunes travailleurs est perçue par ses détracteurs, comme une atteinte au principe de la liberté de l'industrie. Le 22 mars 1841 est promulguée la première loi réglementant le travail des enfants[2]. Sujet à discussion, cette loi disposait qu'aucun enfant de moins de 8 ans ne pouvait être employé dans une manufacture, usine ou atelier. Elle limitait la durée du travail effectif en fonction des tranches d'âge, tout en interdisant le travail de nuit pour les enfants de moins de 13 ans. Or, cette période de l'histoire était particulièrement difficile pour la population, en proie à la misère et à la malnutrition. Les quelques sous de ce petit travailleur constituaient un revenu d'appoint pour sa famille et par conséquent, il paraissait inconcevable de financer sa scolarité[3].

[1] P. BOURDELAIS, « L'intolérable du travail des enfants, Son émergence et son évolution entre compassion et libéralisme, en Angleterre et en France », in *Les constructions de l'intolérable*, dir. P. BOURDELAIS, D. FASSIN, La Découverte, 2005, p. 91-109.

[2] Même s'il faut préciser que Napoléon avait déjà interdit le travail des enfants de moins de 10 ans dans les mines et carrières, par un décret de 1813.

Sur la loi de 1841: Y. GUIN, « Au cœur du libéralisme : la loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers », in *Deux Siècles de droit du Travail, l'histoire par les lois*, *op.cit.*, p. 29-43.

[3] La loi Guizot du 28 juin 1833, relative à l'instruction primaire a permis le développement des structures d'enseignement, mais l'accès à l'instruction n'est pas gratuit. « *À Mulhouse […], en 1832, l'école coûte douze*

Cette ébauche de protection de l'enfance a été peu à peu confirmée par la loi du 19 mai 1874, prohibant le travail des enfants de moins de 12 ans dans l'industrie. Naturellement, l'État en optant pour de telles restrictions, effectuait une distinction entre ces petites mains et les travailleurs. Malgré tout, la consécration de l'enfance reste incontestablement liée à la scolarisation. En effet, en 1881 et 1882, les lois Jules FERRY ont instauré la gratuité et l'instruction primaire obligatoire. Selon l'article 4 de la loi du 28 mars 1882, la scolarisation est obligatoire pour les deux sexes, de 6 ans révolus à 13 ans révolus. Bien que les diverses législations relatives au travail des enfants avaient déjà diminué leur effectif au sein des manufactures, Jules FERRY a renforcé l'existence de cet âge de la vie, l'enfance, imposant non seulement des soins et traitements spécifiques, mais devant être pensé comme du temps dédié à la formation du futur citoyen.

71. Ces questions ont également été abordées en Allemagne[1]. La Prusse fut d'ailleurs précurseur vis-à-vis de la France, puisque la loi du 9 mars 1839 posa l'interdiction du travail des enfants de moins de 9 ans[2], justifiée par la dégradation de l'état de santé de ces futurs conscrits. La loi exigeait en outre que l'enfant est au moins suivi trois années de scolarité ou à défaut d'avoir la possibilité d'en apporter l'effectivité, savoir au moins lire et écrire dans sa langue maternelle. Si ces conditions n'étaient pas satisfaites, l'âge d'accès au travail dans l'industrie s'élevait à 16 ans.

Le texte prévoyait une limite de la durée journalière de travail, pas supérieur à 10 heures. Le travail de nuit était interdit, tout comme le travail se déroulant le dimanche.

L'âge limitant l'accès à l'exercice d'une activité professionnelle fut progressivement relevé à partir de 1853. En 1891[3], le travail des enfants âgés de moins de 13 ans dans les usines fut interdit. En 1903[4], l'interdiction du travail des enfants dans le commerce est arrêtée à 12 ans et l'activité des enfants menée au sein de l'entreprise familiale est encadrée.

---

francs la première année, vingt-quatre la seconde, alors qu'un enfant rapporte entre cinquante centimes et un franc par jour » ; Y. GUIN, *ibid*., p. 32.

[1] P. MARTIN, *Le travail des enfants en Allemagne et sa réglementation*, Thèse, Université de Paris, 1911, 179 p.

[2] Réglementation de l'emploi des jeunes dans l'industrie du 9 mars 1839, *Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken* disponible sur le site du Bundesministerium für Arbeit und Soziales : https://www.in-die-zukunft-gedacht.de/de/page/84/thema/128/dokument/340/themen.html

[3] Par une loi portant modification du Code industriel de l'Empire, *Novelle zur Reichsgewerbeordnung* du 1er juin 1891. Site du Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *préc.*

[4] Site du Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *préc.*

Ces limitations en faveur des enfants, sont entre autres guidées par la volonté de développer la scolarité. Préoccupation déjà manifestée en 1839, la lecture de l'article 145 de la Constitution de Weimar du 11 août 1919[1] conforte cette analyse.

Mais il ne faudrait pas en déduire que l'enfance n'existât pas antérieurement[2], celle-ci faisait simplement l'objet d'une appréciation distincte en fonction des classes sociales. Ces lois ont permis l'uniformisation de la définition de cet âge ainsi que la détermination de son rôle dans le mode d'organisation de la société. Contribuant à la distinction de cet âge au sein du cycle de vie, elles ont aussi concouru ensembles à l'avènement d'une norme d'âge, requérant des dispositions spécifiques en raison de sa fragilité et de sa richesse : l'enfance.

La norme d'âge ne serait donc que la saisie d'une donnée biologique par le droit. Les premières règlementations autour de l'âge permettent de mettre un terme à l'indifférence de la perception des différentes tranches de vie traversées par l'être humain. Simple ébauche du gouvernement des âges, elles ont tout de même concouru à la distinction des individus en fonction du stade de leur évolution, par la mise en place de dispositifs spécifiques adaptés. Ce cheminement législatif a contribué à la construction du mode actuel d'organisation sociale.

§2. L'âge, facteur d'humanisation de la société moderne

72. L'aperçu historique évoqué précédemment impose des développements consacrés à la question de la saisie de l'âge dans le droit positif. La saisie de la dimension physiologique de l'être via le recours au critère de l'âge est toujours d'actualité. Le législateur a recours à ce critère pour organiser, mettre en place et justifier des différences de traitement. Prenant en compte la maturation progressive de l'être, le législateur s'empare de ce critère pour reconnaître une accession progressive à l'autonomie (A). L'étude du droit positif révèle également l'ambivalence qui domine cette saisie de l'âge par le législateur. Son recours peut correspondre à la volonté d'instaurer une différence de traitement acceptée, excluant certains individus en raison de leur âge, du socle du droit commun applicable (B).

[1] Cet article prévoit une obligation scolaire générale, imposant au moins huit années d'études au sein d'une école populaire, puis poursuivie dans une école complémentaire jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis.

[2] D'ailleurs, l'ouvrage de Ph. ARIÈS (*op.cit.*) avait été à l'origine d'une polémique sur ce point.

A. Le législateur, promoteur de l'accession progressive de l'autonomie

73. Partant de l'article 414 du Code civil, énonçant « *la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* », le mineur est placé dans une situation d'incapacité en raison du défaut de la condition d'âge.

Pour pallier ce défaut de capacité, le législateur a édifié les mécanismes de la représentation et de l'assistance, mis en œuvre via ses administrateurs légaux afin d'accomplir certains actes de la vie civile, soit les actes de disposition (représentation) et les actes d'administration (assistance)[1]. Le mineur peut ainsi conclure seul des actes conservatoires ainsi que les actes autorisés par l'usage ou le législateur[2]. Toutefois, l'étendue des actes pouvant être valablement conclus par le mineur devient plus grande en raison de l'avancée en âge du mineur, passant de l'achat de quelques confiseries dans sa tendre jeunesse à celui de livres durant son adolescence….

La règle est également celle de la représentation en matière de procès sauf disposition expresse[3]. Cette faculté dérogatoire est par exemple ouverte au mineur salarié devant la juridiction prud'homale dans certaines circonstances[4]. En matière d'action destinées à établir une filiation, ce principe de représentation s'applique également. Certaines actions lui sont toutefois réservées comme la recherche de maternité[5] ou de paternité[6], mais leur mise en œuvre nécessite l'intervention du parent auprès duquel le lien de filiation est établi[7]. À défaut d'avoir exercé l'action, le mineur pourra agir dans les 10 années suivants sa majorité, puisque le législateur a suspendu le délai de prescription pendant sa minorité[8]. Il en est de même en

[1] V *supra*, n°18 et s.

[2] C. civ. art. 389-3.

[3] « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* » énonce l'article 31 du Code de procédure civile. L'article 32 poursuit en déclarant irrecevable l'action à l'initiative ou à l'encontre d'une personne dépourvue du droit à agir.

[4] C. trav. art. L. 1453-1.

[5] C. civ. art. 325 aL. 2 (à défaut de titre et de possession d'état établis).

[6] C. civ. art. 327 aL. 2.

[7] C. civ. art. 328 al.1.

[8] C. civ. art.321.

matière d'action à fins de subsides[1]. Du fait de sa minorité, l'individu ne peut pas mettre seul en œuvre des actions. Il est en effet dépourvu de la capacité d'agir.

74. Toutefois, le législateur a admis des hypothèses où l'avis du mineur s'impose. La saisie de l'âge vient en appui de l'appréciation de la maturité. Cet indice objectivement défini par le législateur permet d'établir le développement progressif des capacités de compréhension ainsi que la lucidité de raisonnement de cet adulte en devenir. L'autonomie se fait donc progressive et l'enfant est peu à peu inclus dans certains processus de décision tel que le changement de son prénom. Selon l'article 60 du Code civil, le consentement de l'enfant de plus de 13 ans est requis. De même, en matière d'adoption, l'adopté de plus de 13 ans, doit donner son consentement[2].

Le discernement de l'individu grandissant au fil de son cheminement dans le cycle de vie, l'enfant ayant vocation à devenir un adulte pleinement capable, le législateur a considéré qu'il était nécessaire de le responsabiliser progressivement et de l'informer de toutes les choses le concernant. Par conséquent, le mineur âgé de 16 ans au même titre que toute personne chargée de sa protection[3], doit être informé de la gestion de ses intérêts par son tuteur. Cela lui permet d'être intégré dans la gestion de sa tutelle (gestion des comptes), ce qui démontre la volonté du législateur de mettre en place un processus de responsabilisation de l'individu, même si cela reste encadré.

Cette émergence progressive de la conscience libre et éclairée et des effets qui lui sont attachés, transparaît également en matière de nationalité. Dès l'âge de 16 ans, l'individu a la possibilité de renoncer à sa faculté de répudier la nationalité française[4]. Ce seuil d'âge offre également au mineur né en France de parents étrangers, la faculté de réclamer la nationalité française[5]. En outre, en franchissant ce seuil d'âge, le mineur peut contester personnellement devant le Tribunal de Grande Instance, le refus du greffier du tribunal d'instance d'enregistrer la déclaration de nationalité[6]. En atteignant ce seuil, de multiples options s'offrent au mineur,

[1] L'action peut être exercée pendant la minorité de l'enfant ou postérieurement, par l'enfant majeur (C.civ. art. 342 al.2).

[2] V. les articles 345 al. 3 (adoption plénière) et 360 al. 3 (pour l'adoption simple) du Code civil.

[3] C. civ. art. 510.

[4] V. les articles 20-2 et 22-3 du Code civil.

[5] Cela est envisageable dès l'âge de 13 ans, mais cela requiert l'intervention du représentant légal (C. civ. art. 21-11).

[6] C. civ. art. 26-3.

puisqu'il a la faculté d'acquérir, perdre, réintégrer ou de faire une déclaration de nationalité française sans autorisation[1], ce qui n'était pas le cas antérieurement[2].

Le législateur reconnaît en outre la faculté à l'enfant né sur le territoire d'un autre État, devenu français de plein droit[3], de répudier la nationalité française six mois avant la majorité et dans les douze mois qui la suivent[4]. Cette faculté de répudier la nationalité française quelques mois avant la majorité démontre que vers cette tranche d'âge, le mineur n'est plus tout à fait un enfant, mais un jeune adulte.

75. Le franchissement du seuil des 16 années annonce la fin du lien de dépendance[5] unissant le mineur à ses parents. C'est d'ailleurs à cet âge que le lien unissant les détenteurs de l'autorité parentale et administrateurs légaux du mineur et leur enfant, peut être rompu par anticipation, par le biais de la procédure d'émancipation.

En la matière, l'âge se révèle d'ailleurs être de moindre poids face à la gravité du motif à l'origine d'une union matrimoniale précoce. Vestige de la version originelle du Code Napoléonien, il est intéressant de relever que le mariage est de nature à gommer cette immaturité rendant incapable et dépendant de l'autorité des administrateurs légaux.

Au préalable, il convient de préciser que selon l'article 144 du Code civil, dans sa dernière version en vigueur[6] : « *[l]e mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* »[7]. Le législateur prévoit toutefois une dérogation à cette condition de puberté, en laissant à la discrétion du Procureur de la République du lieu de célébration du mariage la décision

[1] C. civ. art. 17-3 al.1.

[2] Le mineur de moins de 16 ans doit être représenté (al 2).

[3] Selon l'article 22-1 du Code civil, l'enfant obtient automatiquement la nationalité française s'il réside de manière habituelle chez le parent, naturalisé, ou de manière alternée dans l'hypothèse du divorce de ses parents.

[4] C. civ. art. 22-3.

[5] Les débuts de l'autonomie se matérialisent également à travers l'apprentissage de la conduite. Selon l'article R. 211-3 du Code de la route, « *pour apprendre à conduire un véhicule à moteur sur une voie ouverte à la circulation publique, en vue de l'obtention du permis de conduire, il faut : 1° être âgé de seize ans minimum […]* ».

[6] Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* du 18 mai 2013, p.8253.

[7] Depuis la loi n°2006-399 du 4 avril 2006 (*JORF* du 5 avril 2006 p.5097), l'âge à partir duquel il est possible de contracter mariage est de 18 ans pour les hommes et les femmes. Antérieurement, le législateur considérait que la femme pouvait se marier dès l'âge de 15 ans. Cette modification législative a été poursuivie afin de lutter contre les mariages forcés des jeunes filles .

d'accorder des dispenses d'âge justifiées par des motifs graves. Ce motif grave renvoie notamment à la grossesse de l'enfant mineur.

Or, parmi les effets de cette union, le législateur déclare au travers de l'article 413-1 du Code civil, que « *le mineur est émancipé de plein droit par le mariage* ». Rapproché de l'article 413-2 qui le succède, le législateur énonce simplement que l'émancipation est possible pour le mineur âgé de 16 ans révolus et non que celle-ci est de plein droit du seul fait de la demande. Le mariage gommerait l'âge et la décision de se marier constituerait une preuve de maturité et de sagesse. Toutefois, le mineur ayant décidé de contracter ce lien marital reste un mineur avant le prononcé du mariage, ce qui impose le respect des dispositions de l'article 182 du Code civil, à savoir l'accord de ses père et mère.

76. En revanche, le mineur ayant le souhait d'être émancipé est soumis au respect d'une procédure. Cette demande effectuée auprès du juge des tutelles, émane nécessairement de l'un ou de ses père et mère, car le mineur ne peut demander seul son émancipation. Ce dernier est simplement auditionné, consulté pour recueillir son avis. Protégeant l'intérêt de l'enfant[1], le juge pourra prononcer l'émancipation seulement pour un juste motif[2]. Malgré le prononcé de l'émancipation judiciaire mais également en raison du mariage, certains actes restent hors de portée de sa capacité, tel que le contrat de mariage (et toutes les conventions dont il est susceptible). La validité de ce contrat est soumise à la condition que le mineur ait été assisté par les personnes dont le consentement était nécessaire pour la validité du mariage. À défaut, la convention peut être annulée par les personnes concernées et le mineur[3].

---

[1] La motivation réelle de ce projet ne doit pas résider dans la recherche d'une exonération de responsabilité parentale.

[2] La formation à l'étranger constitue un juste motif. Une mineure désirait poursuivre ses études dans un établissement supérieur au Québec, ouvert aux élèves ayant un représentant légal sur place ou mineurs émancipés. Comme le souligne le Professeur Claire NEIRINCK, le juge aux affaires familiales a prononcé l'émancipation dans l'intérêt d'un tiers (l'établissement dispensant la formation), désireux de se libérer des contraintes liées à la minorité (rassurer les parents) ; Fort-de-France, 26 novembre 2010, n° 10/539, JurisData n° 2010-028234 ; *Dr. Fam.* juin 2011, comm. 97.

Ne constitue pas un juste motif le fait de vouloir gérer seul son héritage ; Bordeaux, 6e civ., 20 mars 2012, n°11/06774, JurisData n° 2012-005585 ; *Dr. fam*. 2012, comm. 163, I. MARIA.

[3] (« *Jusqu'à l'expiration de l'année qui suivra la majorité accomplie* ») C. civ. art. 1398.

Jusqu'à très récemment[1], le mineur émancipé ne bénéficiait pas d'une pleine capacité, puisque le législateur s'opposait à l'exercice d'une activité commerciale. L'article 2 de l'ancien Code de commerce énonçait que « *Le mineur, même émancipé, ne peut être commerçant* ». Le mineur était tout simplement placé dans l'impossibilité d'obtenir la qualité de commerçant[2]. Cette époque est révolue, puisque le droit positif retient que le mineur émancipé peut devenir commerçant. Il existe toutefois une procédure, prévue à l'article 413-8 du Code civil.

Deux cas sont à distinguer. Dans le premier cas, la demande d'émancipation et la demande d'autorisation d'exercer une activité commerciale peuvent être formulées en même temps et dans cette hypothèse, le juge des tutelles appréciera l'existence du motif légitime d'émancipation ainsi que de l'opportunité de l'autorisation. Dans le second cas, le mineur déjà émancipé, par mariage ou autre, devra exprimer sa demande auprès du président de Tribunal de grande instance.

Cette comparaison entre les voies de recours pour parvenir au prononcé de l'émancipation du mineur permet de relever les personnes ayant qualité pour agir. Une émancipation prononcée de plein droit en raison du mariage du mineur n'impose que le respect des conditions permettant de contracter valablement une union. En revanche, à défaut de mariage, l'émancipation ne peut être exprimée que par les père et mère ou l'un d'eux[3]. D'ailleurs, dans l'hypothèse où le mineur n'a plus de père ni mère, c'est le conseil de famille qui formule la demande[4]. L'un de ses membres a même la faculté de demander auprès du juge des tutelles, la convocation de ce conseil pour se prononcer sur cette question. Cette faculté de demander une

---

[1] Depuis la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (*JORF* du 16 juin 2010, p.10984).

J.-F. ESCHYLLE, « La capacité commerciale du mineur émancipé », *RTD com* 2013, p. 203-223 ; J. LEGROS, « L'âge minimal du mineur entrepreneur : 16 ans », *Droit des sociétés* 2012, repère 11 ; B. SANTOURENS, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Revue des sociétés* 2011, p. 210 et aussi « Mineur et activité commerciale : la réforme de 2010 », *RTD Com*. 2011, p. 686-687 ; F. JULIENNE, « Le mineur acteur de la vie économique ? » *Dr. fam.* 2010, étude 31.

Le choix de ce mode d'exercice de l'activité professionnelle par le mineur sera évoqué au chapitre 2 de ce titre, section 1, §2, A. La reconnaissance de la liberté contractuelle du jeune travailleur.

[2] C. civ. art. 413-8.

[3] L'avis de l'autre sera alors recueilli par le juge.

[4] C. civ. art. 413-3.

convocation est même offerte au mineur[1]. Ce faisant, le législateur a reconnu un droit parental[2] dans la mise en œuvre de cette émancipation, mais il n'a aucunement accordé une voie de recours au mineur. Naturellement, rien ne l'empêche d'informer ses parents de son souhait, mais la mise en œuvre de la procédure repose sur ses parents ou de l'un d'eux. Le mineur ne peut donc pas solliciter une émancipation sans avoir conscience des effets du prononcé d'une telle décision.

77. Toutefois, pour contrer la volonté de certains parents de se libérer trop aisément de la charge parentale, l'audition du mineur par le juge des tutelles constitue une limite, puisqu'elle permet de prendre connaissance de sa volonté. Le seul garde-fou face à la volonté des parents[3] de se libérer de leur enfant mineur, se manifeste à travers l'appréciation du juste motif, en prenant en compte le seul intérêt de l'enfant et non celui des parents du mineur. Certains parents tentent en effet de se délier de leur enfant mineur gênant en raison de faits de délinquance, violence ou fugues. Cela n'était pas le cas dans deux arrêts de la Cour d'appel de Pau en date du 8 mars 2011[4]. Les juges du second degré se sont prononcés sur les demandes d'émancipation formées par les parents de deux mineurs désirant passer le brevet national de sécurité et de sauvetage aquatique le 21 mars 2011 afin de pouvoir, dès l'été de sa majorité, travailler comme maître nageur sauveteur. Les juges ont auditionné chacun des mineurs afin de recueillir leur avis et surtout leur motivation dans la réalisation de leur projet. Constatant la profondeur de leur engagement et leur détermination, via l'appréciation de certains éléments tenant notamment le sérieux dans les entraînements suivis, les juges du fond ont relevé l'existence d'une tradition familiale attestant que cette demande d'émancipation répondait à l'intérêt des mineur et non pas le souhait de ne plus assumer leur charge parentale. Par conséquent, les juges ont retenu que « *ces éléments au cas particulier ainsi que la finalité de la démarche entreprise, passer un examen pour contribuer à sauver des vies humaines,*

[1] C. civ. 413-4.

[2] I. CORPART, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N* 2003, 1523.

[3] Dans le rapport du groupe de travail présidé par le Professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, il est mentionné qu'il pourrait être ouvert au Ministère public, sur information du mineur, de ses amis… Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, décembre 1999, La Documentation française, p.88-89.

[4]Pau, 2ème chambre section 2, 8 mars 2011, n° de RG: 11/00154 (fils) et n° de RG: 11/00105; disponible sur le site de Légifrance. Il s'agit des enfants mineurs d'une même famille ayant tous les deux le même projet.

confirment la maturité de ce mineur, malgré son jeune âge, et justifient qu'il soit fait droit à la demande d'émancipation présentée par les parents de Lucas X »[1].

L'appréciation de la pertinence du choix de vie participe à la détermination du juste motif motivant la demande d'émancipation. Or, le législateur a admis l'existence d'un motif justifiant de plein droit la fin de la minorité pleine et complète, comportant dans ses effets, des incapacités de jouissance telles celle de l'exercice d'une profession commerciale par un mineur. Ce motif, la contractualisation d'un lien marital, entraînant automatiquement l'émancipation, permet au mineur d'avoir une vie conjugale et c'est la raison même qui justifie la fin de l'autorité parentale. Cette consécration de l'indépendance maritale par la norme juridique lui permet d'acquérir une autonomie complète, hormis en matière d'adoption (notamment). Selon l'alinéa 1 de l'article 413-6 du Code civil, il devient ainsi capable comme un majeur de tous les actes de la vie civile et sera responsable du dommage causé à autrui postérieurement au prononcé de son émancipation[2]. L'autorité parentale cesse. En revanche, cela n'entraîne pas de plein droit la fin de l'obligation d'entretien des parents à l'égard du mineur émancipé[3]. Le mineur peut ainsi contracter mariage avec un autre mineur et poursuivre ses études et ce choix de vie sera financé par l'obligation d'entretien parentale. Le mineur émancipé par le mariage peut ainsi être dépendant économiquement de ses parents.

Ce cas d'école permet de saisir l'obsolescence du jeu de l'émancipation, car dans l'hypothèse où le mineur âgé de 16 ans au moins, exerce une activité salariée, il se crée son indépendance économique. Tenu par les actes accomplis dans l'exercice de sa profession[4], sous réserve de respecter les limitations et interdictions liées à son incapacité, le mineur ne se voit pas reconnaître de plein droit une émancipation. La maturité et la détermination du mineur dans son projet professionnelle ou la mise en œuvre d'une activité économique révèle la présence réelle d'un choix de vie, lequel fera l'objet d'une appréciation par le juge dans l'hypothèse où et seulement, les père et mère décident de demander l'émancipation de leur enfant mineur. Le mineur, libéré de l'obligation de scolarité, exerçant une activité subordonnée reste ainsi dépendant juridiquement de ses administrateurs légaux, contrairement au mineur émancipé par son mariage.

Bien qu'il faille se féliciter de l'encadrement des demandes d'émancipation, il est possible d'être critique à l'égard d'un dispositif comportant autant d'ambivalence. Le mineur

[1] *Cf.* Pau, 8 mars 2011. La décision est identique pour le second mineur.

[2] C. civ. art. 413-7 al.2.

[3] Civ. 2ème, 9 juillet 1973, n°72-13.147, *Bull. civ*. II, n°222, p.174 ; *JCP G* 1973, IV, 328.

[4] C. civ. art. 1308.

émancipé du fait du mariage a certes fait un choix de vie qu'il convient de respecter, mais cette décision ne lui permet pas nécessairement d'être autonome financièrement et ne constitue pas en outre une garantie de sa maturité, mais elle lui accorde simplement une vie conjugale sans chaperon. En revanche, le mineur en situation de pré-majorité professionnelle[1] ou ayant mûrement réfléchi son projet, reste lié à la décision de ses parents de formuler une demande d'émancipation.

B. Le législateur, bâtisseur de l'inclusion sélective

78. La saisie de l'âge par le Droit est ambivalente, car certains articles issus de différentes branches du droit révèlent le partage de la norme juridique entre l'inclusion et l'exclusion de certains individus en raison de leur âge. Le législateur a mis en place des mesures destinées à lutter contre les différenciations contraires à l'égalité civile reposant sur des motifs arbitraires[2], mettant en lumière l'existence de disparités entre les êtres, participant ainsi à l'entretien des mobiles d'exclusion[3].

79. Sous l'influence des directives européennes n°2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et n°2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail[4], le législateur français a adopté une série de mesures visant à lutter contre les pratiques et comportements discriminatoires se fondant notamment sur l'âge[5]. Le champ

[1] Sur cette acquisition d'une parcelle d'indépendance économique : v. *infra*, n°116. .

[2] La discrimination correspond à une « *différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus généralement par application de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des distinctions juridiques arbitraires* » comme le sexe, l'âge […] ; G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op.cit.*, v° Discrimination.

[3] Sur le principe de non-discrimination : v. *infra*, n°191 et s.

[4]Directive n°2000/43/CE, *JOCE* L 180 du 19 juillet 2000, p. 22-26.

Directive n°2000/78/CE, *JOCE* L 303 du 2 décembre 2000, p. 16-22.

[5]Sont également considérés comme discriminatoires, les raisons tenant à l'orientation sexuelle, l'apparence physique, le patronyme, l'appartenance ou la non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race […]. V. les lois n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *JORF*

d'application de cette prohibition des pratiques discriminatoires s'étend sur l'ensemble de la carrière professionnelle du travailleur, incluant aussi bien les étapes préliminaires de la relation professionnelle (recrutement) que son déroulement (formation, promotion….)[1]. La discrimination en raison de l'âge constitue en outre une incrimination pénale[2], sévèrement condamnée, puisque par exemple, le fait de licencier ou de refuser de recruter une personne sur ce motif est puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende[3].

Bien que l'objectif soit de parvenir à une société plus égalitaire et plus inclusive, permettant à long terme de préserver l'activité professionnelle tout en luttant contre l'exclusion d'une tranche d'âge, le législateur a admis un ensemble de dérogations à l'interdiction des discriminations en raison de l'âge. C'est ce qui permet à un employeur de recourir au critère de l'âge pour recruter par exemple, un homme de 25 ans pour les besoins d'un spot publicitaire.

80. D'ailleurs sur ce point, il est aisé de faire le parallèle avec le recours au critère de l'âge en tant que critère de sélection objectif. Ce curseur permet de graduer à la fois le degré de capacité et de maturité de l'individu dans ses interactions au sein de l'organisation sociale. Le nombre d'années écoulés révèlent les aptitudes de l'individu dans la gestion de ses responsabilités, tout en garantissant un certain niveau de maturité et d'expérience. De multiples dispositions légales reposent sur cet élément pour sélectionner les candidatures les plus opportunes, tel l'article 44 du Code de l'Artisanat relatif au droit de former des apprentis, imposant au maître d'apprentissage l'obtention d'un titre obtenu après un examen des

---

17 novembre 2001, p.18311 et n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JORF* 28 mai 2008, p. 8801.

[1]L'article L. 1132-1 du Code du Travail dispose qu'« *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de […] son âge[…]. »*

[2] C. pén. art. 225-1.

[3] C. pén. art. 225-2.

capacités additionné d'une condition d'âge, 24 ans d'âge[1]. Devenir directeur d'un office[2] de tourisme impose également le respect d'une condition d'âge. C'est aussi le cas pour exercer la profession de garde champêtre (21 ans[3]). Un critère d'éligibilité tenant à l'âge doit aussi être rempli pour être juge d'un Tribunal de Commerce[4], pour la candidature à l'élection des membres de la chambre de commerce[5] mais aussi pour les délégués consulaires[6].

Par conséquent, la condition d'âge apparaît justifiée, car elle fait écho à deux ressources acquises au fil du temps : l'expérience et la maturité, deux qualités vitales pour les fonctions et professions requérant un niveau d'exigence et de rigueur assez conséquent. D'ailleurs, l'âge est un moyen de sélectionner le candidat le plus expérimenté. Il devient alors synonyme de sagesse, une manifestation chiffrée de l'expérience. Cela apparaît notamment à travers le Code de commerce, puisque de nombreuses dispositions s'appuient sur cette conception de l'âge tels que les articles R. 711-72 sur l'organisation du bureau de la chambre d'industrie et de commerce[7], ou L. 225-263 relatif à l'assemblée générale représentative des participants de société anonyme à participation ouvrière[8], ou l'article L. 713-16 relatif à l'élection des membres de la Chambre de commerce[9]. Ce critère est également retenu aux articles L. 722-11

[1] A défaut de remplir ces conditions, peuvent également former des apprentis, les « *anciens élèves ayant satisfait aux examens de sortie des écoles désignées par le ministre chargé de l'enseignement technique ou [les] artisans ayant obtenu une autorisation de l'administration préfectorale, sur avis de la chambre de métiers et de l'artisanat de région et de l'organisation professionnelle compétente* »

[2] Code du Tourisme art. R. 133-12 (25 ans minimum).

[3] Code des Communes art. R. 412-116.

[4] L'article L. 723-4 Code de Commerce exige que les candidats soient âgés d'au moins 30 ans.

[5]C. com. art. L. 713-4.

[6] C. com. art. R. 713-43.

[7] Dans l'hypothèse d'une égalité au 3ème tour, le candidat le plus âgé est retenu.

[8] Les Sociétés anonymes à participations ouvrières (SAPO) ont pour particularité de réunir des actionnaires (capital) et des salariés de l'entreprise (actions de travail). Les actionnaires ont un droit de vote au sein de l'assemblée proportionnel à leur apport et chaque salarié détient une voix, propriété de la société coopérative de main d'œuvre, réunissant l'ensemble des salariés participants. Ces derniers sont représentés aux assemblées générales par des mandataires. Les statuts de la SAPO définissent la place de l'action travail face au capital et lors des assemblées générales, le nombre de voix détenues par les mandataires varie en fonction du nombre de voix des actionnaires présents et représentés, afin de respecter les dispositions des statuts. Le partage des voix se fait de manière égale, mais le bénéfice des voix restantes se fait en faveur des plus âgés.

[9] Dans l'hypothèse d'un même nombre de suffrage, le plus âgé est élu.

du Code de commerce sur le mandat du président du Tribunal de Commerce[1] et L. 723-10 relatif à l'élection des juges du Tribunal de Commerce[2]. De nombreux exemples de ce Code présentes des caractéristiques similaires, tels que les articles R. 223-23 privilégiant la présidence de l'assemblée par le plus âgé [3] ou R. 711-58 énonçant que la première assemblée des chambres de commerce est présidée par le doyen d'âge[4].

81. À la lumière du Code de commerce, l'avancée en âge est positive, car de l'incapacité du mineur même émancipé, l'écoulement des années donne de plus en plus de poids à l'individu, permettant ainsi de l'envisager comme une personne d'expérience, ayant des connaissances acquises par son vécu, dont émerge une certaine sagesse. Cette conception de l'âge prend notamment corps à travers le classement hiérarchique effectué après l'installation des juges élus, puisque dans l'hypothèse d'une égalité, le plus âgé est privilégié[5]. La jeunesse s'incline alors face à l'expérience.

Signalons que le critère ressurgit également en matière d'élection des membres des institutions représentatives du personnel, comme nous le rappelle très rarement la jurisprudence[6]. En se penchant sur l'attendu de la Chambre sociale, il convient de noter que celle-ci fait mention du lien de filiation de cette règle de la primauté de l'âge en matière d'élection. La Chambre considère « *la désignation des membres du bureau du comité d'entreprise, en cas de partage des voix et dans le silence du règlement intérieur, se fait conformément aux règles habituelles du droit électoral* […][7]». Le Code du travail contient

[1] En présence d'une égalité de voix au 3ème tour, le candidat ayant la plus grande ancienneté est élu. En revanche, dans l'hypothèse d'une égalité de l'ancienneté dans les fonctions judiciaires, le candidat plus âgé est retenu.

[2] En présence d'un même nombre de voix au 2nd tour, le candidat le plus âgé est retenu.

[3] Cela n'est possible qu'à condition que les associés de la SARL soient en possession du même nombre de parts.

[4] v. aussi les articles R. 724-5 relatif à la commission nationale de discipline de la chambre de commerce, R. 741-15 et R. 741-17 portant sur le conseil national des greffiers des Tribunaux de Commerce.

[5] C. com. art. R. 722-15.

[6] Soc. 30 novembre 2011, pourvoi n°10-23.986, *Bull. civ. V,* n°279 ; J.-Y. KERBOURC'H, « Partage des voix lors de l'élection des membres du bureau: le triomphe de l'âge », *JCP S* 2012, 13 ; F. PETIT, « Le bénéfice de l'âge. Quand l'âge devient source de bonification, non plus de discrimination », *Dr. soc*. 2012, p.252. A rappr. : Soc. 7 octobre 1982, n°81.525, *Bull. civ. V,* n°535 (désignation du secrétaire du comité d'établissement) ; Soc. 10 juillet 1990, n°89-61.121, *Bull. civ. V,* n°360 ; Soc. 9 juin 1998, n°97-60.304, *Bull. civ. V,* n°884 (nullité de l'article présent dans le règlement intérieur et rappel de la règle résolvant le problème du partage des voix lors de l'élection des délégués du comité central d'entreprise).

[7] « *Et sans que soit porté atteinte au principe de non-discrimination en raison de l'âge* », précise la Cour…

même des dispositions allant dans ce sens, comme l'article R. 2314-24 alinéa 2[1] et R. 2324-20 alinéa 2[2].

82. Mais l'ambivalence du critère se révèle également à travers cette manifestation chiffrée de l'expérience. Exclus en raison de leur âge, les travailleurs ont besoin du législateur pour sanctionner de tels comportements. La lutte contre les discriminations se manifeste à travers la mise en place de mesures spécifiques à destination de certains individus, conformément à la délimitation du champ d'application personnel retenu par l'article L. 750-1 -1 du Code de commerce. Cet article relatif à l'intervention pour le développement de la concurrence et de la modernisation du commerce de proximité prévoit des fonds permettant la mise en place de mesures en faveur de certaines catégories de commerçants et artisans âgés.

83. L'âge constitue un critère d'exclusion du monde professionnel, pouvant faire l'objet de sanctions sévères. Concurremment, le législateur adopte en parallèle une position toute autre, favorable à l'exclusion des plus âgés. Cela est notamment le cas à travers de nombreuses dispositions du Code de commerce, organisant une exclusion des individus d'un certain âge au sein des organes de gestion, de contrôle et direction d'une Société Anonyme (S.A.) via le Conseil d'administration et une direction générale[3] ou le Directoire exerçant ses fonctions sous le contrôle d'un Conseil de surveillance[4].

Ainsi, à défaut de dispositions statutaires, les dispositions légales ayant recours à l'âge se révèlent d'une importance non négligeable. Au sein des S.A., la limite d'âge est de 65 ans pour le président du Conseil d'administration. Une fois ce seuil atteint, il est démissionnaire d'office[5]. Une limite d'âge s'impose également pour les administrateurs du Conseil

---

En droit électoral, dans l'hypothèse d'une égalité au second tour lors de l'élection des députés, c'est le plus âgé qui est élu (L. 126 C. électoral). Cette règle existe également pour les élections des conseillers généraux, les conseillers municipaux et les sénateurs dans l'hypothèse d'un impossible recours de la règle de la majorité relative (C. élect. L. 193, L. 253 et L. 294).

[1] A propos de l'élection des délégués du personnel.

[2] A propos de l'élection des membres du comité d'entreprise.

[3] Sur le fonctionnement de ces organes : J.-C. PAGNUCCO, *JCl Sociétés Traité*, Fasc. 131-10, Administration (Conseil d'administration) ; F. MANSUY, *JCl Sociétés Traité*, Fasc. 133-10, Administration (Direction).

[4] A ce propos : J.-J. CAUSSAIN, *JCl Sociétés Traité*, Fasc. 133-50, directoire ; *JCl Sociétés Traité*, Fasc. 133-60, Conseil de surveillance.

[5] C. com. art. L. 225-48 ; F. MANSUY, *op. cit.*, n°100-101.

d'Administration. À l'âge de 70 ans, ils sont démissionnaires d'office[1]. Le directeur général est également réputé démissionnaire d'office à l'âge de 65 ans[2]. La lecture de l'article L. 225-60 du Code de commerce révèle que la règle est identique à l'égard des membres du directoire[3], tout comme pour le directeur général unique.

Cette limite existe en outre pour le gérant d'une société en commandite par action[4]. Elle est également présente pour le président de l'établissement du réseau des chambres de commerce et d'industrie, âge limite correspondant d'ailleurs à celui de la fonction publique et du secteur public[5].

Il est très paradoxal de mettre en place des mesures pour lutter contre les discriminations en raison de l'âge tout en préservant des dispositions organisant des âges couperets au franchissement de certains seuils. Ce mouvement se poursuit à travers d'autres dispositions du Code de commerce, dévoilant une forme de refus d'une gérontocratie à la tête des entreprises.

À la lumière du Code de commerce, se lit le refus de conférer trop de pouvoir aux individus âgés et corrélativement, favoriser la diversité des âges au sein des postes de décision, à l'instar de l'article L. 225-19 de ce Code, déterminant une limite d'âge ou un pourcentage d'administrateurs âgés. À défaut de disposition expresse dans les statuts, le nombre d'administrateurs âgés de plus de 70 ans, ne doit pas être supérieur au tiers des administrateurs en fonction. L'article énonce aussi que le plus âgé est réputé démissionnaire d'office. Cette pratique concerne aussi la composition du Conseil de surveillance et du directoire dans les S.A.[6], tout comme les sociétés en commandite par action[7].

---

[1] C. com. art. L. 225-19 ; B. DONDERO, P. CANNU, « Après le sexe des administrateurs, leur âge… », *Revue de Jurisprudence commerciale*, mai-juin 2012, n°3, p.8-11.

[2] C. com. art. L. 225-54 ; F. MANSUY, *préc.*; J.-J. BURGARD, « L'âge des dirigeants », *Revue sociétés* 1971, p. 137.

[3] J.-J. CAUSSAIN, *JCl Société Traité*, Fasc. 133-50, n°46.

[4] C. com. art. L.226-3 ; Le gérant commandité est celui qui dirige la société (commerçant), dont les capitaux sont apportés par les associés commanditaires (actionnaires).

[5] L'article L. 712-1 du Code de Commerce renvoie à l'article 7 de la loi n°84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public (*JORF* du 14 septembre 1984, p.2904) modifiée par la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (*JORF* du 27 juillet 2005, p.12160). Un parallèle est donc fait entre le Président de l'Assemblée générale des chambres de commerce et les présidents de conseil d'administration, directeurs généraux et directeurs des établissements publics de l'État. La limite d'âge est fixée à soixante-cinq ans. En revanche, elle est de 68 ans pour le vice-président du Conseil d'État, du premier président et du procureur général de la Cour des comptes.

[6] C. com. art. L. 225-70 ; J.-J. CAUSSAIN, *JCl Sociétés Traité*, Fasc. 133-60, n°47.

[7] C. com . art. L. 226-5.

Une certaine antinomie règne au sein de la règle de droit. Partagée entre protection et exclusion, elle entretient les distinctions entre les tranches d'âges tout en rigidifiant la segmentation et ses seuils. L'indication même de l'âge est source d'exclusion, puisqu'il faut noter que le législateur n'a pas délimité l'âge adulte, dont l'existence prend essor au franchissement du seuil de la majorité. La mention de l'âge au sein de la règle de droit constitue une exception au droit commun, lequel est applicable à tous les individus dont la maturité physique, psychique et morale est entière.

Mais l'âge n'existe pas seulement à travers le gouvernement des âges et ses polices, la notion vit et s'exprime à travers les hommes et leurs interactions, car, comme le déclare PORTALIS[1], « *les lois ne sont pas des actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice, de raison. [Le législateur] ne doit pas perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois* ».

Section 2 : L'adhésion sociétale à la norme juridique

84. L'âge est consacré par le Droit, mais il prend vie et évolue à travers les hommes. Certaines de nos valeurs sociétales apparaissent naturelles, voire innées, immortelles mais celles-ci ne sont que le fruit de l'intériorisation de la norme par le travail de différentes institutions socialisantes. C'est ainsi que naquit la culture de l'âge. Sous cet angle, la mutation du gouvernement des âges semble compromise, perpétuellement lié au mode d'organisation sociétale existant. En réalité, les réformes des polices de l'âge ont souvent été opérées lors de grandes crises institutionnelles, bouleversant l'ordre établi. Et alors que surgit la question de savoir comment rétablir l'ordre, le législateur se tourne vers un critère pratique et dont il a la maîtrise, l'âge, pour classer les individus et poser les fondations d'un nouveau mode d'organisation sociétale (§1). Néanmoins, les relations entre la norme juridique et la culture de l'âge sont loin d'être toujours aussi sereines (§2).

[1] J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au 1er projet de Code Civil, op.cit,* p.16.

§1. La culture de l'âge, l'acceptation de la norme juridique

85. L'élaboration de la norme d'âge se produit donc à travers la police de l'âge. Ensemble, les polices permettent la création d'un gouvernement des âges, mais celui-ci pour prendre vie, doit être accepté par les êtres composant la société. Cette adhésion au gouvernement des âges et ses normes aboutissent à l'émergence d'une culture, se traduisant par des appréhensions communes des différentes étapes du cycle de vie, allant jusqu'à façonner au niveau individuel, le parcours professionnel (A). Cette adéquation des individus à la norme est si forte, qu'elle exerce une influence certaine lors de la définition des âges, car en imprégnant de manière inconsciente la pensée des hommes (et notamment des législateurs), la culture participe implicitement à sa création. La mutation des normes d'âge semble donc se reposer sur un détachement de la culture précédente, comme l'illustre les exemples de la majorité civile et de la responsabilité pénale des mineurs (B).

A. La reconnaissance culturelle de l'enfance

86. L'ensemble de ces dispositions concourt chacune d'entre elles à une définition des âges de la vie, aboutissant à un gouvernement des âges. La place et le rôle de chaque être au cours de son processus de développement font l'objet d'une véritable maîtrise par l'État.

Conséquemment, en fonction de l'âge de l'individu, les acteurs de la société appliquent la règle correspondante. L'employeur refusera d'employer des enfants dans son entreprise. Pour la même raison, un professionnel ne conclura pas un contrat de vente immobilière avec un mineur non émancipé seul. L'adoption de tels comportements est donc liée à la norme juridique.

En poursuivant l'idée évoquée précédemment, à la lumière des écrits du professeur Gosta ESPING ANDERSEN, le professeur Anne-Marie GUILLEMARD en conclut que « *Dans un contexte national donné, les interactions entre, d'une part, « les différentes polices des âges » contenues dans les dispositifs de protection sociale et d'emploi et, d'autre part, la manière dont les différents acteurs s'en emparent et en font usage créent une dynamique particulière. Cette dynamique stabilise progressivement ce que nous désignons comme une culture de l'âge spécifique* ».

Cette culture comme le précise l'auteur *« représente un ensemble de valeurs et de normes partagés […] et sur les droits et obligations attachés à l'âge*[1] », dont les fondements s'appuient « *sur des principes d'équité et de justice entre âges et générations, sur des catégorisations de l'âge et des règles d'action* ». L'auteur poursuit en expliquant que l'adoption de ces règles d'action « rétroagissent sur le cognitif », élaborant ainsi des « *réseaux de motifs, de justifications et de références qui modèlent les comportements de tous les acteurs du marché du travail dans chaque contexte* » [2].

87. La création de norme d'âge a entraîné une segmentation culturelle du cycle de vie, car les individus en respectant la règle de droit, s'en sont imprégnés et l'ont intégré parmi leurs valeurs. En se fondant sur ce critère d'âge, le législateur a donc transformé une unité de mesure de l'écoulement du temps, très objective et rationnelle, en un élément d'interprétation, subjectif. Il ne faut pas négliger l'importance de l'imprégnation culturelle des polices des âges, car bien que ce soit sous l'influence du législateur que l'enfance a été consacrée, les individus devaient accepter non seulement de respecter la norme mais aussi l'intérioriser, au point que cette conception leur apparaisse naturelle. Comme cela a été évoqué précédemment, l'enfance, dans son appréhension moderne, actuellement existante en Europe, résulte d'une construction juridique alliant à la fois une réglementation progressivement prohibitive (reculant peu à peu le seuil d'âge) et une législation promotrice de l'éducation. En considérant que le rôle de l'enfant était de suivre une formation et non le dur labeur au sein d'une manufacture, le législateur a amorcé la novation de l'appréhension de la jeunesse par la population. Durant des siècles, l'enfant était perçu comme un petit travailleur, participant aux travaux des champs dans les campagnes, artisan en devenir dans les villes… Sous le XIX^{e}, lors de la Révolution industrielle, les enfants étaient souvent employés dans le textile où leur petite taille constituait un atout non négligeable. Ils étaient notamment chargés de réparer les fils brisés des métiers à tisser en fonctionnement, nettoyer les bobines, surveiller les machines… Ces conditions de travail éprouvantes ont notamment scandalisé Louis-René

[1]A.-M. GUILLEMARD, « La place des seniors dans l'emploi », in *Le vieillissement en Europe. Aspects biologiques, économiques et sociaux*, dir. T. BARNAY et C. SERMET, la Documentation française, 2007, p. 132-133

[2]A.-M. GUILLEMARD, *Politiques Publiques et cultures de l'âge. Une perspective internationale, op.cit,* p. 87. En l'espèce, elle s'appuie sur ce raisonnement pour expliquer l'exclusion des travailleurs âgés du marché du travail.

VILLERMÉ, médecin et sociologue français[1] et Jules SIMON, philosophe et homme d'État. Dans l'une de ses œuvres[2], il a dénoncé le travail des enfants et a milité pour un abaissement du nombre d'heures quotidiennes de travail. Il a contribué par son œuvre à imposer la nécessité d'ouvrir un débat sur les rôles et places des individus, notamment en dévoilant la détresse d'une mère assistant impuissante à l'exploitation de son enfant, employé au sein de la même manufacture[3].

Combinée aux lois de Jules FERRY, la réglementation du travail des enfants jusqu'à sa prohibition a exercé une influence certaine dans l'appréhension de cette tranche de la vie. En effet, sous l'Ancien Régime, « *l'enfance n'existe que lorsque la puissance paternelle est réduite aux limites de la majorité* [4]». Le statut juridique de l'enfant n'était donc pas individualisé, mais simplement relié au père.

Les lois ont entraîné la redéfinition de la place de l'enfant au sein de la société, mais aussi de sa fonction au sein de la famille. En se fondant sur les travaux de l'historien Philippe ARIÈS[5] et ceux de Roger MEHL, il est intéressant de constater que c'est à partir du 18e mais surtout durant le XIXe, que « *l'enfant est devenu l'une des valeurs les plus importantes de nos sociétés* [6]». Sous l'Ancien Régime, la belle famille était prolifique, composée de nombreux enfants à l'avenir incertain. Progressivement, notamment dans les campagnes, le taux de fécondité a diminué afin notamment d'éviter un éclatement du patrimoine.

Or sous la Révolution industrielle, dans le milieu ouvrier, la famille est conçue comme une unité de production. Dans un contexte de misère, les salaires des enfants contribuaient à

---

[1] L. R. VILLERMÉ, Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie, Paris, 1840.

[2] *L'Ouvrier de 8 ans*, publié en 1867.

[3] « *La mère pense à son enfant de huit ans, qui est à quelques pas d'elle, sans qu'elle puisse le voir. Elle pense à la fournaise devant laquelle il passe et repasse, aux courroies de la machine qui peuvent saisir ses vêtements et broyer ses manches, à l'ouvrier brutale qui peut le frapper, aux leçons de vice qu'il peut recevoir* » et le paragraphe suivant, il dévoile les pensées de l'enfant, refusant son statut d'enfant et sa vulnérabilité. Parmi les autres ouvriers, des hommes adultes, il adopte leurs comportements et leur langage grossier toute en enviant leurs habitudes telles que le cabaret, le tabac ; J. SIMON, *ibid*, p.119

[4] A. PERCHERON, « Police et gestion des âges », *in Âge et politique*, *préc.*

[5] P. ARIÈS, « L'enfant dans la famille », *in Histoire des populations françaises*, éd. du Seuil, 1971, Paris, p. 327-338.

[6] R. MEHL, « Valorisation des âges dans la société actuelle », in *Les âges de la vie*, tome II, VII colloque national de démographie, Strasbourg le 5-7 mai 1982, *travaux et documents*, cahier n°102, PUF, édition INED, p. 70-72.

fournir des moyens de subsistances à la famille, si bien que les parents et les enfants travaillaient parfois au sein de la même manufacture, chacun à des postes spécifiques faisant appel à leurs talents physiques naturels.

Puis, sous l'influence de ses lois, la conception du statut de l'enfant s'est peu à peu modifiée. Ce mouvement d'origine bourgeoise a instauré une relation plus exclusive avec l'enfant, être en devenir dont l'éducation et l'enseignement assuraient des promesses pour l'avenir.

Les lois ont donc redessiné les traits de l'enfance, redéfinissant son rôle et ses fonctions au sein de l'organisation sociétale et surtout, elles ont généralisé l'appréhension de cet âge du cycle, car elles concernaient tous les enfants sans distinction de situation ou milieu. Ce mouvement s'est ensuite poursuivi, puisque Théophile ROUSSEL a mis en place des protections destinées aux enfants de moins de deux ans[1]. Ce faisant, il œuvrait à la reconnaissance d'une nouvelle norme d'âge, le premier âge. Le libellé du texte de loi le cite expressément.

Cette conception de l'enfance semble aujourd'hui naturelle, mais il faut bien constater le travail d'assimilation de la norme d'âge définie au préalable par la règle de droit. Cette opération s'effectue notamment par le biais des différentes institutions socialisantes, comme l'école, l'église, la famille, permettant à l'individu de s'imprégner de ses normes et valeurs. Ce dernier, afin de rester socialement intégré, adopte les comportements et les attitudes requis en fonction de son âge.

B. La dimension culturelle de la vie professionnelle

88. Les âges du cycle de vie de l'être humain ont donc été consacrés par la règle de droit. Or, en érigeant des seuils, délimitant l'accès à la vie professionnelle ou la fin de la scolarité obligatoire, la norme d'âge a influencé la culture, et plus précisément les attitudes et comportements individuels, comme le décrivait l'historien et politologue, membre de l'Académie française René RÉMOND, « *la société française civile et politique a fait de cette division par âges, un régulateur de la distribution des individus et le principe majeur de la réglementation des activités de toute nature*[2] ».

[1] Loi du 23 décembre 1874 relative à la protection des enfants du premier âge. Extraits disponibles in *Les textes fondateurs de l'action sanitaire et sociale. 7 siècles d'histoire des institutions, des droits de l'Homme, de la santé, du travail et du social*, V.-P. COMITI, ESF, Coll. actions sociales, 2002, p. 327-328.

[2] R. RÉMOND, *Âge et politique, préc.*

L'âge constitue donc un critère de répartition et d'attribution des rôles et fonctions des individus au sein de la société. Par le jeu des différentes lois en matière de droit du travail et de protection sociale, mais aussi d'éducation, le législateur a notamment délimité l'étendue de la vie professionnelle. Celle-ci est également le fruit de l'expression de la culture de l'âge.

Et par conséquent, ce gouvernement des âges et sa culture apparaissent assez distinctement dans les travaux d'Erik ERICKSON et ceux de Donald Edwin SUPER. Le cycle de vie se caractérise par le cheminement vers différents stades, traçant l'identité et le rôle de l'individu à chacune de ses étapes. En combinant la théorie des stades d'ERICKSON[1] et celle des espaces de vie de SUPER[2], chaque être a un rôle spécifique à chaque phase de son développement.

89. Le Professeur de psychologie appliqué à l'orientation professionnelle, Donald Edwin SUPER découpe la carrière professionnelle, en quatre étapes. Cela débute tout d'abord par la phase d'exploration (jusqu'à 24 ans), puis s'enchaîne la phase d'établissement (25-45 ans), suivi de la phase d'entretien ou de recyclage (45-65 ans) s'achevant enfin, par une phase de retrait (à partir de 65 ans).

Durant sa jeunesse, l'individu apprend, découvre et assimile les règles dictant l'organisation sociétale. Puis, à l'âge de 25 ans, devenu mature, il désire se conformer au modèle. La troisième phase est capitale, partagée entre la phase d'entretien, durant laquelle aucun changement n'affecte la situation professionnelle de l'individu (volontaire ou non) et une phase dite de recyclage, dans laquelle l'individu effectue une forme de bilan de sa vie, pouvant modifier sa trajectoire future. Cela peut par exemple se manifester par l'investissement dans de nouvelles activités. Enfin, le cycle se termine par la phase de retrait. L'individu se retire du monde professionnel.

L'avancée de l'âge combinée à l'influence des normes sociales conduit l'individu à adopter les attitudes et comportements qu'il convient à chaque âge et pour chacun des rôles de sa vie. Il cherche à mettre en œuvre des stratégies personnelles destinées à parvenir et à demeurer dans le modèle sociétal

---

[1] La théorie d'Eric ERIKSON relative au stade du développement psychosocial est composée de 8 étapes découpant le cycle de vie. A chacune de ses étapes, l'être affronte une crise identitaire, ce qui aura des effets sur sa personnalité ; L. A. PERVIN, O. P. JOHN, *La personnalité : de la théorie à la recherche*, adaptation française, Coll. Ouvertures psychologiques, De Boeck, Bruxelles, p.88-90 (not. le tableau récapitulatif p.89)

[2] Cité par I. FAURIE, F. FRACCAROLI, A. LE BLANC, Âge et travail : des études sur le vieillissement au travail à une approche psychosocial de la fin de la carrière professionnelle, *Le travail humain*, tome 71, 2/2008, p.159-160.

Néanmoins, il convient d'émettre des critiques vis-à-vis de cette segmentation, qui n'apparaît plus véritablement en adéquation avec l'actualité. Ce schéma de la carrière professionnelle a été publié en 1957 et de nombreux facteurs ont perturbé la linéarité de ce parcours professionnel modèle.

90. Les individus s'approprient la norme âge et en adoptent des comportements afin de s'y conformer. L'intériorisation du gouvernement des âges aboutit donc à modifier les temps sociaux. Concrètement, cela transforme les périodes du cycle de vie, qui apparaissent comme dédiées à des fonctions particulières. L'enfance est dédiée aux jeux, à l'apprentissage des règles de vie en communauté, aux besoins physiologiques…

En outre, la reconnaissance juridique de l'enfance a entraîné une segmentation au sein de cet âge, car la durée même de l'enfance s'est allongée. Or, il est difficilement acceptable que celle-ci ne forme qu'un ensemble indivisible, puisque cela nierait l'existence d'une évolution.

De plus, en instaurant une obligation de scolarité jusqu'à l'âge de 16 ans, l'adolescence, âge intermédiaire entre l'enfance et l'âge adulte s'est progressivement imposée comme un des âges de la vie. L'intériorisation des droits et devoirs du mineur et son évolution ont donc abouti à la consécration de cet âge, malgré l'absence de définition du mot adolescent. En revanche, il reste possible d'en estimer la durée, mais pas véritablement le point de départ. Difficilement définissable juridiquement[1], celle-ci débuterait à 12 ou à 13 ans[2] et se prolongerait au-delà de la majorité, jusqu'à l'âge de 25 ans. Ce phénomène est désigné sous le nom d'adolescence, puis d'adulescence (pour la période se situant après la majorité), évoque à la fois, l'allongement de la durée des études et la dépendance au foyer familial. Toutefois, dans d'autres textes, les mineurs de moins de 16 ans sont considérés comme étant des pré-ados et une fois ce seuil franchi, ils deviennent des adolescents[3]. Malgré toutes ces

[1] Pourtant fréquemment utilisé par le législateur, comme par exemple, dans le Code de l'éducation (L. 112-2). Aucune définition n'est venue préciser la notion.

[2] Arrêté 26 juillet 2010 modifiant la liste des spécialités pharmaceutiques remboursables aux assurés sociaux, *JORF* du 3 août 2010, n°177, p. 14258-14259.

[3] Pour illustrer les incertitudes autour de la notion d'adolescence, voir par exemple, pour la pré-adolescence, la question n°38484 sur les centres d'éducation renforcés par le sénateur Roger KAROUTCHI (*JO Sénat* 14 février 2002, p. 432 (caduc)). Il insistait sur les constats établis par un cabinet d'audit sur le mode d'organisation de ces centres trop axés sur les 16 ans et plus au détriment des pré-adolescents, âgés de moins de 16 ans.
En matière d'adolescence, v. le rapport d'information n°2130 du 2 décembre 2009 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la prise en charge

imprécisions, des mesures spécifiques leur sont dédiées afin de veiller à la sérénité de leur croissance physique, psychique et morale[1].

La culture évolue et s'imprègne des découpages opérés par le gouvernement des âges, favorisant le développement autonome de tranches d'âge, auparavant plus discrètes, voire inexistantes.

§2. Le rejet de la modification de la culture de l'âge, source de conflits

91. Les relations entre les polices de l'âge et la culture de l'âge sont parfois conflictuelles. L'histoire nous révèle que la police de l'âge entre parfois en conflit avec la culture de l'âge, surtout dans l'hypothèse où le législateur a la volonté de s'approprier cet instrument et de modifier la perception des seuils d'âge. Cela a été le cas de la majorité civile et la majorité pénale, aboutissant ainsi à l'unicité de la notion de majorité, laquelle pourrait toutefois se dédoubler sur la question de la responsabilité pénale (A). Cette approche civiliste se révèle importante dans le sens où elle permet de saisir l'existence d'une majorité unique, fixée à 18 ans. Ce seuil détermine le passage à l'âge adulte ou plus précisément l'entrée dans la période de la vie non chiffrée. Pourtant, le législateur a été tenté d'instaurer un nouveau seuil propre aux relations de travail subordonnées. L'appréhension d'un nouvel âge par le droit, afin de modifier la culture de l'âge n'est pas une chose aisée et elle se heurte parfois à l'hostilité des individus, attachée à la culture existante (B).

A. L'unité de la majorité à l'épreuve de la modernité

92. La majorité joue un rôle de pierre angulaire en Droit, puisque c'est sur ce seuil d'âge expressément arrêté par le législateur, que repose l'organisation sociétale. Or, la détermination de ce seuil n'a pas été une opération sereine.

De surcroît, il faut distinguer deux seuils, celui de la majorité civile et celui de la majorité pénale[1].

---

sanitaire, psychologique et psychiatrique des personnes mineures, disponible sur le site de l'Assemblée Nationale.

[1] Proposition de loi n°2678 tendant à soutenir les adolescents dans leur quotidien, présenté par la députée Marie–George BUFFET, enregistré le 24 juin 2010. L'adolescence est alors défini comme débutant à la fin du 3ème cycle de l'école primaire (11 ans) et prendrait fin à 19 ans (article 4 : « *chaque jeune de 11 à 19 ans…* »). Disponible sur le site de l'Assemblée Nationale.

93. Le seuil de la majorité civile a connu de nombreuses variations depuis la Révolution. Bien qu'il s'agisse d'un simple curseur destiné à conditionner l'accès à la participation de la vie politique (aussi bien en tant que citoyen qu'élu), ce seuil est fortement influencé par la culture des individus et l'appréciation de la maturité. Le seuil de maturité déterminant l'accès au stade adulte, s'est stabilisé depuis le 5 novembre 1974[2], à 18 ans. Après les événements de mai 1968, le législateur français a été amené à déterminer à nouveau l'âge de la majorité. Le gouvernement de l'époque souhaitait dans un premier temps fixer le seuil de majorité électorale et civile à 19 ans. Soulignant l'incohérence avec le seuil de majorité pénale de 18 ans fixé depuis l'ordonnance de 1945[3], le projet de loi prévoyait seulement l'abaissement de l'âge de la majorité à 19 ans. La Commission des lois s'opposa à celui-ci, reprochant une scission de la notion de majorité. Le projet de loi fut alors amendé par l'Assemblée Nationale, puis adopté par le Sénat, aboutissant à un abaissement du seuil d'âge de la majorité aussi bien électorale que civile, en corrélation avec la majorité pénale.

La détermination de ce seuil a toujours fait l'objet de nombreux débats au cours de l'histoire. Déjà, en France, sous l'Ancien Régime, la participation aux États Généraux était réservée aux hommes d'au moins 21 ans, mais bien souvent, les élus sont âgés de 25 ans. L'être parvenait à la maturité à 21 ans. Après la Révolution, effrayée par les risques de l'impétuosité de la jeunesse, l'Assemblée Constituante décida de fixer le seuil d'accès à la vie politique aux hommes âgés d'au moins 25 ans[4]. En outre, la participation au Conseil des Cinq Cents et au Conseil des Anciens nécessitaient la validation d'une condition d'âge, fixée à 30 et 40 ans. Plus tard, un glissement à 30 ans fut opéré par la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814. Celle-ci conditionna le droit de vote au paiement d'un impôt, le cens (300 francs). La charte effectuait de plus une distinction entre le droit au suffrage et celui de l'éligibilité. À l'époque, il était nécessaire d'être âgé de 40 ans et de régler la somme de 1000 francs. Par

[1] Au franchissement du seuil de majorité pénale, le droit commun aura vocation à s'appliquer pour sanctionner les actes incriminés.

[2] Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, *JORF* du 7 Juillet 1974; *JCP G* 1974, III, 41844 ; Y. BUFFELAN-LANORE, *JCl Civil Code*, article 414, Fasc. unique, n°2 s.

En Allemagne, le seuil de majorité a été abaissé de 21 ans à 18 ans en 1972.

[3] Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* du 4 février 1945, p. 530.

[4] Constitution du 3 septembre 1791, disponible sur le site de l'Elysée, rubrique les textes fondateurs.

Ce système étant à 2 degrés, la portée du vote des citoyens reste limitée. B. FOURNIER et F. PRÉPATX, « La majorité politique : étude des débats parlementaires sur la fixation d'un seuil », *Âge et politique*, *op.cit,* p. 85-110.

conséquent, ces dispositions entraînèrent inévitablement une réduction du nombre de citoyens pouvant participer à la vie politique.

L'accès au suffrage a de nouveau été modifié en 1834, puisque celui-ci est abaissé à 25 ans. Il en est de même pour le critère de l'éligibilité, abaissée à 30 ans.

En 1848, le curseur âge a été repensé, entraînant la suppression du cens, l'abaissement d'âge d'accès au suffrage à 21 ans et celui d'éligibilité à 25 ans. Cette modification des conditions d'accès à la vie politique a décuplé le nombre d'électeurs.

Puis, jusqu'en 1974, de nombreuses propositions de loi évoquèrent un abaissement de la majorité civile, mais celui-ci ne fut opéré qu'en 1974 et l'âge retenu fut 18 ans[1] .

Des auteurs ont ainsi souligné que « *la fixation de l'âge de la majorité politique est un fait absolument arbitraire, et il est impossible d'en donner d'autres raisons que cette présomption légale qui doit être tenue pour vraie, à savoir que le citoyen arrivé à un âge déterminé est en possession de facultés et de connaissances suffisantes pour être capable de se prononcer sur la direction politique que suit le gouvernement* [2]».

Le législateur en déterminant un seuil d'âge d'accès au suffrage, façonne la notion de citoyen et par conséquent, celle de l'adulte, ayant suffisamment d'éducation et de maturité pour comprendre les enjeux de la politique. D'ailleurs, il est intéressant de se pencher sur les arguments retenus par les militants et les opposants à l'abaissement du seuil pour illustrer l'influence de la culture de l'âge.

Pour les opposants à l'abaissement d'âge, la jeunesse était synonyme d'immaturité, d'inexpérience, de passions ardentes, obstacles à la réflexion et la pondération nécessaires dans la prise de décisions. De plus, en s'appuyant sur un modèle hérité de l'Antiquité, certains arguaient que les jeunes devaient défendre le pays et les plus mûrs avaient la charge de gouverner. En parallèle, les militants pour l'abaissement dénonçaient les risques de nostalgie des temps anciens des plus âgés, mais aussi le déficit de représentation des tranches d'âge composant la population, faisant barrage à la réalisation du suffrage universel. En outre, ils rappelaient que la révolution avait été effectuée par la jeunesse[3].

---

[1] Loi n°74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, *JORF* du 7 juillet 1974, p. 7099. Rappelons que le suffrage ne se féminise qu'à partir de 1944.

[2] Citation de Léon VINGTAIN, extraite d'une annexe de la proposition de loi électorale du 18 février 1874, soulignée par B. FOURNIER et F. PRÉPATX, *Âge et politique, op.cit,* p. 97.

[3] Pour un panorama des arguments en faveur et contre l'abaissement, en fonction des périodes ; B. FOURNIER et F. PRÉPATX, *Âge et politique, ibid,* p. 106-109.

Il convient également de préciser que ce changement des seuils s'inscrit souvent dans le cadre d'un bouleversement institutionnel, tels que la Révolution ou les troubles lors de la 3ème législature sous la Cinquième République. Afin de se distinguer de leurs prédécesseurs, une novation de la définition de la maturité juridique est un des éléments nécessaires pour asseoir la nouvelle institution. Cette intervention est justifiée par le fait que ce sont les conditions de participation au processus de décisions par le biais des différentes assemblées. Le critère âge constitue un instrument politique, modelé par l'appréciation des représentants, influencé par la culture de l'âge, en conflit avec le mode d'organisation sociétale précédent. C'est ainsi que se révèle le sens même de la notion d'âge, simple curseur, modifiable, selon les objectifs du législateur. Par la suite, ce seuil posant une présomption de maturité, a servi de fondements pour de nombreuses règles de droit, telles que la responsabilité civile, la nubilité.

94. Dans le droit positif, le seuil de majorité civile correspond à celui de la majorité pénale. Pour mémoire, cela n'a pas toujours été le cas, puisque déjà le Code de 1810[1] disposait que le mineur ayant agi avec discernement était pénalement responsable, entraînant le prononcé de la peine prévu par la loi éventuellement réduite en raison de son âge. De même, antérieurement à la loi de 1974, la majorité civile s'élevait à 21 ans tandis que la majorité pénale était de 18 ans. En se penchant sur les arguments évoqués à l'appui du refus d'un abaissement de l'âge, il est possible d'émettre un certain nombre de critiques, résidant notamment dans l'exacerbation de l'immaturité tout en estimant que le mineur dispose d'un discernement suffisant pour mesurer le poids de la sanction. Cette ambivalence a produit ses effets, puisque l'application des peines de droit commun favorisait la perversion du mineur discernant. La répression des comportements pénalement répréhensibles des mineurs a également connu une évolution politique et culturelle, requérant la reconnaissance du statut des enfants, ce qui a été opéré au cours du XIXe siècle[2].

Cela a entraîné la mise en place de mesures spécifiques justifiées en raison de leur âge, critère déjà utilisé pour différencier les mineurs et les majeurs, car la majorité pénale est

[1] J. CASTAIGNEDE, *JCl Pénal Code*, Article 122-8, Fasc. 10, mineur délinquant, n°7 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, 22e éd., Précis Dalloz, 2011, n°479 ; P. BON FILS, A. GOUTTENOIRE, *op.cit*., n°1245.
Ce Code prévoyait des mesures correctrices au sein de structures spécifiques.

[2] En 1836, à Paris, est ouvert une prison pour enfants, la Petite Roquette ; F. COGULET-BONNET, *L'incidence de l'âge sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, *op.cit*, p.193.

identique à celle de la majorité civile[1]. Mais l'existence d'un régime dérogatoire[2] au sein du Code pénal, n'entraîne pas le défaut de responsabilité pénale des mineurs auteurs de faits répréhensibles. Le droit pénal dissocie en effet la qualité de l'enfant dans le déroulement des faits, en tant que victime, être vulnérable faisant l'objet de la protection du législateur ou auteur, dont la vulnérabilité est apparente à travers la réalisation de l'acte répréhensible.

Depuis l'ordonnance de 1945[3], le recours au critère de l'âge est utilisé pour justifier des différences de traitements entre les mineurs délinquants. Deux seuils d'âges sont distingués, l'un regroupant les mineurs de 13 ans et l'autre, ceux âgés de plus de 13 ans. Les premiers ne pouvaient que faire l'objet de mesures éducatives[4] et pour les seconds, une mesure éducative pouvait être retenue, mais surtout, le placement dans une institution d'éducation corrective ou une institution publique d'éducation surveillée devenait envisageable. Toutefois en raison des circonstances et de la personnalité de l'auteur, cette atténuation de la responsabilité pénale pouvait être remise en cause.

---

[1] Depuis une loi du 12 avril 1906. La majorité pénale était auparavant de 16 ans ; B. BOULOC, *op.cit*., n°479, p. 393.

[2] Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs consacré cette spécificité lors de l'examen de la conformité de la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (*JORF* du 10 septembre 2002, p. 14934). Au considérant n°26, le Conseil a retenu que « *l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle* », érigeant ainsi le dixième principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Décision n°2002-461 DC du 29 août 2002, Loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* du 10 septembre 2002, p. 14953 ; J. ROUX, « La reconnaissance par le Conseil constitutionnel du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice des mineurs », *Revue Droit Public*, 2002, p. 1731-1768 ; Rappelé par Ph. BONFILS, « La loi LOPPSI 2 et le droit pénal des mineurs », *D.* 2011, chron., p. 1162 (spéc. n°8-10).

[3] Ordonnance n°45/174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* du 4 février 1945, p.530 ; J. MAGNOL, L'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante, *RSC* 1946, p.7 ; B. BOULOC, *op.cit*., n°481-482.

[4] Les mesures éducatives sont la remise aux parents, au tuteur ou à une personne digne de confiance, mais aussi au placement dans une institution privée ou publique d'éducation ou de formation professionnelle, ou dans un établissement médical ou médico-pédagogique ou sa remise au service d'aide à l'enfance. Un placement dans un internat approprié aux mineurs délinquants en âge scolaire est également envisageable.

Cette ordonnance est apparue progressivement désuète face à la hausse et au rajeunissement des phénomènes de délinquance juvénile[1]. Aussi, afin de non plus seulement protéger mais aussi de responsabiliser le mineur auteur de faits condamnables, le législateur a redéfini les seuils d'âge[2]. Selon l'article 122-8 du Code pénal, seuls les mineurs capables de discernements sont reconnus responsables de leurs actes. Cet article procède au découpage de deux tranches d'âge : de 10 à 13 ans et de 13 à 18 ans. La première tranche d'âge peut faire l'objet de sanctions éducatives[3] tandis qu'à partir de 13 ans, les mineurs peuvent être éventuellement condamnés à des peines. Il est également possible de retenir à l'encontre de l'ensemble de ces mineurs, des mesures éducatives. En revanche, les mineurs coupables de faits répréhensibles sont sanctionnés à l'image des adultes en version adoucie et ce, en raison du principe de l'atténuation de responsabilité pénale.

En se penchant sur les motifs à l'origine de cette redéfinition des seuils d'âge, il est intéressant de relever que le législateur a redessiné les contours de la responsabilité pénale des mineurs pour moderniser l'appréhension de la violence juvénile. Il y a eu une évolution culturelle dans l'appréciation de la maturité de la jeunesse, qui apparaît de nos jours plus précoce qu'en 1945, puisque les sanctions sont envisageables dès l'âge de 10 ans. Cela concourt à la multiplication des seuils d'âge, ce qui contribue à la dilution de la question de la justice pénale des mineurs.

---

[1] Rapport de la Commission d'enquête du Sénat sur la délinquance des mineurs, n°340, J-C. CARLE et J.-P. SCHOSTECK, déposé le 27 juin 2002, disponible sur le site du Sénat.

[2] Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 *préc.*, ; v. not. J. CASTAIGNÈDE, « La loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *D.* 2003, p.779 ; J. POUYANNE, « Le nouveau droit pénal intéressant les mineurs ou la difficulté d'être entre la protection et la répression », *Dr. pén*. 2003, chron. n°14.

[3] Parmi les sanctions éducatives possibles, modifiées par la loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite LOPPSI II, (*JORF* du 15 mars 2011, p. 4582), il y a le stage de citoyenneté (C. pén. art. R. 131-35) dont le déroulement et le contenu sont très encadrés, l'interdiction de paraître sur les lieux où l'infraction a été commise, l'exécution de travaux scolaires, l'interdiction de rencontrer les co-auteurs ou complices pendant une durée d'un an…
v. l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945, version consolidée au 16 mars 2011, art. 15-1 (onze sanctions).
Pour une critique portant notamment sur la distinction mesure éducative et sanction éducative, L. LETURMY, « Droit pénal des mineurs : nouvelle confusion dans les sanctions éducatives », *Dr. pén.* 2007, étude 10.

De nos jours, l'évolution de la responsabilité pénale des mineurs fait débat. Un rapport de 2008 avait d'ailleurs proposé d'établir à 12 ans l'âge de la responsabilité pénale[1]. La mouvance législative actuelle[2] qui se dessine, est favorable à la « *restauration de l'autorité et l'urgence à agir*[3] ». Face à « *l'existence d'un sentiment d'impunité très fort chez les délinquants mais également chez les victimes* », lequel est considéré comme « *intolérable pour la société d'abord, exaspérée par ces jeunes, pour l'entourage ensuite [...] enfin pour ces jeunes eux-mêmes*[4] », ressurgissent les souhaits d'abaissement de la responsabilité pénale. À défaut de se réaliser, la doctrine[5] constate un phénomène de déspécialisation du droit pénal des mineurs, tendant à rapprocher le régime dérogatoire de celui des adultes.

Conséquemment, il est judicieux de se poser la question de savoir si cette distinction de la norme d'âge en matière de responsabilité pénale[6], n'entre pas en contradiction avec l'unicité de la majorité. Certes en reconnaissant la responsabilité du mineur âgé d'au moins 13 ans, le législateur traduit l'accession progressive à la majorité, en le considérant progressivement responsable pénalement de ces actes.

---

[1] Il s'agit de la proposition n°8 du rapport. Il faut noter que la septième proposition portait sur la reconnaissance par la loi de l'âge de la majorité pénale (18 ans) ; v. le rapport prés. Par A. VARINARD, *Adapter la justice pénale des mineurs, Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions*, La Documentation française, 2008, p. 17.

L'avant-projet de Code de Justice Pénale des mineurs en date du 30 mars 2009, proposait l'âge de 13 ans. Disponible sur le site du Ministère de la Justice et des Libertés, Justice des mineurs, textes essentiels ; F. ARCHER, la réforme du droit des mineurs délinquants, *Dr. pén.* 2011, étude 24.

[2] Le droit pénal des mineurs délinquant a connu de nombreuses réformes ces dernières années not., la Loi n°2011-267, op.cit., (couvre-feu) ; Loi n°2011-392 relative à la garde à vue (JORF du 15 avril 2011, p. 6610) ; Loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs (JORF du 11 août 2011, p. 13744) ; Loi n°2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants, (*JORF* du 27 décembre 2011, p. 22275) et la Loi n°2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines (*JORF* du 28 mars 2012, p. 5592) (avis de convocation du mineur à comparaître devant le service de protection judiciaire de la jeunesse). Il faut noter que cette dernière modification entrera en vigueur le 1er janvier 2014.

[3] F. ARCHER, *préc.*

[4]Extraits cités par M. Frédéric ARCHER, issus du rapport du 5 mai 2011 « *Traitement judiciaire de la délinquance des mineurs – propositions* », porté par M. le député LACHAUD.

[5] Ph. BONFILS, « L'autonomie du droit pénal des mineurs, entre consécration et affaiblissement », *AJ pénal* 2012, p.312 ; C. LAZERGES, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel », *RSC* 2011, p. 728.

[6] Surtout en la comparant à la responsabilité civile du mineur.

Evoquer la majorité pénale et civile permet de faire le constat d'un dédoublement de la notion, puisque le défaut de majorité ne signifie pas l'absence de responsabilité pénale, mais seulement le défaut de responsabilité civile[1].

Enfin, il convient de conclure en soulignant qu'il n'existe pas d'âge où la responsabilité pénale ou civile s'éteint. Le degré de responsabilité peut s'amoindrir, mais le critère d'âge est insuffisant à lui seul pour imposer le constat d'un déclin de la capacité de discernement.

B. Le refus de la présomption légale d'une maturité laborieuse

95. L'âge s'est progressivement imposé comme un critère de gestion des hommes, les répartissant en fonction de la valeur de cette donnée, dans une des catégories de la population. Or, en distribuant les places et rôles de chacun, le gouvernement et la culture de l'âge participent et entretiennent certaines appréhensions négatives, notamment autour du jeune travailleur. Le droit pose une présomption légale des majorités civile et pénale à 18 ans, l'individu est censé être adulte, responsable de ses actes. Toutefois, l'accès à la majorité n'est pas toujours suffisant pour considérer que le stade adulte soit atteint, comme le démontre les articles 343, 343-1, 342 du Code civil, exigeant en matière d'adoption que les époux soient mariés depuis plus de deux ans ou âgés de plus de 28 ans[2]. Une fois ce seuil d'âge des 28 ans atteint, l'individu est pleinement parvenu au stade adulte, puisqu'il peut assumer les responsabilités familiales sous toutes leurs formes.

96. Cette particularité entraîne une interrogation portant sur le seuil de la majorité légale. Son franchissement permet au majeur d'accomplir seul l'ensemble des actes le concernant sans requérir l'avis ou l'autorisation de ces ascendants, anciennement détenteurs de l'autorité parentale et administrateurs légaux. Aussi, il convient de se demander si le législateur n'a pas en parallèle érigé sur l'exemple du droit de la famille, une présomption d'inexpérience du

[1] Il convient de mentionner qu'en septembre 2013, la ministre de la Famille annonçait la mise en place de quatre groupes de travail ayant pour élément de réflexion, l'instauration d'une pré-majorité civile. L'objectif n'est pas de faire corréler les âges de la responsabilité civile et pénale, ni même d'abaisser l'âge de la responsabilité civile ou celui de la majorité. Selon la ministre, il s'agit d'introduire davantage de progressivité dans le passage à l'adulte, se traduisant par exemple par le droit de vote aux élections locales.
« Le droit de vote aux élections locales accordées aux 16-18 ans ? », *Libération*, 24 septembre 2013.

[2] Cette condition ne joue pas pour l'adoption de l'enfant du conjoint.

jeune majeur, laquelle justifierait l'application d'un régime dérogatoire au droit commun du travail. Cette présomption de majorité laborieuse se révélerait plus tardive que la majorité légale. Cette question se pose légitimement face aux nombreuses tentatives législatives de reconnaissance d'une présomption d'inexpérience professionnelle à l'égard des travailleurs âgés de moins de 26 ans.

En 2005[1], il y a eu une tentative d'introduire une ordonnance destinée à aménager les règles de décompte des effectifs des entreprises. Cette ordonnance proposait d'exclure les travailleurs âgés de moins de 26 ans, indépendamment de la nature du contrat qui les liait à l'entreprise. Ce dispositif n'était toutefois qu'une politique de l'emploi en faveur de la jeunesse.

Le Conseil d'État avait été amené à se prononcer et doutant de la conformité de cet acte, décida de surseoir à statuer pour soumettre ces interrogations à la Cour de Justice de Communautés Européennes. La Haute Juridiction administrative s'interrogeait sur la conformité de cette exclusion du décompte des effectifs aux directives 2002/14/CE du 11 mars 2002[2] imposant aux États membres l'information et la consultation des travailleurs dans les établissements employant au moins 20 salariés et 98/59/CE[3] soumettant la décision d'un employeur relative au prononcé de 10 licenciements collectifs à la consultation des représentants des salariés. Le Conseil d'État a soumis deux questions préjudicielles à la CJCE portant sur la faculté pour un État membre de retenir une prise en compte différenciée de certaines catégories de travailleurs permettant d'établir les seuils à partir desquels s'imposaient l'information et la consultation des travailleurs. Conséquemment, cela avait des effets sur la création des structures de représentation, aussi il convenait de se demander si la directive 98/59/CE admettait une dispense temporaire de l'obligation de créer une structure de représentation en raison de l'exclusion de certaines catégories de travailleurs du décompte des effectifs.

---

[1] Ordonnance n°2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises, *JORF* du 3 août 2005, p.12687 ; C. WILLMANN, « L'exclusion du calcul des effectifs des jeunes de moins de 26 ans », *Dr. Soc.* 2005, p.1142 ; P. MORVAN, « Le contrat de 1ère embauche », *JCP S* 2006, 1289.

[2] Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *JOCE L* du 23 mars 2002, p. 29–34.

[3] Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, *JOCE L* du 12 août 1998, p. 16–21.

Refusant la mise en œuvre de la procédure d'urgence extraordinaire, deux années se sont écoulées. Le Conseil d'État prudent, avait déjà suspendu l'application de l'ordonnance et par une décision en date du 19 octobre 2005, la Haute juridiction administrative statuant au contentieux, l'a annulé.

La CJCE[1] rappela en effet que les États membres sont libres dans le mode de calcul à adopter pour déterminer les effectifs, ce qui ne signifie pas qu'ils le sont également dans la détermination de la notion de travailleur au sens de la directive 2002/14. Condamnant l'exclusion effectuée par l'acte, privant non seulement ces travailleurs du bénéfice de leurs droits, mais plus largement privant d'effet utile la directive[2], la CJCE retint la non-conformité de l'acte. Enfin, elle considéra également que l'acte n'était pas conforme à la directive 98/59/CE, car un État membre ne saurait moduler la règle de calcul selon sa volonté, excluant même temporairement les travailleurs concernés de la protection érigée par la directive en matière de licenciements collectifs.

En 2006[3], une nouvelle tentative a été lancé à travers la création du contrat première embauche. Ce contrat était dérogatoire au droit commun, puisque ce contrat à durée indéterminée s'adressant aux jeunes de moins de 26 ans, admettait la rupture du contrat sans qu'il ne soit nécessaire de respecter les règles de licenciement prévues par le Code du Travail, portant notamment sur l'exigence d'une motivation par écrit ou le délai de préavis. Le but poursuivi par le gouvernement de l'époque était celui de la promotion de l'embauche d'un jeune âgé de moins de 26 ans pour la première fois dans les entreprises de plus de 20 salariés[4].

La mise en place de ce contrat dérogatoire au droit commun entraîna de forte vague de mobilisation estudiantine, des syndicats et de certains travailleurs, aboutissant au retrait quasi-

[1]CJCE, 18 janvier 2007, Aff. C-385/05, Confédération générale du travail (CGT) c/ Premier ministre et Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, *Rec*. p. I-611.

[2] Pt. 38 de l'aff. Confédération générale du travail (CGT), *préc.*

[3] Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *JORF* n°79 du 2 avril 2006, p. 4950.

Sur le contrat première embauche : P. MORVAN, *op.cit*. et aussi, « Le discours « anti-CPE » : démagogique, déprimé ou suicidaire ? », *JCP S*, act. 125 ; C. FIGEROU, « La nouvelle précarité en droit du travail », *Lexbase hebdo éd. sociale* du 28 juin 2006, n°218 ; J. PÉLISSIER, « Le contrat de première embauche a vécu », *RDT* 2006, p. 20 ; DRAGO R., *JCP G* 2006, II, 10064, note à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 mars 2006 (DC n°2006-535, *JO* du 2 avril 2006, p. 4964).

Pour l'expérience allemande de la flexibilité : Y. VIALA, « CNE et CPE : des projets similaires en Allemagne », *JCP S* 2006, 1534.

[4] Le Professeur MORVAN trouvait plus opportun la dénomination de contrat de début de carrière (*ibid*)

immédiat du dispositif[1]. Cela correspond à une illustration du rejet de la consécration d'une nouvelle norme d'âge et de ses effets. Car l'immixtion de cet âge intermédiaire entre la fin de la minorité et l'âge de 27 ans, instaure deux présomptions.

La première est celle de l'inexpérience, d'une immaturité professionnelle justifiant la mise en place d'un régime dérogatoire pour permettre la primo-insertion professionnelle[2]. Le Professeur WILLMANN la désigne comme une « *présomption d'inaptitude au travail* » où le travailleur n'est pas suffisamment formé, dépourvu d'expérience professionnelle, voire de qualification professionnelle pouvant répondre aux besoins de l'employeur.

La seconde est liée au seuil des 26 ans. En franchissant ce seuil, le contrat première embauche n'était plus envisageable, ce qui pouvait induire en erreur, en favorisant l'idée d'une majorité professionnelle pleine et entière à seulement 26 ans, à l'image de ce qui est prévu pour la majorité légale. Le travailleur ne serait réellement productif qu'au franchissement de ce seuil[3], entraînant conséquemment la création d'une présomption d'inemployabilité à l'égard de celui dont l'âge est inférieur au seuil.

Moins controversée, la mise en place des contrats de génération[4] repose également sur un critère d'âge. Ce dispositif a pour objectif de permettre le recrutement d'un jeune âgé de moins de 26 ans en contrat à durée indéterminée, encadré par un travailleur âgé d'au moins 57 ans, en accordant une aide financière à l'employeur[5].

---

[1] Pour saisir les enjeux en présence : J. PÉLISSIER, P. MORVAN, « Fallait-il inventer le CNE (et le CPE) ? », *RDT* 2006, p.144.

[2] Laquelle reste d'ailleurs difficile ; C. WILLMANN, « Les difficultés d'accès des jeunes au marché du travail : des politiques en quête de sens », *RDSS* 2010, p.355.

[3] Un parallèle peut d'ailleurs être fait avec les propos tenus par le député Jean JAURÈS sur la rigidité de l'âge de la retraite ; v. *infra*, n°490 et s.

[4] Loi n°2013-185 du 1er mars 2013 portant création du contrat de génération, *JORF* du 3 mars 2013, p. 3943; M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, « Le contrat de génération : quels leviers pour l'alliance des âges ? », *RDT* 2013, p. 331 ; L. DAUXERRE, « Le contrat de génération », *JCP S* 2013, 1119 ; P.-Y. VERKINDT, « Contrat de génération : enfin un peu d'innovation ! », *Les Cahiers du DRH* 2013, n° 194 ; M. THEZE, « Le contrat de génération », *Les cahiers Lamy du CE*, 2013 ; C. WILLMANN, « Le partage générationnel du travail. A propos du contrat de génération, loi n°2013-185 du 1er mars 2013 », *Dr. soc*. 2013, p.529-541 ; G. SINGER, « Le contrat de génération : une volonté d'allier les âges au service de l'entreprise », *Lexbase hebdo éd. sociale* du 14 mars 2013, n°519.

[5] C. trav. art. L. 5121-17.

Cette question fera l'objet de développements spécifiques, v. *infra*, n°133 et s.

Ce faisant, de telles présomptions sont favorables à l'émergence d'un droit spécifique, rompant avec le droit commun et dont les dérogations sont simplement justifiées par la reconnaissance de la capacité de production partielle, incomplète et insatisfaisante pour l'employeur de ce travailleur jeune.

Conclusion du chapitre 1

97. Ce chapitre nous a permis de constater l'évolution du rapport entre la règle de droit et l'âge. Considéré comme un instrument de l'organisation sociétale sous l'Antiquité, il est progressivement devenu un outil de gestion et comptabilité des populations. Fort heureusement, le législateur des temps modernes a fait évoluer ce critère, sans pour autant renier les possibilités anciennement retenues. L'élaboration de ces seuils d'âge, devenus si familiers pour chacun d'entre nous, n'est que le fruit de la saisie de la dimension physiologique par le Droit. En adhérant à ces seuils, une culture de l'âge s'est formée, constituant ainsi le premier élément requis pour admettre l'existence d'un concept.

La détermination des seuils suscite diverses questions, portant notamment sur la raison pour laquelle le législateur les a retenus. Certes, il est possible de considérer que le législateur n'a fait que constater un état de fragilité aux deux extrémités de la vie, affaiblissant la puissance militaire et menaçant la sécurité des villes[1]. Cependant une telle analyse se révèle assez superficielle et dans ce cas, si le législateur a besoin pour une raison quelconque de modifier le seuil, il peut librement y donner cours. Or, nous avons vu que dans de nombreux domaines du droit privé[2], l'âge revêt une fonction décisive, celle d'humaniser les relations juridiques. Cette humanisation des rapports juridiques s'effectue par la prise en compte de la dimension physiologique de chaque être, permettant de justifier des dérogations au Droit normalement applicable. Cette humanisation des rapports s'exprime pleinement par la prise en considération de la physiologie de l'être dans les relations professionnelles.

[1]Actuellement, le Japon fait face à une hausse de la criminalité des personnes âgées, depuis 2007. Recherchant un toit et une pitance régulière, et parfois même, un interlocuteur pour échanger (et rompre ainsi avec la solitude), certaines personnes âgées prennent la décision de voler à l'étalage, agresser leurs semblables afin de trouver refuge dans une cellule. M.-E. CHARBONNIER, « Détenus du 3ème âge », *AJ pénal* 2008, p. 479.

[2] v. *supra*, n° 12.

Chapitre 2. Les fondements physiologiques du concept de l'âge

98. Pour obtenir la qualification de concept, l'âge doit être appréhendé comme un phénomène relevant du monde naturel. Or, l'âge est un élément lié à des considérations d'ordre physiologique, car par son emploi, le législateur a essayé d'intégrer dans la norme, le cheminement de l'être dans le cycle de vie[1].

Le vieillissement physiologique restitue l'état des tissus et des organes à un moment du cycle de vie de l'être[2]. « *Sur ces réalités brutes, le droit n'a aucune prise. Mais il peut les saisir et les utiliser à sa façon*[3] ». C'est ainsi que la notion d'âge se révèle via un décompte chiffré, simple mesure du temps écoulé depuis la naissance de l'être, dont la règle de calcul est légalement définie.

Ces multiples dimensions de l'âge, physiologique et chronologique, le Droit ne peut en délaisser aucune. Selon le Professeur GRIDEL, « *l'état civil a sa place, mais au sein d'un compromis avec l'état d'esprit et l'état des organes* ». C'est ainsi que le recours par la règle de droit au critère de l'âge s'appuie sur l'âge chronologique teinté de sa dimension physiologique.

99. Cet indice révélant l'avancement de l'être dans le processus de vieillissement, constitue un critère objectif pour le législateur. Il lui permet de se fonder sur les différentes étapes du cycle de vie de l'être humain afin de mettre en place des dispositifs spécifiques à certaines tranches d'âge, justifiés en raison de leur vulnérabilité ou leur inexpérience. Ce critère d'âge représente une première barrière protectrice en matière d'accès à la vie professionnelle, puisque le législateur s'oppose à une insertion professionnelle trop précoce au détriment de la poursuite de la formation initiale. Toutefois, sous réserve de respecter certaines conditions, le législateur admet cet accès aux mineurs. Ce faisant, il leurs accorde une forme de pré-majorité, tout en maintenant le critère d'âge pour certaines activités

[1] Comme l'acquisition progressive de l'autonomie, v. *supra*, n°73 et s.

[2] « *L'âge est une de ces données de la condition humaine, traditionnellement décomptées en années, mois, jours, depuis l'instant de notre naissance vivant et viable, jusqu' à l'hora mortis nostrae, simple concrétisation du cours et de l'irréversibilité du temps sur la personne physique, et illustration du cycle biologique selon lequel le vivant apparaît, se développe, s'étiole, et meurt* », J.-P. GRIDEL, « L'âge et la capacité civile », *D.*1998, p.90.

[3] J.- P. GRIDEL, *préc*.

(SECTION 1). Mais le franchissement du seuil de la majorité et corrélativement, l'abandon du critère de l'âge par la norme juridique permet-il de conclure à un défaut de prise en compte de la dimension physiologique du travailleur, objet et sujet de la prestation de travail ? Une telle affirmation aboutirait à nier le facteur humain présent au sein de la relation de travail. Face à l'effacement de l'âge, ou plutôt la mise en retrait de ce décompte chiffré, il est plus judicieux de considérer que cela ne correspond qu'à une mise en sommeil de ce critère. Celui-ci sort de sa torpeur lorsque l'individu parvient à l'âge à partir duquel le législateur lui a accordé le droit de demander la liquidation de sa pension de retraite. Ce cheminement étant fort heureusement progressif, les développements qui vont suivre traiteront de la place du vieillissement au sein de la relation professionnelle, imposant la prise en compte de la double dimension, à la fois physiologique et mentale de cet être humain, utilisant son corps et son intellect pour accomplir la prestation, au sein même de l'activité professionnelle exercée (SECTION 2).

Section 1: Les fondements physiologiques de l'accès à l'emploi.

100. Selon la définition communément admise, un critère est considéré comme étant fonctionnel, lorsque celui-ci « *a un rapport aux fonctions organiques ou psychiques*[1] ».

Or, le droit du travail s'est saisi de cette réalité des organes et du psychisme, pour justifier l'élaboration de normes spécifiques destinées à garantir l'accès et la poursuite de l'instruction du mineur, lui procurant un certain bagage de connaissances générales, voire dans des hypothèses définies par le législateur, professionnelles. L'appréhension de l'âge par le droit du travail révèle la prise en compte de la dimension physiologique du travailleur. Cela se manifeste notamment à travers la prohibition du travail des enfants et l'ensemble des dérogations admises par les législateurs français et allemand, dont les similitudes sont essentiellement liées à la transposition d'une directive relative à la protection des jeunes au travail (§1).

La norme juridique intègre la dimension physiologique du travailleur en établissant des conditions de travail spécifiques, notamment en prohibant l'exercice de certaines activités ou en réduisant la durée du travail, permettant ainsi de garantir le développement du corps et du psychisme de ce jeune travailleur précoce. L'ensemble de ces dispositions suscitent un certain nombre d'interrogations, portant sur la faculté pour le mineur de s'assumer économiquement.

[1] *Le Petit Larousse illustré 2011*.

En effet, cet arsenal de mesures protectrices ne se borne pas à la phase de recrutement, mais perdure tout au long de l'activité. Exposé à de nombreux risques en raison de son inexpérience, il convient de s'attarder sur la nécessité de l'intervention du représentant légal du mineur lors de la conclusion du contrat du principal intéressé. Conséquemment, évoquer l'indépendance économique du mineur s'accompagne nécessairement de l'étude de la question de la perception de salaires (§2).

§1 La réglementation de l'accès à l'indépendance économique du mineur

101. Selon l'article 7 du décret d'Allarde du 2-7 mars 1791[1], « […] *il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* ». Élevée au rang de principe à valeur constitutionnelle ou de principe fondamental[2] à propos de l'encadrement des clauses de non concurrence, la liberté du travail reconnaît à chacun le droit d'exercer librement une activité professionnelle. En revanche, la liberté de travail des mineurs n'est pas le principe. Cela est également le cas pour les mineurs allemands, malgré la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté de choisir leur profession et leur emploi par la Loi fondamentale[3].

Les mineurs, rassemblés au sein d'une catégorie nommée les jeunes, sont soumis au respect de l'obligation scolaire, laquelle prend corps à travers « *l'assiduité* » et

[1] F. SOUBIRAN-PAILLET, « De nouvelles règles du jeu ? Le décret d'Allarde (2-7 mars 1791) et la loi Le Chapelier (14-17 juin 1791) », in *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, dir. de J.-P. LE CROM, Les éditions de l'atelier, Point d'appui, Paris, 1998, p.25-26 ; J. PÉLISSIER, « La liberté du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 19 ; T. REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p. 862-863.

[2] Affirmé expressément par la Cour de cassation (Soc. 19 novembre 1996, *Bull. civ. V*, n° 392), laquelle a ensuite préféré la valeur de principe fondamental (Soc. 16 septembre 2009, *Bull. civ. V*, n°184). En revanche, le Conseil constitutionnel lui reconnaît implicitement cette valeur (Décision n°83-156 du 28 mai 1983, *Rec.* p.41) ; Ph. WAQUET, « La liberté du travail », in *L'entreprise et les libertés du salarié*, collect. Droit vivant, éd. Liaison 2003, p. 189-195 ; Sur les divergences doctrinales et les réticences à reconnaître la valeur constitutionnelle d'un principe issu d'un texte hérité d'une époque non républicaine : F. PETIT, « La constitutionnalisation du droit du travail », *JCP S* 2010, 1352 (n°20), G. LYON-CAEN, « Les principes généraux du droit du travail », in *Tendances du Droit du Travail contemporain*, étude offerte à G.H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1978, p. 40-41.

[3] Art. 12 (1) de la Loi fondamentale pour la République Fédérale d'Allemagne (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)* du 23 mai 1949 : « *Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation. L'exercice de la profession peut être réglementé par la loi ou en vertu d'une loi* » ; Traduction effectuée par l'Université de Saarbrücken, disponible sur le site : http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/p-online.htm

« *l'instruction* »[1], représentant des empêchements matériels à l'exercice d'une activité professionnelle et conséquemment, à l'acquisition d'une véritable indépendance économique. Malgré tout, au sein de la formation initiale, le législateur autorise les mineurs âgés de moins de 16 ans, la poursuite d'une formation à vocation professionnelle (A).

De même, la prohibition du travail des enfants ne constitue pas une interdiction absolue de l'exercice d'une activité professionnelle, puisque le législateur a créé des dérogations admettant ainsi que les mineurs puissent se procurer des ressources financières par la mise en action de leur force de travail (B).

A. Le seuil d'âge d'extinction de l'obligation scolaire au soutien de la formation initiale

102. L'exercice d'une activité professionnelle en France n'est possible qu'à partir de 16 ans, âge correspondant à l'extinction de l'obligation d'instruction[2]. Cette limitation a été érigée afin de garantir l'effectivité de l'article L. 111-2 du Code de l'éducation, énonçant dans un alinéa 1er que « *tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation* » et dans son 2e alinéa que « *la formation scolaire favorise l'épanouissement de l'enfant, lui permet d'acquérir une culture, le prépare à la vie professionnelle et à l'exercice de ses responsabilités d'homme et de citoyen. Elle constitue la base de l'éducation permanente. Les familles sont associées à l'accomplissement de ces missions* ».

Malgré tout, cette prohibition connaît un certain nombre d'assouplissements, admettant une initiation à la vie professionnelle, sous réserve du respect de ce droit à la formation initiale.

[1] Cela est d'ailleurs mentionné au considérant 8 de la directive 94/33/CE du Conseil du 22 juin 1994, relative à la protection des jeunes au travail : « *[…] la vulnérabilité des enfants exige que les États membres interdisent leur travail et veillent à ce que l'âge minimal d'admission à l'emploi ou le travail ne soit pas inférieur à l'âge auquel cesse l'obligation scolaire à temps plein imposée par la législation nationale, ni en tout cas à 15 ans ; […] des dérogations peuvent être admises […] elles ne peuvent, en aucun cas, porter préjudice à l'assiduité scolaire et au bénéfice de l'instruction. JOCE* n° L 216 du 20 août 1994, p.12-20.

[2] Instauré depuis l'ordonnance 59-45 du 6 janvier 1959 portant prolongation de la scolarité obligatoire jusqu'à l'âge de 16 ans, JORF du 7 janvier 1959. Abrogé en 2000, par voie d'ordonnance œuvrant pour la codification, c'est actuellement l'alinéa 1 de l'article L. 131-1 duCode de l'éducation.

103. Parmi les préalables nécessaires, il convient de s'attarder brièvement sur la notion de mineur, impératif nécessaire pour déterminer les bénéficiaires de cette protection. La définition absente du Code du Travail, siège au sein du Code Civil. L'article 388 du Code civil définit le mineur comme étant « *l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de 18 ans accomplis*[1] ». Cette définition par la négative justifie la mise en place de dispositifs spécifiques de protection en matière civile[2] à l'égard de ceux qui n'ont pas encore atteint l'âge de la majorité. Ces mesures se prolongent en droit du travail, notamment via l'article L. 4153-1 du Code du travail prohibant l'emploi des mineurs de moins de 16 ans. C'est d'ailleurs l'âge correspondant à l'extinction de l'obligation scolaire. Toutefois, à travers trois exceptions, le législateur français leur permet de saisir un aperçu de la vie professionnelle.

La première exception concerne les mineurs âgés d'au moins 15 ans titulaires d'un contrat d'apprentissage. L'apprentissage permet à des jeunes travailleurs âgés de 16 à 25 ans de suivre une formation à la fois pratique et théorique afin d'obtenir une qualification professionnelle dispensée non seulement au sein d'une entreprise, mais également dans un centre de formation d'apprentis[3]. En principe, un tel contrat ne peut être conclu qu'à partir de 16 ans[4], mais le mineur âgé d'au moins 15 ans ayant accompli la scolarité du 1er cycle du secondaire (appelé communément la classe de 3ème)[5] bénéficie d'une dérogation légale.

---

[1] Modifié par la loi n°74-631 du 5 juillet 1974 fixant à 18 ans l'âge de la majorité, *JORF* du 7 juillet 1974, p.7099 ; J.-J. LEMOULAND, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD Civ.* 1997, p.1. Cet âge n'est pas arbitraire selon le Doyen Gérard CORNU, puisque « *le législateur s'éclairant par l'expérience de ce qui arrive au plus grand nombre, a déterminé un âge auquel toute personne est réputée avoir accompli sa croissance et n'avoir plus besoin de protection* ». En 1970, il considérait que l'âge fixé (21 ans) était *« judicieux »*, L'âge civil, *Mélanges P. Roubier*, 1970, p. 16-17.

[2] v. *supra*, n°13 et s. ; n°22 et s.

[3] Inspirée de la définition de Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, *préc.* ; Ce seuil d'âge est prévu par l'al. 1 de l'article L. 6222-1 du Code du Travail.

[4] L'article 38 du Code de l'Artisanat dispose que « *Ne peuvent être employés comme apprentis dans un métier que les personnes ayant satisfait à leurs obligations scolaires* ».

[5] La rédaction actuelle de l'article L. 6222-1 du Code du travail n'accorde une dérogation qu'en faveur des mineurs âgés *« d'au moins quinze ans […] s'ils justifient avoir accompli la scolarité du premier cycle de l'enseignement secondaire* ». La rédaction antérieure offrait cette opportunité aux jeunes ayant choisi la voie du pré-apprentissage au sens de l'article L. 337-3-1 du Code de l'éducation ancien ; Sur ce point : J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du Travail*, Précis Dalloz, 2012, 26ème éd., n°138-139, p. 172-174.

Il faut noter que le législateur avait accepté l'abaissement du seuil d'âge d'accès à l'apprentissage, en mettant en place un pré-apprentissage. Opportunité destinée aux jeunes âgés de 14 ans, cette dérogation créée en 2006[1], abrogée et remplacée par le dispositif d'apprentissage par alternance[2], a été définitivement abrogée en 2013[3]. D'une durée de 2 ans, cet apprentissage junior débutait par un parcours d'initiation aux métiers, se concrétisant notamment par des immersions sous la surveillance d'un tuteur (employeur ou salarié) au sein d'une entreprise, tout en dispensant l'enseignement des disciplines générales. C'était seulement à partir de l'âge de 15 ans que l'élève pouvait entrer en apprentissage. Naturellement la réalisation de cette opportunité dépendait à la fois de cette condition d'âge et des aptitudes de l'apprenti junior. En revanche, la particularité de cette formation imposait fortement l'autorisation de l'inspecteur académique[4]. Cet assouplissement de la condition d'âge avait déjà été initié par une circulaire ministérielle du 30 mai 1997, admettant que des mineurs âgés de 15 ans au cours du deuxième semestre et ayant achevé la scolarité du 1er cycle (la classe de 3ème), puissent conclure un contrat d'apprentissage sous réserve de pouvoir bénéficier d'une dispense de l'obligation de scolarité[5]. Cette *tolérance administrative*[6] avait été entérinée par le législateur, aboutissant à un assouplissement des conditions d'accès à l'apprentissage à travers l'ancien article L. 337-3 du Code de l'éducation[7], qui énonçait : « *les*

[1] Loi n°2006-936 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *JORF* du 2 avril 2006, p. 4950.

[2] Appelé également « DIMA ». Le pré-apprentissage junior toujours présent au sein des articles 337-3 et s. du Code de l'éducation, renvoie au DIMA, comme nous l'informe la circulaire MEN-DGESCO 2008-042 du 4 avril 2008 (*Bulletin Officiel du Ministère de l'Education Nationale, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche* 2008, n°15).

[3] Loi n°2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République, (*JORF* du 9 juillet 2013, p.11379).

[4] « La formation d'apprenti junior », *Bulletin Officiel du Ministère de l'Education Nationale, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche*, 6 juillet 2006, n°27.

[5] Accordée par l'inspecteur d'académie. L'apport de cette circulaire est révélée notamment dans le rapport d'information n°4361 du 15 février 2012, déposé par la commission des affaires sociales, sur la mise en œuvre de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels. Disponible sur le site de l'Assemblée Nationale, rubrique documents parlementaires ; *JCP S*, 2011, act. 329, p. 5.

[6] Article 19 de la loi n°2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n°174 du 29 juillet 2011, p.12914 ; *JCP S*, 2011, act. 329, p.5. L'alinéa 2 de l'article L. 6222-1 du Code du Travail relatif à la condition d'âge est assoupli, puisque le mineur doit seulement atteindre l'âge de 15 ans « *au cours de l'année civile* ».

[7] Abrogé par l'article 56 de la loi n°2013-595 du 8 juillet 2013 *préc.*

élèves ayant atteint l'âge de quatorze ans peuvent être admis, sur leur demande et celle de leurs représentants légaux, à suivre une formation alternée, dénommée " formation d'apprenti junior ", visant à l'obtention, par la voie de l'apprentissage, d'une qualification professionnelle ». Dans sa rédaction actuellement en vigueur, seule une condition tenant à l'âge est à remplir pour intégrer un centre de formation des apprentis. Le seuil est fixé à 15 ans[1].

Deuxièmement, la découverte de la vie professionnelle est possible pour les élèves de l'enseignement général lors de périodes d'observation encadrées par les enseignants[2]. Celles-ci permettent aux élèves de se rendre compte par eux-mêmes de l'environnement technologique, économique et professionnel d'une entreprise.

Troisième et dernièrement, l'accès précoce à la vie professionnelle peut également être effectué par le biais d'un enseignement alterné ou un enseignement professionnel lors des deux dernières années de scolarité obligatoire, via des stages d'initiation ou des périodes de formations[3].

Le législateur veille donc à la protection de ces jeunes dans leurs tâtonnements professionnels insérés au sein de leur formation initiale et cela se manifeste à travers les articles L. 4153-1 et suivants du Code du Travail. Les conditions d'accès sont strictes, exigeant le respect d'un formalisme important.

---

[1] La rédaction antérieure de l'article L. 371-1-3 du Code de l'éducation, accordait également cette faculté aux élèves ayant « *accompli la scolarité du premier cycle de l'enseignement secondaire* ». Cette autre condition a été supprimée par l'article 56 de la loi n°2013-595 *préc.*

[2] Ou lors des deux dernières années de scolarité obligatoire, une semaine d'observation en entreprise peut être organisée (C. éduc., art. L. 332-3-1).

[3] Dernière possibilité offerte par l'article L. 4153-1 du Code du travail. Cela fait référence au dispositif d'initiation aux métiers en alternance. Ouvert aux mineurs âgés de 15 ans à la rentrée scolaire ou ayant suivi le 1er cycle, ce dispositif est constitué de la poursuite de l'enseignement général, auquel est adjoint des cours technologiques et pratiques, tout en permettant à l'élève de découvrir le monde de l'entreprise (visite, stages d'initiation et stages d'application). La formation non rémunérée se poursuit jusqu'à la conclusion d'un contrat d'apprentissage.

Informations recueillies sur le site service-public.fr, onglet formation professionnelle (des jeunes) ; v° Dispositif d'Initiation aux Métiers par Alternance, *Social 2013*, Les dictionnaires pratiques RF, Groupe Revue Fiduciaire, 32e éd., Paris, 2013, p. 603-604.

Il faut notamment souligner que pour les deux dernières dérogations, à savoir les périodes d'observation et l'enseignement alterné ou professionnel, l'établissement doit conclure une convention avec l'entreprise[1]. Le législateur prohibe la conclusion de telle convention avec une entreprise dont il est établi que les « *conditions de travail sont de nature à porter atteinte à la sécurité, à la santé ou à l'intégrité physique ou morale des personnes qui y sont présentes*[2] ». De même, l'inspecteur du travail a la faculté de demander un examen médical d'un jeune travailleur âgé d'au moins 15 ans afin de « *constater si le travail dont il est chargé excède ses forces* », voire de prononcer le renvoi de son établissement[3].

104. Ces dispositifs de protection garantissant le respect du corps physique et psychique de cet être en formation, sur le plan biologique et intellectuel, existe également en droit allemand. À l'image du droit civil français, le droit civil allemand considère que la majorité est atteinte à l'âge de 18 ans[4], ce qui justifie la mise en place de dispositions spécifiques encadrant l'initiation professionnelle des mineurs.

Le premier obstacle se dresse à travers la loi sur la protection des jeunes travailleurs du 12 avril 1976 (*Jugendarbeitsschutzgesetz*)[5]. Ce texte pose la prohibition du travail des enfants[6], désignant par ce terme, les mineurs âgés de moins de 15 ans. Ce seuil correspond à l'âge à partir duquel expire l'obligation scolaire.

Le second obstacle est donc constitué par le respect de l'obligation scolaire à temps complet, d'ailleurs évoquée dans la loi de protection des jeunes travailleurs[7]. Au préalable, il convient de préciser que la politique d'enseignement (*die Bildungspolitik*) est une compétence de chaque Land[8]. Cela aboutit à la création de seize conceptions du système scolaire et

---

[1] C. trav. art. L. 4153-2.

[2] C. trav. art. L. 4153-2, aL. 2.

[3] C. trav. art. L. 4153-4.

[4] Code Civil Allemand, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) §2 relatif à l'entrée dans l'âge adulte (*Eintritt der Volljährigkeit*).

[5] *Jugendarbeitsschutzgesetz* (*JArbSchG*), *BGBl* du 15 avril 1976, I, n°42, p. 965; v. le Rapport de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions *sur l'application de la directive 94/33/CE relative à la protection des jeunes au travail*, COM/2004/0105, Annexe 3.

[6] Le §5 aL. 1 *JarbSchG* prévoit expressément que le travail des enfants est prohibé (« *Die Beschäftigung von Kindern (§ 2 aL. 1) ist verboten»).*

[7] §2 aL. 3 *JArbSchG*.

[8] F. LASPEYRES, « Le passage scolaire allemand dans l'œil du cyclone PISA », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, Tome 39, Le système éducatif allemand, n°1, janvier-mars 2007, p. 17-22, spéc. p. 17-18.

conséquemment, la durée des cycles et les options offertes aux élèves en termes d'établissements peuvent être distinctes. Cela signifie que l'âge d'expiration de l'obligation scolaire diffère en fonction du Land.

L'enseignement obligatoire (*Schulpflicht*)[1] concerne les enfants âgés de 6 ans à 15 ans et s'étale sur neuf années débutant par l'entrée en école primaire (*Grundschule*) de la 1ère à la 4ème année. À cette première période, succède le cycle secondaire offrant trois possibilités, dispensées au sein de différents établissements[2].

Premièrement, elle peut se traduire par la poursuite de la scolarité dans une école secondaire générale (*Hauptschule*) jusqu'à la 9ème année, sanctionnée par un diplôme ouvrant la voie de l'apprentissage à partir de 15 ans en intégrant une école professionnelle (*Berufschule*).

Deuxièmement, la scolarité peut se réaliser dans un collège d'enseignement général dispensant une formation professionnelle à dominante tertiaire (*Realschule*) jusqu'à la 10ème année. À son terme, l'élève pourra intégrer un lycée d'enseignement technique (*Fachoberschule*) et obtenir une qualification professionnelle pour devenir un ouvrier qualifié.

Troisièmement et dernièrement, l'enseignement secondaire peut également être suivi dans un lycée (Gymnasium) marquée lors de la 13ème année par le passage de l'*Abitur* (équivalent du Baccalauréat). Aux neuf années de scolarité à temps plein obligatoire accomplies[3], s'ajoutent 3 années de scolarité.

Or, cette détermination de la durée de la scolarité obligatoire correspond aux seuils d'âge retenus par la loi relatif à la protection des jeunes travailleurs. Celle-ci distingue deux seuils

---

[1] F. LASPEYRES, *préc*.

[2] L'école intégrée (*Gesamtschule*) constitue également une voie envisageable. Désignée également sous le nom d'école globale, elle consiste à regrouper au sein d'un même ensemble, plusieurs établissements, sous la forme de filières (*Hauptschule*, *Realschule* et *Gymnasium*).

[3] Depuis 2004, la durée de scolarité au lycée a été réduite à 8 ans dans certains Länder (F. LASPEYRES, *ibid*, p.29). Cette réforme a d'ailleurs mobilisé certains parents ; « Huit ans de loisirs que nous devons sacrifiés » : (« *Acht Jahre Freizeit, welche wir opfern müssen »), Süddeustche Zeitung* du 17 juin 2013.
En Bavière, l'élève scolarisé dans un lycée peut avec ses parents, choisir d'accomplir son cycle en huit ou neuf années.

d'âge en procédant à une délimitation de son champ d'application personnel, l'un regroupant les mineurs de moins de 15 ans (*Kind*)[1] et l'autre, désignant les jeunes âgés de 15 à 18 ans (*Jugendlicher*)[2]. La prohibition concerne les mineurs de moins de 15 ans, encore soumis à l'obligation scolaire à temps plein, ce qui signifie par conséquent, que les jeunes âgés de 15 à 18 ans ont la possibilité de suivre une formation professionnelle.

Toutefois la distinction opérée ne permet pas de dire que la loi s'oppose de manière absolue à l'exercice d'une activité professionnelle par des enfants, car à titre dérogatoire, trois hypothèses sont admises. Les mineurs peuvent exercer dans certaines circonstances une activité professionnelle, notamment dans le cadre d'un emploi à but ergothérapique[3], un stage durant la scolarité obligatoire ou dans le cadre de l'exécution d'une décision de justice[4].

105. Les dispositions de ces deux États membres de l'UE sont donc très proches et cela est corrélatif à la transposition de la directive 94/33/CE du Conseil du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail[5]. Déterminant son champ d'application personnel, la directive désigne trois âges cibles regroupant le jeune, âgé de moins de 18 ans, l'enfant, âgé de moins de 15 ans et l'adolescent, âgé de 15 à 18 ans[6]. Son article 1[er] §1 de la directive énonce en premier lieu que « *[l]es États membres prennent les mesures nécessaires pour interdire le travail des enfants* » et poursuit en expliquant que ces États « *veillent, dans les*

[1] §2 aL. 1 *JArbSchG*.

[2] §2 aL. 2 *JArbSchG*.

[3] §5 aL. 2, 1 *JArbSchG*. Il s'agit d'une méthode de rééducation et de réadaptation à la fois sociale et psychologique par l'activité physique, spécialement par le travail manuel.

[4] §5 aL. 2, 2 et 3 *JArbSchG*.

[5] *JOCE* n° L 216 du 20 août 1994, p. 12-20. Cette directive a été modifiée par la directive 2007/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007 modifiant la directive 89/391/CEE du Conseil, ses directives particulières ainsi que les directives du Conseil 83/477/CEE, 91/383/CEE et 94/33/CE, en vue de la simplification et de la rationalisation des rapports relatifs à la mise en œuvre pratique, *JOUE* n°L165 du 27 juin 2007, p.21-24.

Sur la directive 94/33/CE : S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international*, *op.cit*., p.412-414 ; S. HENNION-MOREAU, « Le droit européen et la sécurité économique de l'enfant », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, dir. D. GADBIN et F. KERNALEGUEN, Bruylant, 2004, p. 254-257.

Parmi les nombreux rapports de la Commission, v. not. celui relatif à l'application de la directive par les États membres de 2010 : Commission Staff working document *on the application of Council Directive 94/33/EC on the protection of young people at work*, du 27 octobre 2010, SEC (2010) 1339.

[6] Article 3 de la directive 94/33/CE.

conditions prévues par la présente directive, à ce que l'âge minimal d'admission à l'emploi ou au travail ne soit pas inférieur à l'âge auquel cesse l'obligation scolaire à temps plein imposée par la législation nationale ni, en tout cas, à quinze ans ». Hormis l'expiration de l'obligation scolaire, ce seuil des 15 ans constitue donc le seuil d'âge le plus bas à partir duquel la prohibition du travail des enfants est levée.

Cette volonté de protéger les enfants de l'exercice précoce d'une activité professionnelle s'exprime en outre au sein de l'article 4 §1 dont l'intitulé expose distinctement le contenu, à savoir l'*« [i]nterdiction du travail des enfants* ». Elle a d'ailleurs été réaffirmée par l'article 32 de la Charte des droits fondamentaux[1]. Les États membres sont donc incités à « *prendre les mesures nécessaires pour interdire le travail des enfants* ». Toutefois, le même article prévoit un ensemble de dérogations de nature à justifier l'emploi de jeunes travailleurs. Parmi ces exceptions, sont mentionnées les activités culturelles, sportives, artistiques ou publicitaires[2], le travail dans le cadre d'une formation en alternance ou de stage en entreprise[3] et les travaux légers effectués par les jeunes âgés d'au moins 14 ans et dans certaines circonstances, dès 13 ans[4].

La mise en place de ces seuils d'âge correspond à la prise en compte de la physiologie spécifique de ce jeune être en formation. Les législateurs poursuivent le même objectif, à savoir garantir l'accès à l'instruction. En promouvant l'accomplissement de la formation initiale pendant une durée déterminée, jusqu'au terme de l'obligation scolaire, les législateurs offrent l'opportunité aux mineurs de se doter des outils et connaissances pour acquérir leur indépendance économique.

---

[1] « *Le travail des enfants est interdit. L'âge minimal d'admission au travail ne peut être inférieur à l'âge auquel cesse la période de scolarité obligatoire, sans préjudice des règles plus favorables aux jeunes et sauf dérogations limitées.*

Les jeunes admis au travail doivent bénéficier de conditions de travail adaptées à leur âge et être protégés contre l'exploitation économique ou contre tout travail susceptible de nuire à leur sécurité, à leur santé, à leur développement physique, mental, moral ou social ou de compromettre leur éducation ».

[2] L'article 4-2 a fait alors référence à l'article 5 de la directive.

[3] Art. 4-2 b de la directive 94/33/CE. Cela concerne les jeunes âgés de 14 ans au moins.

[4] Art. 4-2 c de la directive mentionnée précédemment. Cette exception est également envisageable pour les mineurs âgés de 13 ans, pour un nombre limité d'heures et catégorie de travaux déterminés par la législation de l'État membre.

La prohibition et l'encadrement de la découverte d'une activité professionnelle contribuent à l'élaboration de dérogation au droit commun applicable à l'ensemble des travailleurs, ne faisant que révéler la place singulière du jeune mineur.

B. L'encadrement légal de l'activité professionnelle du mineur

106. Les dérogations énoncées précédemment s'inscrivaient dans un processus précis, destiné à professionnaliser la formation initiale suivie par le mineur. En dehors de ce processus, il convient de se demander si les législateurs français et allemand autorisent le mineur à pourvoir seul à la satisfaction de ses besoins, lui permettant d'acquérir une indépendance économique.

107. En droit français, le principe défendu par le législateur apparaît à travers la lecture combinée des articles 203 « *[l]es époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* » et 371-2 al.1 du Code civil énonçant que « *[c]hacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants en proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* », soulignant ainsi la tâche dévolue aux parents de l'enfant, à savoir pourvoir à ses besoins. L'enfant dépourvu de moyens de se procurer les ressources financières pour répondre convenablement et dans la durée à ses besoins, est à la charge de ses parents, lesquels doivent mobiliser leur force de travail notamment, pour les satisfaire[1]. Le franchissement du seuil de la majorité ne signifie toutefois pas la cessation de l'obligation d'entretien[2].

[1] Comme le souligne le Professeur Muriel REBOURG, « *l'obligation d'entretien doit, en effet, viser à donner à l'enfant une autonomie professionnelle qui lui permette de s'assumer financièrement* », M. REBOURG, *Droit de la famille*, Dalloz-Action, 2010, ss. la dir. de P. MURAT, n°311-35.

[2] Civ. 1ère, 9 février 2011, n°09-71.102, non publié. Son attendu de principe énonce que « *le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre parent de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation; que cette contribution, qui ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur, peut être supprimée si les conditions nécessaires à son existence ont disparu* ». Après avoir passé son baccalauréat, le majeur en recherche d'emploi, avait perdu le bénéfice de la pension versée par son père ; v° la note de J. HAUSER, relevant le caractère indéterminé de cette obligation, surtout dans l'hypothèse du chômage de l'enfant majeur, *in «*Entretien des enfants majeurs et obligation alimentaire réciproque : la Cour de cassation ajoute à la confusion », *RTD Civ.* 2011, p. 342-343.
Ce maintien de l'obligation alimentaire est une jurisprudence constante ; C. CHABAUT, « Le financement des études par les parents », *Dr. Fam.* 1999, chron. 12 ; S. VALORY, « Rappel d'une règle élémentaire : la

108. Conjugué à l'obligation scolaire à laquelle les mineurs sont soumis, le législateur semble s'opposer à tout exercice d'une activité professionnelle en dehors des trois dérogations citées. En réalité, quelques exceptions sont admises. L'obligation scolaire ne constitue pas un obstacle pour l'emploi des mineurs âgés de plus de 14 ans lors de leurs vacances scolaires[1], leur permettant ainsi de devenir de véritables salariés au sein d'une entreprise[2]. Le législateur autorise également les activités de spectacles, professions ambulantes et mannequinat[3] dès le plus jeune âge. Enfin, les parents peuvent employer leur progéniture dans leur établissement, comme le prévoit l'article L. 4153-1 du Code du travail[4].

Hormis l'hypothèse où la rémunération perçue par l'enfant-mannequin est conséquente, l'ensemble de ces activités partage un point commun, le caractère temporaire de la relation contractuelle, ce qui rend difficilement concevable une indépendance économique du mineur.

Préalablement, il convient de signaler que l'enfant peut être amené à travailler au sein de l'exploitation familiale durant sa jeunesse. Dans cette hypothèse, l'enfant peut obtenir un salaire différé, comme a eu l'occasion de le rappeler la Cour de cassation récemment[5].

109. L'encadrement de l'accès à l'exercice d'une activité professionnelle accorde ainsi au mineur la possibilité d'accéder précocement et temporairement au statut de salarié. En revanche, le législateur ne lui concède que difficilement l'opportunité d'acquérir le statut de

---

contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant ne cesse pas de plein droit à sa majorité », *RJPF* 2010, p. 28. ; v. aussi : Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*…, n°815 - 818.

[1] Sous réserve du respect de la durée du repos effectif (égale à au moins à la moitié de la durée de la période des congés) et d'une activité adaptée à son âge (C. trav., art. L. 4153-3).

[2] Les jeunes en entreprise, *Liaisons Sociales*, Juin 2007, p. 108-111, spéc. n° 28.

[3] Les jeunes en entreprise, *Liaisons Sociales*, *op.cit.*, p. 108, spéc n° 26. Les articles L. 7124-1 et R. 7124-27 Code du travail admettent sous réserve d'une autorisation individuelle administrative, l'emploi d'un mineur dans le secteur du spectacle ou du mannequinat. Le critère de l'âge est décisif, puisque les conditions de travail sont distinctes en fonction du nombre d'années du mineur. Etre mannequin est d'ailleurs possible avant l'âge de 6 mois ; P. HILT, « Les enfants artistes de moins de 16 ans : un emploi sous haute surveillance », *AJ. Famille* 2006, p.136.

[4] C. trav. art. L. 4153-5 ; Ces établissements dits familiaux n'ayant recours qu'à des membres de la famille, sont placés sous l'autorité de l'un des parents ou du tuteur, qui opte pour l'emploi de leurs enfants mineurs pour certains travaux exceptionnels, de courte durée, dénués de risques pour leur santé ou leur sécurité.

[5] Civ. 1ère 27 février 2013, pourvoi n°11-28.359 (à propos de l'application de l'article 321-13 du Code rural) ; *Lexbase hebdo éd. privée* du 28 mars 2013, « Créance de salaire différé d'un enfant dans le cadre de l'exploitation agricole des parents : précisions jurisprudentielles », C. LEBEL.

travailleur indépendant. En effet, le Code de commerce français encadre non seulement la nature de l'activité menée, mais aussi la structure juridique choisie pour l'exercer.

En énonçant que le mineur non émancipé ne peut être commerçant[1], aussi bien en tant que personne physique que par le biais d'une personne morale, le Code de commerce s'oppose à l'exercice d'une activité commerciale par un mineur, âgé de moins et plus de 16 ans non émancipé. Le législateur lui refuse la réalisation habituelle des actes de commerce[2], se concrétisant sous de multiples opérations, intégrant l'achat de biens meubles ou immeuble pour les revendre, mais aussi l'intervention d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières. Il en est également de même pour la location de meuble, les opérations de change, les lettres de change[3]. Plus simplement, ces actes de commerce par nature[4] regroupent le négoce, dont l'activité consiste à l'achat de biens meuble ou immeuble pour les revendre, l'industrie, se réalisant à travers la fabrication ou la transformation de biens, les activités de service et les activités maritimes[5].

En lui refusant cette voie professionnelle, le législateur lui évite d'exercer de manière indépendante les actes de commerce, sous son nom et pour son compte personnel[6] et ce, en raison du risque lié à la nature même de l'activité. Cela est conforté par l'article 509 du Code civil, « *le tuteur ne peut […] exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la*

---

[1] Lecture *a contrario* de l'article L. 121-2 du Code de commerce ; M. PÉDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial*, Précis Dalloz, 3e éd., 2011, n°158, p. 134 - 135.

[2] C. com. art. L. 121-1.

[3]Enumération non exhaustive issue des articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce ; M. PEDAMON et H. KENFACK, *ibid*., not. le chapitre dédié aux actes de commerce, n°238 s., p. 198 s. ; J. VALLANSSAN, *JCl Com.* Fasc. 37, Compétence des tribunaux de commerce, n°32 - 126.

[4] Ils sont opposés aux actes de commerce par accessoire, lesquels correspondent à des actes accomplis par le commerçant, nécessaires au bon déroulement de l'activité principale. Cela est par exemple le cas pour l'épicier, réalisant des actes de commerce à titre principal (revente de biens au détail à des clients) et à titre accessoire (achat d'un réfrigérateur pour maintenir les denrées au frais) ; A. GOSSELIN-GORAND, *JCl* Com. Fasc. 50, 2008, n°16 - 17 ; M. PEDAMON et H. KENFACK, *op.cit.*

[5] Hormis la pêche artisanale.

[6] La qualité de commerçant n'est reconnu qu'à l'égard de celui qui assume personnellement en son nom et pour son compte personnel, le risque du commerce; Com.15 octobre 1991 (n° 89-19.281, *Bull.civ. IV*, n°286, p.199) : Le conjoint d'une commerçante, dont le magasin était en liquidation judiciaire, contestait la reconnaissance de cette qualité à son égard. La Chambre n'a pas censuré la solution de la Cour d'appel, laquelle avait relevé différents indices révélant sa participation personnelle dans l'exercice de la profession de commerçant ; A. GOSSELIN-GORAND, *op.cit*., n°42.

personne protégée ». Cette prohibition légale est également valable pour l'administrateur légal[1]. Le mineur doit donc seul exercer la profession libérale, laquelle risque de rencontrer certaines limites, liées notamment à son incapacité à réaliser des actes de disposition sans le concours de son tuteur ou administrateur légal[2]. À cette limitation, il convient de rappeler que certaines professions libérales sont réglementées, comme par exemple, les articles L. 4111-1 et suivants du Code de la santé publique à propos des professions médicales[3].

Par conséquent, en excluant des activités indépendantes, les activités commerciales et les activités libérales, le mineur non émancipé peut envisager de devenir artisan[4] ou exploitant agricole[5], en effectuant les actes d'administration nécessaires à la création et la gestion de son entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle[6].

110. Le législateur a accepté que le mineur opte pour ces types d'entreprises reposant sur la personne physique de l'entrepreneur ou une personne morale, simplement en raison de la dissociation des patrimoines.

---

[1] L'article 398-5 al.1 du Code civil permet de saisir les limites du jeu de l'administration légale, puisque « *les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille* ».

[2] C. civ. art. 389-8.

[3] B. SAINTOURENS, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Revue des sociétés* 2011, p. 210 (8-11) et « Mineur et activité commerciale : la réforme de 2010 », *RTD Com*. 2011, p. 686-687 ; F. JULIENNE, « Le mineur acteur de la vie économique ? (à propos de la loi du 15 juin 2010) », *Dr. fam.* 201, Etude 31.

[4] L'exercice de cette activité fait l'objet d'une réglementation spécifique imposant l'obtention de diplômes. Par exemple, pour devenir artisan boulanger, le suivi d'un apprentissage (3 ans) est une évidence, à laquelle s'ajoute l'obtention d'un brevet professionnel.

M. PEDAMON, H. KENFACK, *op.cit.*, n°124-128, p.107-108.

[5] Il faut souligner qu'il existe un brevet professionnel de responsable d'exploitation agricole.

[6] Le nouvel article 389-8 du Code civil inséré par la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 (*op.cit.*) et modifié par la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 (*op.cit.*), énonce que le mineur âgé de seize ans révolus peut réaliser ces actes, s'il a obtenu l'autorisation des détenteurs de l'autorité parentale ou de l'administrateur légal sous contrôle judiciaire, lequel a obtenu en aval l'autorisation du juge des tutelles. Cela implique la signature d'un acte sous seing privé ou notarié, définissant les actes d'administrations pouvant être effectués par le mineur. En revanche, le mineur ne peut obtenir une telle autorisation pour les actes de disposition.

I. MARIA, « Mineur et EIRL ou la prémajorité nécessairement au-delà de 16 ans », *Dr. fam*. 2012, comm. 104 ; J. PRIEUR, « L'EIRL: la nouvelle donne pour l'entrepreneur », *Droit et Patrimoine* 2011, p. 202.

v. *supra*, références figurant à la note de bas de page n°21, p. 87.

Il en est ainsi pour l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (E.I.R.L.). Le patrimoine est scindé entre le patrimoine personnel de l'entrepreneur et celui de l'entreprise[1].

La législation française autorise également le mineur non émancipé à créer une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (E.U.R.L.) pour exercer une activité civile (et non libérale), car « *en glissant une structure sociale, une personne morale, entre l'entreprise et la personne physique de l'entrepreneur* »[2], l'associé unique n'acquiert pas la qualité de commerçant[3]. Cette structure juridique reposant sur la création d'une personne morale détenant un patrimoine propre, celui de l'entreprise, comporte toutefois un inconvénient non négligeable, puisque dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire, l'insuffisance d'actifs sera comblée par l'associé unique[4].

L'auto-entreprenariat[5] est également une voie envisageable, car ce statut simplifié de l'E.I.R.L. lui permet de se constituer un patrimoine affecté pour son activité, plaçant par conséquent le patrimoine familial à l'abri des risques liés l'exercice de celle-ci.

Antérieurement à la loi n°2012-387 du 22 mars 2012, le Professeur SAINTOURENS[6] avait noté que si le mineur soumis à l'obligation de scolarité, n'avait par conséquent, pas la faculté d'exercer une activité professionnelle en tant qu'indépendant, il en était tout autre pour le mineur âgé de moins de 6 ans ou de plus de 16 ans. Il lui était en effet possible d'éventuellement envisager de telles perspectives. Pourtant l'exercice d'une activité civile par un mineur non émancipé, libéré de l'obligation scolaire se heurte à des limites matérielles, constituées notamment par la réalisation de certains actes.

Cette « *étrange situation qui méconnaît les exigences de l'enseignement obligatoire ou la limite d'âge imposée à certaines activités* »[7] a été précisée par le législateur. Depuis la loi n°2012-387, l'exercice d'une activité professionnelle en tant que travailleur indépendant n'est admis que pour le mineur âgé de seize ans révolus.

---

[1] E. DUBUISSON, *JCl Entreprise*, Fasc n°952-1, EIRL, n°1-4, n°9 et à propos du mineur : n°13-15.

[2] Citation de M. PEDAMON, H. KENFACK, *op.cit.*, n°479, p.414.

[3] C'est d'ailleurs ce qui permet au mineur d'être actionnaires au sein d'une société anonyme à responsabilité limitée ou la société par actions simplifiée unipersonnelle.

[4] M. PEDAMON, H. KENFACK, *ibid.*, n°479, p.415.

[5] E. DUBUISSON, *op.cit.*., n°15.

[6] B. SAINTOURENS, *op. cit.*, p. 354 ; F. JULIENNE, *op.cit.*

[7] J. LEGROS, *op.cit.*, n°1.

Pour mener une activité civile agricole, deux options sont envisageables[1]. C'est ainsi que l'exploitation agricole à responsabilité limitée (E.A.R.L) permet à un agriculteur de dissocier son patrimoine personnel de celui de sa société. Cette structure peut se réaliser soit seul (associé unique), soit avec des associés. Dans cette dernière hypothèse, elle est constituée de la réunion d'associés exploitants majeurs, participants à l'exercice de l'activité et des associés simples, mineurs ou majeurs, lesquels contribuent à la formation du capital social[2]. Or, bien que le législateur n'interdise pas expressément aux mineurs d'être associé unique, il convient de souligner que l'alinéa 2 de l'article L. 324-1 du Code rural et de la pêche maritime confère à l'associé unique, l'exercice des pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés. Par conséquent, si le mineur non émancipé ne peut être associé exploitant, il est difficilement envisageable de lui reconnaître cette opportunité en tant qu'associé unique. Il ne lui reste ainsi que la possibilité d'être associé simple au sein d'une E.A.R.L..

En outre, la participation à un groupement d'exploitation en commun en tant qu'associé, lui est refusée, puisqu'elle impose la majorité[3].

111. En revanche, l'horizon professionnel s'éclaircit pour le mineur émancipé. La procédure d'émancipation[4] ouvre en effet davantage de perspective. Le mineur devient alors « *capable comme un majeur de tous les actes de la vie civile* » [5], mais jusqu'à une époque très récente, l'acquisition de cette émancipation était insuffisante pour lui autoriser l'exercice d'une activité commerciale au même titre qu'un majeur.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2010[6], le mineur émancipé s'est vu offrir la faculté d'exercer une activité commerciale sous réserve de recueillir l'autorisation du juge des

[1] V° par exemple le site internet du Ministère : http://agriculture.gouv.fr/ (onglet structures et statuts)

[2] C. rural et de la pêche maritime art. L. 324-8.

[3] C. rural et de la pêche maritime art. L. 323-1.

[4] C. civ. art. 413-2, al.2. ; Le juge des tutelles ne peut prononcer l'émancipation qu'à l'égard du mineur âgé de 16 ans révolus, à la demande de l'un de ses père et mère tout en caractérisant l'existence d'un juste motif.

[5] C. civ. art. 413-6 al.1.

[6] L'ancien article L.121-2 du Code de Commerce refusait ce statut pour tout mineur. L'article L. 121-2 nouvellement rédigé permet au mineur émancipé d'envisager cette voie, sous réserve de l'autorisation du juge des tutelles lors de la demande d'émancipation ou du président du Tribunal de Grande Instance pour une demande différée. Cela est confirmé par l'article 413-8 du Code civil, également modifié.
Loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée *op.cit.* ; Références, v. *supra*., aux notes de bas de pages n°299 et 465.

tutelles. Contrairement au mineur non émancipé, le législateur n'a pas délimité les statuts envisageables.

En conclusion, les mineurs ont la faculté d'exercer une activité subordonnée, mais également indépendante, afin de se procurer des ressources financières, bien que le législateur français, soucieux de cette exposition aux risques de jeunes mineurs inexpérimentés, encadre scrupuleusement l'exercice d'une activité lucrative.

112. En conformité avec les dérogations énoncées à l'article 4-2 c de la directive 94/33/CE, la législation allemande autorise également dès l'âge de 13 ans, les mineurs à exercer une activité professionnelle, laquelle n'est pas nécessairement subordonnée.

En outre, la loi autorise les enfants de plus de 13 ans, à exercer une activité professionnelle sous réserve du consentement des personnes en ayant la garde. Le respect de nombreuses conditions s'impose. Cette activité limitée à deux heures par jour, doit non seulement être légère (*leicht*) et adaptée aux enfants, mais elle ne doit pas affecter « *la sécurité, la santé et le développement des enfants* [1] », leur scolarité et leur capacité à suivre l'instruction. De même, cela ne doit pas perturber leur participation à des activités liées au choix de carrière ou formation professionnelle.

Entre 15 et 18 ans, la législation s'assouplit. Le mineur, qui n'est plus soumis à l'obligation scolaire, est autorisé à exercer une activité professionnelle dans la limite d'une durée de 7 heures journalières, 35 heures hebdomadaires et sous réserve que cet emploi soit léger et adapté à l'âge[2].

Parmi les dérogations, figurent également l'emploi des enfants dans les exploitations familiales [3] et l'emploi des jeunes lors des vacances scolaires.

Au sein de ces divers assouplissements, il faut citer les activités professionnelles liées à des événements exceptionnels tels que les représentations théâtrales[4], les spectacles musicaux,

[1] Traduction du §5 aL. 3, 1 *JarbSchG*:« *die Sicherheit, Gesunheit und Entwicklung der Kinder* ».

[2] §7 *JArbSchG*.

[3] Des conditions très strictes s'imposent : activité restreinte à 3h par jour maximum, interdite entre 18h et 8h, en dehors du temps scolaire… §5 aL. 3 *JArbSchG*.

[4] §6 aL. 1 *JArbSchG*. Les enfants doivent être âgés de 6 ans au moins et dans la limite de 4 heures par jour entre 10 heures et 23 heures.

les publicités, les enregistrements radio et télévisuels, films et photographies[1]. Ces activités sont soumises à l'autorisation d'une autorité de surveillance.

Enfin, contrairement au droit français, l'exercice d'une activité professionnelle indépendante commerciale est envisageable pour le mineur allemand[2], mais celle-ci est encadrée. À partir de 13 ans, le mineur a la faculté d'exercer certaines activités commerciales telles que la distribution de journaux, revues, journaux d'annonces et tracts publicitaires.

À la lumière de ces développements, il faut en déduire que les législateurs ne sont pas favorables à l'exercice d'une activité professionnelle précoce au détriment de la poursuite de l'instruction du mineur. Cela ne signifie pas pour autant que le mineur est placé dans l'impossibilité de s'initier à la vie professionnelle. Les législateurs admettent la professionnalisation de l'enseignement suivi par le mineur, leur permettant d'acquérir une formation générale et technique. Parfois, cela dépasse le cadre de la formation initiale, accordant la faculté au mineur de se forger ses premières expériences professionnelles, autorisé et parfois seul, leur offrant conséquemment la faculté d'acquérir une pré-majorité professionnelle.

§2. L'accès à la vie professionnelle face aux justifications physiologiques des seuils d'âge

113. L'appréhension de l'âge par la norme juridique lors de l'exercice d'une activité professionnelle révèle l'existence d'une vulnérabilité à un instant du cycle de vie. Cette « *réalité brute*[3] » prend corps à travers divers mécanismes de protection, encadrant notamment l'expression de la volonté du mineur, désireux de s'insérer dans la vie professionnelle par conviction[4]. L'exercice d'une activité professionnelle subordonnée repose

[1] §6, aL. 2 *JArbSchG*. La loi distingue 2 seuils d'âge : les enfants âgés de 3 à 6 ans et ceux âgés de plus de 6 ans. La durée journalière s'allonge pour les plus grands (elle passe de 2 à 3 heures au maximum), tout comme la plage horaire (de 8 heures à 22 heures au lieu de 8 heures à 17 heures).

[2]§22 de la Loi portant modification de la loi sur la protection des jeunes au travail (*Zweites Gesetz zur Änderung des Jugendarbeitsschutzgesetzes*), *BGBl* I, p. 311.

[3] J.-P. GRIDEL, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, p. 91.

[4]Et parfois en réponse à l'ambition parentale, notamment pour les activités relevant du spectacle, de la publicité…D'ailleurs, l'exigence de l'avis favorable écrit du mineur âgé de 13 ans, posée à l'article L. 7124-2 du

sur un contrat intuitu personae, liant un employeur et un salarié, lequel bénéficiera d'une rémunération en contrepartie de sa prestation travail. Or, cela signifie non seulement la capacité de contracter (A), mais aussi la faculté de jouir des fruits de cette activité, son salaire en raison du motif alimentaire à l'origine de cette mise en action de sa force de travail (B). Le jeune travailleur, mineur, se voit ainsi offrir la faculté d'exercer une activité rémunératrice, dont les conditions de travail sont encadrées par les législateurs. Cette catégorie de travailleurs fait l'objet d'un soin tout particulier par la règle de droit, puisque son développement physiologique dont la maturité est en cours d'élaboration, ne permet pas de retenir l'application du droit commun, justifiant la mise en place de mesures ergonomiques de protection (C).

A. La reconnaissance de la liberté contractuelle du jeune travailleur

114. Tel que cela a pu être évoqué précédemment, le législateur français admet qu'un mineur âgé de plus de 14 ans puisse lors de ses vacances scolaires, revêtir le statut salarié. Une telle opportunité implique la capacité de conclure un contrat de travail. Or, il convient de se demander si la minorité ne fait pas obstacle à cette capacité. En effet, le contrat de travail comporte la réalisation d'une prestation de travail par le travailleur, quel que soit son âge, par la mise en action de son corps. La question de connaître les limites à l'exercice de la volonté du jeune travailleur, surgit alors.

À la lumière des éléments sus évoqués à propos des actes relatifs à la gestion du patrimoine du mineur[1], il convient dès lors d'aborder la question de la capacité du mineur de conclure un contrat de travail. Selon les dispositions des articles 1123 et 1124 du Code Civil, la capacité contractuelle fait défaut chez le mineur non émancipé. Or, l'établissement d'une relation de travail repose sur cette capacité contractuelle, ce qui signifierait qu'en raison de l'incapacité du mineur, l'intervention de son représentant légal serait exigée[2]. Cela imposerait de mettre en œuvre l'un des deux mécanismes, à savoir l'assistance ou la représentation[3] en raison de l'âge du travailleur. Une telle position se révèle peu opportune vis-à-vis d'un acte

Code du travail n'est pas anodine, puisqu'il s'agit de s'assurer de la volonté réelle du principal intéressé ; P. HILT, les enfants artistes de moins de seize ans : un emploi sous haute surveillance, *AJ Famille 2006*, p. 140.

[1] v. *supra*, n°18 et s..

[2] L'article 1124 du Code Civil dispose que « *Sont incapables de contracter dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés […]* »; v. M. RICHEVAUX, *JCl Travail Traité*, Fasc. 9-15 relatif aux jeunes, n°58.

[3] J. HAUSER, « Incapacité juridique et emploi », *Dr. soc.*1991, p. 553-562.

concernant le mineur, mais également en raison du fort caractère *intuitu personae* de ce contrat. Il faut dès lors exclure l'hypothèse de la représentation, puisque l'administrateur légal ne peut agir au nom de l'intérêt du mineur, sans inclure le principal intéressé. Par conséquent, demeure l'autre option, l'assistance.

Toutefois, deux situations sont à distinguer. La première concerne les mineurs encore soumis à l'obligation scolaire. La seconde porte sur les mineurs ayant satisfait cette obligation d'instruction, âgés d'au moins 16 ans, regroupant ainsi des mineurs émancipés ou non.

Le mineur âgé de moins de 16 ans peut prendre la décision d'exercer une activité professionnelle, occasionnellement, pendant les vacances scolaires afin de se constituer un petit revenu pour financer non seulement des besoins peu onéreux, refusés par ses parents, mais également pour acquérir un début d'indépendance économique. En raison de son incapacité contractuelle, se pose la question de savoir si cette faculté de gagner de l'argent à la sueur de son front impose l'autorisation de l'administrateur légal. Selon l'article D.4153-8 du Code du Travail, « *l'employeur qui envisage d'employer un mineur adresse une demande écrite à l'inspecteur du travail au moins quinze jours avant la date prévue d'embauche. La demande comporte : […] 6° L'accord écrit et signé du représentant légal de l'intéressé* ». Cette autorisation se révèle nécessaire pour l'employeur, car ce dernier doit effectuer des démarches auprès de l'inspection du travail[1] en sollicitant une autorisation de recrutement. Sachant que cette autorisation peut être retirée à tout moment si les dispositions du Code du Travail sont méconnues, le mineur de moins de 16 ans, désireux d'exercer une activité professionnelle, doit obtenir l'accord signé et écrit de son représentant légal, ce qui s'assimile à une forme d'autorisation. Le législateur souligne ainsi la spécificité de cet âge particulier en imposant l'accord du représentant à la décision du mineur.

Il est d'ailleurs pertinent de faire le parallèle avec l'apprentissage[2]. La conclusion d'un contrat d'apprentissage est en principe revêtue de la signature des deux parties contractantes, l'employeur et l'apprenti. Cependant dans l'hypothèse où l'apprenti est âgé d'au moins 15 ans, le non-franchissement du seuil d'âge impose une formalité supplémentaire à savoir la signature d'une attestation de fin de scolarité auprès de l'inspecteur d'académie. Etant donné

[1] Selon l'article D. 4153-5 du Code du travail, 8 jours francs plus tard. À défaut de réponse de l'inspecteur, l'autorisation est considérée comme accordée (C. trav. art. R. 4153-6) ; Les jobs d'été : ce qu'il faut savoir avant d'embaucher, *Cahiers de droit de l'entreprise* n°2, mars 2011, prat. 9.

[2] J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.,* n°138-140.

que ce mineur n'a pas la capacité de conclure cet acte seul, le contrat d'apprentissage est signé entre l'employeur et le représentant légal.

Il convient ainsi de retenir que le législateur accorde une pré-majorité contractuelle pour le mineur ayant pris la décision de poursuivre sa formation initiale[1], seulement si le principal intéressé est âgé de 16 ans.

Cela nous amène à étudier la seconde hypothèse relative au mineur âgé entre 16 et 18 ans. Il s'agit de savoir si l'acte peut valablement être contracté par le mineur seul. N'étant plus soumis à l'obligation scolaire[2], ces mineurs peuvent par conséquent envisager la voie professionnelle. Le mineur non émancipé, âgé de 16 à 18 ans, peut valablement contracter un contrat de travail sans l'autorisation expresse de son représentant légal[3]. L'autorisation implicite est suffisante[4]. Toutefois, cela ne met pas à l'abri le cocontractant, puisque le représentant légal peut toujours mettre en œuvre une action en rescision pour lésion, puisque l'article 1305 du Code civil désigne les mineurs non émancipés, incluant ceux âgés de 16 à 18 ans. La conclusion du contrat lui offre une pré-majorité acquise via le consentement donné et l'exercice de cette activité professionnelle. Les effets de *ce choix de vie*[5] s'étendent aux droits reconnus aux travailleurs, dont le critère physiologique n'est pas souligné. La pré-majorité professionnelle offre notamment la faculté au mineur d'exercer un recours devant le Conseil des Prud'hommes[6] ou d'adhérer à un syndicat[7]. Le travailleur mineur non émancipé acquiert véritablement une pré-majorité, l'assimilant dans certains domaines, à l'exclusion de l'aménagement des conditions de travail ou de la rémunération, au travailleur majeur, sans âge.

---

[1] L'alinéa 2 de l'article L. 6224 du Code du travail énonce qu'« *il est signé par les deux parties contractantes* » et l'alinéa 1 de l'article L. 6221-1 précise « *entre un apprenti ou son représentant légal et un employeur* ».

A noter que le Doyen Gérard CORNU évoquait déjà en 1970, l'inclinaison doctrinale vers le mécanisme d'assistance, in « L'âge civil », *op. cit.*, p. 19-20.

[2] J.-P. GRIDEL, *op. cit.*, p. 96.

[3] P.-Y. VERKINDT, « Le droit des revenus professionnels du mineur », in *L'enfant, la famille et l'argent, op.cit*., p. 73-78.

[4] A. CERMOLACCE, « Les contrats du mineur », *Dr. Fam.*, juin 2006, étude 27.

[5] Expression empruntée au Professeur Arnaud CERMOLACCE (*préc*.).

[6] Dans l'hypothèse où le mineur ne peut être assisté de son père, mère ou tuteur (C. trav. art. L. 1453-1).

[7] L'article L. 2141-4 du Code du travail relatif à la liberté d'adhésion syndicale énonce que le salarié ne peut se voir refuser l'exercice de ce libre choix pour un motif tel que l'âge (renvoi à l'article L. 1132-1 du Code du travail).

Enfin, en ce qui concerne le mineur émancipé, le législateur lui reconnaît la capacité du majeur[1], ce qui signifie notamment la capacité de conclure seul un contrat de travail.

115. En droit allemand, l'aptitude à accomplir des actes juridiques (*Geschäftsfähigkeit*)[2] constitue également une des conditions garantissant la validité d'une convention. Hormis l'hypothèse du trouble mental, l'étendue de cette capacité de contracter est différente en fonction des âges. C'est ainsi que selon le §104 du Code civil allemand (*BGB*), les enfants de moins de 7 ans sont incapables de contracter (*Geschäftsunfähigkeit*) seul, nécessitant la mise en œuvre du mécanisme de représentation légale, exercée par les détenteurs de l'autorité parentale[3]. À partir de ce seuil des 7 ans, les mineurs détiennent une capacité d'exercice restreinte (*beschränkte Geschäftsfähigkeit*) jusqu'à leur majorité[4]. Le BGB leur reconnaît la capacité de contracter seul, des actes juridiques leur conférant exclusivement un avantage. Par conséquent, un mineur âgé de 16 ans ne peut conclure un contrat synallagmatique, lequel fait naître des obligations réciproques entre les cocontractants. Comme l'évoque le Professeur Frédérique FERRAND[5], le contrat ne peut faire naître des obligations qu'à la charge de la partie autre que le mineur.

Partant de ces quelques éléments, il convient de se demander si un mineur âgé d'au moins 7 ans peut conclure seul un contrat de travail.

Selon les §112 et §113 du BGB, il est admis qu'un mineur puisse exercer une activité professionnelle. En effet, le §112 alinéa 1 énonce que le mineur peut exercer une activité professionnelle indépendante, sous réserve d'obtenir l'autorisation du représentant légal ainsi que le tribunal des tutelles. Cette autorisation reconnaît au mineur une majorité commerciale (*Handelsmündigkeit*)[6], lui permettant d'effectuer tous les actes relatifs à son activité. Néanmoins, l'existence de l'obligation scolaire à temps plein et l'interdiction du travail des

[1] C. civ. art. 413-6 aL. 1 « Le *mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile* », sauf pour le mariage ou adoption (alinéa 2).

[2] F. FERRAND, *Le droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997, p. 234-241 ; M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, Droit des affaires, 2ème éd., LGDJ, 2004, Paris, p. 70-75.

[3] *BGB* §1629 aL. 1.

[4] BGB §106.

[5] F. FERRAND, *op. cit.*, 207, p. 237. D'ailleurs le droit allemand accepte les actes de dispositions à l'attention du mineur seulement à cette condition.

[6] M. PEDAMON, *op. cit.*, p. 72.

enfants font obstacles à l'exercice d'une telle activité à plein temps, similaire à celle menée par les adultes. Matériellement, une telle option n'est réalisable qu'à partir de 15 ans.

En ce qui concerne le contrat de travail (*Arbeitsvertrag*), le §113 BGB dispose que le mineur a la faculté de conclure un tel contrat sous réserve d'avoir recueilli l'autorisation préalable[1] de son représentant légal ou tuteur. Cet accord préalable se révèle également impératif pour un contrat de louage de service (*Dienstvertrag*). L'autorisation confère alors au mineur une capacité totale d'exercice afin de mener à bien l'ensemble des actes nécessaires à sa vie professionnelle, lui accordant une majorité de travail (*Arbeitsmündigkeit*)[2].

Toutefois, il convient de préciser que ces majorités reconnues par l'exercice d'une activité professionnelle indépendante ou subordonnée, ne sont que des « *émancipations partielles*[3] », puisque l'autorisation du juge des tutelles s'avèrera indispensable pour certains actes[4], mais également que le représentant légal conserve la faculté de retirer son autorisation à tout moment.

Les législateurs accordent aux mineurs ayant satisfait l'obligation d'instruction, la capacité de conclure seul ou avec l'autorisation de son représentant légal, favorisant l'émergence d'une pré-majorité professionnelle. Le mineur à défaut de choisir de demander à ses administrateurs légaux, une émancipation, peut préférer retenir cette pré-capacité afin d'obtenir ses premiers revenus financiers.

B. La perception du salaire, l'accession à une pré-majorité par le travail

116. La minorité au travail soulève une autre interrogation, portant sur le point de savoir si le mineur peut bénéficier directement de la contrepartie pécuniaire de la mise en action de sa force de travail, sa rémunération. Il s'agit de se demander si le mineur a la capacité de jouir des fruits de son travail. Cela est lié à la capacité de jouissance, celle de jouir de son patrimoine.

[1] Une autorisation *a posteriori* (la ratification, *Genehmigung*) est possible (BGB §108 aL. 2). Pendant le laps de temps où la ratification fait défaut, l'acte est inefficace temporairement ; F. FERRAND, *ibid* , 207, p. 239-240.

[2] M. PEDAMON, *op. cit.*, p. 72.

[3] M. PEDAMON, *ibid.*, p. 72.

[4] Le §1643 du *BGB* précise que certaines transactions juridiques imposent l'accord du juge des tutelles et renvoie aux §1821 et §1822 de ce même code.

Or, selon l'article 382 du Code Civil, « *les père et mère ont, [… l'administration et la jouissance des biens de leur enfant* ». Cela signifie que l'administration légale confie aux père et mère ou au seul titulaire, le patrimoine du mineur, tout en leur accordant l'usufruit universel sur ces biens[1]. Cela leur confère la faculté de percevoir les fruits et en outre, l'usage personnel des biens du mineur.

Constitue également un obstacle à la faculté de jouir des revenus de son travail, l'incapacité de les percevoir, comme l'énonce l'article 1241 du Code civil « *le paiement fait au créancier n'est point valable, s'il est incapable de le recevoir*[2] ». La lecture combinée de ces articles entraînerait par conséquent, une incapacité de percevoir les revenus résultant de la mise en œuvre de sa force de travail. Cela ne correspond pas à la solution retenue.

La première limite est constituée par le fait que l'usufruit ne s'étend pas à l'ensemble des revenus du jeune travailleur mineur. En effet, l'article 387 du Code civil énonce que « *la jouissance légale ne s'étend pas aux biens que l'enfant peut acquérir par son travail […] »* imposant ainsi la distinction entre les gains obtenus par le mineur et ceux de son administrateur légal, aboutissant à la nécessité d'ouvrir un compte propre au mineur. Quant à la seconde limite, elle porte sur la détermination de la personne pouvant ouvrir et gérer ce compte.

Deux solutions sont alors envisageables, l'une reposant sur l'intervention du représentant légal et la seconde, par le mineur lui-même[3]. Le représentant légal peut ainsi être à l'origine de l'ouverture du compte[4] et chacun des administrateurs légaux peut le faire fonctionner. Les banques sont également favorables à la seconde option, mais la jurisprudence s'y oppose. Le mineur a la faculté d'ouvrir un compte sur livret. En revanche, l'ouverture d'un compte courant avec dispositif de paiement à la clé, se révèle impossible sans l'autorisation ou l'assistance du représentant légal, en raison du défaut de capacité[5]. Refusant qu'« *une seule*

[1] I. CARBONNIER, *JCl Civil Code*, Articles 371-387, Fasc. 50, Attribut de l'autorité parentale relatif au patrimoine de l'enfant : la jouissance légale, n°73 ; P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La Famille, op. cit.*, n°1786-1788.

[2] Sauf dans l'hypothèse où « *le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier* ».

[3] Mais les pères et mères ayant une obligation alimentaire vis-à-vis de leur progéniture, ont la possibilité de puiser dans les revenus du mineur (sur son compte bancaire) afin de pourvoir à son entretien et éducation. Dans ce sens : Civ. 1ère, 9 janvier 2008, *Bull. civ. I*, n°7 ; *JCP* 2008, II, 10048, note LASSERE-CAPDEVILLE.

[4] G. KENGNE, « La banque et le mineur », *LPA* 5 février 1997, n° 16, p. 19 s. ; F. JULIENNE, « La banque, les parents et le mineur », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* décembre 2012, n°3, p.1421-1476.

[5] D. R. Martin, « L'argent de poche du mineur et le droit », in *L'enfant, la famille et l'argent, op.cit.*, p. 60-62.

pratique bancaire [soit] érigée en usage »[1] au sens des articles 389-3 et 450 du Code Civil, la jurisprudence s'oppose au « *détournement bancaire du mineur* »[2].

C'est ainsi que le mineur peut obtenir un compte bancaire, via l'intervention de l'un de ses représentants légaux[3].

Mais le mineur n'est pas placé dans l'incapacité de bénéficier des revenus de son travail. Comme cela a été énoncé précédemment, l'article 1241 du Code civil limite le bénéfice du versement d'une somme aux personnes capables. L'interprétation stricte de la règle de droit imposerait de retenir l'incapacité du mineur non émancipé comme faisant obstacle au versement de la rémunération entre les mains du travailleur mineur. D'ailleurs comme le souligne un auteur, « *sauf à violer la règle de l'article 1241 du Code civil., l'usage ne peut créer un supplément de capacité au profit du travailleur mineur* »[4].

Mais cela risquerait de « *rendre bien amers les fruits de sa vendange* »[5]. Ainsi, en raison de la faculté de conclure un contrat de travail offerte au mineur, il obtient conséquemment la capacité de recevoir en main propre les fruits de son labeur[6]. Le mineur pourra utiliser la somme perçu pour des dépenses d'agrément plus ou moins significatives selon son âge.

Il convient de préciser que le législateur se révèle plus prudent à l'égard de l'enfant artiste, où la notion de choix de vie librement décidé par le mineur, peut s'avérer absente. Les dispositions des articles L. 7124-1 et s. du Code du travail, énoncent des conditions aussi bien dans l'accès à l'activité que lors du déroulement de l'activité, notamment à propos du cachet de l'enfant artiste, exerçant ses talents dans les domaines du spectacle, de la mode ou de la publicité, ou les activités littéraires et artistiques[7]. Après avoir exprimé son avis sur le recrutement de l'enfant artiste[8], la commission départementale détermine la part de rémunération versée au mineur, dont une partie sera confiée entre les mains de ses

---

[1] Citation de G. KENGNE, *préc.* ; En ce sens : Versailles, 3e ch, 26 octobre 1990 ; JCP E. 1991, act. 1209.

[2] J. HUET, « Détournement (bancaire) de mineur », *D.*1987, chron., 215 ; D. R. Martin, *op.cit.*, p. 62.

[3] La plupart des sites internet des banques informe les mineurs que l'ouverture d'un compte courant impose la présence de l'administrateur légal ainsi que l'accomplissement de diverses formalités et la présentation de différentes pièces destinées à authentifier le lien de filiation établi.

[4] Y. FAVIER, « La nécessaire protection des revenus du travail de l'enfant », *AJ famille* 2006, p.147 ; P.-Y. VERKINDT, « Le droit des revenus professionnels du mineur », *op. cit.*, p. 79-83.

[5] D. R. MARTIN, *préc.*, p.59.

[6] J. ISSA-SAYEGH, *JCl Civil Code*, Article 1235-1248, Fasc. 20, Contrat et obligation, n°88.

[7] P. HILT, *op.cit.*, p.140-141.

[8] C'est sur avis de la Commission que le Préfet accorde son autorisation.

représentants légaux et le surplus, versé à la caisse des dépôts et consignations. La gestion de ce pécule sera effectuée par la caisse jusqu'à la majorité de ce travailleur.

À l'issue de ces développements, il convient de souligner que le mineur, même non émancipé, a la faculté d'acquérir une indépendance économique progressive, lui permettant dans un premier temps de satisfaire des dépenses d'agrément. À ces dernières, succéderont des dépenses dont l'utilité se révélera de plus en plus en conformité avec la vocation alimentaire du revenu du travail. Mais en attendant sa majorité, voire même au-delà si le mineur décide de poursuivre ses études après sa majorité, ses administrateurs légaux pourvoient à ses besoins alimentaires. Le maintien de cette obligation d'entretien est une garantie du respect du choix de vie du mineur. Si ce dernier opte pour une formation initiale comportant un aspect professionnel, les législateurs appréhendent la dimension physiologique particulière de ces travailleurs afin de mettre en place un arsenal de dispositions protectrices dans l'exercice de l'activité.

C. Une protection justifiée par la jeunesse du corps et de l'âme du travailleur mineur

117. Ce qui fait la spécificité du contrat de travail, c'est l'objet même du contrat. Cette mise à disposition de l'être, du travailleur, par l'exploitation de sa force de travail a vocation à accomplir une prestation de travail demandée par un tiers, l'employeur, lequel exerce un pouvoir de subordination sur la personne du salarié en lui imposant le respect de règles telles que les horaires de travail, la tâche à effectuer… Les législateurs français et allemand ont donc non seulement encadré les voies d'accès à la vie professionnelle, mais également la nature des activités exercées afin de protéger l'intégrité physique et psychique du jeune travailleur, illustration concrète de la prise en compte du développement physiologique de l'être.

Au préalable, il convient de souligner qu'en droit français, le critère de l'âge (et plus précisément du peu d'âge) se manifeste à travers des termes génériques, consistant à annoncer la jeunesse et ses qualités, tels que les jeunes travailleurs ou les jeunes agriculteurs[1]. À titre d'exemple, le Code de l'Artisanat fait mention dans son article 40, des jeunes gens désireux de faire un apprentissage et à l'article 47, des jeunes artisans. Mais aucun article de ce Code

[1] A noter que le même procédé est utilisé pour désigner l'autre extrémité du cycle de vie professionnelle (les artisans âgés).

ne prend le temps de définir ces deux notions. En revanche, en se penchant sur les dispositions de l'article 111 du Code du Travail Maritime, les jeunes gens regroupent à la fois, les travailleurs de moins de 16 ans et ceux ayant moins de 18 ans.

Ainsi, en raison de leur jeunesse, le législateur français a mis en place des dérogations au droit normalement applicable à l'ensemble des travailleurs, comme l'illustre l'un des chapitres du Code du travail dédié aux jeunes travailleurs[1]. Le Code du travail procède à l'énumération d'une liste d'activités dangereuses interdites aux jeunes travailleurs de moins 18 ans, comme celles les exposant à des agents chimiques dangereux[2] ou à des rayons ionisants[3]. L'alinéa 1 de l'article L. 4153-8 du Code du Travail ne défend pas une conception stricte des dispositifs de protection, puisqu'il s'agit de prohiber l'emploi de travailleurs mineurs pour « *certaines catégories de travaux les exposant à des risques pour leur santé, leur sécurité, leur moralité ou excédant leurs forces* [4]».

En outre, la menace n'est pas seulement constituée par la dangerosité d'une substance ou la pénibilité de certains actes, elle peut également prendre forme à travers une atteinte à l'intégrité morale du mineur, comme l'exposition à des écrits ou des images, voire tout autre objet dont la vente, l'offre, l'exposition, l'affichage ou la distribution est réprimé par les lois pénales comme contraires aux bonnes mœurs[5]. L'analyse de ces dispositions révèle que l'âge devient alors un critère d'éviction destiné à restreindre l'accès à certaines professions en raison de leur dangerosité. Obéissent à la même logique, les restrictions apportées à l'exercice d'une activité professionnelle dans un débit de boisson[6]. Le mineur âgé de plus de 16 ans est toutefois admis au sein de cet établissement dans le cadre d'une formation professionnelle[7].

---

[1] Voir la partie réglementaire, 4ème partie relative à la santé et sécurité au travail, Livre 1er, titre V dispositions particulières à certaines catégories de travailleurs, chapitre III.

[2] Tel que l'article D. 4153-28 du Code du travail (amiante). Ces prohibitions sont présentes dans la partie réglementaire du Code du travail, à partir de l'article D. 4153-15 jusqu'à D. 4153-40 inclus. Par exemple, l'article D. 4153-26 du Code du travail procède à une énumération de produits dangereux dont l'emploi par des jeunes de moins de 18 ans ou la simple exposition sont strictement prohibés. Des dérogations sont prévues pour les apprentis ainsi que les élèves poursuivant un enseignement technique spécifique.

[3] C. trav. art. D. 4153-33.

[4] Marc RICHEVAUX, *JCl Travail Traité*, Fasc. 9-15 relatif aux jeunes, n°72 ; Les jobs d'été : ce qu'il faut savoir avant d'embaucher, *op. cit.*

[5] C. trav. art. L. 4153-15.

[6] C. trav. art. L. 4153-6 Al.1.

[7] C. trav. art. L. 4153-6 Al.2. Un agrément s'avère indispensable pour le débit de boisson.

Aux activités interdites s'ajoutent les activités dites réglementées[1]. La partie réglementaire du Code du travail énoncent des conditions de travail spécifiques à l'égard du travailleur âgé de moins de 18 ans. Celles-ci s'adressent plus précisément aux « *titulaires d'un contrat d'apprentissage et aux élèves préparant un diplôme technologique ou professionnelle*[2] » et prévoient un certain nombre d'aménagements aux travaux interdits. L'exercice de l'une de ces activités fait l'objet d'un contrôle rigoureux, puisqu'il est non seulement nécessaire de recueillir l'autorisation de l'inspecteur du travail (lequel s'exprime après avis favorable du médecin du travail) mais aussi l'autorisation du professeur ou moniteur d'atelier[3].

Hormis ces hypothèses (apprentissage ou diplôme), le Code du travail encadre l'accès des mineurs à certaines activités professionnelles, telles que les chantiers[4] et le soufflage de verre[5].

La volonté du législateur de protéger l'intégrité corporelle et morale du jeune travailleur[6] se poursuit à travers les dispositions relatives au travail de nuit. L'exercice d'une telle activité comporte en effet de nombreux risques pour la santé du travailleur et c'est pourquoi l'alinéa 1er de l'article L.3163-2 du Code du travail prohibe le travail de nuit pour les jeunes travailleurs. Bien que l'exercice d'une activité professionnelle est par principe diurne (autant en droit commun pour l'ensemble des travailleurs qu'en matière de droit dérogatoire pour les jeunes travailleurs), le législateur admet de manière restrictive, des exceptions. L'une des premières dérogations apportée réside dans la durée même de ce travail de nuit, consistant à faire débuter plus précocement la nuit en fonction de l'âge du mineur, tout en maintenant une

[1] C. trav. art. L. 4153-9.

[2] C. trav. 4ème partie, Livre 1er, Titre V, chap. 3, section 3, sous-section 1 est explicite « *dérogations accordés pour les élèves et apprentis* ».

[3] C. trav. art. D. 4153-43 et D. 4153-44. Sans omettre le rôle des détenteurs de l'autorité parentale ou tuteur lors de la signature, précédemment évoqué...

[4] C. trav. art. D. 4153-48.

[5] C. trav. art. D. 4153-49.

[6] L'appréhension spécifique de la minorité par le législateur ne peut que lui accorder la qualification de concept.

prohibition absolue entre minuit et quatre heures du matin[1]. L'inspecteur du travail joue également le rôle de garde-fou, accordant ou refusant la dérogation[2].

Les durées journalière et hebdomadaire de travail font enfin l'objet de dispositions spécifiques, correspondant toujours à la volonté du législateur de préserver la santé et la sécurité du mineur. Celles-ci ne doivent pas excéder 8 heures par jour, ni 35 heures par semaine[3] et prévoir un repos de 12 heures consécutives en faveur du mineur âgé d'au moins 16 ans (14 heures pour les mineurs de moins de 16 ans)[4].

118. Ces dispositions correspondent aux exigences de la directive 94/33/CE relative à la protection des jeunes travailleurs, même s'il convient de relever que la France avait fait l'objet d'une condamnation par la CJCE pour transposition tardive[5]. Cela n'a pas été le cas pour l'Allemagne, car sa législation disposait déjà d'un haut niveau de protection et satisfaisait les exigences attendues par le droit de l'Union européenne. Ainsi, la loi sur la protection des jeunes travailleurs du 12 avril 1976 a été complétée par la loi de transposition en date du 24 février 1997[6], réaffirmant la prohibition du travail des enfants de moins de 15 ans. Toutefois, dans certaines conditions, le mineur de plus de 13 ans peut se voir reconnaître la faculté de travailler. Sa durée journalière de travail n'est pas supérieure à 2 heures (3 heures dans les exploitations familiales) et il doit recueillir l'autorisation expresse du représentant légal. Cette activité professionnelle peut être exercée dans la limite de 5 jours par semaine, du lundi au vendredi seulement[7]. Le temps de repos fait également l'objet de précision (2 jours

[1] Pour le mineur de moins de 16 ans, est considéré comme travail de nuit, toute activité professionnelle exercée entre 20 heures et 6 heures du matin. A partir de 16 ans, le travail de nuit débute dès 22 heures jusqu'à 6 heures du matin (C. trav. art. L. 3163-1). Le code du travail maritime consacre au sein de son titre 6 relatifs aux dispositions spéciales applicables à certaines catégories de marins, un chapitre, à ceux âgés de moins de 18 ans (C. trav. marit. art. 113).

[2] C. trav. art. L. 3163-2 al.2 et s.

[3] C. trav. art. L. 3162-1.

[4] C. trav. art. L. 3164-1.

[5] CJCE 18 mai 2000, Commission des Communautés Européennes c/ République Française, aff. C-45/99, *Rec.* I-3615.

[6] Loi portant modification de la loi sur la protection des jeunes au travail (*Zweites Gesetz zur Änderung des Jugendarbeitsschutzgesetzes*), *BGBl I*, p. 311.

V. le rapport de la République Fédérale d'Allemagne sur la mise en œuvre pratique de la directive 94/33/CE du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail, *op. cit.*, COM/2004/0105, Annexe 3.

[7] §5 *JArbSchG, op.cit.*

consécutifs), tout comme les travaux interdits en raison de leur dangerosité liée à des agents toxiques (substances chimiques) ou à des agents biologiques, imposant à l'employeur, une évaluation des risques[1].

La loi encadrant l'activité des jeunes a été complétée par une réglementation sur la protection du travail des enfants[2], lequel s'est attaché à définir la liste des travaux autorisés pour les mineurs âgés de plus de 13 ans, encore soumis à l'obligation de scolarité à temps plein. Parmi les activités permises, il faut mentionner les services dans un ménage privé, les travaux dans l'agriculture et certaines activités commerciales, strictement limitées : distribution de journaux, tracts publicitaires, revues et journaux d'annonce.

Enfin, l'appréhension de la directive (ainsi que de sa transposition en droit interne) a été relayée par les organisations professionnelles, lesquelles ont apporté des modifications en matière de prévention des accidents pour les travaux dangereux.

119. Naturellement en raison de la transposition de la directive 94/33/CE, le droit français et le droit allemand comportent un certain nombre de similitudes. Les considérants de la directive 94/33/CE soulignaient en effet l'importance pour les États membres d'adopter des normes spécifiques réglementant leur travail[3], nécessitant l'intervention du législateur en la matière, tout en reconnaissant le rôle décisif de l'employeur[4]. De telles limitations se justifient en raison de la nécessaire protection « *contre les risques spécifiques résultant d'un manque d'expérience, de l'absence de la conscience des risques existants ou virtuels ou du développement non encore achevé des jeunes* ». Ainsi, étant donné qu'une « *expérience de travail appropriée peut contribuer à la réalisation de l'objectif visant à préparer les jeunes à la vie professionnelle et sociale d'adultes* »[5], la directive a mis en place un arsenal de protections destiné à encadrer cette insertion professionnelle précoce.

L'employeur a ainsi un certain nombre d'obligations à l'égard de ces travailleurs. Veillant au respect des mesures de sécurité et de santé des jeunes, l'employeur doit en amont procéder

---

[1] §22 *JArbSchG*.

[2] *Kinderarbeitsschutzverordnung (KindArbSchV)* du 23 juin 1998, *BGBl.* I, p.1508.

[3] Considérant 9 de la directive 94/33/CE : « *les caractéristiques propres au passage de l'enfance à l'âge adulte rendent nécessaires une réglementation et une protection strictes du travail des adolescents* ».

[4] Considérant 10 de la directive: « *les employeurs doivent mettre en œuvre les mesures nécessaires pour la protection de la sécurité et de la santé des jeunes sur la base d'une évaluation des risques existant pour les jeunes et liés à leur travail* ».

[5] Considérant 20 de la directive.

à l'évaluation des risques. La directive ne conçoit pas une liste détaillée et exhaustive des points devant faire l'objet de cette évaluation, ce qui permet d'en déduire que la recherche des risques auxquels les jeunes travailleurs peuvent être exposés, doit être apprécié très largement[1]. Parmi les éléments à étudier, l'employeur doit se pencher sur « *l'équipement et l'aménagement du lieu de travail* » (Article 6, §2, 2° a), « *la nature, le degré et la durée de l'exposition aux agents physiques, biologiques et chimiques* » (b), « *l'aménagement, le choix et l'utilisation d'équipements de travail, notamment d'agents, de machines, d'appareils, d'engins* […] *leur manipulation* » (c), « *l'aménagement des procédés de travail et du déroulement du travail et leur interaction* » (d) ainsi que « *l'état de la formation […] des jeunes*» (e). En présence de la révélation d'un risque « *pour la sécurité, la santé physique ou mentale ou le développement des jeunes* »[2], une évaluation et une surveillance gratuite de leur santé s'imposent à intervalle régulier. En parallèle, l'employeur a le devoir d'informer le jeune travailleur du risque et des mesures mises en œuvre, mais aussi ses représentants légaux (Article 6 §3). Le droit de l'Union prohibe également l'exercice de certaines activités par des mineurs, telles que celles allant « *objectivement au-delà de leurs capacités physiques ou psychologiques* », ou les exposants à « *des agents toxiques, cancérigènes, causant des altérations génétiques héréditaires* […] », « *à des radiations* », ou à des risques d'accidents inidentifiables en raison de leur « *manque de sens de la sécurité ou de leur manque d'expérience* » ou enfin, celles constituant une menace pour leur santé en raison de l'extrême froideur, chaleur, acoustique ou vibration[3].

La protection du jeune travailleur s'étend à l'encadrement de la durée du travail journalière et hebdomadaire. Par exemple, le temps de travail pour un enfant âgé de 14 ans au moins en formation en alternance ou en stage ne doit pas excéder 8 heures par jour, ni 40 heures par semaine[4]. De même, la directive prévoit que le temps de travail ne peut être supérieur à 7 heures journalières pour les mineurs de moins de 15 ans et 8 heures au-delà de ce seuil[5]. D'ailleurs, ces limites s'appliquent pour les activités professionnelles menées durant un congé scolaire ainsi que les travaux légers effectués par des mineurs dégagés de l'obligation scolaire à temps plein.

[1] Directive 94/33/CE, art. 6. L'adverbe « *notamment* » souligne la volonté d'appréhender l'ensemble des risques au-delà des exemples énumérés.

[2] Directive 94/33/CE, art. 6 § 2, 3°

[3] Directive 94/33/CE, art. 7 § 2.

[4] Directive 94/33/CE, art. 8 §1 a.

[5] Directive 94/33/CE, art. 8 §1

Cette protection de la santé et de la sécurité du travailleur mineur se poursuit à travers l'encadrement du travail de nuit[1]. Celui-ci est prohibé entre 20 et 6 heures pour les enfants, 22 et 6 heures pour les adolescents (ou 23-7 heures). Certains secteurs d'activités (pêche, activité artistique, culturelle…) peuvent déroger à ces limites, mais l'interdiction du travail de nuit demeure de minuit à 4 heures.

Enfin, la protection de cet être en développement se matérialise à travers les dispositions relatives au repos[2], lequel est de 14 heures minimum pour chaque période de 24 heures pour un enfant et 12 heures pour un adolescent. Sur une semaine, la directive souligne qu'il est préférable que le repos se concentre sur une période de 2 jours consécutifs et que cela inclus en principe, le dimanche.

La directive comporte également une clause de non régression[3], ce qui signifie que ces exigences doivent être considérées comme des normes minimales, refusant par conséquent, un nivellement vers le bas.

120. Le corps et l'âme d'un mineur, désireux d'accéder à la vie professionnelle sont ainsi protégés par les législateurs, les services d'inspection du travail et la médecine du travail, étant gardiens de la poursuite du développement physiologique et psychique de ce jeune travailleur. L'appréhension toute particulière de la santé et de la sécurité des jeunes travailleurs mineurs révèlent la prise en compte de leur fragilité physiologique, nécessitant un arsenal de dispositifs encadrant la durée d'activité journalière, la nature de l'activité menée, les repos, le travail de nuit, les conditions de travail…. Et comme l'évoque très judicieusement M. HILT, au-delà de la procédure de recrutement, « *pour préserver la santé, la sécurité ainsi que la moralité du mineur, la loi pose d'autres gardes fous, applicables cette fois-ci tout au long de l'exécution par l'enfant de sa prestation* [4]». Tous ces éléments tendent à conforter la dimension physiologique de l'âge, contribuant à lui conférer la qualification de concept. Toutefois l'âge ne désigne pas seulement la minorité, car chacun détient à tout instant du cycle, un âge.

[1] Directive 94/33/CE, art. 9.

[2] Directive 94/33/CE, art. 10.

[3] L'article 16 de la directive 94/33/CE énonce que « *[…] pour autant que les exigences minimales […] de la directive soient respectées, la mise en œuvre de la directive ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des jeunes* ».

[4] P. HILT, *op. cit.*, p.139, à propos du travail des enfants dans le mannequinat.

Pourtant une fois cette période du cycle de vie écoulée et le franchissement du seuil de la majorité légale et dans certaines hypothèses, à partir de 25 ans[1], se pose la question de savoir ce dont il advient de l'appréhension du critère de l'âge par la norme juridique et les effets de son absence. L'abandon du critère de l'âge par la norme juridique entraîne l'émergence d'un travailleur sans âge, adulte, capable d'accepter ou refuser en toute connaissance de cause les conditions de travail, même les plus pénibles. Aussi, il serait aisé d'en déduire que l'abandon du critère de l'âge signifie le délaissement de la dimension physiologique de l'être, objet et sujet de la relation de travail. Fort heureusement, en ce qui concerne l'exercice d'une activité subordonnée, la disparition de ce seuil d'âge n'entraîne pas corrélativement la fin des dispositifs de protection du corps physique et psychique du travailleur. Les réglementations en droit du travail se portent garantes de la continuité de la protection ergonomique dans l'exercice de l'activité salariée, car comme l'écrit le Professeur SUPIOT, **«** *dès ces premières lois, le droit du travail obligeait ainsi à prendre en considération, au-delà du temps court des échanges sur le marché du travail, le temps long de la vie humaine et de la succession des générations* »[2].

Cette prise en compte est due à la spécificité même des relations de travail, puisque *« c'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat, en même temps qu'elle en est le* sujet »[3].

Section 2 : Le vieillissement dans l'emploi.

121. Le franchissement du seuil de la majorité signifie l'accès à la qualité d'adulte. Cet adulte se voit ainsi accorder la capacité de subvenir seul à ses besoins en optant par exemple pour une activité salariée, le tout dans les limites des dispositions légales applicables[4]. Mais le

[1] Et si l'on songe au critère d'âge imposé à l'adoptant dans le cadre d'une procédure d'adoption, celui-ci atteint les 28 ans ! v. *supra*, n°95-96..

[2] A. SUPIOT, *Le Droit du Travail*, Que sais-je, PUF, 2004, p. 17.

[3] G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, 2ème éd., n°2948, cité par M.-A. PEANO, « L'intuitu personae dans le contrat de travail », *Dr. Soc*. 1995, p. 129

[4] La liste n'est pas exhaustive, mais il s'agit notamment de la durée journalière de travail (C. trav. art. L. 3121-34), la durée maximale de travail hebdomadaire (C. trav. art L. 3121-35 al.1er), le repos quotidien (C. trav. art. L. 3131-1) etc. . Ces dispositions françaises ont leur équivalent en droit allemand, au sein de la loi sur le temps de travail (*Arbeitszeitgesetz*) du 6 juin 1994 (*BGBl*. I, p. 1170, 1171) modifiée en dernier lieu le 20 avril 2013

temps continue de faire son œuvre et l'individu avance progressivement en âge. Cette inéluctable progression en âge se manifeste également pendant la relation de travail. Le vieillissement ne révèle toutefois son importance que dans le cadre d'une activité salariée[1].

Dans le cadre d'une activité indépendante, la problématique fait défaut, car l'individu doit seulement franchir le seuil d'accès à la vie active, tout en possédant les qualifications requises pour exercer l'activité. Seul maître aux commandes de son activité, il subira au même titre qu'un travailleur salarié les effets du temps, mais libre à lui, de tirer les conclusions qui s'imposent et de mettre en œuvre les solutions qu'il juge adéquates. La conciliation de sa condition physiologique à la poursuite de son activité lui appartient exclusivement.

En revanche, le vieillissement d'un travailleur salarié concerne non seulement l'individu en lui-même, mais également son employeur. La santé du salarié a à la fois, une dimension individuelle et une dimension collective. À défaut de pouvoir agir sur le plan individuel, autrement que par les politiques de santé publique[2], le législateur s'est évertué à protéger la dimension collective. L'appréhension de la dimension physiologique du travailleur a en effet fait l'objet de diverses réglementations, tendant notamment à favoriser son maintien dans l'emploi, dans le respect de sa santé et de sa sécurité. Une place décisive est ainsi laissée à l'employeur, dans cette gestion de la dimension physiologique du travailleur. Pour y faire face, il doit adopter deux démarches. La première est objective, car elle impose à l'employeur de respecter les normes d'hygiène et de sécurité pour protéger la santé ou à défaut d'avoir pu éviter la réalisation du risque, d'indemniser le travailleur[3]. Cette démarche objective est

---

(*BGBl*. I, p. 868), au §3 pour la durée de travail journalière, au §7 (aL. 8) relatif à la durée maximale du travail et au §5 (aL. 1) à propos de la durée de repos quotidien.

[1] Le champ d'application personnel est relativement large, puisque l'article L. 4111-5 du Code du travail inclut les travailleurs salariés, en contrat à durée indéterminée ou non, les stagiaires et les personnes placées sous l'autorité de l'employeur. Le champ d'application matériel contribue également à étendre les bénéfices de ces protections (C. trav. art. L. 4111-1). Il en est de même en droit allemand.

[2] Telles que les campagnes de vaccination ou les actions de prévention anti-tabac…

[3] Et même à défaut de réalisation du risque. De par son obligation de sécurité de résultat, l'employeur est tenu de prendre des mesures de prévention face à un risque professionnel déterminé. A défaut, il engage sa responsabilité civile et pénale. A propos d'un risque d'exposition à des fumées de soudage identifié, non réalisé : Soc. 30 novembre 2010, pourvoi n°08-70.390, *Bull. civ. V,* n°270 ; Ou de l'exposition à la fumée des cigarettes : Soc. 6 octobre 2010, pourvoi n°09-65.103, *Bull. civ. V,* n°215 ; *JCP S* 2011, 1043, comm. P.-Y. VERKINDT ; *RDT* 2011, p. 322, note M. VÉRICEL ; Ou du défaut d'examen du médecin du travail antérieurement à la reprise du travail : Soc. 30 novembre 2010, pourvoi n°09-40.160, *inédit* (pour un salarié absent au moins 8 jours en raison d'un accident de travail) ; Soc. 6 octobre 2010, n°09-66.140, *Bull. civ. V,* n°222 (pouvant justifier une prise d'acte) ; *JCP S* 2011, 1027, comm. P.-Y. VERKINDT ; Soc. 13 mars 2013, pourvoi n°11-22082 (stress

insuffisante, puisqu'elle ne prend pas en compte le travailleur individuellement. Aussi, le législateur a enrichi cet arsenal de protections afin de « *créer des conditions optimales de bien-être au travail* »[1]. Dans cette seconde démarche, cette appréciation subjective de la santé impose d'examiner véritablement l'état physique du salarié, parfois son état mental et de retenir les mesures adéquates pour adapter le poste de travail.

Le vieillissement du salarié contraint l'employeur à adapter le poste de travail, mais il doit également veiller au maintien de l'aptitude à tenir son poste, voire à trouver un emploi dans une autre entreprise….Cela fait référence à une notion controversée en droit social, à savoir l'employabilité[2] du salarié (§1).

Malgré tout, le vieillissement dans l'emploi ne doit pas être uniquement perçu négativement, il représente aussi une richesse dont l'employeur ne peut se priver (§2).

§1. L'adaptation de l'emploi au vieillissement du salarié.

122. Le vieillissement du salarié est un facteur physiologique à ne pas négliger, puisqu'il produit des effets au sein même de la relation de travail subordonnée. C'est ainsi que l'employeur doit impérativement se soucier de l'adaptation du poste de travail au salarié afin de respecter son vieillissement (A). Toutefois, le législateur ne lui a pas seulement imposé de se préoccuper de la santé et de la sécurité de son travailleur, en perpétuel cheminement dans le

---

permanent et prolongé dû à une surcharge de travail) ; mais aussi l'ouvrage de S. BOURGEOT et M. BLATMAN, *L'état de santé du salarié. De la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, Ed. Liaisons, Droit Vivant, 2e éd., 2009, Paris, p. 11 *;* Articles : M.-A. MOREAU, « L'obligation générale de préserver la santé des travailleurs (ou ne pas oublier l'ancrage communautaire de certains textes) », *Dr. soc*. 2013, p. 410 ; S. FANTONI-QUITON, P.-Y. VERKINDT, « Obligation de résultat en matière de santé au travail, À l'impossible, l'employeur n'est tenu ? », *Dr. soc.* 2013, p. 229 ; P.-Y. VERKINDT, « L'acmé de l'obligation de l'employeur de sécurité du chef d'entreprise », *Sem. soc. Lamy* du 25 mars 2008, n°1346, p. 10 ; P. MORVAN, « « Securitas omnia corrumpit » ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs », *Dr. soc*. 2007, p. 647-686 ; Y. SAINT-JOURS, « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », *D.* 2007, Chron. p.3024 ; S. BOURGEOT, M. BLATMAN, « De l'obligation de sécurité de résultat au droit à la santé des salariés », *Dr. soc*. 2006, p. 653.

À propos des arrêts de la Chambre sociale du 28 février 2002 : *Dr. soc*. 2002, p.445, obs. A. LYON–CAEN ; *D.* 2002, p. 2696, note X. PRÉTOT ; P. SARGOS, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilités », *JCP S*, Doctobre 104.

[1] S. BOURGEOT et M. BLATMAN, *préc*.

[2] Sur les différentes acceptions de la notion : (v. *infra*. n°129 et 130).

cycle de vie, il l'a également contraint à se pencher sur le maintien de son niveau d'employabilité, aussi bien entre les murs de l'entreprise qu'au-delà (B).

A. L'adaptabilité du travail à l'Homme encouragée

123. Le vieillissement ne s'atteint pas à un seuil d'âge déterminé, c'est un processus progressif ayant cours dès les premiers instants de la vie de l'être. Cet écoulement du temps ne peut être ignoré par l'employeur, lequel doit composer avec la dimension physiologique de ces travailleurs subordonnés, veillant à adapter le travail à l'Homme à tous les instants de sa vie et non plus en raison de la survenance d'un âge déterminé, comme cela était le cas pour les travailleurs mineurs (1).

Le vieillissement du travailleur n'est pas synonyme d'usure. Naturellement, l'usure au travail peut accompagner le vieillissement, mais elle ne doit pas accélérer son processus. En respectant le principe général de prévention d'adaptation du travail à l'Homme, l'employeur doit mettre en œuvre des mesures de protection, dont l'objectif serait simplement de respecter le cycle de vie de l'être humain (2).

1. L'adaptation du travail à la physiologie du salarié

124. Pour exécuter la prestation, le corps et l'intellect du travailleur sont sollicités. Détaché de la sphère de plaisir autonome, le corps devient un « *instrument ou un outil de production* » [1], lequel peut être exposé à de grands périls. Comme l'explique le philosophe Michel BERNARD[2], « *la recherche d'une productivité de plus en plus grande dans les sociétés industrielles actuelles a conduit à rationaliser le corps en le transformant en une puissance de rendement, ou plus exactement en machine cybernétique, c'est-à-dire en un système d'opérations automatisées commandé par la réception et l'émission de messages[…]. Aliéné au service de rendement industriel […] », le corps du travailleur subordonné a imposé de « borner l'asservissement* »[3].

Cela s'est effectué grâce au droit du travail, qui a permis de contrer un machinisme ignorant la fatigue liée à la condition humaine et lui reconnaître des vertus plus favorables,

[1] M. BERNARD, *Le corps*, Ed. Le Seuil, 1995, p. 12

[2] M. BERNARD, *préc.*

[3] A. SUPIOT, *Homo juridicus; Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Ed. du Seuil, 2005, p. 183.

associée au développement du bien-être[1]. Le droit du travail a permis d'encadrer et surtout d'humaniser les techniques de production[2]. Cette humanisation des techniques de production se traduit notamment par une délimitation du temps de travail respectueuse des temps de l'être humain ou un aménagement du poste de travail en fonction du corps du travailleur, mettant ainsi en œuvre les principes de l'ergonomie. Cette préoccupation ancienne[3] est intemporelle, puisque l'employeur doit toujours composer avec la dimension physiologique de son salarié. Le Professeur Alain SUPIOT considère que « *le Droit relie l'infinitude de notre univers mental à la finitude de notre expérience physique […]. La folie guette dès que l'on nie l'une ou l'autre des deux dimensions de l'être humain, soit pour le traiter comme un animal, soit pour le traiter comme un pur esprit affranchi de toute limite hors celle qu'il se donne à lui-même* »[4].

De cette nécessaire prise en compte de la double composante de l'être humain, il faut en déduire que le travailleur ne doit pas être assimilé aux machines intégrées au sein du processus de production. Son vieillissement n'est pas similaire à l'usure d'un mécanisme de la chaîne de production et la permanence de ce phénomène biologique impose plus que jamais l'adaptation du travail à l'homme[5].

125. Cette indispensable adaptation du travail à l'homme est évoquée en droit de l'Union, notamment au sein de l'article 31 de la Charte des Droits Fondamentaux, lequel dispose en son 1er alinéa que « *tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité* ».

Erigé au rang de principe général de prévention par l'article 6 §2 sous d, de la directive cadre n°89/391/CE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures

[1] Inspiré d'Alain SUPIOT, (*préc.*). L'auteur retrace les différentes interventions du Droit pour encadrer et réduire les effets pervers de l'emploi de nouvelles techniques, tout en amenant le débat sur le terrain des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

[2] « *[le Droit du travail] a permis de rendre humainement vivable le machinisme industriel et d'user des techniques nouvelles sans être détruit par elles. Interposé entre l'Homme et la machine, il a servi à protéger l'Homme des fantasmes de toute puissance engendrés par la puissance machinique. […] le Droit remplit ainsi une fonction dogmatique –d'interposition et d'interdit. Cette fonction lui confère une place particulière dans l monde des techniques : celle de technique d'humanisation de la technique* », A. SUPIOT, *ibid*., p. 184.

[3] Mais progressive…Pour une étude plus exhaustive: M. VALENTIN, *Travail des Hommes et savants oubliés ; Histoire de la médecine du travail, de la sécurité et de l'ergonomie*, Ed. Docis, 1978, Paris, 329 p.

[4] Faisant de l'être humain, un « *homo juridicus* » ; A. SUPIOT, *op.cit*., p. 10

[5] P. LOKIEC, « L'adaptation du travail à l'homme », *Dr. soc.* 2009, p. 755.

visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail[1], ce principe impose à l'employeur de tenir compte de l'évolution des techniques à savoir « *la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail* et de production » afin « *d'atténuer le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé* ». L'emploi de l'adverbe *notamment* permet d'accorder une amplitude plus conséquente dans le choix des objectifs à atteindre.

Ce principe général posé[2], l'employeur soucieux de respecter les dispositions de l'Union, doit mettre en place les mesures pour la protection de la sécurité et de la santé prévues au §1 alinéa 1er de ce même article, incluant des actions de « *prévention des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que la mise en place d'une organisation et de moyens nécessaires* ». La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union ne permet pas d'explorer plus en détail cette question de l'adaptation[3]. Dès lors, il convient de se tourner vers des directives plus spécifiquement dédiés à l'un des éléments relatifs aux conditions de travail et notamment

---

[1]Directive n°89/391/CE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, *JOCE* n° L 183 du 29 juin 1989, p. 1-8. Elle a été modifiée par la directive n°2007/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007, *JOUE* n° L 165 du 27 juin 2007, p. 21-24.

[2] Il est accompagné de huit autres principes, tous énoncés au sein du même article. Les mesures arrêtées par l'employeur doivent permettre d' « *éviter la réalisation des risques, évaluer les risques ne pouvant être évités, combattre les risques à la source, tenir compte de l'évolution de la technique, remplacer ce qui est dangereux par ce qui ne [l'] est pas […] ou ce qui [l'] est moins […], planifier la prévention […], prendre des mesures de protection collective […] et donner les instructions appropriées aux travailleurs* ».

Toutefois, comme le souligne le Professeur Michèle BONNECHERE, une incertitude pèse sur la valeur juridique de ce principe. En effet, contrairement au principe de non-discrimination en raison de l'âge (v. *infra*, n°191 et s.) ; M. BONNECHÈRE, « Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? », *Dr. Ouvr*., mars 2012, n°764, p. 182-183.

[3] Les décisions rendues par la Cour à propos de cette directive, sanctionnent exclusivement des manquements en raison d'une transposition incomplète, tardive ou erronée. V. par ex : Aff. C-428/04 du 6 avril 2006, Commission c/ République d'Autriche, *Rec*. p. I-3325 ; Aff. C-127/05 du 14 juin 2007, Commission c/ Royaume-Uni de Grande Bretagne et Irlande du Nord, *Rec*. p. I-4619 ; Aff. C-226/06 du 5 juin 2008, Commission des Communautés européennes c/ République Française, *Rec*. p. I-86.

A propos des transpositions en droit interne de cette directive : *Communication de la Commission européenne* [..] *relative à la mise en œuvre pratique des dispositions des directives sur la santé et la sécurité au travail n°89/391 (directive-cadre), 89/654 (lieux de travail), 89/655 (équipements de travail), 89/656 (équipements de protection individuelle), 90/269 (manutention manuelle des charges) et 90/270 (équipements à écran de visualisation) du 5 février 2004*, COM (2004), 62.

celle[1] traitant de l'aménagement du temps de travail[2] dont l'importance est soulignée au sein même de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union[3] ou celles encadrant certaines activités[4].

[1]L'actuelle directive n°2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (*JOUE* n° L-288 du 18 novembre 2003, p. 9-19) a abrogé la directive n°93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, (*JOCE* n°L -307 du 13 décembre 1993, p. 18-24).

[2]Ce principe général a d'ailleurs été repris au considérant n°11 de la directive 2003/88: « *L'organisation du travail selon un certain rythme doit tenir compte du principe général de l'adaptation du travail à l'homme* ». Il était déjà présent au sein de la précédente directive au considérant n°15.

[3] Charte des Droits fondamentaux de l'Union, art 31 aL. 2 : « *Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale de travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés* ».

La CJUE est également très souvent sollicitée pour rappeler l'importance du respect des temps du travailleur. Par ex. : CJUE, 24 janvier 2012, aff. C-282/10, *Dominguez* (à propos du droit au congé annuel payé), RDT 2012, p.371, obs. M. VÉRICEL ; CJUE, 14 octobre 2010, *Union syndicale Solidaires Isère*, aff. C- 428/09, *Rec*. p. I-9961 ; *JCP S* 2010, 1568, note M. MORAND; *RJS* 2011/2, p. 101-102, obs. M. SCHMITT ; CJCE, 9 septembre 2003, *Jaeger* aff. C-151/02, *Rec*. I, p. 8389 ; *RJS* 2003, p. 942-945, obs. J.-Ph. LHERNOULD ;.

Cette problématique est toujours d'actualité, comme le révèle la demande formelle de la Commission adressée à la France, le 26 septembre 2013, à propos du temps de travail des médecins.

Sur le sujet, source de divergences entre les États membres, v. par ex., S. HENNION, « Questions sociales », in *Annuaire de droit de l'Union européenne 2011*, C. BLUMANN, F. PICOD, éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 647-649 ; Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social et au Comité de régions *sur la mise en œuvre par les États membres de la directive 2003/88/CE « directive sur le temps de travail »*, COM (2010), 802 final ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et sociale et au Comité des régions, « *Révision de la directive sur le temps du travail […]* », COM (2010) 801 final.

Cette conciliation avec les temps du travailleur est également développée dans le rapport pour la Commission européenne, *Au-delà de l'emploi*, dir. A. SUPIOT, Flammarion, Paris, 1999, p. 93-136.

[4]A titre d'exemple, nous citerons la directive n°2008/46/CE du Parlement et du Conseil du 23 avril 2008 modifiant la directive n°2004/40/CE concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives à l'exposition des travailleurs aux risques dus aux agents physiques (champs électromagnétiques) (18^{e} directive particulière au sens de l'article 16, paragraphe 1, de la directive 89/391/CEE), *JOUE* n°L-114 du 26 avril 2008, p. 88-89 ; Directive n°2009/104/CE du Conseil et du Parlement du 16 septembre 2009 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour l'utilisation par les travailleurs au travail d'équipements de travail (2^{e} directive particulière au sens de l'article 16, paragraphe 1, de la directive 89/391/CEE), *JOUE* n°L-260 du 3 octobre 2009, p. 5-18.

V. la liste in *Santé et sécurité au travail*, M. BABIN, Coll. Lamy Axe Droit, Wolters Kluwer France, 2011, p.15.

Ainsi, pour saisir véritablement l'étendue et la profondeur de la question de l'adaptation du travail à l'homme, l'étude du droit interne se révèle indispensable. Introduit en droit interne français, par la loi de transposition du 31 décembre 1991[1], le principe d'adaptation du travail à l'homme est présent au sein du Code du Travail à l'article L. 4121-2[2].

En droit allemand, la transposition a été plus tardive[3]. Si les dispositions françaises ne font que retranscrire celles de la directive, la loi allemande fait mention à l'article 4, siégeant au sein d'une partie intitulée « principes généraux »[4], des huit principes guidant l'action de l'employeur. À l'image du droit français, combattre le risque à la source et réduire autant que faire se peut le risque constituent des principes impératifs.

Mais en ce qui concerne l'adaptation du travail à l'homme, le droit allemand se distingue du droit français, car c'est seulement à partir d'une lecture combinée des alinéas 3 et 4 de l'article 4 de cette loi qu'apparaît le principe. Ainsi, l'employeur doit prendre en considération les avancées technologiques, de la médecine du travail et des évolutions en matière d'hygiène[5]. L'alinéa 4[1] qu'il faut rapprocher du 7[e] principe présent à l'article L. 4121-2 du

---

[1] Avec une certaine insuffisance selon la Commission et la CJCE, par la loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le Code du travail et le Code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail (1), *JORF* du 7 juillet 1992, p.319. Cette loi a inséré l'article L. 230-2 ancien du Code du travail, lequel a été modifié par l'ordonnance n°2001-175 du 22 février 2001 relative à la transposition de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (*JORF* du 24 février 2001, p. 3022), puis la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JORF* du 18 janvier 2002, p.1008) et enfin la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (*JORF* du 31 juillet 2003, p. 13021).

F. MEYER et F.KESSLER, « Les mesures d'hygiène et de sécurité à l'épreuve du droit communautaire : à propos de la transposition de la directive CEE 89/391 », *Dr. ouvrier* 1992, p. 161 ; P. CHAUMETTE, « Commentaire de la loi du 31 décembre 1991 relative aux obligations de l'employeur et du salarié en matière de sécurité au travail », *Dr. soc*. 1992, p. 337.

[2] C. trav. art. L. 230-2 ancien.

[3] Loi relative à la mise en œuvre de la directive-cadre et d'autres directives de la sécurité du travail (*Gesetz zur Umsetzung der EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz und weiterer Arbeitsschutz-Richtlinien*) intitulée la loi relative à la mise en œuvre des mesures de sécurité et de santé pour améliorer la santé et la sécurité des travailleurs au travail (*Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (Arbeitsschutzgesetz - ArbSchG)*)du 7/08/1996, *BGBl.*, du 20 août 1996, I , p. 1246.

[4] Similaire au Code du travail français (4[e] partie, livre 1[er], titre II).

[5] Il convient de relever que législateur allemand a mis l'accent sur la prise en compte des effets du bruit.

Code du travail français[2], impose à l'employeur de planifier les mesures de santé et sécurité en conjuguant technique, organisation du travail, conditions de travail, relations sociales et influence sur l'environnement ambiant (lieu de travail).

La prise en considération de la double dimension du travailleur nécessite l'élaboration d'instruments de mesures permettant constater (et parfois de déplorer) des conditions de travail contraires à ce principe de prévention. Si le droit peut imposer le respect de ce principe et en sanctionner les atteintes, notamment dans l'hypothèse d'un défaut de respect des temps du travailleur, le droit ne peut à lui seul révéler des conditions de travail non-conformes, démontrant ainsi que l'employeur a failli dans son obligation de sécurité de résultat. C'est une démarche pluridisciplinaire qu'il convient d'adopter, alliant l'ergonomie, la sociologie et la médecine du travail ainsi que la psychologie sociale, permettant de modeler les conditions de travail afin de les rendre respectueuses du corps et de l'esprit du travailleur subordonné.

2. Le refus d'une usure prématurée

126. Pour éviter de faire de la retraite, une échappatoire[3], « il convient de placer la protection de la santé au centre de l'organisation du travail » [4]. Or, « *les environnements de travail et des politiques managériales peuvent provoquer une accélération du vieillissement et de l'obsolescence chez les travailleurs* »[5] . Ainsi, il est tout à fait conforme au cycle de vie de l'être humain que l'acuité auditive d'un individu soit amenée à évoluer et à décroître avec l'avancée en âge. Ce phénomène peut être accéléré en raison d'une surexposition au bruit entraînant progressivement une surdité définitive, agrémentée de troubles du sommeil et de

En langue allemande: « *bei den Maßnahmen sind der Stand von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen* ».

[1]En langue allemande: « *Maßnahmen sind mit dem Ziel zu planen, Technik, Arbeitsorganisation, sonstige Arbeitsbedingungen, soziale Beziehungen und Einfluß der Umwelt auf den Arbeitsplatz sachgerecht zu verknüpfen* »

[2] Le législateur français a toutefois insisté sur la prévention du risque lié au harcèlement moral.

[3] A. MIAS, *Les risques professionnels, Peut-on soigner le travail*, Ellipses, 2010, p. 126-127.

[4] M. BABIN, *op.cit.*, n°26, p. 31.

[5] V° Age et générations, in *Dictionnaire du travail*, dir. A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS, Quadrige, PUF, 2012, p. 22.

risques cardio-vasculaires[1]. Dans le déroulement de l'activité professionnelle, le travailleur est également amené à recourir à l'un de ses cinq sens, tels que la vue. Or, si les effets du vieillissement se manifestent par une diminution progressive de l'acuité visuelle[2], l'environnement de travail peut accélérer ce processus.

Les sciences de l'ergonomie permettent de lutter contre cette usure prématurée de l'intégrité physique et mentale du travailleur, en améliorant notamment l'environnement physique du travail. L'ergonomie[3] est définie comme étant « *une discipline scientifique qui vise la compréhension fondamentale des interactions entre les êtres humains et les autres composantes d'un système, et la profession qui applique principes théoriques, données et méthodes en vue d'optimiser le bien-être des personnes et la performance globale des systèmes* »[4].

Pour parvenir à ce double objectif, alliant la protection de l'humain et la compétitivité de l'activité, des sous-objectifs multiples sont poursuivis, concernant aussi bien le choix de la technologie la plus adaptée au personnel disponible, que le soin apporté dans l'environnement du poste de travail, ou la détection des signes de fatigue, physique et mentale, ou la recherche d'une corrélation entre les objectifs de formation et les postes de travail[5]… Le résultat des travaux de ces spécialistes imprègnent la législation sociale, permettant ainsi de tendre vers une amélioration significative des conditions de travail des travailleurs. Il en est ainsi de la réglementation relative au bruit[6]. Une perte de l'acuité auditive en raison de l'âge apparaît comme l'un des signes du vieillissement. En revanche, sa survenue précoce en raison de

---

[1] J.-P. LIBERT et F. TELLIEZ, Le bruit en milieu professionnel, in *Ergonomie et prévention des risques professionnels, Tome 1, L'environnement physique du travail et ses contraintes,* dir. de P. HARICHAUX et J.-P. LIBERT, Chiron Ed., 2003, Paris, p. 20-24.

[2] Cela entraîne entre autre une *« réduction de l'amplitude d'accommodation à l'origine de la presbytie* », un « *rétrécissement pupillaire* » imposant une augmentation de l'éclairage, une « *diminution du champ visuel* »…
V. BACH, Vision et éclairage, in *Ergonomie et prévention des risques professionnels, Tome 1, L'environnement physique du travail et ses contraintes, ibid.,* p.83

[3] En grec « *ergon* » signifie travail et « *nomos* », lois.

[4] V° Ergonomie, in *Dictionnaire du travail, op. cit.*

[5] L. BELLONE, *Amélioration de la condition de l'homme au travail ; Manuel d'ergonomie, les éditions d'organisation*, Paris, 1976, p. 37.

[6] Au sens courant, cela désigne un « *ensemble de sons produits par des vibrations plus ou moins irrégulières* » ou « *tout phénomène perceptible par l'ouïe* ». L'Association Française de Normalisation (Groupe AFNOR) a également sa propre définition : « *toute sensation auditive désagréable ou gênante, tout phénomène acoustique produisant cette sensation, tout son ayant un caractère aléatoire qui n'a pas de composantes définies* ».

l'exercice d'une activité professionnelle déterminée ne peut être acceptée comme étant un dommage collatéral. Les législateurs aidés des travaux des ergonomes, se sont emparés de la question aboutissant à une réglementation particulièrement exigeante envers les employeurs. Des seuils de prescriptions minimales ont été fixés au niveau de l'Union par voie de directive. L'une d'entre elles est dédiée à la protection des travailleurs contre le bruit[1]. Elle détermine les paramètres physiques pour mesurer le bruit, tout en arrêtant diverses valeurs, notamment la valeur limite d'exposition hebdomadaire (s'élevant à 87 décibels avec les protections auditives individuelles) ou les seuils à partir duquel l'employeur est tenu de mettre en œuvre tous les moyens possibles pour réduire le bruit[2]…

Toutefois, cette nocivité auditive ne doit pas seulement être combattue en fournissant des dispositifs de protection aux travailleurs, ces prescriptions imposent de la détruire à la source, ce qui signifie réduire les bruits émis par les machines utilisées dans le processus de production. Le droit de l'Union s'est également préoccupé de cette question de l'amélioration de la conception des machines[3], adaptant ainsi le travail à l'homme[4].

---

[1] Directive 2003/10/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 février 2003, concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives à l'exposition des travailleurs aux risques dus aux agents physiques (bruit) (17e directive particulière au sens de l'article 16, paragraphe 1, de la directive 89/391/CEE), *JOUE* n° L-42 du 15 février 2003, p. 38-44. Etant une directive particulière prévue par les dispositions de la directive-cadre n°89/391/CE, elle est également concernée par les modifications ayant affectées cette dernière.

[2] Ce seuil est de 80 (seuil d'alerte) à 85 dB (seuil de danger). Ce niveau équivaut au bruit généré par un trafic routier dense ou dans un restaurant scolaire. Pour illustrer le passage au 90 dB, cela correspond au bruit produit par une tronçonneuse ou une tondeuse.

[3]Directive n°2006/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 relative aux machines et modifiant la directive 95/16/CE, *JOUE* n° L-157 du 9 juin 2006, p. 24-86 (à propos du bruit, p. 45 et 49).

Il convient de préciser que deux directives ont précédé la directive en vigueur. La plus ancienne date du 14 juin 1989 (directive n°89/392/CEE du Conseil, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux machines, *JOCE* n°L-183 du 29 juin 1989, p. 9-32). Puis en 1998, elle a été codifiée par la directive n°98/37/CE du Parlement et du Conseil du 22 juin 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux machines (*JOCE* n °L-207 du 23 juillet 1998, p. 1-46).

[4]Le principe général de prévention apparaît au paragraphe traitant de l'ergonomie (1.1.6 p. 37) : « *dans les conditions prévues d'utilisation, la gêne, la fatigue et les contraintes physiques et psychiques de l'opérateur doivent être réduites au minimum compte tenu des principes ergonomiques suivants: tenir compte de la variabilité des opérateurs en ce qui concerne leurs données morphologiques, leur force et leur résistance ; offrir assez d'espace pour les mouvements des différentes parties du corps de l'opérateur ; éviter un rythme de travail déterminé par la machine ; éviter une surveillance qui nécessite une concentration prolongée ; adapter l'interface homme-machine aux caractéristiques prévisibles des opérateurs* ».

Naturellement, ces directives ont été transposées en droit interne, français[1] et allemand[2]. Enfin, il convient de préciser que ces prescriptions sont complétées par des normes européennes[3] et internationales[4].

127. Cette lutte contre le bruit sur les milieux de travail n'est que l'un des aspects de l'adaptation du travail à l'homme. La même démarche a été retenue en ce qui concerne la conception des postes de travail afin d'éviter l'adoption d'une gestuelle inadaptée par le travailleur, entraînant une usure prématurée de son intégrité physique. Cette différence entre le travail prescrit et le travail réel[5] a été prise en compte par les ergonomes, ce qui a permis par exemple une amélioration de la conception des postes de travail. C'est par la directive n°89/654/CEE[6] que le législateur de l'Union a fait part de ses craintes à l'égard de la santé des travailleurs. Le législateur a imposé de respecter une certaine dimension des locaux[7] afin de permettre aux travailleurs de se mouvoir durant l'exercice de la prestation de travail. La prescription n°15-1 énonce que *« [l]es pièces de travail doivent avoir une superficie, une*

[1] Décret n°2008-1156 du 7 novembre 2008 relatif aux équipements de travail et aux équipements de protection individuelle, *JORF* n°262 du 9 novembre 2008, p. 17243.

[2] Neuvième loi portant transposition de la directive machine modifiant la loi sur la sécurité des produits et des équipements, *Neunte Verordnung zum Geräte und Produktsicherheitsgesetz Maschinenverordnung* du 12 mai 1993, *BGBl* I, p.704.

[3] Par exemple, le Comité européen de normalisation (CEN) est chargé de l'harmonisation des normes (entre autres) de sécurité des travailleurs, à destination notamment des travailleurs sur route en définissant les caractéristiques de leurs vêtements (visibilité, résistance…). Cela s'est traduit par l'avènement de la norme EN471.

[4] L'Organisation Internationale de normalisation produit des normes spécifiques, dont certaines concernent les travailleurs, comme la norme ISO 27065 :2011 relative aux vêtements de protection portés par les opérateurs appliquant des pesticides liquides.

[5] Le travail prescrit correspond aux prescriptions de l'employeur pour parvenir à la réalisation de la tâche, tandis que le travail réel se rapporte aux comportements et modalités adoptés par le travailleur pour exécuter la tâche. Des écarts peuvent apparaître entre les deux, en raison des difficultés liées au temps, à l'organisation de travail, voire même la dureté des prescriptions de sécurité ; C. DEJOURS, L'évaluation *du travail à l'épreuve du réel*, INRA, Paris, 2003, p. 13-18 (à propos de la fraude, une composante indispensable du travail).

[6] Directive n°89/654/CEE du Conseil, du 30 novembre 1989, concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour les lieux de travail (1ère directive au sens de l'article 16 de la directive n°89/391/CEE), *JOCE* n°L-393 du 30/12/1989, p.1-12.

[7] 15e prescription : « Dimension et volume d'air des locaux - Espace pour la liberté de mouvement au poste de travail » in Annexe I : Prescriptions minimales de sécurité et de santé pour les lieux de travail utilisés pour la première fois, visées à l'article 3 de la directive n°89/654, *op.cit.*

hauteur et un volume d'air permettant aux travailleurs d'exécuter leur travail sans risque pour la sécurité, la santé ou le bien-être » et la prescription n°15-2 ajoute que « *Les dimensions de la superficie libre non meublée du poste de travail doivent être calculées de telle façon que le personnel dispose de suffisamment de liberté de mouvement pour ses activités […]*». Ce faisant, le législateur de l'Union s'oppose à l'adaptation de l'homme aux circonférences de la machine, puisque la superficie de son poste de travail (et de la pièce) doit être liée à l'activité du travailleur et non réduite aux besoins de la machine. Si la protection de l'intégrité physique du travailleur est recherchée, cette action ne peut pleinement s'accomplir qu'en concevant les postes de travail en fonction des impératifs humains. La directive 89/655/CEE[1] impose à l'employeur de prendre « *les mesures nécessaires afin que les équipements de travail mis à la disposition des travailleurs dans l'entreprise et/ou l'établissement soient appropriés au travail à réaliser ou convenablement adaptés à cet effet, permettant d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs lors de l'utilisation de ces équipements de travail* ». Le choix des équipements n'est pas neutre, il est guidé par la prise en considération des conditions et des caractéristiques spécifiques de travail et des risques existants dans l'entreprise ou ceux susceptibles d'être générés par l'emploi de ces équipements[2]. Lors de la conception des postes de travail, comme par exemple un bureau, le choix de l'employeur devra obéir aux règles de l'ergonomie, respectant ainsi les dispositions de l'Union, du droit interne, mais également du droit international. C'est seulement en se contraignant à ces règles que l'employeur pourra lutter et réduire l'éventuelle survenance d'un trouble musculo-squelettique[3] en la personne de son salarié et favorisant conséquemment un vieillissement dans l'emploi, sain et actif.

---

[1] Cette directive a par la suite été modifiée par la directive 95/63/CE du Conseil, du 5 décembre 1995, […] *JOCE* n°L-335 du 30/12/1995, p. 28–36, puis complétée par la directive n°2001/45/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 (à propos du travail en hauteur), *JOCE* n°L-195 du 19/7/2001, p. 46–49. La dernière modification à l'heure actuelle correspond à la directive n°2007/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007 […] relative à la simplification et de la rationalisation des rapports relatifs à la mise en œuvre pratique, *JOUE* n°L-l65 du 27 juin 2007, p. 21-24.

[2] Article 3 de la directive n°89/655/CEE.

[3]Le trouble musculo-squelettique (T.M.S.) fait référence une affection touchant l'appareil musculo-squelettique. « *Ils concernent tous les segments corporels permettant à l'homme de se mouvoir et de travailler* ». Sont ainsi englobés : « *la fatigue posturale, réversible après l'effort, [mais aussi les] processus lésionnels à l'origine de pathologies nécessitant une thérapeutique spécifique* ». En présence de sollicitations biomécaniques (effort, position des articulations…) supérieures aux capacités fonctionnelles du travailleur, le potentiel de réalisation de ce risque s'accroît. F. TELLIEZ, Dimension du problème des TMS, in *Ergonomie et Prévention des risques*

Le rôle de l'employeur[1] dans la protection de la double dimension du travailleur est donc essentiel. Cependant la prise en compte de la dimension physiologique du salarié, à travers son corps et son mental, s'avère insuffisante, si l'employeur se détache des effets de l'écoulement du temps sur le niveau de compétences de celui-ci.

B. Le maintien de l'employabilité recherché

128. Evoquer le vieillissement du travailleur, entraîne nécessairement la prise en compte de ses effets sur le niveau de compétences reconnu au travailleur. En effet, lors de la phase de recrutement, l'employeur peut recourir à divers moyens pour sélectionner les candidats, tels que le niveau de diplôme ou l'expérience. Encore faut-il que l'expérience acquise par le travailleur ait été reconnue, ou que celle-ci ait fait l'objet d'une actualisation au fur et à mesure de l'évolution des technologies utilisées dans le cadre de son activité…

Ces quelques problématiques renvoient à l'une des autres obligations de l'employeur, à savoir le maintien et l'actualisation des capacités de ses salariés. Il faut en effet garder à

---

professionnels, Tome 2, Les contraintes musculo-squelettiques et leur prévention, dir. par P. HARICHAUX et J.-P. LIBERT, Chiron éd., 2003, Paris, p. 9 et le tableau p. 10 ; V°troubles musculo-squelettiques, N. HATZFELD, in *Dictionnaire du travail*, *op.cit.* ; v. aussi pour les TMS et les risques psychosociaux : L. LEROUGE, *Les risques psychosociaux en Europe : analyse jurisprudentielle, droit communautaire, Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède*, dir. L. LEROUGE, avec les contributions de T. AUBERT-MONPEYSSEN, M. L. ARASTEY SAHUN, M. BLATMAN, A. SUDÉN, L. CALAFA, H. TISSANDIER, V. POUCET, R. M. WALDEN, M. RICHARD-MOLARD, M. ZUMFELDE, L'Harmattan, 2013, 206 p. ; M. DEL SOL, *L'entreprise face aux risques professionnels,* éd. Liaisons sociales, 2003,171 p. et *Quels liens entre santé et travail dans notre système de protection sociale ?* (2004-2006) , rapport final, MiRe, 2006, 139 p. (synthétisé in *La lettre de la MIRE*, n° 11, octobre 2006, p. 10-12) ; A. MIAS, *op.cit*., p. 30-39.

[1] Il n'est pas seul face à cette tâche. L'efficience de cette action de prévention de la santé et de la sécurité des travailleurs requiert la contribution de nombreux acteurs présents au sein de l'entreprise (le travailleur, les institutions représentatives du personnel comme le Comité d'Hygiène et de Sécurité des Conditions de Travail, le Comité d'entreprise, les délégués du personnel) et à l'extérieur (médecin du travail, l'intervenant en prévention des risques professionnel, l'État, les institutions spécialisées telles que l'Agence pour l'Amélioration des Conditions de travail). V. M. BABIN, *op. cit.*, n°141-236.

Par exemple, pour une opération menée avec succès : V. l'expérience des diables rouges de la réparation navale marseillaise menée sous l'impulsion d'un employeur M. Terrin et d'un syndicaliste M. Unali, in P. TRINQUET, *Prévenir les dégâts du travail : l'ergoprévention*, Le travail humain, PUF, 1ère éd. 2009, p.85-109.

Pour des exemples plus malheureux, V. l'affaire du téléphérique du Pic de Bure ou du Queen Mary II ; P. TRINQUET, *ibid*., p. 15-30.

l'esprit qu'un travailleur âgé de 50 ans demeurera actif au moins jusqu'au seuil d'âge à partir duquel il pourra obtenir un niveau de pension satisfaisant, ce qui représente entre 12[1] et 17 années et même plus. Or, pour rester actif, voire attractif pour les employeurs, l'employabilité détient une place essentielle. Enjeu décisif pour le salarié, l'actualisation de ses connaissances lui permettra de demeurer sur le marché du travail, en s'adaptant aux besoins de son employeur actuel ou futur (1).

C'est ainsi que le législateur impose à l'employeur de veiller au maintien des capacités de son salarié à l'évolution de son métier, dépassant par conséquent le cadre de l'entreprise, pour privilégier la conservation des capacités à rester dans une situation d'emploi (2).

La mission confiée à l'employeur ne peut se limiter à cette question du maintien des capacités. Ce faisant, il se priverait non seulement d'une main d'œuvre, mais aussi et surtout de leur expérience et notamment, de la capacité d'adapter leur savoir à la prestation à réaliser.

Prendre en considération le vieillissement requiert le développement de stratégie d'anticipation et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences constitue un outil précieux en la matière (3).

1. La promotion de l'adaptation à l'environnement professionnel

129. Issue des pratiques managériales, l'employabilité se définit comme étant « *l'aptitude à obtenir et conserver un emploi "normal", c'est-à-dire non protégé* »[2]. Comme l'explique le Professeur d'économie, M. Bernard GAZIER, cela peut se révéler stigmatisant, car le risque de l'inemployabilité peut être considéré comme résultant de la seule aptitude et motivation des individus et *excluant* toutes contributions des autres acteurs du marché du travail.

Mais dans sa définition actuelle[3], l'employabilité est attachée aux projets de sécurisation des parcours professionnels. M. le Professeur Jacques LE GOFF[1] définit l'employabilité

[1] Il ne faut toutefois pas ôter la part de subjectivité qui guide la décision de l'individu (pénibilité, handicap…). Mais objectivement, le salarié français peut demander à liquider sa pension à partir de 62 ans (ce qui ne signifie pas nécessairement le taux plein) et le salarié allemand ne peut demander la liquidation de sa pension qu'à partir de 67 ans.

[2] V° Employabilité, in *Dictionnaire du travail, op. cit.* p. 246-252.

[3] Sur l'évolution historique de la notion : v° Employabilité, *ibid.*, p. 247-250 ; B. GAZIER, « L'employabilité, la complexité d'une notion », in *L'employabilité de la théorie à la pratique*, collectif éd. par P. WEINERT, M. BAKENS, P. BOLLEROT, M. PINESCHI-GAPENNE, U. WALWEI, Lang, 2001, p. 5-11.
Au début du 20e siècle, dans les pays anglo-saxons, l'employabilité était utilisée pour distinguer les individus définitivement inemployables de ceux, aptes à l'emploi. Les premiers relevaient de la bienfaisance publique

comme étant « *le souci de penser l'emploi dans la longue durée, comme un objet de prévision avec le souci de son adaptation optimale à un environnement devenu volatil. Etre employable signifie désormais, pour un salarié, se montrer capable de suivre le rythme accéléré de l'économie* ».

La définition donnée par M. BÉAL[2] rejoint celle citée précédemment, puisque « l'employabilité est en pratique la capacité d'un salarié à conserver ou obtenir un emploi, dans sa fonction ou dans une autre fonction, à son niveau hiérarchique ou un autre niveau, dans son entreprise ou une autre entreprise ». Indéniablement, cela signifie que le salarié doit posséder une formation et des compétences en adéquation aux besoins des entreprises. À défaut, celui-ci sera exclu du marché du travail, car il ne correspondra pas aux attentes des entreprises. Ainsi, le recours au mot employabilité n'est pas neutre, puisqu'il peut « *condui[re] à voir dans les êtres humains des instruments qui doivent être adaptés aux besoins du marché* »[3].

130. Cette recherche de l'adéquation entre les compétences des travailleurs salariés et les besoins des entreprises correspond à la vision de l'Union européenne de la notion d'employabilité, évoquée lors de la Stratégie européenne pour l'emploi (S.E.E) adoptée en 1997[4]. L'adaptation des connaissances et des compétences des travailleurs aux besoins des

---

(malades, infirmes, inadaptés sociaux) et la perte d'emploi des seconds devait être considérée comme temporaire. M. le Professeur Jacques LE GOFF la désigne comme un « *concept scalpel, permettant d'identifier les irrécupérables, ceux définitivement écartés de l'emploi* » *in* « Employabilité et handicap », *RDSS* 2011, p. 796.

[1] J. LE GOFF, *ibid.*, p. 796.

[2] S. BÉAL, « Manquement à l'obligation d'adaptation et d'employabilité et indemnisation », *JCP S* 2008, 1283.

[3] A. SUPIOT, (« Ressources humaines et non "matériel humain" », *Le Monde initiatives*, novembre 2003, p. 14) cité par N. MAGGI-GERMAIN, « La capacité du salarié », *Dr. soc.* 2009, p.1236 ; v. aussi l'entretien du Professeur SUPIOT, « Les Europes possibles », *Esprit*, janvier 2009, p. 168-171.

[4] Depuis : Décision n°2013/208/UE du Conseil du 22 avril 2013 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOUE* n° L-118 du 30 avril 2013, p. 21-22 ; Décision n°2010/707/UE du Conseil du 21 octobre 2010 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOUE* n°L-308 du 24 novembre 2010, p. 46-51 ; Décision du Conseil du 12 juillet 2005 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOUE* L 205 du 6 août 2005, p. 21-27 ; Décision n°2003/578/CE du Conseil du 22 juillet 2003 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOUE* n° L-197 du 5/08/2003, p. 13-21 ; Communication de la Commission, *Modernising and improving social protection in the European Union* du 12 mars 1997, COM (1997), 102.

entreprises siège en bonne place[1] et s'assimile au modèle scandinave de l'employabilité, comme l'explique le Professeur CHASSARD[2]. Le but poursuivi est « *de maximiser l'utilisation du potentiel de capital humain de l'ensemble de la population en âge d'être active, quelques que soit ses capacités de départ* ».

Cette recherche d'une amélioration de la diversité dans l'emploi[3] toujours d'actualité, se manifeste notamment via la lutte contre le chômage, le développement du taux d'activité des femmes ou des travailleurs âgés.

Confrontés à des défis communs, dont le vieillissement de la population, *« un consensus autour de la direction générale à donner aux politiques économiques et de l'emploi de l'Union européenne* »[4] a été arrêté, imprégnant les grandes orientations des politiques économiques et les lignes directrices pour l'emploi. Vingt-quatre lignes directrices[5] avaient été retenues, posant « *les bases des programmes nationaux de réforme (P.A.N), en définissant*

[1] Quatre piliers ont été arrêtés en 1998 : l'amélioration de la capacité d'insertion professionnelle (Pilier I), le développement de l'esprit d'entreprise (Pilier II), l'adaptabilité des entreprises (l'équilibre entre la flexibilité et la sécurité) (Pilier III), le renforcement de l'égalité des chances (Pilier IV). Originellement conçu « *comme un moyen d'aider les chômeurs à retrouver un* emploi », le pilier I, relatif à l'employabilité, s'est enrichi lors du sommet de Lisbonne en 2000, par l'incorporation au sein de cette problématique, de la hausse du taux d'emploi des travailleurs âgés de 55 à 64 ans à 50% pour 2010. Adoptant « *une approche plus large couvrant l'ensemble du cycle de vie* », ce pilier est « *un facteur clé favorisant l'adaptation au changement* ». Les États membres sont encouragés à développer des actions destinées à « *prévenir et à combattre le chômage mais aussi à mobiliser les potentiels inexploités d'accroissement de la participation au marché du travail* ». C'est ainsi que siègent parmi les incitations en faveur de l'activation des indemnités chômage, « *l'amélioration de l'accès à un marché du travail favorisant l'insertion, l'accroissement de la capacité des travailleurs à demeurer actifs* » et « *la promotion de l'actualisation permanente des qualifications* ».

V. la Communication de la Commission au Conseil, concernant le projet de rapport conjoint sur l'emploi du 13 novembre 2002, *op.cit*.

[2] Y. CHASSARD, « L'émergence du concept de l'employabilité », *Dr. soc*. 1998, p. 903.

[3] Le Professeur CHASSARD considère que « *la Stratégie européenne pour l'emploi reconnaît la responsabilité collective de la société dans cette promotion de l'aptitude à l'emploi de l'ensemble de la force de travail* », ce qui représente « *la spécificité du modèle social européen* ». Même auteur, *ibid.*, p.903.

[4] Considérant n°5 de la décision n°2010/707/UE, *op. cit*.

[5] Décision du Conseil du 12 juillet 2005 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, (*op.cit.)*. Le considérant n°5 synthétise fort bien les objectifs poursuivis, à savoir « *le plein emploi, [la] qualité et [la] productivité du travail* », sans omettre « *la cohésion sociale* ».

les grandes priorités pour les réformes macroéconomiques, microéconomiques et du marché du travail pour l'ensemble de l'Union ». Ces dernières sont progressivement abaissées[1].

Dans le cadre de la Stratégie Europe 2020[2], en présence d'un nombre moindre de lignes directrices[3], l'employabilité demeure amplement parmi les axes à poursuivre pour parvenir à des taux d'emploi et de productivité élevés, tout en favorisant une croissance économique intelligente, durable et inclusive[4]… Elle est ainsi présente au cœur de deux lignes directrices. La ligne directrice n°7 relative à l'accroissement de la participation des hommes et des femmes au marché du travail, à la diminution du chômage structurel et à la promotion de la qualité de l'emploi, indispensable pour parvenir aux objectifs précités, fait la part belle au développement des régimes contractuels flexibles et fiables ou à la mise en place d'un système efficace de formation tout au long de la vie. Elle encourage le vieillissement actif, en soulignant la nécessité de rendre le travail financièrement attrayant, pour enfin atteindre un taux d'emploi des hommes et des femmes, âgés de 20-64 ans de 75% en 2020.

La ligne directrice n°8 relative au développement d'une main d'œuvre qualifiée pour répondre au besoin du marché, via la promotion de l'éducation et la formation professionnelle tout au long de la vie, se révèle plus explicite sur l'importance d'un haut niveau d'employabilité. Le Conseil énonce[5] que «*les États membres devraient encourager la productivité et l'employabilité en veillant à fournir un éventail de connaissances et de compétences, adapté à la demande actuelle et future du marché du travail...* ». Cette offre de formation doit s'adresser aussi bien aux travailleurs en situation d'emploi, que ceux qui en sont dépourvus. De même, les « *États membres devraient mettre au point des systèmes de reconnaissance des compétences acquises […], favoriser l'acquisition de compétences transversales afin de soutenir la créativité, l'innovation et l'esprit à entreprendre. Les efforts*

[1] En 2003, dix lignes directrices étaient comptabilisées. L'employabilité était toujours très présente au centre de diverses problématiques : la lutte contre le chômage (ligne 1), la promotion du développement du capital humain (ligne 4), l'accroissement l'offre de main d'œuvre et le vieillissement actif (ligne 5).
Décision n°2003/578/CE du Conseil du 22 juillet 2003 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *op.cit.*

[2] Décision n°2010/707/UE du Conseil du 21 octobre 2010 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *op.cit.*

[3] Au nombre de quatre ! v. l'annexe de la décision n°2010/707/UE, *préc.*

[4] Sortir renforcée de la crise fait également partie des 5 objectifs de la Stratégie Europe 2020, tout comme le développement de la cohésion sociale (considérant n°7).

[5] Les extraits suivants sont issus de la décision n°2010/707/UE du Conseil du 21 octobre 2010 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *préc.* .

devraient notamment être concentrés sur le soutien des travailleurs faiblement qualifiés ou ceux dont les qualifications sont obsolètes, l'amélioration de l'employabilité des travailleurs âgés et le renforcement de la formation, des compétences et de l'expérience des travailleurs très qualifiés ».

Celles-ci ont été maintenues en 2013[1].

Cette amélioration de l'employabilité prenant corps à travers une perpétuelle adaptation des compétences et des connaissances, doit contribuer à l'amélioration de la compétitivité de l'Union européenne[2]. En optant pour cette conception de l'employabilité, cela correspond comme le souligne le Professeur Jacques Le GOFF[3], à la fin du modèle arrêtant la transmission du savoir lors de la formation initiale, pour un modèle privilégiant la formation tout au long de la vie. Or, une telle démarche d'adaptation permanente impose la participation des entreprises et des pouvoirs publics.

2. Le maintien des capacités, une obligation légale impérieuse

131. Le consensus ayant permis aux États membres de l'Union de s'entendre sur le contenu des lignes directrices retenues dans le cadre des S.E.E révèle ses limites dans l'application pratique de l'employabilité[4]. Pour en saisir le sens dans toute son exhaustivité, un détour par le droit interne s'avère indispensable[5]. Toutefois, avant d'étudier la place de cette notion au sein de la législation sociale, une première précision s'impose. L'employabilité n'est pas un terme juridique, mais managérial et à ce titre, il est écarté par le législateur et le juge, comme nous le verrons ci-après, au profit du terme capacité. La capacité professionnelle correspond à « *l'ensemble des ressources qu'un individu peut mobiliser pour l'exécution d'un travail*[6] ». Ces ressources ne peuvent donc qu'évoluer au fil de l'avancée en âge du salarié et malheureusement cela n'est pas toujours positivement.

[1]Décision n°2013/208/UE du Conseil du 22 avril 2013 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOUE* n° L-118 du 30 avril 2013, p. 21-22.

[2] Considérant n°3 de la décision de 2010.

[3] J. LE GOFF, *op.cit.*, p. 798.

[4] Constat également dressé par le Professeur Stéphane de LA ROSA, in *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruylant, 2007, n°114.

[5] Cela renvoie au P.A.N. brièvement évoqué précédemment.

[6] S. GODELAIN, *La capacité juridique dans les contrats*, coll. des Thèses, Fondation Varennes, L.G.D.J., 2007, n°567-571. Cette auteur cite à juste propos (*ibid.*, n°571) la définition de J.-M. JOURBIER, assimilant les capacités professionnelles à une « *boîte à outils qu'un individu s'est construite à l'école, en formation*

Ainsi, la mise en œuvre d'une politique en faveur de l'employabilité, promue par l'Union européenne, s'effectue par trois démarches : l'anticipation, l'adaptation et la prévention[1]. Dans chacune d'entre elles, l'employeur joue un rôle décisif.

132. En droit du travail français, l'employeur a en effet l'obligation légale d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail[2]. En outre, le législateur lui impose de « *veille[r] au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations* [3]». Ces deux obligations, exposées en deux alinéas, sont distinctes[4], puisque l'une est restreinte au poste de travail occupé par le salarié (interne) et l'autre se révèle plus générale, allant au-delà de l'entreprise[5], obligeant l'employeur à se préoccuper du maintien de la capacité de son salarié à l'extérieur du lieu de travail.

Le défaut d'action en faveur d'un travailleur est sanctionné par les juges comme le révélait déjà le célèbre arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 février 1992, Expovit[6]. C'est ainsi que la Cour a retenu que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs*

---

professionnelle, initiale et continue au travers de l'expérience professionnelle et sociale ». « *Les compétences seraient les éléments constitutifs de la boîte à outils, la compétence la manière dont on utilise la boîte à outils* », « Compétence(s), qualification(s), un enjeu de reconnaissance », *Revue CFDT*, mars 2001, p. 23.

[1] J. LE GOFF, *op.cit.*, p. 798.

[2] C. trav. art. L. 6321-1 aL. 1.

[3] C. trav. art. L. 6321-1 aL. 2.

[4]M.-C. AMAUGER-LATTES et I. DESBARATS, *Droit de l'emploi des seniors*, Lamy, Axe Droit, 2011, n°119.

[5]Et mettre en œuvre une mobilité professionnelle…. Dans ce sens, lire l'article de Mme MAGGI-GERMAIN, « La capacité du salarié », *Dr. soc*. 2009, p. 1234.

Il faut relever l'existence de divergences doctrinales en la matière, puisque pour certains praticiens, l'employabilité désigne à la fois l'adaptation au poste de travail et le maintien des capacités à occuper un emploi. S. BÉAL et A. DODET, « Obligation d'adaptation et obligation d'employabilité », *JCP E* 2008, 1401 ; S. BÉAL, « Manquement à l'obligation … », *op.cit.*.

[6]Sur le fondement de l'article 1134 aL. 3 du Code civil : Soc. 25 février 1992, Sté Expovit c/ Dehaynain, pourvoi n°89-41634, *Bull. civ. V,* n°122; *D.* 1992, Somm. 294, obs. A. Lyon-Caen ; *D.*1992, p. 370 ; *JCP E* 1992, 162, note D. GATUMEL.

Il convient de mentionner que la jurisprudence antérieure n'admettait pas l'existence d'une telle obligation sauf dispositions légales ou conventionnelles contraires ; v. à propos d'un défaut de reclassement : Soc. 19 octobre 1978, pourvoi n°77-41.189, *Bull. civ. V,* n° 690 ; Y. PAGNERRE, *JCl Travail Traité,* Fasc. 61-20, Formation continue, Moyens d'accès, n°63.

emplois ». Toutefois, il est bon de rappeler qu'en l'espèce, la salariée avait fait l'objet d'un licenciement économique[1], en raison de son impossible reclassement. Aucune convention de conversion ne lui avait été proposée et quelques jours après son licenciement économique, une facturière avait été recrutée. Or, comme l'avaient constaté les juges du fond, cette salariée aurait pu bénéficier d'une mesure de reclassement dans cet emploi compatible avec ses compétences. L'employeur ayant décidé de procéder au licenciement économique de ses salariés, devra au préalable avoir respecté son obligation d'adaptation[2]. Il sera sanctionné en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le manquement à cette obligation légale d'adaptation est sanctionné spécifiquement. L'employeur n'est pas contraint de respecter cette obligation légale qu'au préalable d'une opération de licenciement économique. L'employeur est tout simplement tenu dans le cadre de l'exécution de bonne foi du contrat de travail, de veiller à cette adaptation du salarié à l'évolution de son emploi[3]. Tout manquement fera par conséquent l'objet d'une réparation spécifique. Cela est affirmé par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 23 octobre 2007[4] dont l'attendu s'avère particulièrement explicite :« *Au regard de l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail et de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, un manquement de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail, entraînant un préjudice distinct de celui résultant de sa rupture, est caractérisé dès lors que des salariés présents dans l'entreprise depuis respectivement 24 et 12 ans, n'ont bénéficié que d'un stage de formation continue de 3 jours* ».

En rapprochant les décisions précitées et le choix du législateur de marquer la différence entre les deux premiers alinéas de l'article L. 6321-1 du Code du Travail, il est difficile de ne

---

[1] Il s'agit d' « *un licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* » (C. trav. art. L. 1233-3 al.1er)

[2]Selon l'alinéa 1er de l'article L. 1233-4 du Code du travail, « *le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* ».

[3] Cela est le cas depuis la codification de l'apport de la jurisprudence *Expovit*, par l'article 17 de la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (1) (*JORF* du 20 janvier 2000 p. 975).

[4]Soc. 23 octobre 2007, UDO c/ Souliès et Pauleau, pourvoi n°06-40.950, *Bull. civ. V,* n°171 ; *Dr. soc.* 2008, p. 126-127, comm. de J. SAVATIER; S. BEAL et A. DODET, *op. cit.* ; *JCP E* 2008, p. 50-58, note sous arrêt ; *Dr. Ouv.* mai 2008, p. 296-298.

pas être séduit par la position de certains auteurs[1]. Pour l'un d'entre eux, nous assistons même à l'avènement d'un « *droit fondamental du travailleur* »[2] . Loin de constituer une garantie d'emploi au sein de son entreprise actuelle, cela signifie que l'employeur doit être condamné pour avoir manqué à son obligation, abandonnant ainsi des salariés, pourvus de qualifications et de compétences obsolètes, sur le marché du travail[3]. Cela a été confirmé par les juges dans une décision du 5 juin 2013[4].

Confortant l'obligation légale de l'employeur à travers un considérant désormais classique *« [l']employeur est tenu d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi* »[5], la Chambre sociale de la Cour de cassation ne fait que confirmer le rôle déterminant de l'employeur dans le maintien dans la situation d'emploi de ses salariés, entre les murs de l'entreprise et au-delà.

3. L'anticipation du vieillissement

133. Afin que le vieillissement ne soit pas synonyme de perte de compétences pour les entreprises[6], il est indispensable pour les employeurs de l'anticiper.

---

[1] N. MAGGI-GERMAIN, *op.cit*., p. 1234-1236 ; J.-E. RAY, « Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement », *Dr. soc*. 2008, p. 954-955.

[2] J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc*. 2010, p. 174 (à propos de l'arrêt de la Chambre sociale du 2 mars 2010 , pourvoi n°09-40.914 à 09-40.917, *inédit*).

[3]Et laissant ainsi à la charge de l'assurance chômage, le soin de dispenser les formations nécessaires pour accroître leur probabilité de retrouver un emploi. N. MAGGI-GERMAIN, *ibid*., p.1235.

[4] Soc. 5 juin 2013, pourvoi n°11-21.255 ; *D.* 2013, actualité du 4 juillet 2013, M. PEYRONNET ; *La Gazette du Palais*, 17 août 2013, n°229, p.19, note P. LE COHU ; Antérieurement : Soc. 23 juin 2010, Bourgau contre SAS ITTS, pourvoi n°09-41.912, inédit (préjudice distinct de la rupture) ; A. MARTINON, *JCP S* 2010, Autonomie de l'obligation d'adaptation, 1470.

[5]Soc. 13 juillet 2010, pourvois n° A.09-428.39 à W. 09-428.81, inédit ; *JCP S* 2010, 1386.

En l'espèce, la chambre sociale de la Cour de Cassation a considéré qu'en faisant part aux salariés, via un seul et même document, le projet de licenciement ainsi que l'ensemble des emplois existants et disponibles, l'employeur avait manqué à son obligation de reclassement. Pour la satisfaire, l'employeur doit soumettre à chaque salarié, une offre personnalisée de reclassement.

[6] Selon un rapport de la DARES, en 2008, 17 % des employeurs du secteur marchand estimaient être confrontés au risque de la disparition de compétences clés détenues par les travailleurs âgés dans les cinq années à venir. DARES, *analyses n°54*, septembre 2010, in Emploi des seniors : les craintes liées au vieillissement s'atténuent et les pratiques d'entreprises évoluent, *JCP S* 2010, act. 439.

Cette anticipation se matérialise à travers la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC). Il s'agit d'un outil de gestion, ayant pour objet, « *la conception, la mise en œuvre et le suivi de politique et plans d'actions cohérents, visant à réduire de façon anticipée les écarts entre les besoins et les ressources humaines de l'entreprise (en terme d'effectif et de compétence) en fonction de son plan stratégique […] et impliquant le salarié dans le cadre d'un projet d'évolution professionnelle* »[1] .

134. L'intérêt de la GPEC a été récemment rappelé par les partenaires sociaux au sein de l'accord national interprofessionnel (A.N.I.) du 11 janvier 2013[2], repris par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi[3]. Estimant cette étape nécessaire, les partenaires sociaux l'ont intégré à l'article 14 de cet accord. Ainsi, la GPEC constitue un « *outil d'anticipation qui peut, si l'on en fait bon usage, concilier besoins de performance des entreprises, aspiration des salariés et sécurisation de l'emploi. [Elle] installe un nouvel état d'esprit de dialogue entre la direction et les institutions représentatives du personnel (IRP). Un accord GPEC doit accompagner la vision stratégique à moyen et long terme de*

---

[1] Définition issu de : C. SAURET et D. THIERRY, *La Gestion prévisionnelle et préventive des emplois et des compétences*, L'Harmattan, 2ème éd., 1993, p. 23 ; Cité par F. HÉAS, « Retour sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *JCP S* 2008, 1300, étude, n°2.

Sur la GPEC : P.-H. ANTONMATTÉI, « GPEC : le renforcement de l'obligation triennale de négocier », *Dr. soc*. 2013, p. 791 et s. (sur la gestion prévisionnelle des compétences et la prévention des effets des mutations économiques) ; V. DROCHON et R. TAFFINI, « De l'incitation à la négociation dans l'entreprise sur la qualité de vie au travail », *JCP* S 2013, act. 372 ; H.-J. LEGRAND, « Sur un nouvel objet juridique indéfini, la GPEC », *Dr. soc*. 2006, p.330 ; J. INGALENS, « La GPEC, intérêts et limites pour la gestion du personnel », *Dr. soc*. 2007, p. 1074 ; Cité par F. HÉAS, *op cit.*, n°2.

[2] A.N.I. du 11 janvier 2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ; *JCP S* 2013, act. 30, Z. VILLALARD, J. de CALBIAC ; G. AUZERO, *Lexbase hebdo. éd. sociale* du 31 mars 2013, n°514, « Commentaire des articles 12 à 17 (Titre II) de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ».

Pour un commentaire de l'A.N.I., article par article, v. *Lexbase hebdo éd. soc.* du 31 mars 2013, n°514 ; v. aussi : *RDT* 3/2013, consacré à l'A.N.I. du 11 janvier 2013.

[3] Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* du 16 juin 2013, p. 9958.

De nombreux commentaires : v. not. les multiples contributions présentes dans le dossier spécial « *Loi relative à la sécurisation de l'emploi* », première et seconde partie de la revue *Dr. soc*. de septembre et d'octobre 2013.

A propos de la généralisation de la protection sociale complémentaire, v. *infra*, n°303 et s.

l'entreprise et contribuer à l'évolution de la carrière des salariés, notamment à travers la formation ».

Les termes de l'accord national interprofessionnel de 2008 étaient pourtant particulièrement explicites, énonçant que l'objectif de la GPEC est « *d'anticiper les évolutions prévisibles des emplois et des métiers, des compétences et des qualifications, liées aux mutations économiques, démographiques et technologiques prévisibles, au regard des stratégies des entreprises, pour permettre à celles-ci de renforcer leur dynamisme et leur compétitivité et aux salariés de disposer des informations et des outils dont ils ont besoin pour être les acteurs de leur parcours professionnel au sein de l'entreprise ou dans le cadre d'une mobilité externe*» [1] .

Il s'agit de parvenir à une adéquation entre les besoins et les ressources de l'entreprise , même à court terme, en faisant par exemple évoluer les compétences des salariés, via des actions de formation, mais aussi en étudiant la composition des effectifs, ce qui amène à aborder la question de la gestion des âges[2].

135. En ce qui concerne la prise en compte des effets du vieillissement au sein du processus de production, la G.PE.C. représente un outil inestimable d'anticipation pour les entreprises[3]. Malgré tout, l'intervention du législateur français s'est révélée décisive pour

[1]Préambule de l'A.N.I. du 14 novembre 2008 relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, *B.O.C.C.* 2009/32 du 5 septembre 2009.

[2] Article 9 sous b de l'A.N.I. du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail (*B.O.C.C.* 2008/18 du 31 mai 2008, p. 99-119) : « *[L'entreprise] doit […] prendre en compte [...] la gestion des âges, par l'organisation du travail et l'actualisation des compétences professionnelles qui sont les conditions d'un maintien en activité réussi des salariés en fin de carrière* ».

[3] F. HÉAS souligne les multiples formes de la GPEC . Elle peut être un remède faisant obstacle ou retardant un licenciement pour motif économique, soulignant ainsi ses liens avec la formation professionnelle. Elle renvoie également à l'obligation de négociation de certaines entreprises (F. HÉAS, *op.cit.*). A. MARTINON révèle la dualité de cet outil en opposant le rôle de gestion quantitative et la gestion qualitative des emplois (« La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *Dr. soc.* 2011, p. 614) ; M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, *Droit de l'emploi des seniors, op.cit.*, n°170.

A propos de la mise en œuvre concrète de la GPEC, v. le rapport pour la DARES, *Accords d'entreprises sur la GPEC : réalités et stratégies de mise en œuvre*, de X. BARON, F. BRUGGEMAN, C. CHEMIN-BOUZIR, P. GILBERT (coord.), en deux volumes (analyses et monographies), Groupe de Recherche en Gestion des Organismes, laboratoire de l'Institution d'Administration des entreprises de Paris, octobre 2012, disponible sur :

accroître la sensibilité des entreprises en la matière. C'est par le biais du droit négocié que les employeurs s'emparent de la question du vieillissement de leurs travailleurs. Cette négociation peut s'effectuer au niveau interprofessionnel, au niveau de la branche et de l'entreprise.

Chronologiquement, ce sont les négociations au niveau de la branche qui ont traité en premier de la gestion des âges[1].

Au niveau de la branche, le législateur a prévu depuis 2003[2] que « *les organisations liées par une convention de branche ou à défaut, par des accords professionnels se réunissent au moins une fois tous les trois ans pour négocier sur […] la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences […] des salariés âgés*».

Entre 2003-2007, beaucoup de ces accords portaient sur la cessation anticipée d'activité. Quelques organisations ont toutefois utilisé cette opportunité de négociation à bon escient, en abordant la question de l'employabilité des travailleurs âgés ou l'ergonomie des postes de travail[3].

En 2008[4], le législateur a enrichi le contenu de cette obligation de négociation en incluant l'emploi des travailleurs âgés[5]. Il a également exposé des exemples de mesures adéquates

---

http://www.chaire-mai.org/19-mars-12-journee-detude-et-table-ronde-sur-le-theme-apres-la-loi-et-dans-la-crise-la-gpec-a-t-elle-encore-un-avenir/

[1] En raison de l'échec de la négociation interprofessionnelle sur la pénibilité.

[2]Article 12 de la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites (1), *JORF*, 22 août 2003, p. 14310.

La négociation sur la GPEC fut intégrée au sein de l'article L. 132-12 ancien du Code du travail. L'article L. 2241-4 du Code du travail en vigueur a connu une dernière modification par l'intégration d'un nouvel objet possible de négociation, le contrat de génération (modification apportée par la loi n°2013-185, *op. cit*.). v. *infra*, n°135.

[3] M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, C. VICENS, *Etude sur l'évolution des dispositions concernant les seniors ainsi que les critères d'âge et d'ancienneté dans quelques accords de branches*, Rapport au COR, 2007, p.77-79.

[4] Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, *JORF* du 18 décembre 2008, p. 19291. Il faut mentionner que l'article L.138-24 du Code de la sécurité sociale a été abrogé en 2013 par l'article 3 de la loi n°2013-185 du 1er mars 2013 portant création du contrat de génération (*JORF* du 3 mars 2013, p. 3943).

[5] En 2008, le taux d'emploi des travailleurs âgés de 55 à 64 ans en France était de 38, 2% et en République fédérale d'Allemagne, il atteignait 53,7%. Pour l'ensemble des 27 États membres de l'Union, il était de 45,6%. En 2011, il est respectivement de 41, 5% pour la France, 59,9 % pour l'Allemagne et 47,4 pour l'Union (Source

pour favoriser la gestion des âges, comme l'anticipation des carrières professionnelles, la formation et la pénibilité.

Il convient de signaler que les organisations syndicales des salariés et les organisations patronales étaient parvenues à un consensus sur l'emploi des seniors en 2005[1]. Il s'agit d'un accord de choix stratégique[2], dont l'objet a consisté à préciser les orientations à suivre dans la négociation au niveau de la branche. Cet accord fait référence à la gestion anticipative des emplois et des compétences, ayant pour objet à la fois l'amélioration des conditions de travail (en termes d'ergonomie et d'organisation de travail) et la formation professionnelle[3]. Les contrats de professionnalisation, le droit individuel à la formation et les entretiens de seconde partie de carrière constituent des initiatives à encourager.

136. Cela n'a pas dispensé le législateur français d'intervenir afin de contraindre les employeurs à anticiper le vieillissement des salariés.

Dans le texte de loi du 17 décembre 2008[4], le législateur a imposé aux employeurs dont l'entreprise comporte au moins 50 salariés la conclusion d'un accord ou un plan d'action à propos de l'emploi des travailleurs âgés, c'est-à-dire âgés de 55 ans et plus.

Eurostat au 28 novembre 2012). Or, l'Union avait posé pour objectif pour l'année 2010, un taux d'emploi de ces travailleurs de 50%. L'intervention du législateur était urgente.

[1] C. WILLMANN, « Promouvoir le « vieillissement actif » : les modestes propositions des partenaires sociaux (ANI du 13 octobre 2005) », *Dr. soc*. 2006, p. 144 et « La place de l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 dans les politiques de vieillissement actif », *Lexbase hebdo éd. sociale* du 24 novembre 2005, n°191 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « L'accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors : un premier pas », *JCP S* 2005, étude 1129 ; P.-Y. VERKINDT, « Changer le regard sur le travail des seniors après l'ANI du 13 octobre 2005 », *Sem. soc. Lamy* du 31 octobre 2005, n°1234, p. 6-11.

[2] Il faut mentionner l'existence des ANI de gestion sociale relatif à la solidarité interentreprises et les ANI relatif aux réformes législatives. J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du Travail*, *op.cit.*, n°1315, p.1350.

[3] v. le titre II de l'accord.

[4] Il s'agit de la loi du 17 décembre 2008 (art. 87, al. II). Les dispositions relatives à cette obligation triennale de négocier à propos de l'emploi des travailleurs âgés de 55 ans et plus, avaient été insérées dans le Code de sécurité sociale, par la création d'un chapitre VIII ter au titre III du livre Ier.

P.-Y. VERKINDT, « La négociation d'entreprise sur les seniors », *Dr. soc.* 2009, p. 915, spéc. p. 920-922 ; v. aussi : Direction générale du travail, *Bilan de la négociation sur l'emploi des salariés âgés*, Document de travail n°14, pour la séance plénière du COR relative à la pénibilité, la transition emploi-retraite et l'élaboration de cas-types pour les projections du 21 novembre 2012.

Ces accords devaient porter au minimum sur trois domaines d'action. L'employeur avait ainsi le choix entre le recrutement des salariés âgés dans l'entreprise, l'anticipation de l'évolution des carrières professionnelles, l'amélioration des conditions de travail et prévention des situations de pénibilité, le développement des compétences et des qualifications et accès à la formation, l'aménagement des fins de carrière et de la transition entre activité et retraite ou la transmission des savoirs et des compétences et développement du tutorat[1]. Mais les accords devaient en outre, contenir un objectif chiffré de maintien dans l'emploi ou de recrutement, des indicateurs chiffrés pour mesurer l'efficience des mesures adoptées et des modalités de suivi pour parvenir aux objectifs définis[2].

A défaut d'accord, l'employeur s'exposait à une sanction financière[3], hormis dans l'hypothèse de la mise en œuvre d'un plan d'action, ou la présence d'un accord de branche étendu satisfaisant aux dispositions anciennes de l'article L. 2241-4 du Code du travail.

Elles sont anciennes en ce qu'elle reflète cette idée d'accord spécifique dédié aux seuls travailleurs âgés. En 2013[4], le dispositif en faveur des travailleurs âgés a connu une véritable évolution[5]. Etendu à son autre extrémité, il inclut de nouveaux bénéficiaires, les jeunes âgés de 16 à 25 ans. Devenu le contrat de génération, celui-ci met un terme à la pénalité financière[6]

[1] Cela était défini par le décret n°2009-560 du 20 mai 2009 relatif au contenu et à la validation des accords et des plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés, *JORF* du 21 mai 2009, p. 8502.

[2] CSS art. L. 138-25 ancien.

[3] CSS art. L. 138-24 ancien.

[4] Les partenaires sociaux sont parvenus à un ANI relatif au contrat de génération, le 19 octobre 2012. Même si quelques différences sont à noter, l'objectif et les modalités de fonctionnement du dispositif retenus par le législateur sont assez fidèles à la lettre de l'ANI.

Sur l'ANI : P.-Y. VERKINDT et E . GRAUJEMAN, *Réforme(s) des retraites et emploi des seniors, Le nouveau droit des retraites après les réformes de 2010 et 2012*, , 2e éd., *op.cit.*, p. 127-129 ; *JCP S* 2012, act. 469.

[5]Loi n°2013-185 du 1er mars 2013 portant création du contrat de génération, *JORF* du 3 mars 2013, p. 3943; Pour des références, v. *supra*, n°95-96.

Il ne s'agit toutefois pas d'une « révolution », comme l'explique le Professeur WILLMANN (« Le partage générationnel du travail. À propos du contrat de génération, loi n°2013-185 du 1er mars 2013 », *Dr. soc*. 2013, p. 529-541, spéc. n°14-32). Le législateur a déjà donné libre cours à de nombreuses reprises, à ce partage générationnel du travail par le passé.

[6] Exception faîte pour les entreprises de plus de 300 salariés. L'article L. 5121-14 du Code du travail maintient cette sanction financière à leur encontre en cas de défaut de couverture par un accord collectif ou un plan d'action.

justifiée par le défaut d'accord[1] conformément aux exigences de l'ancien article L. 138-25 du Code de la sécurité sociale, pour lui préférer l'aide financière. Mais le champ d'application personnel a été consciencieusement délimité.

Pour les entreprises de moins de 50 salariés[2], il suffit de recruter en CDI un jeune âgé de moins de 26 ans au jour de l'exécution de son contrat[3], tout en maintenant l'emploi d'un travailleur âgé d'au moins 57 ans[4], voire de recruter un travailleur âgé d'au moins 55 ans[5].

L'employeur doit toutefois être à jour dans le règlement des cotisations sociales.

Les entreprises employant plus de 50 et moins de 300 salariés, peuvent également en bénéficier, mais elles doivent respecter une condition supplémentaire, tenant à la conclusion d'un accord d'entreprise ou de groupe d'entreprise[6]. À défaut d'accord ou en présence d'un procès verbal constatant le désaccord entre l'employeur et les représentants des salariés, le législateur accepte sa substitution par un plan d'action ou à défaut, un accord de branche étendu en la matière[7].

En revanche, pour les entreprises d'au moins 300 salariés, le bénéfice de cette aide est refusé. Le législateur a préféré conserver l'effet de la pénalité financière pour sanctionner les entreprises ou groupes d'entreprises n'ayant pas conclu d'accord ou de plan d'action relatif au contrat de génération.

---

[1] Une phase transitoire a été retenue. Les entreprises soumises à l'obligation triennale, n'ayant pas conclu d'accord ou de plan d'action avant septembre 2012, demeurent sanctionnées financièrement, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi relative au contrat de génération. V. Circulaire interministérielle DSS/DGT/DGEFP/SASFL n°2012/17 du 2 octobre 2012 relative à la mise en œuvre de la pénalité prévue par l'article L. 138-24 du Code de la sécurité sociale dont sont redevables les entreprises employant au moins 50 salariés ou appartenant à un groupe dont l'effectif comprend au moins 50 salariés lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord en faveur de l'emploi des salariés âgés (n° NOR : ETSD1235881C). Disponible sur le site de Légifrance, rubrique circulaire et instruction.

[2] C. trav. art. L. 5121-7.

[3] Ou de moins de 30 ans, s'il s'agit d'un travailleur handicapé.

[4] Ou d'au moins 55 ans, s'il s'agit d'un travailleur handicapé.

[5] C. trav. art. L. 5121-17, I.

[6] C. trav. art. L. 5121-8.

[7] Le dispositif a un succès relatif à ce niveau, puisqu'au 31 octobre 2013, trois accords de branches ont été étendus et un seul signé. V. le site dédié, effectuant une mise en ligne au fur et à mesure de la signature des accords : http://travail-emploi.gouv.fr/contrat-de-generation,2232/accords-de-branches,2266/
Selon les chiffres du Ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle et du dialogue social, au 18 octobre 2013, près de 13 000 petites entreprises de moins de 50 salariés ont fait une demande d'aide.

Les accords conclus tant pour les entreprises de plus de 50 salariés que celles employant plus de 300 salariés[1], doivent être d'une durée de trois ans au maximum.

Reposant sur un diagnostic[2] révélant notamment l'efficience des mesures retenues lors des négociations imposées par la législation ancienne[3], l'accord doit inclure[4] des objectifs chiffrés en matière de recrutement des jeunes et du maintien dans l'emploi des travailleurs âgés, ainsi que les modalités d'intégration. La présence d'un calendrier prévisionnel détaillant les modalités de mise en œuvre, de suivi et d'évaluation, est également requise. Enfin, l'accord conclu doit faire l'objet d'une publicité auprès des salariés.

Le législateur a en outre fait le choix d'y incorporer les questions relatives à la prévention de la pénibilité et l'amélioration des conditions de travail des travailleurs âgés.

De très grandes similarités apparaissent avec le dispositif ancien, mais la différence majeure repose sur l'incitation financière. Pendant trois années, l'entreprise de moins de 300 salariés peut bénéficier d'une aide financière. Seule l'entreprise d'au moins 300 salariés en est exclue.

C'est en outre un choix délibéré de privilégier l'aide financière au soutien de la diversité dans l'emploi pour les petites et moyennes entreprises, puisque même lors de la négociation au niveau de la branche[5] (soit les représentants des salariés et les représentants des

---

[1] Les entreprises de plus de 300 salariés devaient conclure un accord ou un plan d'action unilatéral avant le 30 septembre 2013. A défaut, la pénalité financière de 1% doit les sanctionner. Le Ministre du travail a demandé le 12 septembre 2013, aux Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) et au préfet de faire preuve de compréhension, afin de permettre au jeu des négociations en cours de se poursuivre.
v. la lettre du Ministre Michel SAPIN, disponible sur le site dédié au contrat de génération : http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Lettre_Michel_SAPIN.pdf

[2] Parmi les éléments à prendre en considération : « *la pyramide des âges ; les caractéristiques des jeunes et des salariés âgés et à l'évolution de leur place respective dans l'entreprise, le groupe ou la branche sur les trois dernières années disponibles ; les prévisions de départ à la retraite ; les perspectives de recrutement ; les compétences dont la préservation est considérée comme essentielle pour l'entreprise, le groupe ou la branche, dites " compétences clés " et les conditions de travail des salariés âgés et aux situations de pénibilité, telles qu'identifiées, le cas échéant, dans les accords ou plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité, lorsqu'ils existent* », Décret n°2013-222 du 15 mars 2013 relatif au contrat de génération, *JORF* du 16 mars 2013, p. 4640.

[3] C. trav. art. L. 5121-10.

[4] C. trav. art. L. 5112-11.

[5] C. trav. art. L. 2241-4.

employeurs peuvent aborder le contrat de génération et encourager le développement d'une gestion active des âges. En effet, si l'on examine la lettre de l'article L. 2241-4 du Code du travail dans sa rédaction actuelle, celui-ci énonce que « *les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels se réunissent, au moins une fois tous les trois ans, pour négocier sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, et sur la prise en compte de la pénibilité du travail. La négociation peut également porter sur le contrat de génération* ».

137. Demeurant ainsi une option au niveau de la branche, le législateur encourage une prise en considération de proximité du problème du vieillissement des travailleurs, synonyme à la fois de perte de compétences et de difficultés de recrutement pour remplacer les pensionnés[1].

Il ne faut pas en déduire que ce mécanisme fait doublon avec la promotion de la GPEC, puisqu'il s'agit de deux dispositifs distincts, malgré le recours à la pyramide des âges pour saisir le poids de la dimension physiologique au sein de la masse salariale. L'un concerne la recherche de l'adéquation entre les ressources et les besoins de l'entreprise pour l'avenir et s'adresse dans l'idéal à l'ensemble des salariés. L'autre porte sur l'accès à une aide au recrutement et de maintien en situation d'emploi pour un public spécifiquement déterminé.

En effet, il suffit d'examiner le cas des entreprises d'au moins 300 salariés. L'obligation triennale de négocier sur le contrat de génération s'ajoute à l'obligation de négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, elle aussi triennale, car à défaut, ces entreprises s'exposent à des sanctions distinctes[2]. En l'absence de négociation relative au contrat de génération, l'entreprise peut être condamnée à une pénalité financière spécifique[3] et une négociation au niveau de la branche n'est pas recevable pour cette entreprise[1].

---

[1] Il convient de nuancer nos propos. Comme le relève le Professeur WILLMANN, dans l'hypothèse d'un échec de la négociation des partenaires sociaux, l'employeur est obligé d'élaborer un plan d'action. Mais dans ce cas, les « nouvelles » aspirations du législateur s'évanouissent, privilégiant fortement le maintien du travailleur âgé dans une situation d'emploi au détriment de ce lien générationnel tant promu. À propos de l'article L. 5121-10 du Code du travail : C. WILLMANN, *ibid.*., n°39.

[2] Cela concerne également les entreprises et groupes de dimension communautaire, ayant au moins une entreprise ou établissement employant 150 salariés en France, comme l'énonce l'article L. 2242-15 du Code du travail.

[3] L'article L.5121-9 du Code du Travail prévoit deux taux, soit la pénalité est plafonnée à 1% de la masse salariale au cours des périodes pendant lesquelles l'entreprise n'a pas été couverte par un accord ou plan d'action

Quant à la GPEC, l'ouverture des négociations s'impose sans que cela n'aboutisse nécessairement à un accord. Il s'agit d'une simple obligation de moyen et l'employeur ne peut être condamné qu'au paiement de dommages intérêts pour manquement à cette obligation[2].

Un autre élément permet de conforter la nécessaire distinction entre les deux dispositifs. S'il souhaite de mettre en place ce dispositif intergénérationnel au sein de son entreprise de moins de 300 salariés, l'employeur peut bénéficier d'un appui conseil, lui permettant d'établir un diagnostic et de choisir les actions et les mesures à privilégier, avec l'aide de la direction régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi de sa région. Cela est prévu à l'article L. 5121-3 alinéa 2 du Code du travail. L'alinéa 1er offre également ce soutien financier lorsque l'employeur (avec les mêmes conditions d'effectif) décide d'établir un plan de GPEC.

En ce qui concerne son contenu, l'accord ou à défaut le plan d'action, doit prévoir au moins deux des cinq actions adressées spécifiquement aux travailleurs âgés[3], telles que « *le recrutement de salariés âgés dans l'entreprise, le groupe ou la branche, l'anticipation des évolutions professionnelles et gestion des âges, l'organisation de la coopération intergénérationnelle, le développement des compétences et des qualifications et accès à la formation ou l'aménagement des fins de carrière et de la transition entre activité et retraite* ».

L'acte issu du droit négocié ou à défaut, du pouvoir de direction de l'employeur doit en outre s'attarder sur le mode de transmission des savoirs et des compétences, en direction des jeunes et des travailleurs âgés nouvellement recrutés. Il faut détecter « *les "compétences clés " [préalablement] dans le diagnostic* ». Cette transmission peut s'effectuer notamment par « *des binômes d'échange de compétences entre des salariés expérimentés et des jeunes ayant développé une première expérience professionnelle dans l'entreprise ou l'organisation de la diversité des âges au sein des équipes de travail*[4] ».

---

conforme, soit elle est plafonnée à 10 % des exonérations de cotisation accordées à l'entreprise en présence d'un montant supérieur.

[1] C. trav. art. L. 5121-10.

[2] Y. CHAGNY, « Une négociation pour les restructurations : la G.P.E.C. », *Dr. soc*. 2008, p.72.

A propos des sanctions civile et pénale : M.-C. AMAUGER-LATTES et I. DESBARATS, *op.cit.*, n°173-177 ; A. STOKI, « Les sanctions pénales de la négociation collective sur la GPEC », *JCP S* 2011, n°1226.

[3] C. trav. art. R. 5121-28 III sous c.

[4] C. trav. art. R. 5121-28, IV.

Sous l'impulsion du législateur français, la campagne de sensibilisation portant sur la perte imminente de ces mines de connaissances et d'expériences siégeant au sein des travailleurs âgés d'au moins 55 ans s'est développée. Cela s'apparente davantage à la recherche d'une prise de conscience chez les employeurs et non plus uniquement à une contrainte subi débouchant à des accords conclus en catastrophe[1]. Cette souplesse ne vaut toutefois que pour les petites et moyennes entreprises en raison du maintien de la pénalité financière.

Il est certain que le législateur ne s'y est pas trompé. C'est effectivement en développant la négociation au niveau de l'entreprise[2] que le vieillissement ne sera plus perçu comme étant une contrainte physiologique et légale, mais comme une chance subventionnée[3]. Ce faisant, il œuvre favorablement à l'avènement d'un concept de l'âge, appréhendé dans une dimension plus vaste que la seule minorité. L'âge correspondrait ainsi à la prise en considération de la dimension physiologique du travailleur, en constant vieillissement. L'employeur pourrait adapter l'exercice de l'activité en fonction de l'âge de l'être.

Encourager une gestion active des âges se révélera toutefois efficace que par le concours de plusieurs acteurs, tels que l'employeur, le comité d'entreprise, le comité d'hygiène et de sécurité des conditions de travail, les délégués syndicaux, les délégués du personnel, mais également et surtout les salariés.

§2. La gestion du vieillissement par le salarié

138. L'emploi du terme de « gestion » reflète l'ambivalence existant en la matière, dans la mesure où il n'existe pas juridiquement de responsabilité générale du salarié envers lui-même.

[1] Ce qui a souvent été déploré…V. DARES, *Les accords collectifs d'entreprise et plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés : une analyse de 116 textes*, Document d'études, février 2011, n°157, p.45 (à propos de la coordination entre les accords de branche et les accords d'entreprise).

[2] F. FAVENNEC-HÉRY, « La GPEC : l'environnement juridique », *Dr. soc*. 2007, p. 1070.

[3] Il convient de mentionner que le législateur a prévu de sanctionner l'employeur qui procède au licenciement pour un autre motif que la faute grave, la faute lourde ou l'inaptitude, ou rompt le contrat par voie conventionnelle, en lui interrompant définitivement le versement de l'aide (C. trav. art. L. 5121-17, IV).

De même, il est impossible pour un employeur de bénéficier d'une aide, s'il a effectué un licenciement économique sur les postes relevant de la catégorie professionnelle dans laquelle est prévue l'embauche ou un licenciement pour un motif autre que la faute grave ou lourde ou l'inaptitude pour ce poste ou une rupture conventionnelle homologuée, 6 mois avant la conclusion du CDI avec le jeune (C. trav. art. L. 5121-17, II, 1°).

Le salarié n'est lié que par une obligation partielle relative à sa sécurité et celle de ses collègues. Son obligation étant partielle, l'intitulé de ce paragraphe ne pouvait pas imposer son extension. Aussi, le terme « gestion » permet de saisir l'étendue des opportunités offertes au salarié, tout en respectant cette obligation partielle.

Car le salarié est également appelé à jouer un rôle dans la gestion de son vieillissement. Cela concerne à la fois sa dimension corporelle (A), mais également l'évolution de ces capacités à demeurer sur le marché du travail ou dans le processus de transmission de son savoir-faire (B). Sans sa contribution, il sera en effet difficile pour l'employeur de mettre en œuvre les mesures arrêtées dans l'accord d'entreprise ou le plan d'action.

A. Le salarié face au vieillissement de son corps

139. Le vieillissement du salarié représente une usure physiologique progressive, normale du corps du travailleur. De nombreuses normes, de niveaux distincts imposent aux employeurs de prendre en considération ce paramètre physiologique pour adapter les postes de travail, contribuant à offrir pour certains salariés, l'opportunité de vieillir dans l'emploi. Mais le salarié est également appelé à jouer un rôle dans la protection de sa propre santé.

À ce titre, il est pertinent de constater que la directive-cadre n°89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, comporte une section dédiée aux obligations de travailleurs. L'article 13 énonce que « ***chaque travailleur*** *[doit]* ***prendre soin****, selon ses possibilités, de sa* ***sécurité et de sa santé*** *ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail, conformément à sa formation et aux instructions de son employeur* ».

Il poursuit en prescrivant des consignes à destination des travailleurs, notamment utiliser correctement les machines, appareils, outils […], ou l'équipement de protection individuelle mis à leur disposition et le ranger à sa place après utilisation. Le travailleur ne doit « *pas mettre hors service, changer ou déplacer arbitrairement les dispositifs de sécurité propres notamment aux machines, appareils, outils, installations et bâtiments, et utiliser de tels dispositifs de sécurité correctement* ». Il doit également communiquer *« immédiatement, à l'employeur et/ou aux travailleurs ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, toute situation de travail dont ils ont un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et immédiat pour la sécurité et la santé ainsi que toute défectuosité constatée dans les systèmes de protection* ».

140. La transposition de cette directive en droit interne français[1] signifie la reconnaissance d'une obligation de sécurité destinée à préserver sa sécurité mais aussi celle des personnes concernées par ces actes ou omissions au travail, comme le dispose l'actuel article L. 4122-1 du Code du travail[2]. Toutefois, elle demeure secondaire par rapport à l'obligation de sécurité de résultat pesant sur l'employeur. Simple obligation de moyen du travailleur[3], l'appréciation de son respect par les juges impose la prise en considération de plusieurs éléments. En premier lieu, dans le cadre du rapport de subordination, l'employeur a la charge de transmettre les instructions à ses travailleurs, lesquels sont en possession d'un niveau de formation en matière de sécurité[4]. L'employeur doit donc transmettre les instructions et les salariés doivent avoir bénéficié d'une formation spécifique en matière de sécurité.

Enfin comme le souligne un auteur[5], un autre élément est pris en considération, à savoir les possibilités offertes au travailleur face à cette situation, incluant ainsi les caractéristiques propres au salarié, notamment l'âge ou les conditions physiques…. Ainsi, la jeunesse du salarié ou son âge avancé, sont des éléments (en principe[6]) pris en compte dans l'appréciation du juge sur la responsabilité du travailleur dans la gestion de l'événement.

---

[1] Loi n°91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le Code du travail et le Code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail, *op.cit.* ; C. ANDRÉ, « L'obligation salariale de sécurité est-elle une obligation de sécurité ? » *JCP S* 2008, étude, 1094 ; Y. SAINT-JOURS, « L'obligation de sécurité du salarié : prévention et responsabilité », *Dr. ouvr*. 2007, p. 560 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « L'obligation de sécurité du salarié », *Dr .soc.* 2007, p.687 ; P. CHAUMETTE, « Commentaire de la loi du 31 décembre 1991 relative aux obligations de l'employeur et du salarié en matière de sécurité au travail », *op.cit.*

[2] Par ex : Soc. 4 octobre 2011, pourvoi n° 10-18.862, *Bull. civ. V,* n° 220 ; *JCP S* 2011, act. 394, L. DAUXERRE. En l'espèce, le manquement du travailleur était constitué par le fait d'avoir laissé son chien attaquer une salariée sur le parking de l'entreprise.

[3] À défaut de respecter cette obligation de sécurité, le travailleur pourra faire l'objet d'une sanction disciplinaire prévue par le règlement intérieur de l'entreprise. A. COEURET, « La responsabilité du salarié en matière de sécurité et prévention des risques professionnels », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2002, 2ème partie, Etudes et documents, spé. I. B. (la réception de l'obligation par le droit disciplinaire).

[4] C. trav. art. L. 4121-2, 9° et R. 4141-3.

[5] Sur l'obligation de sécurité du travailleur : M. BABIN, *op.cit.*, n°174-180 (spéc. n°175) et à propos de la responsabilisation des travailleurs en matière de sécurité (instructions, formations et sanctions): n°319-335.

[6] H.K. GABA, « L'obligation de sécurité salariée : le malaise jurisprudentiel demeure », *D.* 2005, 1758 (à propos du défaut de prise en compte des possibilités offertes au salarié).

En terme de vieillissement, cela signifie que le travailleur est incité à respecter les consignes communiquées par son employeur[1], lui permettant une manipulation du matériel respectueuse de sa santé et ne provoquant pas une usure prématurée (encore faut-il qu'il ait bénéficié des formations adéquates).

Le dispositif d'alerte prévu au sein de la directive-cadre n°89/391/CEE concoure à la lutte contre l'usure prématurée et brutale. En droit interne français, ce droit d'alerte est complété par un droit de retrait présent depuis 1982[2], offrant la possibilité au salarié confronté à un péril dans le cadre de l'exécution de la prestation, de se retirer.

Le travailleur salarié est ainsi responsabilisé, même s'il convient de rappeler que l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur constitue l'essentiel du dispositif de protection. Cette responsabilisation existe aussi en droit allemand[3].

B. Le salarié face au vieillissement de ses capacités

141. Le travailleur subordonné doit en outre faire face aux effets de son vieillissement sur ses capacités, lesquelles sont exposées au risque de l'obsolescence ou tout simplement de disparition en raison de son départ de l'entreprise notamment par la demande de liquidation de sa pension vieillesse. De lui, dépendent partiellement le succès de sa formation (1) et aussi la conservation du savoir-faire dans l'entreprise(2).

1. Le travailleur, acteur de sa « *capabilité* »

142. Dans les développements précédents[4], il a été démontré qu'il existe un modèle européen de l'employabilité, reposant sur la combinaison des interventions des acteurs du marché du travail. Refusant d'imposer au seul employeur la charge de maintenir l'employabilité du travailleur (hypothèse d'un capitalisme rhénan) ou au seul travailleur

[1] S'agit-il d'une obligation d'obéissance ? H. K. GABA, *préc.*

[2] Loi n°82-1097 du 23 décembre 1982, relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, *JORF* du 26 décembre 1982, p. 3858 (4ème loi Auroux).

Ce droit est présent aux articles L. 4131-1 et L. 4131-3 du Code du travail.

[3] Cela correspond aux §15 (veiller à sa propre sécurité, respecter les consignes de sécurité) et §16 (droit d'alerte) de la loi relative à la sécurité au travail (*Arbeitsschutzgesetz*, *op.cit).*

[4] v. *supra*, n°129-130.

(anglo-saxon), le modèle de l'Union européenne privilégie la coresponsabilisation des acteurs, employeur et travailleur[1].

Aidé notamment des institutions représentatives du personnel lors de la négociation d'un accord relatif à la GPEC, l'employeur chargé de la mission d'adaptation des salariés à leur poste de travail et de surveiller le maintien de la capacité de son travailleur à occuper un emploi, proposera des formations[2]. Toutefois le maintien de la capacité à occuper un emploi ne mobilise pas uniquement les efforts de l'employeur[3]. Le succès de la formation dispensée est lié au salarié. Ainsi, dans l'hypothèse où le salarié refuse de suivre une action de formation décidée par son employeur, présente au sein du plan de formation de l'entreprise, cela peut même être constitutif d'une faute professionnelle, menaçant la pérennité de son emploi. Cela par exemple été retenu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 3 décembre 2008. En l'espèce, un ingénieur avait été licencié pour faute grave, car il avait refusé de suivre une formation d'adaptation aux évolutions technologiques de son emploi[4]. Il s'agit d'une jurisprudence constante[5] et seul un motif légitime[6] pourra justifier valablement le refus du

[1] P. BOLLEROT, « Deux acteurs de l'employabilité : l'employeur et le salarié », in *L'employabilité de la théorie à la pratique, op.cit*., p.65-66.

[2] A défaut de proposer une formation, l'employeur sera placé dans l'impossibilité de s'appuyer sur l'insuffisance professionnelle pour procéder au licenciement de son salarié, comme par ex., pour un employeur maintenant en toute conscience une salariée sur un poste dépassant ses compétences : Soc. 29 mai 2002, pourvoi n°00-40996, *Dr. soc.* 2002, p.779 ; S. GODELAIN, *op.cit*., n°591.

[3] Même si le bilan de compétence établi dans l'année qui suit le 45ème anniversaire y contribue nécessairement (C. trav. art. L. 6321-1 aL. 3).

[4]« *Mais attendu, d'une part, que, sans méconnaître les termes du litige fixés par la lettre du licenciement qui reprochait au salarié son insubordination pour avoir refusé de participer à une formation, la cour d'appel a fait ressortir que cette formation dont elle a relevé qu'elle était destinée à adapter l'intéressé aux évolutions technologiques de son emploi constituait une modalité d'exécution du contrat de travail et répondait à l'intérêt de l'entreprise ; que, d'autre part, en décidant que ce refus du salarié constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement, elle a par là-même écarté son argumentation selon laquelle la cause du licenciement serait autre ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé* ». Soc. 3 décembre 2008, pourvoi n°07-42.196, non publié.

[5] Soc. 5 décembre 2007, pourvoi n°06-42.905, non publié (refus fautif ; défaut de caractérisation d'une faute grave) ; *JCP S* 2008, 16, note A. BARREGES ; *RJS* 3/2008, n°314, p. 248-249 ; Soc. 3 mai 1990, pourvoi n°88-41.900, non publié (secrétaire licenciée pour avoir refusé de suivre une formation en comptabilité sans motif légitime).

[6] Toulouse, 24 mars 2000, n°99-801, cité in *RJS* 3/2008, n°314, à propos d'une formation se déroulant en dehors du lieu du travail, exerçant une contrainte importante pour la vie familiale de l'intéressé ; Reims, 11 janvier 1995, *RJS* 6/95 n°680, en raison du refus de prise en charge des frais de déplacements par l'employeur.

travailleur. Placé dans un rapport de subordination, le travailleur n'a donc pas d'autre choix que de respecter le pouvoir de direction de l'employeur, en suivant l'action de formation[1].

143. En revanche, le législateur français n'a pas imposé à l'employeur l'obligation de dispenser des formations participant au développement des compétences du travailleur. Au préalable, une définition rapide de la notion de compétence[2] s'impose afin de la distinguer des obligations de l'employeur. Ainsi, la compétence correspond à « *la capacité reconnue et validée à mobiliser et combiner différentes ressources (connaissances, savoir-faire, comportements professionnels) pour répondre de façon pertinente à des situations de travail*»[3].

Simple faculté[4], le défaut d'obligation en la matière a été relevé par quelques auteurs[5], mais il a le mérite d'être en accord avec le préambule de l'ANI du 5 décembre 2003[6]. Par conséquent, à défaut d'initiative de l'employeur, c'est au travailleur de veiller à l'actualisation, à l'amélioration ou à l'acquisition de nouvelles compétences. Ainsi, à défaut d'initiative de l'employeur, c'est au travailleur de veiller à l'actualisation, à l'amélioration ou à l'acquisition de nouvelles compétences.

---

[1] Il s'agit d'une obligation contractuelle, conformément à l'article L. 6321-2 du Code du travail ; M.-J. GOMEZ-MUSTEL, « Les enjeux de l'obligation d'adaptation », *Dr. soc.* 2004, p.504.

[2] Pour un travail de définition plus exhaustif, v. S. GODELAIN, *op.cit.*, n°559-571. L'auteur prend le temps de préciser le sens de trois notions : la qualification professionnelle entendu comme l'« *ensemble des références que peut présenter un salarié pour justifier son aptitude à occuper une fonction* », (n°560, p. 391) ; l'aptitude professionnelle qui correspond à l'« *appréciation concrète de la réalité de l'adéquation entre les qualités professionnelles et les exigences du poste* », n°562, p. 393) et la compétence (« *approche individuelle de la manière dont un travailleur réalise son travail* », n°564, p. 396).

[3]Définition de N. MAGGI-GERMAIN, « A propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue », *Dr. soc*. 1999, p. 692.

[4] L'alinéa 4 de l'article L. 6321-1 du Code du travail énonce « *[l'employeur]* ***peut*** *proposer des formations qui participent au développement des compétences…* ». Or, l'étude des 2 premiers alinéas nous a révélé l'existence d'une obligation et certainement pas une prérogative offerte à l'employeur.

[5] N. MAGGI-GERMAIN, *op.cit.*, p.1234 ; N. MOIZARD, « Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2008, p. 693.

[6] Plus précisément le 11ème considérant : « *chaque salarié [doit] être en mesure d'élaborer et de mettre en œuvre un projet professionnel qui tienne compte non seulement des besoins en qualification de son entreprise ou, plus généralement, de ceux du monde économique, mais aussi de sa propre ambition de développer ses connaissances, ses compétences et ses aptitudes professionnelles* ». Cela était en outre réaffirmé dans l'article1-1.

144. Pour accroître sa participation dans sa propre formation et le responsabiliser[1], le travailleur a la faculté de mettre en œuvre son droit à la formation (D.I.F)[2] s'il dispose d'une ancienneté suffisante[3]. Reposant sur l'initiative du travailleur, le D.I.F. permet au travailleur de bénéficier d'un crédit d'heures afin de suivre une formation destinée à obtenir une élévation de la qualification ou d'entretien des connaissances. La mise en œuvre du D.I.F. est soumise à l'accord de l'employeur.

De plus, toujours sous condition d'ancienneté[4], le travailleur a la possibilité de bénéficier d'un congé individuel de formation afin « *d'accéder à un niveau supérieur de qualification, de changer d'activité ou de profession* » et même, de développer sa culture ou exercer une activité bénévole[5]. Cela peut en outre lui offrir le temps de préparer un examen, comme le prévoit le législateur à l'article L. 6322-2 du Code du travail.

Le travailleur peut également faire les démarches pour obtenir la reconnaissance de son expérience à travers la Validation des Acquis de l'Expérience, lui permettant d'obtenir un diplôme attestant de l'acquisition de la qualification au même titre que la formation initiale[6]. Pour autant, l'employeur n'est pas contraint d'en reconnaître les effets, car il s'agit d'une démarche personnelle, aboutissant à la naissance de la compétence[7].

---

[1] « *Dans l'idée de compétence, il y a une idée supplémentaire par rapport à celle de qualification. C'est l'idée de responsabilité du salarié à l'égard du résultat... idée que a) il faut répondre au client b) il faut réagir au marché* » citation de J.-D. REYNAUD, « Le management par les compétences : un essai d'analyse », *Revue Sociologie du travail,* 2001, n°43, p.7 ; reprise par N. MOIZARD, *op.cit.*, p. 694 ; N. MAGGI-GERMAIN, « A propos de l'individualisation… », *op.cit.*, p. 693.

[2] Il faut souligner que la loi de sécurisation de l'emploi a créé un nouveau dispositif, le compte personnel de formation, ayant vocation à être universaliste, en organisant une véritable transférabilité des droits, indépendamment de la relation contractuelle. Mais comme le souligne Mme MAGGI-GERMAIN, de nombreux travailleurs en sont exclus, dont les travailleurs indépendants. Toutefois, cela constitue peut être le premier pas vers une formation professionnelle tout au long de la vie. A ce propos : « Le compte personnel de formation », *Dr. soc*. 2013, p.687 ; S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK, S. DOUGADOS, G. FRÈREJACQUES, « Sécurisation de l'emploi et formation professionnelle, *JCP S* 1289 ; C. WILLMANN, « Commentaire de l'article 5 de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi sur la création d'un compte personnel de formation », *Lexbase hebdo éd. sociale*, du 4 juillet 2013, n°534.

[3] C. trav. art. L. 6322-27.

[4] Ou en cas de désaccord pendant deux années civiles à propos de l'exercice du DIF.

[5] C.trav. art. L. 6322-1 aL. 2.

[6] C.trav. art. L. 6411-1.

[7] *v. supra*, note de bas de page n° 6, 168.

Ainsi pour éviter d'être confronté au risque du vieillissement de ses compétences, le travailleur doit manifester une certaine curiosité, le poussant à étudier les évolutions potentielles de son métier, conforter sa qualification initiale ou l'enrichir[1]. Mais qu'advient-il du salarié qui ne fait pas état d'une telle curiosité ? Des auteurs[2] se sont penchés sur cette question de la carence du travailleur dans l'exercice de son droit à la formation et s'il convient de mentionner l'absence d'obligation légale d'exercer ce droit à la formation, le vieillissement du travailleur et l'allongement de la durée de vie professionnelle seront très certainement à l'avenir, des facteurs décisifs dans le développement de l'intérêt individuel pour l'évolution positive de ses compétences[3]. Cela correspond sans équivoque à la recherche du développement de la « *capabilité* »[4] imposant au travailleur de mobiliser temps et énergie pour « *développer [sa] capacité à se découvrir des talents, à accéder au minimum de confiance et d'estime de soi pour relever le défi de l'emploi et de l'espace public […[5]]* ». À défaut, ce travailleur « *risque de s'exclure lui-même de l'entreprise en ne répondant plus aux attentes de celle-ci et plus tard, s'il doit rejoindre la liste d'attente des demandeurs d'emploi, de s'isoler sur le marché du travail*[6]». Appliqué au travailleur âgé, le maintien de la « *capabilité* » ne signifie pas autre chose que de se laisser un éventail de possibilités afin « *d'accomplir ce qu'elles ont raison d'accomplir*[7] ».

---

[1] «*Le salarié doit [dans ce contexte de flexibilisation des organisations du travail] savoir s'adapter en permanence au changement en entretenant ses compétences pour répondre aux besoins, en perpétuel mouvement, de l'entreprise »,* P. BOLLEROT, *op.cit.*, p.63 et p.66-68.

[2] N. MOIZARD, *op.cit.*, p.697-698 ; N. MAGGI-GERMAIN, « La formation professionnelle continue entre individualisation et personnalisation des droits des salariés », *Dr. soc.* 2004, p. 482.

[3] En 2010, la mise en œuvre du DIF n'avait été effectuée que par 600 000 salariés ; « Le DIF, la maturité modeste », par R. DESCAMPS, *Bref du Céreq*, n°229-2, mai 2012.

[4] Selon le Professeur et Prix Nobel d'économie A. SEN, cela fait référence à « *l'ensemble des fonctionnements potentielles accessibles à l'individu* ». « *Plus la liberté de choisir entre différents fonctionnements est importante, plus la capacité est élevée* ». Ce « *Tout ce dont l'individu est socialement capable permet de mesurer concrètement la liberté qu'il possède de choisir de mener tel ou tel type de vie* ». Cela impose à la fois la liberté positive, celle de réaliser des choix de vie qui lui sont propres et la liberté négative, celle de ne pas être contraint de privilégier un choix plutôt qu'un autre ; in A. RENAUT, *Egalité et discriminations, Un essai de philosophie politique appliquée*, Ed. Seuil, 2007, p.57-58.

[5] P. LE GOFF, *op.cit.*, p. 802. L'auteur fait référence à A. SEN lorsqu'il évoque la notion de « capabilité » (capability) et à la philosophe H. ARENDT, à propos de la présence de l'individu dans l'espace public.

[6] P. BOLLEROT, *op.cit.*, p.66.

[7] A. SEN par A. RENAUT, *op.cit.*, p.58.

2. Le travailleur, acteur de la transmission du savoir

145. Pour éviter cette perte des savoir-faire liée à la demande de liquidation de la pension de retraite, l'employeur doit mettre en œuvre des dispositifs chargés de recueillir ces précieuses ressources. Elles ne désignent pas véritablement le savoir constitué (diplômes, normes…), mais plus exactement le savoir investi, composé essentiellement de l'expérience[1]. Cette expérience est le fruit de l'adaptation du travailleur pour parvenir à réaliser de manière satisfaisante sa prestation.

Cela est à rattacher à l'opposition entre le travail prescrit et le travail réel. Le travail prescrit correspond à l'énoncé de la prestation que doit réaliser le travailleur, détenteur (en principe) des qualifications requises tels le diplôme, mais aussi les consignes, les prescriptions de l'employeur pour y parvenir. En revanche, le travail réel fait référence au comportement et aux modalités retenues par le travailleur pour parvenir à l'objectif attendu[2]. Comme l'énonce le Professeur DEJOURS, « *le travail ne se réduit jamais à l'exécution des prescriptions et des ordres formulés par la hiérarchie. […] Travailler implique, […] une obligation de repenser les objectifs à atteindre (la tâche) et le chemin qu'il faut parcourir pour tenter de les atteindre (l'activité). C'est dire que dans tout travail il faut user de son intelligence* »[3] .

En se mobilisant personnellement[4], le travailleur acquiert un savoir-faire, une expérience dont l'employeur ne peut se priver. Le lien avec la gestion active des âges évoquée précédemment est donc fort. Or, la transmission de ce savoir ne constitue pas une compétence innée pour le travailleur. Les employeurs doivent former le travailleur âgé afin de lui donner les outils pour transmettre avec efficacité son expérience, car le succès d'une telle entreprise repose sur les travailleurs chargés de transmettre et ceux qui reçoivent ce savoir.

---

[1] P. TRINQUET, *op.cit*., p. 148-154. L'auteur fait d'ailleurs un parallèle entre le travail mort et le travail vivant.

[2] P. TRINQUET, *ibid*., p.76 ; v. aussi P.-Y. CATANG, *Écart entre le travail prescrit et le travail réel : contribue-t-il à l'augmentation des contraintes psychologiques et organisationnelles des salariés de la mise en rayon des supermarchés de la région Grenobloise ?*, Thèse de médecine, Grenoble, 2012, p. 45-51.

[3] C. DEJOURS (dir.), *Conjurer la violence. Travail, violence et santé*, Ed. Payot et Rivages, 1ère éd. en 2007, rééd. en 2011, p. 20-22.

[4]Le Professeur DEJOURS évoque l'opiniâtreté dont doit faire preuve le travailleur face à un obstacle quelconque. Cela peut le mobiliser complètement et envahir sa vie personnelle (irritabilité, indisponibilité affective…), voire ses nuits (le travail du rêve ou le *Traumarbeit*), *préc*.

146. En France, antérieurement à l'entrée en vigueur du contrat de génération, des employeurs avaient déjà organisé une telle transmission du savoir. Pour certains, il s'agissait de respecter une obligation légale[1] et pour d'autres, une impérieuse nécessité pour assurer l'avenir de l'entreprise. En effet, la problématique du vieillissement pose la question de la pérennisation du savoir-faire, laquelle a imposé à certains employeurs d'organiser des heures de formation, parfois conséquentes pour garantir l'efficience du dispositif[2]. Cette démarche participative associant les salariés peut se matérialiser par la création de binôme réunissant un travailleur âgé et un jeune travailleur, parfois sans expérience ou titulaire d'un diplôme. L'employeur peut ainsi façonner le parcours du travailleur nouvellement intégré, tout en reconnaissant l'expérience et le savoir-faire du travailleur âgé, ce qui contribue à donner du sens à son investissement professionnel[3].

Cette offre de transmission peut également être perçue par le salarié âgé, ayant « *appris sur le tas* » et donc dépourvu du diplôme sanctionnant le niveau de savoir académique du destinataire de cet échange, comme un signe annonciateur de son départ de l'entreprise, voire une matérialisation de sa vieillesse[4].

---

[1] A titre de rappel, les entreprises de plus de 50 salariés avaient une obligation de négociation ; v. *supra*., n°133 et s. .

[2] L'ARACT des Pays de la Loire a organisé le 24 mai 2013, une rencontre portant sur la gestion des âges, intitulée "Mieux travailler ensemble à tous les âges". Relatant les expériences de quelques PME des Pays de la Loire, les employeurs soulignaient le rôle essentiel des travailleurs.

[3]Lors de cette rencontre, les employeurs expliquaient que certains salariés avaient manifesté une certaine réticence face aux formations proposées. Cela a été le cas pour une entreprise de 18 salariés, établie en Mayenne, produisant des kayaks pliants. Habitués au « *Travaille et tais-toi* » comme le disait une déléguée du personnel, certains salariés restaient dubitatifs, voire même susceptibles (« *Une formation ? Pour quoi faire ? Je sais fair*e »). Cela a requis un travail de communication à propos de l'intérêt de la formation. Après une formation de près de 500h en interne, plus adaptée aux besoins de l'entreprise, la mise en œuvre de la transmission du savoir est synonyme d'estime de soi, de reconnaissance et de maintien des capacités pour le travailleur âgé. Quant au destinataire de cet échange, celui-ci lui apporte non seulement un savoir-faire, mais aussi une place au sein de l'entreprise en tant que travailleur. Si cette entreprise est menée avec succès, l'employeur a réussi à conserver le savoir-faire des travailleurs âgés, assurant la pérennité de l'activité de son entreprise.

[4] Certains utilisent même le terme de mise au placard. Dans l'exemple précédent, les travailleurs âgés ayant participé à cet échange, ont pu bénéficier de la validation de leur expérience par la validation d'un diplôme (V.A.E.).

A propos de la réticence et les stratégies mises en œuvre par les travailleurs âgés pour ne pas être dépossédés trop rapidement de leur savoir : B. DELAY, « La transmission des savoirs dans l'entreprise », *Informations sociales* 2006/6, n°134, p. 66-77.

Cet objectif de transmission du savoir-faire constitue l'un des objectifs du contrat intergénérationnel[1]. Le financement de cette mesure favorisera éventuellement une approche intergénérationnelle de la gestion des âges plus active et à l'avenir, peut-être même volontaire[2].

[1]Il faut mentionner que la voie du tutorat s'est développée après l'entrée en vigueur de la loi de financement de la sécurité sociale. Mais le tuteur n'était pas nécessairement un travailleur âgé. C'est ce que révèle le rapport de B. MASINGUE, *Senior tuteur, comment faire mieux ?*, mars 2009, La Documentation française, p. 5-10. L'auteur souligne toutefois que certaines entreprises ont fait le choix de privilégier ce rapport intergénérationnel (travailleur âgé et travailleur novice), parfois en bénéficiant de financement de l'Union européenne via le dispositif EQUAL destiné à encourager les initiatives luttant contre les discriminations en matière d'emploi.

[2] Cela fait référence à l'une des préconisations de B. MASINGUE, le tutorat d'héritage. « *Il aurait pour objectif d'empêcher que la culture, les habiletés, les savoir-faire d'un professionnel reconnu ne soient perdus par sa communauté de travail en même temps que son départ de l'entreprise* », *ibid*., p. 29-30.

Conclusion du chapitre 2

147. À l'issue de ces développements, nous avons pu saisir le poids de la dimension physiologique de l'être dans les relations professionnelles. La vie professionnelle est ponctuée par des seuils.

Le premier et le plus important d'entre eux correspond à la majorité légale. Ce choix de distinguer les mineurs des majeurs se justifie en raison de l'immaturité de leur corps et de leur esprit. Il s'agit d'un objectif de protection, en ce sens que l'être humain, par son existence-même, doit se procurer les ressources nécessaires à la satisfaction de ses besoins primaires. Or, cette vérité est commune à tout âge.

Des bornes de protection ont ainsi été édifiées prenant appui sur cet indicateur révélant l'écoulement du temps chez l'être.

Une fois ce seuil de la majorité franchi, le temps perpétue son œuvre et l'individu est en perpétuel vieillissement. La dimension physiologique de l'être humain se révélant toujours présente, l'employeur doit composer avec elle. Il doit notamment assurer l'effectivité de son obligation de sécurité de résultat afin de garantir à tout le moins, une usure normale de l'intégrité physique[1].

Le vieillissement peut également constituer une menace sur la présence du salarié dans l'entreprise et plus généralement, sur le marché du travail. Le modèle européen de l'employabilité a participé au renforcement du rôle de l'employeur, devenu l'un des acteurs du maintien des capacités du travailleur à occuper un emploi.

Toutefois l'employeur ne doit pas être le seul à être mobilisé pour la bonne réalisation de ces objectifs. Dans le cadre de la relation de subordination, le travailleur est l'autre acteur de sa sécurité et de santé, certes dans des proportions moindres que l'employeur, mais sa contribution se révèle indispensable, notamment dans le respect des consignes de sécurité.

En outre, en complément des obligations légales de l'employeur, le travailleur est incité à entretenir ses compétences. Cela est conforme aux aspirations de la politique de l'Union européenne en matière d'emploi, qui placent de grands espoirs dans le développement de la participation des travailleurs dans la gestion de leurs compétences ainsi que dans la transmission des savoirs, permettant d'accroître la compétitivité des entreprises.

[1] Toutefois, l'employeur ne pourra jamais « rendre » le travailleur tel qu'il l'a pris lors du recrutement…

Il ne faut donc pas déduire de manière précipitée que le franchissement du seuil de la majorité entraîne la disparition de la dimension physiologique de l'être et plus simplement, son vieillissement. Si celui-ci ne constitue pas en lui-même une difficulté, ce sont ses effets sur l'intégrité physique et les compétences du salarié qui en suscitent. L'anticipation demeure le maître mot en la matière, car à défaut, cela ne correspondra plus à un simple vieillissement, remédiable par la prévention et la formation, mais à une impasse sur le plan professionnel.

Dans l'idéal, il conviendrait de constamment se préoccuper du travailleur, à tout âge et non simplement en raison du franchissement d'un seuil. Tous ces éléments contribuent à l'avènement d'un concept de l'âge, qui reposerait sur l'appréhension de la dimension physiologique de l'être à chaque instant du cycle.

Conclusion du titre 1

148. Selon le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit[1], le concept est un « *l'objet de pensée dont la source est le sujet épistémique aboutissant à une représentation générale d'une classe déterminée de phénomènes. Les phénomènes représentés peuvent appartenir au monde dit naturel (physique, physiologique…), au monde dit intentionnel (social, historique, culturel…) […]* ».

Le concept serait donc issu de la combinaison de ces éléments.

La première composante relevant du monde intentionnel, fait référence à la culture. Or, le chapitre 1 de ce titre, a révélé le fondement culturel de l'âge, phénomène d'intériorisation de la norme juridique.

En organisant de manière ordonnée les âges du cycle de vie, le législateur comptabilise la population et œuvre à la détermination du rôle de l'être à chaque instant de sa vie. Pour retenir ces seuils, le législateur s'est fondé sur des considérations d'ordre physiologique. Il a ainsi admis au sein même de la norme, la fragilité de l'être, laquelle impose un traitement spécifique en fonction de l'âge. Les objectifs militaire et sécuritaire, initialement poursuivis, ont cédé la place à un but plus conforme aux idéaux d'une société démocratique, reposant sur la personne humaine. Car la norme juridique en s'emparant de ce critère, favorise l'humanisation de la société moderne, en adaptant la règle juridique à l'évolution de la maturité de l'individu ou la survenance d'une particulière vulnérabilité. Cette saisie juridique du vieillissement progressif de l'être, peut par exemple correspondant au cheminement du mineur vers l'autonomie et à l'indépendance économique de l'adulte. Ce faisant, le législateur favorise l'humanisation des rapports juridiques.

Ces normes juridiques ont ensuite été intériorisées par les individus rassemblés au sein d'un même espace sociétal, aboutissant à l'avènement d'une culture de l'âge déterminant le rôle et la place de chacun à tout moment du cycle. Corrélativement, l'individu concerné tendra à mettre en œuvre des stratégies afin de se conformer ou à défaut, d'atteindre cet idéal.

En regroupant ces deux composantes du domaine intentionnel, le critère de l'âge dispose d'une assise solide pour obtenir la qualification de concept. L'emploi du terme « âge » permet

[1] A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique…*, *op.cit.* ; v. *supra*, n° 48 et s. .

aux individus réunis dans cet espace sociétal, de se créer une représentation abstraite et générale de l'état physiologique de l'être. Cette interprétation parvient ensuite progressivement à l'état de culture. Le critère de l'âge a donc une dimension culturelle. Ainsi, les normes juridiques ayant recours à l'âge révèlent la particularité des individus concernés, requérant une protection spécifique. Cela constituerait l'objectif du concept de l'âge.

Un premier tempérament doit être cependant apporté. Nous avons constaté que le critère de l'âge est également un élément permettant de justifier l'éviction de certains individus. La protection ne s'effectue alors pas en faveur de l'individu dont l'âge correspond au seuil arrêté par le législateur, mais à son détriment. L'objectif de protection précédemment identifié en est altéré.

À l'issue du chapitre 2, la seconde composante du concept a été dévoilée, évoquant le fondement physiologique de l'âge, très présent dans le cadre des relations professionnelles.

Le corps et l'âme de l'être mûrissent au fil du temps et ce processus constant et perpétuel ne prend fin qu'aux termes de la vie de l'intéressé. Les législateur allemand, français et de l'Union ont pris en considération ce phénomène afin d'édifier un seuil d'accès à la vie active. Des dérogations sont toutefois permises. Toutefois, le décompte enclenché à la naissance de l'être ne cesse pas lors du franchissement du seuil de la majorité. Le vieillissement constitue un phénomène constant, imposant la vigilance de l'employeur dans le cadre d'une relation de travail subordonnée. Contraint de prévenir les risques liés à une usure prématurée de la personne du travailleur, l'employeur doit le protéger en assurant l'effectivité de son obligation de sécurité de résultat.

L'appréhension du vieillissement au sein de l'entreprise ne se limite pas à la seule intégrité physique du travailleur. L'employeur a également la charge de veiller au maintien des compétences de son travailleur afin de lui offrir la possibilité de conserver une place dans la vie active. La contribution du travailleur se révèle indispensable pour garantir l'effectivité des obligations de l'employeur, a minima en matière de sécurité.

Ainsi, en étudiant la dimension physiologique de l'être, nous avons révélé les multiples aspects du critère de l'âge. Dépassant le seuil de la majorité et ses alentours, l'âge est directement relié au processus constant aux multiples facettes du vieillissement et c'est justement ce qui en constitue la richesse.

L'appréhension de la dimension physiologique du travailleur est essentielle, puisqu'elle permet d'humaniser les relations de travail. Ce mouvement se poursuit à travers l'une des fonctions accordées au critère de l'âge, le libérant de sa simple condition de levier de la police

des âges, lui confiant la charge de défendre des principes généraux du droit de la personne humaine. Et cette dernière fonction joue potentiellement en faveur de l'avènement d'un concept juridique de l'âge. Car pour obtenir la qualification de concept juridique[1], le critère de l'âge doit garantir l'effectivité de la norme, dont l'objectif serait l'humanisation des relations de travail.

[1]v. *supra*, n°48 et s. .

Titre 2. L'ÂGE AU REGARD DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT DANS LES RELATIONS PROFESSIONNELLES

149. L'âge constitue un levier d'action du législateur. S'appuyant sur la dimension physiologique de l'être humain et avec le temps, la dimension culturelle de l'âge, le législateur façonne les trajectoires de vie professionnelle, en règlementant l'accès ou la cessation de la vie active.

Mais l'âge n'est pas qu'un levier organisant le déroulement de la vie active.

Depuis une époque très récente, le critère de l'âge est placé sous la loupe du juge de l'Union. Celui-ci a déjà eu l'occasion de s'en emparer lors de la reconnaissance du principe général de non discrimination à raison de l'âge[1]. La particularité de ce principe réside dans le fait qu'il prend en considération l'âge, qui est un élément de la personne humaine. Il convient d'apporter immédiatement un tempérament à cette affirmation, dans la mesure où l'âge n'est considéré que dans un cadre délimité, celui des rapports professionnels conformément à la directive 2000/78/CE[2].

Si un principe général du droit de l'Union prend en considération l'âge du citoyen européen, il confère une nouvelle fonction à l'âge, celle de soutenir un principe général du droit. Ce faisant, l'existence d'un concept de l'âge pourrait en être conforté.

150. Au préalable, pour saisir l'ampleur de la fonction attribuée au critère de l'âge, il faut définir la notion de principes généraux du droit, « *charpente de l'édifice juridique* »[3] .

Dans les méandres des multiples sens de la notion de principes[4], gardons seulement à l'esprit que le principe est une norme juridique. Le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit conforte cette acception, car les principes du Droit sont « *des règles,*

[1] La particularité de la reconnaissance de ce principe à travers la très célèbre affaire Mangold, feront l'objet de développements spécifiques : v. *infra*, n° 202-203 ;.

[2] Directive n°2000/78/ CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* L 303, p.16.

[3] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit, ouv. préc*., n°69.

[4] Pour une étude approfondie : P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Thèse, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, n°2-48. Evinçant une à une les différentes acceptions, l'auteur n'en retient qu'une, faisant du principe, une norme juridique.

noms ou constructions qui servent de base au droit, comme source de sa création, application ou interprétation »[1].

Quant à la notion de principes généraux du Droit, elle désigne « *des règles de droit objectif […] exprimées ou non dans les textes mais appliquées par la jurisprudence et dotées d'un caractère suffisant de généralité. […]N'étant pas nécessairement exprimés par des règles de droit positif, [ils sont] formulés au moins par le juge* ».

Ces principes obtiennent ainsi « *une autorité, une rigueur et une applicabilité que n'aurait pas, sans cela, la volonté diffuse du législateur qu'ils expriment et concrétisent* »[2].

L'une des autres caractéristiques du principe général du Droit, c'est sa généralité, contrairement à la règle de droit[3]. Ce principe a en effet vocation à s'appliquer à une série de situations indéterminées[4].

La dernière caractéristique du principe général du Droit réside dans le rôle joué par la jurisprudence. Dans l'attente d'une consécration, le principe est « *en suspension dans l'esprit du droit et le juge les identifie* »[5]. Il ne s'agit pas d'une création jurisprudentielle, mais plutôt de l'extraction d'un principe en latence, issu de divers instruments juridiques, internationaux et constitutionnels des États membres[6].

La notion de principe ayant été déterminée, reste à connaître la motivation du juge de faire éclore ces principes. Le Professeur SOULIER[7] défend la thèse que les principes généraux du droit communautaire peuvent remplir de trois fonctions.

---

[1] A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique…*, *op.cit.*, v° Principe du droit.

[2] J.-L. BERGEL, *ibid*., n°74.

[3] Par exemple une disposition contenue au sein d'un Code, qui a vocation à régir « *un nombre indéterminé d'acte ou de faits* », mais seulement ces derniers, conformément à l'objet déterminé par le législateur. Le principe quant à lui, « *comporte une série indéfinie d'application* » ; J.-L. BERGEL, *ibid*., n°75 ;

Le principe général du droit est « *une norme de portée très générale qui traduit une conception fondamentale d'un système de droit et remplit, une fonction constitutive dans l'ordre juridique donné* », B. VITANYI, La signification de la «généralité » des principes de droit, *R.G.D.I.P. 1*976, p. 536 ; Cité par R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bibliothèque de droit public, Tome 232, LGDJ, 2003, n°36.

[4] Cela appelle d'ailleurs une remarque pertinente à propos du principe de non-discrimination à raison de l'âge, v. *supra*, n°212 et s. .

[5] J.-L. BERGEL, *ibid*., n°76.

[6] v. *supra*, pour la dignité : n°161 et s..et pour le principe de non-discrimination à raison de l'âge, v. *supra*, 201 et s..

[7] Pour une synthèse de la position du Professeur SOULIER : R. HERNU, *op.cit.*, n°37

Ils peuvent être « *palliatifs* », apportant ainsi une solution adéquate au juge, ne trouvant pas de réponse dans le droit positif.

Ils peuvent avoir une fonction d'évaluation du droit positif, accordant ainsi la faculté d'apprécier de la conformité de la loi positive au regard des valeurs de civilisation.

Enfin, ils détiennent parfois une fonction conjonctive opérant des liaisons entre les différents niveaux normatifs.

En appréhendant ces trois fonctions possibles du principe général du droit de l'Union, cela nous informe sur le fait que parfois, les normes de l'Union ne sont pas suffisantes pour apporter une solution adéquate au juge. Dans cette hypothèse, le droit communautaire[1] « *s[']inspir[e] des règles de droit publics et des droits privés internes pour s'édifier, s'enrichir de ces principes communs* », étape préliminaire à l'adoption d'une norme spécifique. Le principe est alors perçu comme un moyen « *de combler des lacunes [par le biais] d'une analogie ou induction* ». Dans cette perspective, il « *contribue à l'harmonie du système juridique et pré-existe à sa reconnaissance* ».

C'est ce rôle que le juge de l'Union a conféré au principe général de la dignité humaine et celui de l'égalité de traitement. Le droit de l'Union comportait certaines lacunes, constituant un obstacle à la résolution de la question préjudicielle posée par la juridiction de renvoi, notamment en droit de la personne humaine. Cela imposait l'affirmation de l'existence d'une égale dignité de tout à chacun, pierre angulaire des droits de la personne humaine. Conséquemment, elle entraînait l'égalité entre les membres d'une même communauté humaine[2].

Pour poser ces principes, le juge de l'Union a eu recours au critère de l'âge faisant ainsi de lui non plus un levier, mais un instrument au soutien d'un principe général du droit communautaire. Il vient ainsi à l'appui du droit à la dignité humaine (CHAPITRE 1) et du principe de l'égalité de traitement (CHAPITRE 2). Cependant, l'autre fonction de l'âge ressurgit avec une certaine récurrence, venant atténuer la portée du principe.

---

[1] Les éléments sont extraits de la définition du terme « principe » donnée par le Professeur MORVAN, in *Dictionnaire de culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003.

[2] À propos du principe fédérateur du principe de l'égalité de traitement : J. BROTTES, *Du principe de non-discrimination au principe de l'égalité de traitement*, Thèse, Université Lyon 3, 2007, p. 360-362, plus spéc. p.361 : « *[…] l'égalité possède ces aspect fascinant et attirant d'unir les citoyens européens et d'instaurer un cadre propice à des relations sociales pacifiques entre eux, en les soumettant à des règles communes, applicables à tous et sans discrimination* ».

Chapitre 1. La dignité dans l'âge

151. Un tel intitulé peut apparaître déroutant. Mais en se penchant sur les fondements physiologiques et culturels des normes d'âge, un constat peut être dressé. Au cœur des débats portant sur l'âge, des hommes ont un jour, refusé la négation de la prise en considération de la particulière fragilité des très jeunes travailleurs ou des travailleurs âgés. Appelant de leurs vœux, l'élaboration de normes destinées à encadrer, voire interdire leur activité professionnelle, les convictions de ces hommes s'appuyaient sur la dignité. L'âge représentait alors le moyen d'exprimer l'indignation.

C'est ainsi que dépassant les objectifs utilitaristes jadis confiés à l'âge, les législateurs se sont emparés de ce curseur afin de défendre des idéaux plus nobles. Le critère de l'âge contribue à garantir à tout âge l'intégrité physique et morale de l'être. Le seuil d'âge se détache de sa fonction de classement des individus pour devenir l'instrument de principes fondamentaux. En s'appropriant ce critère dont l'évaluation est reliée à un élément temporel, le droit donne corps à ces principes et leur apporte de la subjectivité. C'est ainsi que surgit l'impératif du respect de la dignité humaine au sein de ce levier normatif. Toutefois, une telle insertion est le fruit d'un long processus, reposant sur la redéfinition de la notion de dignité, jusqu'à la consécration de sa dimension universelle. En effet, l'analyse de la définition moderne de la dignité est plus étendue que le sens de sa racine latine, puisque trois perceptions se distinguent. La dignité[1] peut donc être attachée à « *une fonction ou un titre honorifique* », mais aussi « *à l'honneur d'une personne* », conservant ainsi le sens originel. La définition moderne a enrichi la dignité, puisqu'elle peut s'envisager comme étant « *la valeur éminente […]* » liée à une institution ou à chaque être humain. Dans cette dernière perspective, la dignité revêt les traits d'un principe fondamental, celui de la dignité de la personne humaine. L'égale place de l'autre reconnue, les situations d'indignités apparaissent intolérables, telle la négation de l'appartenance à une commune condition. Des manquements à la dignité jaillissent l'idée de « *lois non écrites, inébranlables, des dieux*[2] ». Le philosophe

[1] Les différentes acceptions de la dignité sont extraites du *Vocabulaire Juridique*, G. CORNU, *op.cit.*, v° Dignité.

[2] T. DE KONINCK, Archéologie de la notion de dignité humaine, in *La dignité humaine. Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, coord. par T. de KONINCK et G. LAROCHELLE, coll. Débats philosophiques, PUF, Paris, 2005, p. 19.

Paul RICOEUR disait que « *quelque chose est dû à l'être humain du seul fait qu'il est un être humain* [1]».

Le corps humain constitue l'image la plus visible de l'atteinte à la dignité humaine. Ce sont d'ailleurs ces indignités visibles qui ont mobilisé certains auteurs du XIX[e]. Par cette dénonciation de l'exploitation des enfants par des manufacturiers, la dignité a petit à petit imprégné l'esprit des législateurs. L'homme ne se réduit pas à un corps, car ce qui lui confère un caractère sacré, réside dans sa volonté et la faculté de la mettre en action. La consécration juridique de ce principe, relativement récente, s'est avérée être une nécessité après les événements perpétrés par le gouvernement du III[e] Reich[2].

Les développements qui vont suivre seront dédiés à la relation entre l'âge et la dignité. Ce principe à valeur constitutionnelle repose sur un axiome, la dignité humaine siège dans tout être en raison de l'appartenance à une commune humanité (SECTION 1). En parallèle, les législateurs prennent en considération l'âge pour ériger des normes sociales ou autres, ayant pour fondement la défense de la dignité humaine. Par cette insertion du critère de l'âge au sein de la dignité, il s'agit de savoir si nous sommes réellement en présence d'un instrument au soutien de la dignité. Pour illustrer cette fonction, cette étude sera abordée par le biais de l'exemple de la dignité au travail (SECTION 2).

Section 1 La défense de la dignité à tout âge.

152. L'histoire de la dignité nous révèle que l'âge n'était pas pris en considération. Les acceptions modernes de la dignité correspondent à l'aboutissement d'un long travail de définition, débuté depuis l'Antiquité. Le lien entre l'âge et la dignité s'est progressivement établi, faisant de ce marqueur temporel, un indice dévoilant les situations d'indignités, imposant l'émergence de dispositions spécifiques motivées. En effet, l'existence de ces zones de fragilités au cours du cycle de vie de l'être, au un sens large, constituaient autant de menaces sur l'unité de la dignité humaine (§1).

[1] T. de KONINCK, *ibid.*, p.17.

[2] L. HEUSCHING, La dignité de l'être humain dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, in *La dignité saisie par les juges en Europe*, dir. L. BURGORGUE-LARSEN, *Droit et justice* n°95, 2010, Bruylant, p. 115.

§1. La dignité, au cœur de l'Homme

153. En philosophie, un concept est associé à la « *représentation générale et abstraite d'un objet ou d'un ensemble d'objets* »[1]. Pour atteindre le rang de concept, un mot doit créer son espace propre, son ordre. Autre particularité du concept, celui-ci doit avoir une histoire, le reliant à d'autres concepts, partageant ainsi des éléments de réponse qui imposaient l'élaboration de d'autres plans. Enfin, il doit avoir un avenir, reposant sur ses interactions avec les autres concepts, à l'image des rouages d'une articulation complexe, composant sans cesse sur leurs interrogations respectives[2] .

La dignité est de cette teneur. Ce concept philosophique ayant mûri au fil du temps, s'est transformé en axiome, imposant l'idée de l'appartenance à une commune humanité du seul fait de la détention de la qualité d'être humain. Riche de cette histoire philosophique, les Constituants s'en sont emparés, inscrivant au sein des sources normatives les plus élevées, le respect de la personne humaine (A). Cette consécration de la primauté de la personne humaine génère un certain nombre d'effets auprès de ses bénéficiaires et plus spécialement, sur l'exercice de leur volonté (B).

A. L'élaboration autonome d'un concept juridique, la dignité humaine.

154. Définir la dignité est un projet de vaste ampleur[3]. Le concept de dignité a en effet des sens multiples et une histoire particulièrement riche. Les développements qui vont suivre n'ont pas la prétention de retracer avec exactitude l'histoire de la dignité, mais simplement d'en saisir l'évolution philosophique.

Les racines antiques de la dignité dévoilent une appréhension de la notion limitée aux murs de la cité, peu à peu étendue, intégrant ainsi les autres, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas comme *moi*, jusqu'à son élévation en valeur supérieure de l'homme du fait de son appartenance à l'espèce humaine (1). Les actes inhumains perpétrés par le gouvernement national-socialiste justifieront la fin de l'état de latence de la dignité. Ce sont les Constituants qui l'intégreront dans l'ensemble normatif (2).

---

[1] *Le petit Larousse illustré 2011*.

[2] Définition inspirée de Maître Bernard EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*1997, p.185.

[3] Notamment en raison du foisonnement de textes justement souligné par le Professeur BIOY, « Rapport introductif. Le concept de dignité », in *La dignité saisie par les juges…*, *op.cit.*, p. 13-14.

1. La naissance d'un concept philosophique

155. L'histoire de la dignité est ancienne. Objet de débat depuis l'Antiquité, sa définition s'est progressivement universalisée. Limitée dans un premier temps à l'enceinte de la cité (a), la prise en compte de l'existence de l'autre et de soi au sein d'un grand ensemble a permis l'émergence de l'idée d'une dignité par-delà les murs(b), jusqu'à la reconnaissance d'une qualité inhérente à chaque homme en raison de son appartenance à l'Humanité (c).

a. La dignité, une qualité réservée au bon citoyen

156. Etymologiquement, la dignité puise ses racines dans la langue latine, à travers le mot *dignitas*, qui signifie le fait d'être digne, d'avoir du mérite. Sous l'Antiquité, la dignité correspond donc à un ensemble de qualités telles que la bienséance, la décence (du verbe latin *decet* signifiant il convient), l'honneur, la beauté virile et à la dignité morale, faisant ainsi écho à la considération sociale et au rang[1].

Ces qualités peuvent d'ailleurs s'acquérir via l'attribution d'une charge publique, d'un emploi concédant mutuellement prestige et obligation d'honorabilité au détenteur de la fonction. Comme l'expliquent des auteurs[2], il s'agit de la définition traditionnelle de la notion, celle désignée actuellement[3] comme étant la *dignitas*. « *Elle est d'une part, directement porteuse d'obligations particulières liées à ce que le dignitaire […] représente la loi, l'intérêt public » tout en comportant « à l'égard des tiers, une obligation générale de respect de ce rang ou de cette fonction- obligation juridiquement sanctionnée* ».

[1] *Dictionnaire latin-français*, Le Gaffiot de poche, Hachette, 2001, Paris.

[2]Pour illustrer cet aspect de la notion : J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1583, I, 8, De la souveraineté, Librairie Générale Française, 1993, p.123 : « *Car la parole du prince doit être comme un oracle, qui perd sa dignité, quand on a une mauvaise opinion de lui, qu'il n'est pas cru s'il ne jure ou qu'il n'est pas sujet à sa promesse, si on ne lui donne de l'argent » ;* Cité par C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus en voie de juridicisation*, Droit et justice, PUF, 2005, p.168-169.

[3]Cela fait d'ailleurs écho à la dignité telle qu'elle est envisagée dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (article 6).

157. Cette dignité de la *personne publique* héritée de l'Antiquité[1], coexistait avec une dimension plus privée de la notion, la dignité du bon citoyen. L'étude de la civilisation grecque révèle que la dignité était liée à l'âme et à l'intelligence, comme l'illustrent certains passages des dialogues attribués à PLATON, *L'Alcibiade*, « *l'homme, c'est son âme* » [2]. Pourtant, tous les êtres n'ont pas cette qualité d'homme, verrouillant ainsi l'accès à la dignité aux plus grands nombres. La société grecque reposait en effet sur une diversité de statuts juridiques, dont l'appartenance définissait les rôles et fonctions. Ainsi, n'étaient considérés comme citoyens[3] que les individus mâles, âgés de 18 ans et nés d'un père citoyen. Les femmes étaient en effet dépourvues de cette qualité, car elles étaient à la fois, filles, épouses et futures mères de citoyens. Parmi les non-citoyens présents au sein de la cité, il faut aussi mentionner les étrangers répartis entre les travailleurs libres (métèques) dépossédés de droits politiques et les barbares, dénomination retenue en raison de leur défaut de maîtrise de la langue grecque[4] . Enfin, la césure entre les citoyens et les non-citoyens atteignait son paroxysme avec la création de « *l'anti-citoyen*», l'esclave. Les esclaves étaient des non libres, des individus assujettis aux maîtres. Ne pouvant disposer librement de leurs personnes, privées de droit politique et civil, les *doulos* n'étaient que des objets animés, parties intégrantes de l'inventaire des biens mobiliers et immobiliers. Ainsi, le meurtre d'un esclave était sanctionné seulement en présence d'une plainte, par une simple amende[5].

Cette construction juridique des statuts était justifiée par la nécessité de dissocier les tâches et notamment les fonctions politiques. En effet, comme le souligne un auteur, « *la qualité fondamentale du citoyen »* se compose de la vertu politique, *la politikè arétè.* Celle-ci indique « *la capacité et la disponibilité de l'homme de s'intéresser aux affaires de* [la cité] aboutissant ainsi à la détermination de « *la place de l'homme dans la cité »*. L'auteur en conclut d'ailleurs que non seulement « *grâce à cette vertu, l'estime du citoyen est formée* »,

[1] Cette exigence de respectabilité existe toujours notamment pour certaines professions telles que les avocats. Sur l'interdiction de jouer de l'accordéon dans la rue en robe d'avocat, B. Van de MOORTEL, « Accordéontologie de l'avocat ou l'art et la manière d'être digne », *Gaz. Palais* 2 octobre 2003, n°275, p.3.

[2] Citation extraite de *L'Alcibiade*, PLATON, mise en valeur par T. de KONINCK, *op.cit.*, p. 22-23

[3] Au sein même du *dèmos* (l'ensemble des citoyens), des distinctions sont établies en raison notamment des revenus fonciers, du lieu de vie (ville et campagne), de l'âge… Pour plus de précisions : C. ORRIEUX et P. SCHMITT PANTEL, *Histoire grecque*, Quadrige, PUF, 1ère édition 1995, p. 169-170.

[4] Sur les étrangers dans la cité : C. ORRIEUX et P. SCHMITT PANTEL, *ibid*, p. 241-224.

[5] Sur l'esclavage dans les sociétés grecques lors de l'époque classique (Ve siècle av. JC) : C. ORRIEUX et P. SCHMITT PANTEL, *ibid*, p. 244-248.

mais c'est également l'incarnation du « *mérite individuel dans l'ordre social* » [1]. Or, seuls certains hommes possèdent une vertu éthique achevée, permettant à leur âme d'accéder à la fonction de commandant[2] des commandés, justifiant ainsi la condition des esclaves[3]. Par conséquent, l'évocation de ces différents statuts juridiques révèle donc que l'intellect et l'âme étaient les attributs des bons citoyens, lesquels pour être dignes, étaient soumis au respect du juste *(dikaion)*, du moralement beau (*kalon*) et du bien (*agathon*)[4].

Enfin, pour une appréhension exhaustive des prémices de la dignité, il requiert de préciser que de nombreux auteurs grecs considéraient que la grandeur de l'homme jaillissait aux travers des malheurs et autres adversités auxquelles celui-ci était confronté. Des récits mythiques tels que l'Odyssée le dévoilent. À titre d'exemple, il y a une scène particulièrement révélatrice des limites de la dignité[5]. Ulysse et ses compagnons sont prisonniers de la grotte d'un cyclope, ignorant les lois des Dieux, dévorant sans pitié ses hôtes. Perdant peu à peu ses compagnons, Ulysse enivre le géant et le blesse grièvement durant son sommeil. En l'espèce, le cyclope est indigne car il méconnaît les lois des Dieux (grecs) relative à l'hospitalité et procède au massacre des compagnons d'Ulysse. La dignité est donc une qualité grecque, puisque seuls ces derniers respectent le juste, le moralement beau et le bien.

---

[1] S. TZITZIS, *Droit et Valeur Humaine*, Buenos Book International, 1ère éd., Paris, 2010, p.15. Au préalable, il annonçait dès la page 4 que « *L'effort de l'homme est de se révéler par son combat quotidien comme un homme honnête et utile à sa cité […]* ».

[2] « *L'âme possède naturellement en elle un principe qui commande et un qui est commandé, lesquels ont selon nous des vertus propres, à savoir celle de la partie douée de la raison et celle de la partie non raisonnable. […]En effet, c'est d'une manière différente que l'homme libre commande à l'esclave, l'homme à la femme, l'homme à l'enfant. Tous ces gens possèdent les différentes parties de l'âme, mais ils les possèdent différemment : l'esclave est totalement dépourvu de la faculté de délibérer, la femme la possède mais sans son autorité, l'enfant la possède mais imparfaite. Il faut donc supposer qu'il en est nécessairement de même pour les vertus éthiques […] C'est pourquoi celui qui commande doit posséder la vertu éthique achevée […] alors que chacun des autres n'en a besoin que dans la mesure où cela lui convient.* » ARISTOTE, *Les Politiques*, I, 13, 1260-a, p. 130-131.

[3] « *Il y a des hommes inférieurs, autant que l'âme est supérieure au corps, et l'homme à la brute ; l'emploi des forces corporelles est le meilleur parti à espérer de leur être : ils sont esclaves par nature…Utile aux esclaves mêmes, l'esclavage est juste*», Aristote, *ibid.*, I, 1260-a.

[4] S. TZITZIS, *op.cit*, p. 97.

[5] HOMÈRE, *L'Odyssée*, annoté par Ph . BRUNET, trad. V. BÉRARD, éd. Gallimard, avril 1999, IX, 170-453, p. 171-180.

b. La dignité, une qualité humaine

158. La civilisation romaine a adhéré à cette appréhension de la dignité de l'homme, puisqu'elle considérait que « *[la dignité] correspondait à la valeur intrinsèque d'une personne, d'une action ainsi qu'à l'estime ou la considération que l'on pouvait porter à un individu* »[1]. CICÉRON concevait « *l'acte de l'homme […] comme le reflet de l'âme* ».

En revanche, les Romains lui ont apporté une dimension plus vaste, puisque celle-ci ne se limitait plus aux murs de la cité, mais envisageait la place de l'homme dans le monde[2].

Ainsi, « *l'autre est différent du citoyen romain dans sa dimension culturelle mais son égal en tant qu'enfant de la nature dont les lois ne connaissent point de discrimination…* »[3]. Cette évolution de la pensée se justifiait par la nécessaire reconnaissance des spécificités de la nature humaine, multiples pour cette civilisation cosmopolite[4]. « *[L]e citoyen est donc privilégié non parce qu'il est Athénien vu qu'Athènes brille par sa culture, ou bien Spartiate, car Sparte donne des leçons de bravoure aux Grecs et aux barbares, mais parce que l'humanité individuelle s'accomplit au-delà des frontières géopolitiques* »[5] et donc au-delà des murs de la cité. Par ce travail de redéfinition de la nature humaine, la reconnaissance de l'homme, détaché des considérations de la polis, s'esquissait.

159. Progressivement, la dignité s'est imposée non plus comme une valeur morale, mais comme étant une qualité inhérente à chaque être. En effet, sous le Moyen-âge, la liberté a suppléé l'intellect, puisque la dignité de l'homme provient de cette faculté de commander :

[1] R. FERNANDEZ, C. LECCIA, M. VELLUTINI, De la dignité dans l'histoire des idées politiques, in *La Dignité*, dir. J.-M. PONTIER, PUAM, 2003, p.15.

[2] S. TZITZIS, *op.cit*, p. 66-82. Toutefois, cela ne signifie pas que la classification des individus composant la société n'existe pas, puisque sont exclus de la vie de la cité, 3 catégories de personnes : les esclaves, les étrangers et les membres de la famille autre que le père. En revanche, l'étranger proche de la culture romaine, les Latins ont divers droits, comme celui de contracter mariage, d'accomplir des actes juridiques, voire d'agir en justice. Le bénéfice de ses droits pouvait être étendu par le biais d'un traité ; M. VILLEY, *Le droit romain*, Que sais-je, PUF, 2002, p. 53-57.

[3] S. TZITZIS, *op.cit*, p. 66.

[4] Selon Cicéron, cette spécificité est le fondement du privilège de l'homme.

[5] S. TZITZIS, *op.cit*, p. 69.

« *J'appelle dignité de l'homme le libre arbitre, qui lui vaut non seulement d'être placé au-dessus des autres créatures vivantes, mais encore d'avoir sur elles le droit de commander* »[1].

Il faut rapprocher ces propos théologiques de ceux de SAINT THOMAS d'AQUIN. L'homme possède comme les animaux, un corps, mais lui seul détient une conscience, lui permettant de distinguer le bien du mal[2]. Or, la raison des hommes les aide à atteindre Dieu, ce qui aboutit donc à conclure que« *l'homme possède de sa dignité ancrée en lui* ». Élaboré à l'image de Dieu, la noblesse de l'homme se constitue d'un audacieux mélange d'intelligence conjuguée aux principes de ses actes, en d'autres termes, sa liberté[3].

Or, en concevant une telle définition de la dignité, présente dans chaque être, cela entraînait nécessairement la condamnation morale des tyrans, comme l'illustre cette sentence de Guillaume de TIGNONVILLE, prévôt de Paris au début du XV^e^ siècle[4] : « *Il ne doit pas être appelé roi celui qui règne sur des serfs, mais cette dénomination doit être réservée à celui qui règne sur des hommes libres* ».

c. Les racines philosophiques modernes

160. Cette évolution de l'appréhension des êtres annonçait la reconnaissance de la dignité de l'homme, en tant qu'individu appartenant à l'humanité. C'est seulement à la fin du XVIII^e^ siècle que la dignité est érigée en valeur absolue de l'être.

Selon le philosophe Emmanuel KANT, la dignité revêt deux formes. L'une correspond à la dignité politique, regroupant les actions politiques respectueuses de la dignité des citoyens (similaire à la *dignitas*) ainsi que le comportement de l'homme en société.

L'autre représente la conception moderne de la dignité humaine. KANT considère en effet qu'il s'agit d'une dignité due à chaque être et dont il ne peut être privé. À ce titre, il convient de respecter son intégrité à la fois physique et morale, car à défaut, cela porte atteinte non seulement à la dignité de cet individu, mais également à la dignité de l'auteur de l'atteinte[5].

---

[1] T. de KONINCK, *op.cit,* (p. 23) citant SAINT BERNARD *Traité de l'amour de Dieu*, chap.II, dans *Œuvres mystiques*, trad. Albert Béguin, Pais, Seuil, p. 31-32.

[2] R. FERNANDEZ, C. LECCIA, M. VELLUTINI, *op.cit*, p. 24.

[3] T. de KONINCK, *op.cit*, p. 23.

[4] Sentence issue du *Bréviaire à l'usage des princes et des pauvres gens. Sentences des XIV^e^ et XV^e^ siècles* réunies par J. BLANCHARD, Coll. Agora, Paris, 2011, v° Liberté.

[5]R. FERNANDEZ, C. LECCIA, M. VELLUTINI, *op.cit*, p. 24 ; T. de KONINCK, *op.cit*, p. 29-30.

Ce philosophe est à l'origine de la consécration de la valeur absolue de l'être humain, au-dessus de toute valeur pécuniaire.« *Dans le règne des fins, tout a un PRIX ou une DIGNITÉ. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité. Ce qui rapporte aux inclinations et aux besoins généraux de l'homme, cela a un prix marchand ; ce qui, même sans supposer de besoins, correspond à un certain goût, c'est-à-dire à la satisfaction que nous procure un simple jeu sans but de nos facultés mentales, cela a un prix de sentiment ; mais ce qui constitue la condition qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais une valeur intrinsèque, c'est-à-dire une dignité* »[1].

Quelques pages auparavant, le philosophe expliquait l'existence d'impératif catégorique fondée sur des choses ayant par elles-mêmes, une valeur absolue, comme l'homme :« *Or, je dis : l'homme et en général, tout être raisonnable, existe comme fin en soi, et non pas simplement comme moyen dont telle ou telle volonté puisse user à son gré* »[2].

En effet, « *[…]les êtres raisonnables sont appelés des personnes, parce que leur nature les désigne déjà comme des fins en soi, c'est-à-dire comme quelque chose qui ne peut pas être employé simplement comme un moyen, quelque chose qui par suite limite d'autant toute la faculté d'agir comme bon nous semble (et qui est un objet de respect). Ce ne sont donc pas là des fins simplement subjectives, dont l'existence, comme effet de notre action, à une valeur pour nous : ce sont des fins objectives, c'est-à-dire des choses dont l'existence est une fin en soi-même, et même une fin telle qu'elle ne peut être remplacée par aucune autre, au service de laquelle les fins objectives devraient se mettre, simplement comme moyens* »[3].

À défaut de telle fin, le philosophe en déduit que rien ne pourrait avoir une valeur absolue, puisqu'il serait toujours possible d'effectuer une substitution.

Par ces développements, le philosophe aboutit à la naissance d'un impératif kantien désormais célèbre : « *Agis de telle sorte que tu traites de l'humanité aussi bien dans ta*

[1]E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. DELBOS, Librairie Delagrave, Paris, 1986, 2ème section, p. 160.

[2] E. KANT, *ibid*, 2ème section, p. 148.

[3] E. KANT, *ibid*, 2ème section, p. 149. L'auteur oppose les êtres raisonnables de ceux dépourvus de raison. Ces derniers ont « *une valeur relative, celle de moyen, et voilà pourquoi on les nomme des choses* ».

personne que dans la personne de toute autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen »[1] .

Par son existence et son appartenance à l'Humanité, l'homme est une fin en soi. Il ne peut faire l'objet de substitution aussi bien pour atteindre cette fin (objective) qu'une autre, plus individuelle. En consacrant la valeur absolue de l'être humain, KANT érige la définition moderne de la dignité humaine, relevant de l'ordre relationnel[2]. Le concept philosophique posé, il ne reste plus qu'aux Constituants de s'en emparer afin de l'intégrer au sein des normes à valeur constitutionnelle.

2. L'intégration dans l'ensemble normatif

161. La dignité est donc un concept philosophique dont la norme juridique est imprégnée avec plus ou moins de transparence.

En effet, à travers la lecture de l'article 1er de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 relatif à la liberté et l'égalité des hommes, écrite quatre années après la parution de l'œuvre de KANT, se dessine le principe de l'égale dignité de l'homme. Toutefois, son existence juridique se révèle plus explicite en 1848, lors de l'abolition de l'esclavage. Le décret du 27 avril 1848 dénonçait l'esclavage comme étant un « *attentat contre la dignité humaine* » niant la liberté et de l'égalité inhérentes à chaque être. L'homme en ayant recours à un autre pour satisfaire une fin subjective, l'utilise comme un moyen et en refusant la dignité de l'esclave, il porte atteinte à sa propre dignité.

---

[1] E. KANT, *ibid*, 2ème section, p.150. En note de bas de page (133), V. DELBOS met d'ailleurs l'accent sur les mots « en même temps » et « simplement », en prenant le soin d'expliquer que cela signifie que *« l'homme […] a le devoir et le droit de rester libre, que s'il sert ou s'il est servi, ce doit être sans être asservi ou sans tenter d'asservir »*.

Formulation reprise par le Professeur de droit constitutionnel allemand, DÜRIG : « *l'être humain ne doit jamais être dégradé au statut de chose, mais […] être traité comme un sujet autonome* », privilégiant la dimension objective du principe de la dignité, cité par L. HEUSCHLING, *op.cit.*, p.139.

[2] C. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in *Ethique, droit et dignité de la personne*, mélanges BOLZE, Economica, 1999, p. 40.

La défense de la dignité humaine ressurgit[1] dans les droits nationaux après la révélation des actes commis lors du III[e] Reich. Ainsi, en France, l'alinéa 1[er] du préambule de la Constitution de 1946, rappelle et « *proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ». Cette précision s'impose face au comportement adopté par « *des régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine* ». La dignité a été érigée au rang de principe à valeur constitutionnelle qu'en 1994[2].

162. L'évocation de la dignité n'est toutefois pas autant mise en relief qu'en droit allemand, puisque la Constitution allemande du 23 mai 1949, donne plus d'intensité au principe[3]. En effet, l'article 1[er] de la Loi fondamentale consacre l'intangibilité de la dignité de

[1] C. NEIRINCK, *ibid*, p. 41. L'auteur cite très justement un extrait de F. QUÉRÉ (« Frères humains », in *Le défi bioéthique,* Autrement, mars 1991, p. 178) : « *Avant Auschwitz, l'homme se présentait dans la beauté sculpturale de son corps, dans sa force de travail, dans ses conflits d'honneur et d'intérêts, dans ses limites naturelles mais conscientes, dans la noblesse de son « je pense », dans l'écart de son âme déchirée entre la misère et la grandeur…Toujours quelque dignité le faisait paraître au-dessus de la nature et consacrait la souveraineté de droit. Depuis Auschwitz, nous savons que l'homme, c'est aussi celui que l'on peut piétiner jusqu'à l'effacement, que l'on peut réduire à un matériau, une denrée, une fumée et même rien ; que l'on peut nier jusqu'à lui refuser l'honneur d'une mort individuelle, et le détruire industriellement, le traitant comme un magma, en tas, beaucoup d'un coup, ainsi que l'on brûle des stères de bois* ».

[2] Décision n° 94-343/344 du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 1994 relatif à l'examen de constitutionnalité de la Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* du 29 juillet 1994, p. 11024. S'appuyant sur l'article 1[er] du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil Constitutionnel en conclut que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* ». Le Conseil l'a intégré au bloc de constitutionnalité en se fondant sur le fait que le Préambule de la Constitution de 1958 y faisait référence.
Le Conseil constitutionnel a également examiné la constitutionnalité de la Loi n°2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. Parmi les griefs soulevés, il y avait celui de l'atteinte au principe de la dignité humaine. Le Conseil fait alors mention du « principe à valeur constitutionnelle », tout en mentionnant le fondement juridique du principe de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement (considérant 14).
Décision n°2013-674 DC du 1[er] août 2013 à propos de la Loi n°2013-674, *préc*., *JORF* du 7 août 2013, p.13450 *; JCP G* 2013, 904, obs. B. MATHIEU.

[3] À signaler tout de même que la dignité avait déjà été évoquée dans la Constitution de Weimar du 11 août 1919, par le biais d'une « *obligation sociale et étatique* » destinée à garantir à l'homme, une existence digne (p. 160).

l'être humain tout en reconnaissant aux pouvoirs publics le devoir de la respecter et de la protéger. L'article 1 (2) énonce ensuite que« *le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde* ».

La dignité, principe constitutionnel de l'État allemand, revêt un caractère universel, ne pouvant supporter de quelconque altération, ce qui signifie la condamnation des discriminations ou la prohibition de l'esclavage[1] …

163. L'existence juridique de la dignité est plus subtile au niveau européen. En effet, la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme de 1950 ne fait pas mention expressément de la dignité, mais celle-ci se révèle à travers la prohibition de la torture ou des traitements inhumains, mais également de l'interdiction du travail forcé ou du refus de toute discrimination[2]. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme a largement contribué à la détermination des contours du principe de dignité de la personne humaine. Il faut notamment mentionner sa décision du 29 avril 2002, P c/ Royaume-Uni[3], dans laquelle la Cour fait référence aux essences au cœur de la Convention : la dignité et la liberté de l'homme. En vertu de ce concept fondateur, la Cour condamne ainsi l'usage de la force

---

Depuis 1949, la dignité est un concept clé de la Constitution. Les constitutionnalistes allemands l'érigent au rang de concept total ; v. L. JEANNIN, « Le principe de dignité en droit allemand » in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un principe en voie de juridicisation*, *op.cit.*

[1] Respectivement, il s'agit de l'article 3 relatif à l'égalité entre les hommes, l'article 12 sur la prohibition du travail forcé…

[2] Dans l'ordre, ce sont les articles 3, 4 et 14 de la Convention.

[3] CEDH du 29 avril 2002, Pretty c/ Royaume-Uni, requête n°2346/02, CEDH 2002, III ; *Europe* 2002, comm. 305, N. DEFFAINS ; *JCP G* 2002, I, 157, étude de F. SUDRE, n°35 ; *RSC* 2002, p. 645, par F. MASSIAS ; *Defrénois*, 2002, p.1131-1149, Ph. MALAURIE ; O. de SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la CEDH, à propos de l'arrêt Pretty contre le Royaume Uni du 29 avril 2002 », *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2003, n°53, p. 71 et s.

En l'espèce, Mme Pretty atteinte d'une maladie neurodégénérative incurable souhaitait bénéficier d'un suicide assisté dispensé par son mari. Elle désirait en outre que celui-ci ne fasse pas l'objet de poursuite pour ce geste. Contestant la compatibilité de la loi britannique à la Convention, elle s'appuyait aussi sur l'existence d'une discrimination entre les personnes pouvant se suicider sans assistance et celles ne pouvant mettre en œuvre un tel projet seul. La Cour n'a pas accueilli sa requête, car elle a refusé de reconnaître l'existence d'une situation discriminatoire reposant sur le fait d'avoir besoin de recours à une assistance pour mettre fin à ces jours. L'insertion d'une exception dans la loi britannique constituerait une atteinte sérieuse au droit à la vie, garanti par l'article 2 de la Convention.

physique subi par une personne placée en garde à vue[1], mais aussi les conditions de détentions incompatibles avec le respect de la dignité humaine[2]…

164. Enfin, en droit communautaire, c'est seulement en 1968, par le biais du règlement n°1612/68/CEE relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté[3] que la dignité est évoquée. Présente progressivement dans le droit dérivé par quelques directives[4]ainsi que des résolutions[5], la dignité s'est également manifestée à travers la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes. En 2001, dans le cadre d'un recours en annulation à l'encontre de la directive n°98/44/CE[6], la CJCE a affirmé l'appartenance de la dignité aux droits fondamentaux, tout en soulignant le fait qu'il lui appartenait « *dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne* »[7].

[1] CEDH du 27 août 1992, Tomasi c/ France, 241-A. ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11e éd., PUF, 2012, n°189.

[2] CEDH 25 avril 2013, *Canali c/ France*, n° 40119/09 ; *D.* 2013. 1138, obs. M. LENA ; CEDH du 26 octobre 2000, Kudla c/ Pologne, n° 30210/96, CEDH 2000-XI ; *RSC* 2001, p.881, F. TULKENS.

[3] 5ème considérant du règlement n°1612/68/CEE du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE* n° L 257 du 19 octobre 1968 p. 2–12. S. RETTERER, « Le concept de dignité en droit communautaire », in *Ethique, droit et Dignité de la personne*, Mélanges BOLZE, *op.cit*, not. la dignité du travailleur, p. 96-97.

[4] Not. la directive 89/522 CEE, directive 98/44 CE du 6 juillet relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *JOCE* L 213 du 30 juillet 1998, p. 13-21. Mais aussi les directives 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail *JOCE L* 303 du 2 décembre 2000, p. 16–22 et 2000/43 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique**,** *JOCE* n° L 180 du 19 juillet 2000 p. 22-26.

[5] Résolution sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, *JOCE* n°C256, du 9 octobre 1989, p.33

[6]CJCE, 9 octobre 2001, aff. C-377/98, Pays-Bas c/ Parlement européen et Conseil de l'UE, (*Rec.* I, p. 7079) à propos de la directive 98/44 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *JOCE* L 213 du 30 juillet1998, p. 13-21; *D.2002*, jurisp, 2925, obs. J.C. GALLOUX ; *JCP E* 2002, 1424, note C. GAVALDA ; *RJPF* 2002, n°3, p.9-10, obs. E. PUTMAN ; L. DUBOUIS, « Le droit de l'Union européenne et l'éthique biomédicale », *RAE* 2003, n°2, p. 203-212, étude ; J. RIDEAU, *JCl Europe*, Fasc. 110 Union européenne, n°73.

[7] Pt 70 de l'aff. Pays-Bas c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne.

Quelques années auparavant, la CJCE avait déjà fait référence au respect de la dignité humaine, dans un arrêt du 30 avril 1996[1], en réponse à un renvoi préjudiciel émanant de *l'Industrial Tribunal,* juridiction du Royaume-Uni. En l'espèce, il s'agissait d'un licenciement d'une personne transsexuelle. Quelques mois après avoir informé son employeur et durant le processus de changement de sexe, celle-ci avait reçu une lettre notifiant son licenciement, fondé sur un sureffectif. Or, il s'était avéré que la motivation réelle était liée au changement de sexe. La CJCE saisie de l'interprétation de la directive relative à l'égalité de traitement homme-femme et notamment sur l'existence ou non d'une discrimination en raison du sexe, déclara qu'une telle discrimination ne pouvait se limiter au sexe de l'intéressé. Elle affirma ensuite que « *tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger* »[2]. La CJCE s'était donc dévolue la charge de protéger la dignité.

Cela s'est confirmé dans un célèbre arrêt[3] du 14 octobre 2004, dit Omega. En l'espèce, une société allemande avait conçu un laser-sport, dont le but consistait à atteindre des capteurs présents sur les gilets des joueurs à l'aide d'appareils à visée laser, proches des mitraillettes. Ayant recours à une société d'un autre État membre pour la fabrication de ses lasers, la société avait fait l'objet d'un arrêté lui interdisant « *de jouer à tuer des personnes* » sous peine d'astreinte. La juridiction à l'origine du renvoi préjudiciel considérait que cela portait atteinte au principe constitutionnel de la dignité humaine, non pas en raison d'un traitement dégradant de l'adversaire, mais d'« *un éveil ou un renforcement chez le joueur d'une attitude niant le droit fondamental de chaque personne à être reconnue et respectée, tel que la représentation, comme dans le cas d'espèce, d'actes fictifs de violence à des fins de jeu. Une valeur constitutionnelle suprême telle que la dignité humaine ne saurait être écartée dans le cadre d'un jeu de divertissement* »[4]. Toutefois, la juridiction nationale se demandait non seulement si la prohibition d'une activité économique fondée sur une valeur constitutionnelle (la dignité) n'était pas contraire au droit communautaire, mais aussi, si les

[1] CJCE, 30 avril 1996, aff. C-13/94, P. c/ S. et Cornwall County Council, *Rec*. I, p. 2143 ; *JCP E* 1997, 659 (spéc. n°8-10).

[2] Pt 22 de l'aff. P. c/ S. et Cornwall County Council.

[3]CJCE 14 octobre 2004, Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Aff. C-36/02, Rec. p. I-9609 ; P. CASSIA, « Dignité de la personne et droit communautaire », *Dr. Adm.*, Janvier 2005, comm. 11 ; D. SIMON, *Europe* 2004, comm. 407 ; S. IMOLA, *RAE* 2003-4, p.681-685 ; J. RIDEAU, *JCl Europe*, *préc*., n°76.

[4] Pt 12 de l'aff. Omega.

limites apportées aux libertés fondamentales garanties par le Traité devaient reposer sur une conception commune aux États membres. La CJCE énonça alors que « *l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome* »[1].

Par conséquent, après avoir relevé l'étendue de l'arrêté, la Cour a estimé que celui-ci ne portait pas atteinte injustifiée à la libre prestation de service et surtout que le droit communautaire ne s'oppose pas à la prohibition d'un État membre d'une activité économique, constituant une atteinte à la dignité humaine.

La CJCE a donc donné de multiples dimensions à la dignité, lui reconnaissant une part de subjectivité (dignité de l'individu) et d'objectivité (valeur supérieure du fait de l'appartenance à l'espèce humaine), jusqu'à l'élever au rang de principe général du droit communautaire. Il convient de relever comme l'énonce expressément la Cour, que l'interprétation de ce principe est limitée à celle retenue par la norme constitutionnelle[2].

La Cour aura très certainement à s'interroger sur l'interprétation à donner de ce principe général du droit, présent au sein de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne[3] du 7 novembre 2000, ayant obtenu la valeur juridique des Traités fondateurs seulement depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009.

B. La détermination des limites de l'humanité

165. Par sa seule appartenance à l'humanité, l'être humain bénéficie d'une protection de son être dans son intégralité. Cependant, il convient de se poser une question portant sur le

[1] Pt 34 de l'aff. Omega.

[2] A propos de la nationalisation de l'interprétation : E. DUBOUT, « La dignité dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *La dignité saisie.., op.cit*., p. 100-105.

[3] Le 3ème considérant du préambule de la charte énonce que « *Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité* ».

De plus, la Charte consacre son 1er chapitre à la *Dignité*, composé de 5 articles. Le 1er article s'intitule *« Dignité humaine »* et consacre son inviolabilité. Les articles suivants sont dédiés au droit à la vie, le droit à l'intégrité physique et mentale, la prohibition des traitements inhumains et dégradants et l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (*JOUE* du 30 mars 2010, C 83/391).

savoir à quel moment du cycle de vie se déclenche de cette protection. L'âge pourrait constituer le critère pertinent, mais tel n'est pas le cas. En effet, la jurisprudence française nous a appris que « *[l']âge de la majorité se calcule d'heure à heure à compter de l'heure de l'accouchement et non par jour civil* »[1]. Ainsi, le vieillissement mesuré par l'âge, ne débuterait qu'à la naissance de l'individu. Or, la dignité est susceptible de faire l'objet d'altérations avant même cet instant. À ce titre, le critère de l'âge nécessaire pour édifier des protections à certaines étapes du cycle de vie, se révèle insuffisant lorsqu'il s'agit de protéger l'Humain dans son exhaustivité. Les instants les plus fragiles de l'existence en raison des effets de l'âge sur le consentement, sont au nombre de quatre. Ces périodes délicates comprennent la conception, la minorité, la vieillesse et lors de l'achèvement de la vie, la mort. Lors de ces étapes, l'autonomie de la volonté peut connaître des défaillances. Il est alors difficile d'établir l'expression de la volonté de l'être.

166. L'évocation de ces zones d'extrême fragilité requiert toutefois des précisions préalables à propos de l'émergence de la qualité d'être humain et sa disparition.

En droit français, l'embryon et le fœtus[2] ne sont pas reconnus comme des personnes. Ainsi, n'est pas considéré comme constitutif d'un homicide involontaire, le fait de provoquer

[1] Ancienne certes, mais la règle de computation du temps reste la même (Nancy, 10 mars 1888 ; *D.P. 1*888, p. 212).

[2] La vie intra-utérine est divisée en deux phases. Durant les 60 premiers jours de grossesse, le stade embryonnaire est enclenché, puis à partir du troisième mois jusqu'à la naissance, l'embryon devient un fœtus.

la perte d'un enfant à naître[1]. La naissance et la mort sont donc les 2 conditions nécessaires pour être une personne[2].

La Cour Européenne des Droits de l'Homme est plutôt restée silencieuse sur le point de avoir quelle est l'étendue du champ d'application du droit à la vie, garanti par l'article 2 de la Convention, préférant laisser aux États le soin de définir « *le point de départ* » de ce droit[3] et par conséquent, l'émergence de la personne.

Le législateur français s'était déjà prononcé sur la question à travers les lois dites bioéthiques de 1994[4]. Lors de l'examen de la constitutionnalité de ces lois effectué par le Conseil, se posait essentiellement la question de savoir quel était l'avenir des embryons surnuméraires. En effet, afin de pallier à la fréquence des échecs de la procréation assistée[5], les embryons sont produits en surnombre. En 1994, le législateur a donc introduit les articles 16 et suivants dans le Code civil, garantissant la primauté de la personne ainsi que le respect

---

[1] La jurisprudence française est assez riche en la matière. L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation s'est d'ailleurs exprimée le 29 juin 2001. En l'espèce, le véhicule d'un homme en état d'ébriété avait percuté celui d'une femme enceinte de 6 mois, entrainant par conséquent la perte de l'enfant qu'elle portait. Les juges avaient approuvé la relaxe du conducteur du chef d'homicide involontaire de l'enfant à naître, car celui-ci n'était pas né. La Cour rappelle que « *le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus* » , Bull. civ, n°8 ; *D.2001*, 2917, note Y. MAYAUD ; *RTD civ*. 2001, 560, note J. HAUSER ; v. aussi : *JCP G* 2004, I, 194, « L'enfant à naître, un objet sans destinée humaine », J. SAINTE-ROSE.

À rapprocher de l'article 1 de la Convention de la bioéthique du Conseil de l'Europe de 1996 ; B. MATHIEU, JCP G 2013, 904, *op. cit.* (sur la distinction personne-fœtus).

[2] Dans ce sens, voir un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 2 décembre 2003, *Bull.* crim n°230 ; *D.* 2004, 449, note PRADEL.

[3] CEDH, Grande Chambre, 8 juillet 2004, Vo c/ France, Requête n° 53924/00, CEDH 2004-VIII ; *JCP G* 2004, 10158, note M. LEVINET ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op.cit.*, n°185, p. 292-293 ; E. DUBOUT, *op.cit.*, p.106.

[4] Il s'agit des lois n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* du 30 juillet 1994, n°175.

[5] La fécondation in vitro et l'implantation de l'embryon sont parfois les seules et dernières chances de procréation pour certaines femmes. Afin d'éviter une répétition du prélèvement des ovules (fécondées ensuite dans une "éprouvette"), s'est développée « *une pratique consistant à disposer d'embryons de rechange, de même provenance, stockés, conservés par congélation…* » ; Extrait de l'ouvrage *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, F. TERRÉ et D. FENOUILLET, 7e éd. Dalloz, 2005, n°25-29, p. 28-34.

de l'humain dès le commencement de la vie. Exclus de la définition de personne, l'utilisation des embryons surnuméraires faisaient malgré tout l'objet d'un encadrement très strict, prohibant toute conception à des fins d'expérimentation, y compris toute expérimentation sur l'embryon in vitro[1]. Seules sont autorisées les recherches destinées à dépister des maladies génétiques sur les embryons implantés.

C'est seulement en 2004[2] que le législateur a pris la décision d'étendre le champ d'activité des recherches biomédicales. La dignité de l'homme reste protégée, puisque le clonage, l'utilisation commerciale ou industrielle restent prohibés[3]. Les pratiques tendant vers l'eugénisme sont également interdites[4]. Alors que la recherche sur l'embryon demeure prohibée[5], le législateur a prévu des dérogations[6].

La conception ne fait donc pas l'homme. Ce dernier doit naître pour acquérir le droit à une dignité. Toutefois, en raison de cette appartenance à une commune humanité et de son caractère inaliénable, il est nécessaire d'encadrer les recherches menées sur ces petites parcelles d'être. Il convient en effet d'appréhender les avancées de la médecine sous l'égide du principe fondamental de dignité, permettant ainsi de ne pas concevoir l'homme ou la femme comme des moyens de se procurer de la matière, ni l'embryon comme un élément matériel.

---

[1] F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *ibid*, 29, p. 32.

[2] Loi n°2004-800 relative à la bioéthique, *JORF* du 7 août 2004, n°182, p. 14040 ; M. BRUSORIO, La loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique : la recherche sur l'embryon enfin autorisée, *Gaz. PaL. 2*004, doctrine 2362.
Elle a été modifiée par plusieurs lois, récemment par la loi n°2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, *JORF* du 7 août 2013, p. 13449 ; Loi n°2012-187 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, *JORF* du 23 mars 2012, p. 5226 et signalons aussi, la Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF* du 8 juillet 2011, p. 11826.

[3] Code de la santé publique art. L. 2151-1 à L. 2151-8 et C. civ. art. 16-4 aL. 2.

[4] C. civ. art. 16-4 aL. 1 et aL. 3 ; C. pén. art. 214-1 à 214-4 (*des crimes contre l'espèce humaine*).
Ces pratiques sont également condamnées par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans son chapitre dédié à la Dignité, article 3 alinéa 2.

[5] Code de la santé publique art. L. 2151-5 aL. 1.

[6] Code de la santé publique art. L.2151-5.

167. En droit constitutionnel allemand, l'embryon acquiert la qualité d'être humain dès la nidation de l'ovule (soit 14 jours après la conception) et bénéficie non seulement du droit à la vie, mais également de sa dignité[1].

168. Saisie à propos du risque de brevetabilité des inventions biotechnologiques, la CJUE a décidé de retenir une définition autonome de l'embryon. Son acception se révèle particulièrement large, accordant ainsi une liberté d'appréciation aux juges internes. Cela désigne tout ovule humain fécondé, mais également celui non fécondé ayant fait l'objet de l'implantation du noyau d'une cellule mature ou l'ovule non fécondé développé ou divisé par voie de parthénogénèse[2].

169. Quant à l'autre extrémité du cycle de vie, disons simplement que la mort ne signe pas l'arrêt de la dignité. Cela a été d'ailleurs été récemment rappelé lors d'une exposition très controversée, *Our body, à corps ouvert*, consistant à présenter des cadavres humains plastinés[3], ouverts ou disséqués. Certains étaient installés dans des postures adoptées lors de pratiques sportives dévoilant ainsi au public, le fonctionnement des muscles sollicités durant l'effort. Des associations ont contesté la licéité de cette exposition tout en soulevant la question de la compatibilité d'une telle manifestation au regard du statut juridique du cadavre humain. Cette exposition interdite dès la première instance[4] a également été prohibée par la

[1] Décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 25 février 1975, IVG I (BVerfGE, 39, 1 (41)) ; Décision du 28 mai 1993, IVG II (BVerfGE 88, 203 (252)); L. HEUSCHLING, *op.cit.*, p. 158-159. L'auteur précise que si la dignité de l'embryon (reposant pourtant sur la Loi fondamentale), est mise en balance avec le droit de la mère, ce sont les intérêts de la mère qui prime.

[2]CJUE, 18 octobre 2011, aff. C-34/10, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, *non publié*. (Pts 26, 28, 32, 34 et 38); S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'embryon de l'Union », *RTDE* 2012, p.355 ; toujours *RTDE* 2012, p. 396, obs. F. BENOIT-ROHMER ; *D.* 2012. p. 410, note. J.-C. GALLOUX ; J. HAUSER, *RDT Civ* 2011, p.97, (suite) p. 506, (suite et fin) *RTD Civ*. 2012, p. 85.

Le Professeur BENOIT-ROHMER (*préc.*) relève d'ailleurs que la Cour n'a pas recours en tant que fondement juridique, à l'article 1er de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union, mais à la dignité telle qu'elle est présente au sein de la directive n°98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (*JOCE* L 213 du 30 juillet 1998, p. 13-21).

[3] L'opération de plastination repose sur un remplacement des différents liquides organiques par du silicone.

[4] Les juridictions du fond précédemment saisies avaient toutes deux prohibé cette manifestation, mais sur des fondements différents. Selon le TGI, celle-ci porte atteinte à l'ordre public en raison de la commercialisation des corps tandis que les juges de la Cour d'appel se sont attachés à l'origine de ces corps et le consentement des personnes de leur vivant pour une telle utilisation de leur cadavre. L'origine des cadavres suscitaient de

Cour de Cassation[1] au motif « *qu'aux termes de l'article 16-1-1 alinéa 2, du Code civil, les restes des personnes décédées doivent être traitées avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence* ».

170. La dignité ne s'éteint donc pas à la mort de l'être, elle perdure par son cadavre dont l'apparence le relie à l'espèce humaine. Cette protection est très contemporaine[2], puisqu'elle a été consacrée lors de l'introduction au sein du Code pénal, parmi les dispositions relatives aux atteintes à la dignité de la personne, d'une section dédiée des atteintes au respect dû aux morts[3]. Précurseurs, les juges avaient toutefois veillé à la protection de l'intégrité du cadavre, voire même sa sépulture[4]. Le droit allemand ne se distingue pas en la matière, étendant la protection au-delà la vie de la personne[5].

---

nombreuses interrogations, puisque les associations les soupçonnaient d'être issus d'un trafic de cadavres de ressortissant chinois prisonniers ou condamnées à mort.

TGI Paris, 21 avril 2009 ; *D.* 2009, p.1192, note X. LABÉE et appel : Paris, pôle 1, ch.3, 30 avril 2009, n°09/09315 ; *JCP G* 2009, 12, note G. LOISEAU.

L'Allemagne a accueilli l'exposition en 2010.

[1] Civ. 1ère, 16 septembre 2010, n°09-67.456, Société Encore Events c/ Associations Ensemble contre la peine de mort et a., Bull. civ I, n°764 ; « Exposition Our body : corps ouverts mais expo fermées ! », *JCP G* 2010, 1239, note B. MARRION.

Signalons que les suites du litige en droit des assurances : *JCP G* 2013, 411, note, G. LOISEAU.

[2] L'introduction de l'article 16-1-1 du Code Civil est due à la loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire, *JORF* n°296 du 20 décembre 2008, p.19538.

[3] Plus précisément, il s'agit du livre II, titre II, chapitre V, section 4, articles 225-17 à 225-18-1 du Code pénal.

[4] Par exemple pour une violation de sépulture : Tribunal Correctionnel Fort de France, 22 septembre 1967, *JCP* 1968, II, 15583, note BISWANG. En l'espèce, deux individus avaient creusé une tombe dans le but d'obtenir des lambeaux de chair humaine et avaient finalement renoncé. Faire le parallèle avec un jugement du TGI de Lille du 5 décembre 1996 (*D.* 1997, p.376, X. LABÉE) où il a été rappelé que « *tout élément du corps humain en état de désagrégation, qui provient d'une sépulture fut-elle abandonnée, est digne de protection et que les débris formant le corps désagrégé sont respectables, quand bien même ces débris n'abriteraient plus aucune personne* », citation empruntée à B. MARRION, *op.cit.*

Sur le doublement sacré du cadavre reposant dans sa sépulture, v. not. J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », in *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges BOLZE, *op.cit*, p.383-384. L'auteur évoque le curieux paradoxe entre la réification de l'embryon et la préservation de l'humanité du cadavre.

[5] L. HEUSCHLING, *op.cit*., p. 159.

Ces développements nous amènent à retenir la conclusion que « *[t]out individu est à chaque instant, quelque soit sa condition, une personne et en possède toute la dignité*[1] », affirmation à laquelle il faudrait ajouter : et même après son dernier souffle.

§2 : Les effets de l'appartenance à l'humanité.

171. L'appartenance à l'humanité peut entrer en conflit avec les choix opérés par l'individu du fait de l'exercice de sa volonté. Face à la règle du « *[n]ul ne peut renoncer au principe de la dignité humaine, ni pour autrui, mais ni pour lui-même*[2] », le juge constitue la seule autorité pouvant admettre l'atténuation de la primauté de la dignité humaine (A).

L'exacerbation de cette règle atteint son paroxysme lorsque le législateur a décidé de garantir l'effectivité de la protection de la dignité des plus vulnérables. Le seul choix de l'individu, qui pourrait être en situation d'abuser de cette vulnérabilité liée à l'âge, est de respecter la dignité du mineur et de la personne âgée, ne portant ainsi pas atteinte à sa dignité humaine (B).

A. La dignité humaine face à la volonté individuelle

172. La multiplicité des recours à la notion de dignité ne doit pas laisser penser qu'émerge progressivement un droit subjectif à la dignité. Comme l'explique le Professeur Nicolas MOLFESSIS, le risque réside dans l'attribution du « *rôle principal à la volonté individuelle ». L'individu déciderait ainsi de ne pas être digne. « Or, comment tolérer que [la volonté] exerce une influence sur la dignité de la personne humaine ?*[3] » Le principe de dignité humaine perdrait ainsi de sa consistance, puisque celle-ci n'aurait plus cette idée de commune humanité.

Pourtant, en se penchant sur la notion de droit subjectif, définit comme correspondant à une *« prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui »*[4], tel que le droit de propriété et en l'associant à l'une des qualités

[1] T. DE KONINCK, *op.cit*, p. 49.

[2] M. FABRE-MAGNAN, *op. cit*., p. 2980.

[3] N. MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *la Dignité de la personne humaine*, dir. M.-L. PAVIA et T. REVET, Economica, Paris, 1999, p. 127.

[4] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*

essentielles de l'être humain, la volonté, cela pourrait entraîner une sorte de droit de propriété de sa dignité. L'individu deviendrait alors maître de sa dignité[1], lui offrant ainsi la possibilité de renoncer à une parcelle de sa dignité.

Cette conception subjective de la dignité humaine a été condamnée par le Conseil d'État dans deux arrêts célèbres, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence du 27 octobre 1995[2]. En l'espèce, une société avait décidé d'organiser dans des discothèques, des spectacles de lancers de nain, consistant simplement à inviter des spectateurs à lancer une personne de petite taille, naturellement vêtu de protection, tel un projectile, le plus loin possible, au-dessus d'un matelas pneumatique. Ces communes s'étaient opposées à de telles exhibitions en les prohibant par arrêté, en se fondant sur le fait que « *par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine* ». Annulées par les tribunaux administratifs, les litiges avaient été portés à la connaissance du Conseil d'État.

Dans un premier temps, il a rappelé que le principe de la liberté du travail et celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne constituaient pas des obstacles à l'exercice du pouvoir de police de l'autorité locale. Cette dernière pouvait ainsi décider de la prohibition d'une activité même licite, dans la perspective de prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public.

Toutefois, ce qu'il apparaît intéressant de souligner en l'espèce, c'est le fait que la personne utilisée comme projectile, revendiquait que ces spectacles lui offraient une rémunération et conséquemment, l'acquisition une dignité[3]. Pour réfuter cet argument, le Conseil d'État a considéré qu'il existait une norme s'imposant non seulement à l'être, mais restreignant la liberté de la personne dans son propre intérêt. C'est en raison de son appartenance à l'espèce humaine, que cet individu aurait dû refuser cette proposition[4]. La dignité s'impose donc comme un devoir de respect aussi bien envers les autres que soi-même, en raison de cette appartenance à cette commune humanité. Or, « *[l']archéologie de la notion de dignité*[5] » évoquée précédemment, a permis de souligner l'existence d'une composante essentielle de la dignité : la volonté. La volonté individuelle, expression de la liberté de l'être, peut être bridée face à la dignité. Celle-ci n'est alors plus envisagée sous les traits du respect

[1] Le Professeur MOLFESSIS souligne les dangers de cette maîtrise individuelle de sa dignité, *préc.*, p. 128-129.

[2] CE, 27 février, Commune de Morsang-sur-Orge, *Rec*. Lebon p.372 et le même jour, CE, Ville d'Aix en Provence, n° 143578, *inédit au rec. Lebon* ; *D.* 1996, p. 177, note G. LEBRETON.

[3] E. DREYER, *op.cit,* p.36-38.

[4] E. DREYER, *op.cit*, p.36.

[5] Empruntée à T. DE KONINCK.

du droit à la dignité inhérente à chaque être, mais plutôt comme un devoir de respect découlant de l'appartenance à l'Humanité. En procédant ainsi, l'essence même de l'homme est niée, puisque il ne peut mettre librement en œuvre sa volonté[1].

Le raisonnement du Conseil d'État aboutit donc à une réification de l'homme et l'infantilise. Dans certaines hypothèses, l'être humain ne respecte pas sa dignité et il s'impose alors de le protéger contre lui-même. Comme le souligne le Professeur Emmanuel DREYER, cette conception objective de la dignité correspond à l'expression du mépris[2]. Cette infantilisation de l'homme nie le propre de l'homme, l'autonomie de sa volonté[3].

173. Ce conflit entre l'irréductibilité du principe de la dignité humaine et le libre exercice de la volonté a également été soulevé en droit allemand[4]. La jurisprudence allemande a adopté une position assez proche de celle du Conseil d'État. En raison de l'appartenance à l'espèce humaine, l'individu doit respecter le principe de la dignité humaine, même contre sa volonté. Cela a été démontré dans deux décisions relatives à des Peep Show[5]. Selon les juges, la protection du genre humain (*die menschliche Gattung)* imposait en l'espèce de condamner une telle exhibition, consistant à mettre en scène une femme nue dans des postures suggestives, objet de regard des hommes à l'abri dans des cabines individuelles aux vitres teintées. C'est d'ailleurs ce dernier élément qui est à l'origine de l'atteinte, aboutissant à une condamnation d'une telle exhibition.

---

[1] E. DREYER cite très justement R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public à travers les personnes*, LGDJ, 1950, 2e éd., p.7 : « *la liberté est le premier attribut de la personne humaine ; c'est celui qui caractérise vraiment la dignité. C'est par là que l'homme-personne* se *distingue de l'animal ou des choses qui ne sont des personnes parce qu'ils ne sont pas libres », op.cit,* p.39.

[2] « *Cette conception de la dignité exprime du mépris, chez ceux qui la professent, à l'égard de leurs concitoyens dont la volonté ne mérite pas d'être entendue et leur liberté respectée* » Emmanuel DREYER, *ibid*, p. 40

[3] « *L'homme a le pouvoir de s'obliger par l'effet de sa seule volonté* » ; C. LACOUR, *Vieillesse et vulnérabilité, op.cit*., p. 60.

[4] Le Tribunal administratif de Neustadt s'est exprimé sur ce même point en 1993. Cette activité professionnelle a été jugée contraire à la dignité humaine. L.HEUSCHLING, *op.cit.*, p.154.

[5] Une décision du 15 décembre 1981 (Peep show I) et une autre du 30 janvier 1990 (Peep show II) ; L. JEANNIN, « Le principe de dignité en droit allemand » in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un principe en voie de juridicisation, op.cit.*, p. 168-169 ; L. HEUSCHING, *op.cit.*, p. 154-156.

174. Toutefois, admettre la limitation du principe de la dignité humaine peut s'avérer dangereux[1]. Cela a été notamment souligné par Mme le Professeur FABRE-MAGNAN à propos de l'arrêt de la C.E.D.H. du 17 février 2005[2]. En l'espèce, un magistrat accompagné de plusieurs personnes dont un médecin, se livrait à des pratiques sadomasochistes extrêmement violentes sur son épouse. Malgré ses pleurs et ses cris, l'une des séances se révéla particulièrement violente comme le révélèrent les cassettes. Condamnés à de multiples sanctions par la Cour d'appel d'Anvers, le magistrat et le médecin mécontents formèrent un recours devant la C.E.D.H. en arguant notamment de la violation de l'article 8 de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. Celle-ci serait constituée par l'ingérence de l'État dans ce qui relève de leur vie privée et plus précisément de leur vie sexuelle. En effet, le principe de l'autodétermination permet entre autre à chaque individu de décider d'entretenir des relations sexuelles sauf raison particulièrement grave justifiant conséquemment, l'immixtion de l'État. En admettant un tel argument, la Cour a accepté qu'un droit individuel prime sur la dignité humaine. Fort heureusement, les requérants demeurèrent condamnés en raison du défaut de consentement de l'épouse victime[3].

La dignité humaine nécessite parfois l'intervention des juges afin de rappeler à l'individu, son appartenance à la commune condition de l'homme, l'Humanité. Dans les hypothèses que nous avons évoquées, le rappel était adressé à la personne dont la dignité était atteinte, par l'exercice de sa volonté en matière de choix professionnel notamment. Dans le second cas, les pratiques sadomasochistes correspondaient partiellement à l'expression de sa volonté et sur ce point, la Cour saisie a considéré qu'il n'y avait pas lieu de s'immiscer (à défaut, cela s'analyse en une atteinte à une liberté fondamentale). Ce n'est qu'en relevant le défaut de consentement manifeste de l'épouse par le biais de la vidéo que la Cour considère que les pratiques ne sont plus respectueuses de la dignité de l'épouse. Le défaut d'autonomie individuelle de l'épouse a ainsi permis de caractériser l'atteinte à sa dignité humaine, dont le respect s'imposait aux participants. Si elle avait choisi d'être traitée comme une chose lors de ces pratiques, les faits tels qu'ils se sont déroulés, ont dépassé sa volonté. Selon cette décision très controversée,

[1] F. DIEU oppose dans un article relatif au port du voile intégral la dimension objective de la dignité retenue par le Conseil d'État en 1995 et la dimension subjective de la dignité, adoptée par la C.E.D.H. ; « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *JCP Administration et collectivités territoriales*, 2010, 2355 (spéc. n°17-18).

[2] C.E.D.H., 1re sect., 17 février 2005, K.A.et A.D. c/ Belgique, M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'Homme », *D. 2005*, chron., p. 2973.

[3] M. FABRE-MAGNAN, *préc.*.

l'autodétermination peut restreindre la dignité liée à la qualité d'être humain. À défaut, il revient aux juges de sanctionner les tiers ayant porté atteinte à la dignité d'un autre, comme l'époux ou le médecin.

B. Le devoir de dignité

175. Penser la dignité humaine comme un droit objectif, s'imposant à l'être en raison de son appartenance à l'humanité, entraîne deux effets juridiques non négligeables, la protection contre soi-même[1] et la protection contre les autres[2].

La dignité humaine est susceptible de connaître des altérations aux deux ultimes extrémités de la vie. Celles-ci ont fait l'objet d'une protection renforcée, comme nous l'avons vu précédemment.

Mais la dignité de l'individu peut subir des atteintes à certains instants de son existence, particulièrement fragiles. C'est ainsi que le législateur a pris le soin d'édifier des protections spécifiques pour garantir le respect de la dignité. Cela est notamment le cas pour le mineur. De sa naissance jusqu'à sa majorité, l'individu fait bénéficie de multiples protections dédiées à sauvegarder son intégrité morale, psychique et physique. Le législateur a façonné un arsenal de dispositions et mesures destinées à préserver la dignité du mineur des atteintes occasionnées par le comportement de tiers. Cela réunit des mesures diverses, telles la prohibition des sévices corporels[3], la lutte contre la prostitution des mineurs…. Dans ces deux cas, il s'agit de protéger le mineur qui n'a pas nécessairement conscience de l'atteinte portée à sa dignité humaine par les autres.

La dignité de l'être peut également être altérée durant sa vieillesse. « *Ce qui fait la personne âgée, c'est la diminution qui en découle. Le besoin de protection n'est pas dû à l'âge, mais à la fragilisation de la personne qui peut intervenir plus ou moins vite pour*

[1] C. CASSAGNABÈRE, *La responsabilité envers soi-même*, thèse, Université de Rennes 1, 2011.

[2] J. FERRAND et H. PETIT, « Une éthique de la dignité humaine peut-elle avoir un sens sans prendre appui sur le principe de réciprocité ? », in *Fondations et naissances des droits de l'homme*, J. FERRAND et H. PETIT, L'Harmattan, 2003, p. 167 : « *Le caractère déterminant de la référence à la dignité tient au fait que le sujet humain n'existe que devant l'autre. Ce devant l'autre étant ici à comprendre comme exposé à l'autre aussi bien que révélé par l'autre* ». Cité par X. BIOY, « Le concept de dignité », *La dignité saisie par les juges…*, *op.cit.*, p. 38.

[3] C. pén. art. 222-13; A propos de la punition corporelle : C. PERELMUTTER, « Éduquer sans frapper », La *Gazette du Palais*, 13 mai 2010, n°133, p. 10 (atteinte à la dignité).

chacun »[1] . Face à cette fragilisation due à l'âge, certains individus peuvent l'exploiter (au même titre que l'insouciance due à la jeunesse) et se livrer à des violences physiques, morales et/ou économiques[2]. Le droit de l'Union s'en est même préoccupé[3].

En élaborant des normes destinées à garantir la protection de leur dignité, tout en renforçant son nécessaire respect par les autres membres de la société, cela explicite les normes comportementales à adopter à l'égard des individus traversant ces âges de la vie. En optant pour un comportement contraire à la norme, l'auteur de l'atteinte est sanctionné plus ou moins gravement en fonction de l'âge et de la vulnérabilité de la victime. Il en est ainsi pour la personne ayant recours à une mineure se livrant à la prostitution[4].

Cela signifie que les individus ayant atteint l'âge de la maturité, ont conscience de la vulnérabilité de ces tranches de l'existence et ils doivent veiller au respect de leur dignité[5]. C'est à ce titre que les juges ont condamné un animateur d'une station radio qui s'était réjoui à quatre reprises de la mort d'un policier lors d'une fusillade ou l'incitation des animateurs à la révélation de détails sur des cadavres récemment découverts[6].

Mais la mise en relief de cette vulnérabilité aboutit également à reconnaître qu'à défaut d'en remplir la condition - ce qui signifie simplement, être en dehors de ces périodes de fragilité de l'existence - l'individu mature se doit de respecter la dignité des plus fragiles. Toute déviance doit faire l'objet d'une correction, comme un rappel à l'ordre.

176. Il en est ainsi lorsque l'individu met en péril sa propre dignité. C'est sur ce motif que la personne de petite taille, participant au spectacle donnée dans la commune de Morsang-sur-

---

[1] E. DREYER, « La dignité des personnes âgées » in *Droit et vieillissement de la personne*, acte du colloque de Besançon en octobre 2007, coll. Droit et Débats, Litec, p. 32.

[2] Pour une étude très exhaustive de ces violence : C. LACOUR, *op.cit*., n° 468-522.

[3] A propos de l'article 25 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union (le droit des personnes âgées de mener une vie digne et indépendante) : D. ROMAN, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », *RDSS* 2008, p. 267.

[4] C. pén. art. 225-12-1 (3 années d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende).

[5] À noter que l'article 224-9 du Code Pénal prévoit qu'une personne est exemptée de peine si « *ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction [traite d'êtres humains] et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices* ». Cela est également le cas pour le proxénétisme (C. pén. art. 225-11-1). Sur l'incitation à la révélation d'information : B. DE LAMY, La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *D.2004*, p.1910.

[6] CE, 20 mai 1996, Société Vortex et a., n° 167694 et CE, 30 août 2006, Association Free Dom, n°276866, *Dr. Adm.* octobre 2006, n°10, com.150.

Orge a été considérée victime d'une atteinte à sa dignité et plus largement, à la dignité humaine. À défaut, constatant que l'individu a manqué à son devoir, il appartient à la société par le biais des juges, de protéger l'individu contre soi-même. Cela entraîne donc une forme de correction de « *l'automanquement*[1] » à la dignité. L'individu n'a pas été capable lors du libre exercice de sa volonté, de protéger sa dignité et la sanction s'impose alors, comme une forme de rééducation de l'indigne, lui montrant ainsi la voie à ne pas suivre. D'ailleurs comme le souligne Professeur Emmanuel DREYER, cela peut se révéler dangereux : « *À tous ceux qui craignent une expression anarchique des volontés individuelles, la dignité humaine offre un moyen inespéré d'étouffer toute aspiration aux changements. Elle permet d'imposer une norme de comportement, de dire ce qui est bon et bien, ce que chacun doit faire ou ne pas faire…* »[2].

Ce rappel à l'ordre existe également lorsqu'un individu porte atteinte à la dignité d'un autre[3]. La vulnérabilité en raison de l'âge justifiera une aggravation de la peine, mais encore faut-il parvenir à caractériser cette vulnérabilité[4].

Arrivé à l'âge adulte, l'individu a atteint le seuil de la maturité et à ce titre, il se doit d'adopter les normes comportementales respectueuses de la dignité des autres membres de la société, tout en mettant en œuvre sa volonté afin de conserver sa dignité. D'une certaine façon, cela signifie que l'être doit protéger sa dignité et celle des autres. Toute carence ou défaillance sera corrigée par la société via l'action des juges mais aussi du législateur, telle une rééducation de l'homme qui a manqué à sa propre dignité. La dignité n'est alors plus seulement envisagée comme une protection, mais aussi comme un devoir. L'homme adulte doit mettre en œuvre les stratégies adaptées afin de conserver sa dignité, respectant ainsi un principe supérieur lié à son patrimoine génétique[5].

Les législateurs ont reconnu l'existence d'étapes au sein du cycle de vie, d'une extrême fragilité. Pour les identifier, le critère de l'âge s'avère particulièrement utile. Ce faisant, il

---

[1] E. DREYER, *op.cit,* p.38. L'auteur propose d'ailleurs ironiquement « *d'habiliter des associations de veiller* » au respect de la dignité de chacun en raison de son appartenance à une commune humanité, voire d' « *instituer des commissaires à la dignité de chacun chargés de faire respecter cette valeur collective* »

[2] E. DREYER, *ibid,* p.34.

[3] « *Mais [la dignité] contraint celui qui voudrait débaucher, prostituer ou porter atteinte à l'intégrité d'autrui* », B. MATHIEU, De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique, *D.* 2005, p.1649.

[4] A propos de la vulnérabilité et de sa caractérisation : v. *supra*, n°22 et s.

[5] E. DREYER, *préc.*

devient possible de considérer cette règle de mesure du temps écoulé, comme un instrument au soutien d'un principe fondamental, la dignité humaine.

Section 2 La dignité humaine au travail.

177. La distance séparant l'âge, simple unité de mesure du temps, et la dignité, valeur inhérente à la personne humaine, semble immense. En effet, il apparaît paradoxal de reconnaître une spécificité telle que l'âge au sein de la dignité, car cela serait de nature à remettre en cause sa dimension universelle. Au contraire, il convient d'y voir un moyen de conforter l'existence de la dignité des plus vulnérables, garantir aux yeux de ceux qui en douteraient, son entièreté. L'âge constitue un simple instrument garantissant l'existence de la dignité à chaque instant de la vie – notamment active[1]- et plus précisément, son unité. Ce faisant, la distinction par âge contribue à son effectivité et non pas à son amoindrissement (§1).

C'est ainsi qu'en intégrant l'âge au sein de la législation sociale, le législateur lui a apporté davantage d'humanité. Ce même travail doit être réalisé en matière de vieillissement dans l'emploi. La prise en considération de la pénibilité, doit à l'image du critère de l'âge, devenir un outil d'expression de la dignité humaine (§2).

§1. L'âge au soutien de la dignité

178. L'histoire des législations sociales françaises nous révèle que la prise en considération de la dignité au sein de l'activité professionnelle est une construction progressive, initiée par bien souvent par des professionnels de santé. Cela est notamment le cas en ce qui concerne le travail des enfants (A). Cette reconnaissance spécifique de la dignité des enfants dans le cadre d'un rapport de subordination est possible, car il faut rattacher cette acception de la notion à notre commune dignité (B).

[1] F. HÉAS, « Observations sur le concept de dignité appliqué aux relations de travail », *Dr. ouv*. 2010, n°746, p. 460-468.

A. L'avènement de la dignité des enfants

179. La Révolution industrielle a entraîné la création de la société moderne, tout en utilisant l'homme comme un élément de production. Cette conception de l'être s'étendait non seulement aux adultes de sexe masculin et féminin, mais également aux enfants, dont la taille constituait un précieux atout. Exposés aux dangerosités physiques et morales du monde ouvrier, le travail des enfants est progressivement apparu inadmissible. Des auteurs[1] expliquent qu'« *[il] faut être buté à la souffrance, à la détresse ou à l'injustice pour affirmer un monde différent. L'indignation, ou même la révolte au sens de Camus, fait ressurgir la dignité humaine dans toute son évidence. […] la confrontation à la vulnérabilité d'autrui n'appelle-t-elle pas la protestation d'un « pourquoi donc* » ? ».

Un tel mouvement s'est constitué dans l'Europe du XIX[e] siècle et de nombreux écrits dénonçaient les effets pervers de l'exploitation ouvrière massive[2]. Il en est ainsi dans L'ouvrier de huit ans, dans lequel Simon JULES s'indignait du recours à la jeunesse dans les manufactures : « *se hâter d'employer les enfants au risque de les exténuer et d'affaiblir la race, c'est commettre la même faute que les imprévoyants auteurs du projet d'armement universel, qui, pour avoir aujourd'hui plus de régiments qu'il ne nous en faut, s'exposent à voir baisser d'années en années la population et l'aptitude militaire des classes. Les peuples ont la vie longue, et il ne faut pas que les hommes qui se donnent la mission de les conduire ressemblent à ces usufruitiers avides qui, dans leur empressement de jouir, épuisent la richesse du sol et ne laissent à leurs successeurs que des déserts et des ruines* »[3].

Il n'hésita d'ailleurs pas à citer au préalable, le Professeur Pellegrino ROSSI[4], « *Le but de la société n'est pas seulement d'être riche. Supposons que ce fût un moyen de richesse nationale que de faire travailler les enfants quinze heures par jour, la morale dirait que cela n'est pas permis ; la politique aussi nous dirait que c'est un choix nuisible à l'État. Pour avoir des ouvriers de onze ans, on aurait de chétifs soldats de vingt ans. La morale fait valoir ses préceptes et la politique ses exigences, et quand même il serait prouvé que le procédé serait utile comme moyen de richesse, on ne devrait pas l'employer […].Quand l'application*

[1] T. de KONINCK et G. LAROCHELLE, *op.cit.*.

[2] A. SUPIOT, « La personne et la chose », in *Critique du droit du travail*, p. 66-68. Il expose notamment une enquête réalisée par une Commission d'enquête, particulièrement révélatrice des conditions de vie et de travail dans les manufactures anglaises.

[3] J. SIMON, *op.cit*, p. 66-67.

[4] P. ROSSI, Cours d'économie politique, Tome 1, I, p.36, in *L'ouvrier de 8 ans*, de J. SIMON, *ibid*, p. 5.

du travail est contraire à un but plus élevé que la production de la richesse, il ne faut pas l'employer ».

Ces auteurs dénonçaient sans explicitement dire le mot, les atteintes à la dignité. L'utilisation de l'être afin de répondre à un but militaire ou économique constitue une atteinte à ce que ROSSI nomme un « *but plus élevé* », c'est-à-dire une morale, une valeur, en d'autres termes, la dignité. D'ailleurs, il est assez aisé de lire entre les lignes l'influence de KANT et notamment son refus d'envisager l'homme comme un moyen et non comme une fin. Simon JULES[1] se révoltait donc contre ces indignités perpétrées à l'encontre des enfants, utilisés comme moyen au sein des manufactures.

Cette situation d'indignité a entraîné l'élaboration de normes spécifiques destinées à protéger les plus fragiles, afin d'assurer la protection de leur dignité. Cela a abouti à l'encadrement du travail des jeunes et à la prohibition du travail des enfants. Or, en déterminant de manière objective, un critère d'âge de nature à restreindre l'activité professionnelle des êtres, voire à l'interdire, cela met en exergue la fragilité de leur dignité. Leur dignité n'est donc pas différente, mais en raison de leur jeune âge, celle-ci est plus susceptible d'être altérée.

Pourtant cette acception de la dignité côtoie la dignité humaine, cet axiome juridiquement consacré qui refuse (en principe) toute altération. Justifiée par des considérations d'ordre physiologique et culturel, la prohibition du travail des enfants se fonde également sur la protection de leur dignité en raison de leur appartenance à l'humanité, ayant besoin d'être conforté dans un domaine spécifique, le droit du travail.

B. L'âge, instrument d'un principe matriciel

180. Le recours au critère de l'âge est destiné à mettre en exergue une fragilité au cours du cycle de vie. Son élaboration répond à la préoccupation de garantir la dignité des êtres tout au

[1] Cela est également à rapprocher de ses prises de position relatives à la liberté de conscience de l'être, « *nécessité de notre condition, un droit inhérent à notre nature humaine* ». Au sein de cette liberté, il y a des trois composantes regroupant le droit de penser, de prier et d'enseigner. Selon cet homme politique français du XIX[e] siècle, les « *attentats* » à la liberté de conscience de l'être constituent des diminutions « *dans sa dignité d'homme et de citoyen* ». Militant de « *l'émancipation des consciences* », il soutenait l'idée d'une école obligatoire et gratuite pour tous, permettant à l'homme d'accéder à la liberté par le biais de l'instruction.
Citations extraites J. SIMON, *La liberté de conscience*, reprises par l'ouvrage *Droits de l'Homme et Philosophie*, F. WORMS, CNRS éditions, Paris, 2009, p. 360-364.

long de l'existence. Au cours du cycle de vie, les individus traversent des périodes de grande fragilité, en raison de leur immaturité ou de défaillance de leur autonomie.

Cette recherche de la protection de la dignité des individus les plus vulnérables perdure à l'heure actuelle. Cela se manifeste notamment à travers un éclatement[1] de la notion de dignité. Selon le Professeur Bertrand MATHIEU[2], « *certains principes deviennent des principes majeurs, des « principes matriciels » en ce qu'ils engendrent d'autres droits de portée et de valeur différentes* »

Parmi eux, figure le droit à la dignité. L'auteur explique qu'il s'agit de « *la matrice d'un certain nombre de garanties qui formellement sont légales, mais dont la protection est nécessaire pour assurer le respect du principe lui-même* ».

Cela se vérifie d'autant plus que la protection de la dignité de l'être humain couvre des domaines aussi variés que multiples. Le curseur âge revêt le rôle de représentant de la fragilité de l'être à un instant de sa vie, devenant par là-même, un des moyens d'expression de la dignité.

181. Cela est notamment vrai en droit pénal. Il faut par exemple citer le Code pénal français, qui consacre dans son livre II *des crimes et délits contre les personnes*, un chapitre aux *atteintes à la dignité de la personne*. Au sein de ce chapitre, il apparaît que la dignité d'un individu peut être altérée dans diverses hypothèses, notamment en cas de sollicitation pour des relations sexuelles contre rémunération, d'une mineure ou d'une personne vulnérable se livrant à la prostitution[3]. L'atteinte à la dignité de l'être humain peut également être constituée par la mise à disposition d'une personne à un tiers afin de le contraindre à la prostitution ou à la mendicité[4]. Comme dans l'exemple précédent, la mention de l'âge est destinée à mettre en relief l'existence d'une particulière fragilité. La minorité de la victime de l'atteinte entraîne

[1] Pour une critique de l'abondance de la dignité (à propos de l'affaire de la peluche Nazo le skizo), J.-M. BRUGUIERE, *D.* 2005, chron. , p. 1169 ; Et la réponse de B. MATHIEU, « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *op. cit*.

A propos de la dévalorisation de la dignité humaine (« la petite monnaie »), une crainte exprimée par G. DÜRIG, rapportée par L. HEUSCHLING, *op.cit.*, p. 142.

[2]B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.1995*, chron., p. 211.

[3]C. pén. art. 225-12-1. La vulnérabilité peut être simplement apparente ou connue par l'auteur de l'atteinte. Celle-ci peut être due à la maladie, l'infirmité, l'état de grossesse, une déficience psychique ou physique.

[4] C. pén. art. 225-4-1.

l'aggravation de la sanction. Celle-ci peut également s'imposer lorsque la victime est particulièrement vulnérable en raison de son âge[1].

Cette immersion dans le Code pénal est particulièrement intéressante, car au sein de ce même chapitre, la discrimination est présente. Elle siège parmi les atteintes à la personne humaine et plus précisément aux atteintes à la dignité. Pourtant, le législateur français poursuit l'objectif de faire respecter l'égalité de traitement. Il faut donc en déduire que le fait de porter atteinte à l'égalité de traitement[2] entraîne corrélativement atteinte à la dignité. Cette atteinte est constituée par exemple, lorsqu'un employeur opère une distinction non justifiée entre des personnes physiques à raison entre autre, de leur âge[3]. En se livrant à de telles pratiques, l'employeur nie la dignité du candidat au recrutement ou de son salarié et s'expose à des sanctions pénales lourdes[4].

Il existe donc un lien entre ces deux principes et celui-ci est aisé à expliquer. S'il existe une commune humanité, ardemment défendues par les juges et le législateur, l'acceptation de l'existence de conditions différentes entre les êtres en raison de leur âge, est particulièrement difficile à justifier. Cela opposerait la dimension biologique de l'être humain à sa dimension sociale. Sur le plan biologique, l'individu serait sacré comme l'énonce de nombreux textes à haute valeur normative. Sur le plan social, l'âge pourrait constituer une justification suffisante pour traiter différemment des individus, ce qui signifierait que l'existence d'une dignité différenciée, reposant sur l'âge ou autre[5]... Or, il n'existe qu'une dignité humaine. Afin de garantir l'efficience de ce principe objectif, le législateur n'a d'autres choix que de multiplier la dimension subjective de la dignité au sein de nombreux textes, ayant tous le même fondement, la dignité humaine.

---

[1] C. pén. art. 225-4-2.

[2] Les liens avec le principe de la dignité humaine seront évoqués dans le chapitre suivant de ce titre 2, L'égalité de traitement dans l'âge.

[3] Parmi les autres motifs discriminatoires : l'origine, le sexe, la situation de famille, l'état de grossesse, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, les opinions politiques, les activités syndicales, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée (C. pén. art. 225-1). Il en est de même pour les personnes morales.

[4] C. pén. art. 225-2.

Des dérogations sont toutefois admises comme nous le verrons dans le chapitre suivant de ce titre 2 (C. pén. art. 225-3).

[5] Comme la religion…

La jurisprudence française ne présente pas à l'heure actuelle de décision dans laquelle le juge constate l'atteinte à la dignité en raison d'une discrimination en raison de l'âge. Dans bien des hypothèses, lorsque le juge prend connaissance d'un litige entre un employeur et un salarié, arguant être victime d'une discrimination en raison de l'âge, c'est que concurremment, ce dernier considère qu'il a été victime de harcèlement moral[1]. Sa dignité serait atteinte en raison des « *agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* », comme l'énonce l'article L. 1152-1 du Code du travail. La justification d'un tel comportement reposerait notamment sur son âge.

Ce qu'il convient d'en déduire, c'est que les juges ne font pas mention de la dignité dans un litige relatif à la discrimination en raison de l'âge. En revanche, lorsqu'elle constitue la motivation réelle du harcèlement moral, le fondement est alors rappelé simplement par sa présence au sein même de l'article.

La défense de la dignité en droit du travail existe. Elle n'est alors qu'une ramification du principe de la dignité humaine[2]. Mais elle est essentielle pour garantir l'efficience de la protection. À l'âge est dévolu le rôle de mettre en relief la particulière vulnérabilité de la victime de l'atteinte, indépendante de son âge. Le critère de l'âge au sein de la règle de droit constitue une garantie pour l'individu de ne pas subir une appréciation différenciée de sa

[1]Soc. 13 février 2013, n°11-25.828, *inédit* (cassation pour défaut de caractérisation du harcèlement moral) Montpellier, 26 juin 2013, n°11/08789 (non), *n°Lexbase* A7151KHC ; Soc. 6 mars 2012, pourvoi n°10-21.038, inédit (discrimination : non ; harcèlement : cassation pour défaut de base légale); Douai, 30 avril 2010, n°09/02090 (harcèlement moral, discrimination salariale et en raison de l'âge : refus), *n° Lexbase* A8023EXG.

[2]Ce qui justifie notamment la prohibition du travail forcé (Crim. 13 janvier 2009, pourvoi n°08-80.787, Bull. Crim. n°305 ; *Dr. soc.* 2009, p. 608, obs. P. CHAUMETTE ; *AJDP* 2009, p. 181, note C. DUPARC ; *D*. 2009, p. 1935, note B. LAVAUD-LEGENDRE ; *JPC S* 2009, 14, note C. WILLMANN) ou des conditions de travail indignes et les violences volontaires exercées par le harcèlement moral (Crim. 4 mars 2003, pourvoi n°02-82.194, *Bull crim*. n°58 ; *RSC* 2003, chronique de jurisprudence, p.561, par Y. MAYAUD ; *JCP E 2004, 334, J. RAYNAUD* ; *Dr. soc*. 2004, p. 112-113, note C. WILLMANN) ou le cantonnement à un poste pénible (Crim. 25 novembre 2008, n°08-81.727, *Dr . pén. 2009*, comm. 30, p. 31-32, note M. VERON).

F. HÉAS, « Observations sur le concept de dignité… », *op.cit.*, p. 461 ; A. LINDEN, « Garantie des droits fondamentaux du salarié : éléments de jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. ouv*. 2011, p. 73-74. Cet auteur s'interroge sur l'éventuelle existence d'un droit fondamental de se faire appeler par son prénom en l'absence de motif discriminatoire.

dignité. En prévoyant des sanctions à l'encontre des individus adoptant un comportement discriminatoire, le législateur fait de ce critère, un instrument au soutien de la dignité humaine.

Ainsi, l'individu ne peut en raison de sa commune appartenance à l'Humanité, faire l'objet d'une discrimination qui reposerait sur le nombre d'années écoulées depuis sa naissance. Dans cette hypothèse, l'atteinte à la dignité peut se révéler être unique ou répétée dans le temps, mais il existe une atteinte plus pernicieuse, parfois invisible à moyen et court terme et pourtant bien présente pour le salarié : la pénibilité.

§2. La pénibilité, un instrument au soutien de la dignité en attente

182. La défense de la dignité a imposé l'âge parmi les instruments nécessaires. Dans un contexte de promotion du vieillissement actif, la prise en considération de la pénibilité s'avère indispensable. Elle pourrait devenir un autre instrument à l'appui du principe de dignité, destiné à lutter contre les usures dont serait victime l'intégrité du salarié durant tout le cycle de la vie professionnelle (A). Mais cette aspiration demeurera partiellement satisfaite tant que la pénibilité négligera l'autre composante du travailleur (B).

A. La pénibilité, une atteinte à l'intégrité physique.

183. La codification de la notion de pénibilité n'est pas sans effet. Elle a en premier lieu, imposé un travail de définition. Cet effort de précision accompli par le législateur comporte un intérêt non négligeable, celui de reconnaître les situations à risques auxquelles le salarié a été exposé lors de sa vie professionnelle (1). L'exposition aux risques déterminés par le législateur accorde au travailleur, le droit de pouvoir bénéficier de dispositions spécifiques en raison de l'atteinte à son intégrité physique et plus précisément à sa dignité (2).

1. La définition juridique de la pénibilité

184. La notion de pénibilité n'existe pas en droit de l'Union. Certes, l'article 31 §1 énonce que « *[t]out travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité*

et sa dignité », mais la CJUE. n'a pas eu l'opportunité de s'exprimer sur ce point[1]. Placé au sein du chapitre dédié à la solidarité, ce droit à des conditions de travail justes et équitables est manifestement ce qui se rapproche le plus de la pénibilité.

185. En Allemagne[2], la pénibilité ne fait pas réellement l'objet d'une définition. Liée à l'incapacité de travail, elle permet de justifier l'existence d'un régime dérogatoire de pension vieillesse au régime commun[3]. Cela fait également référence au régime dérogatoire dont bénéficient les invalides.

186. En revanche, il existe une définition en droit français. Antérieurement à sa codification, Frank HÉAS, fut le premier à se pencher sur la notion de pénibilité[4]. Cet auteur

[1]A propos de la diversité des invocations et la difficulté de parvenir à un consensus sur la dignité : E. DUBOUT, *op.cit.*, p.108-110 ; G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Témoignage et commentaire*, Le Seuil, 2001, p.182.

[2] Pour une approche comparatiste de la pénibilité : La prise en compte de la pénibilité du travail dans les systèmes de retraite des pays de l'OCDE, Document de travail n°13, Réunion du C.O.R du 16 mars 2001, Inaptitude, incapacité, invalidité, pénibilité et retraite. Disponible sur le site du C.O.R., onglet réunion.

[3] A propos de la liquidation de la pension liée à la pénibilité : v. *infra*, n°423 et s. .

[4] F. HÉAS, « La définition juridique de la pénibilité au travail », *Travail et Emploi* n°104, octobre-décembre 2005, p.25-26 ; « Pénibilité et droit du travail », *JCP S* 2009, n°1038 ; « La pénibilité, une nouvelle approche de la santé au travail », in *La santé à l'épreuve des nouveaux risques*, dir. par N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER et F. DOUGUET, Lavoisier, Paris, 2010, p.45 et s.

Cette position n'est pas partagée par F. PETIT, « La pénibilité au travail, un nouveau risque professionnel ? », *Dr. soc.* 2011, p. 262. Une telle acception de la pénibilité signifierait que le travailleur se mettrait en toute conscience en danger, ce qui remettrait en cause la licéité de l'objet du contrat au sens de l'article 1108 du Code civil. En outre, la survenance de la pénibilité repose sur un aléa tenant à la capacité de résistance des travailleurs, distinctes en fonction des individus. Enfin, la définition proposée conçoit la pénibilité, comme un élément compromettant irrémédiablement la santé, pourtant des dispositifs de prévention existent.

Pour une autre définition : v° Pénibilité, in *Dictionnaire du travail*, *op.cit.*, p.536-541, par S. VOLKOFF et V. PUEYO ; « Pénibilité, un concept à géométrie très variable », *RDSS* 2012, p.163, par S. FANTONI-QUITON, J. QUANDALLE-BERNARD.

Mais aussi les rapports sur la pénibilité : Y. STRUILLOU, *Pénibilité et retraite*, rapport remis au Conseil d'Orientation des Retraites, avril 2003 ; G. LASFARGUES, Départs à la retraite et travaux pénibles, CEE, Rapport de recherche, avril 2005 ; *Rapport d'information déposé par la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales, en conclusion des travaux de la mission sur la pénibilité au travail*, présenté le député F. POISSON, Documents, n° 910 tome 1 et 2, 27 mai 2008, p.47-187 ; Rapport de la Commission pour l'avenir

considère qu'il faut distinguer la pénibilité des risques professionnels. « *[l]a pénibilité peut être liée aux conditions de travail concrètes de fourniture de la prestation de travail ou apparaître postérieurement eu égard aux conséquences néfastes qu'une activité professionnelle peut avoir à plus ou moins long terme sur la santé des individus* ».

La pénibilité comporte un élément objectif et un élément subjectif. En outre, dans sa dimension subjective, « *[l'] état de santé serait de manière quasi-irrémédiable, susceptible d'être altér*é » à plus ou moins long terme. Selon cet auteur, le risque professionnel se différencie, car il correspond à « *une situation instantanée, constituée par un environnement de travail caractérisé par une dangerosité manifeste ou un risque réel* ». En outre, cela ne signifie pas nécessairement que le risque va se réaliser.

Depuis 2010[1], la pénibilité est définie à l'alinéa 1er de l'article L. 4121-3-1 du Code du travail disposant que « *[p]our chaque travailleur exposé à un ou plusieurs facteurs de risques professionnels déterminés par décret et liés à des contraintes physiques marquées, à un environnement physique agressif ou à certains rythmes de travail susceptibles de laisser des traces durables identifiables et irréversibles sur sa santé, l'employeur consigne dans une fiche […], les conditions de pénibilité auxquelles le travailleur est exposé, la période au cours de laquelle cette exposition est survenue ainsi que les mesures de prévention mises en œuvre par l'employeur pour faire disparaître ou réduire ces facteurs durant cette période […]* » .

Cette fiche est transmise en copie au salarié « *lors de son départ de l'entreprise, en cas d'arrêt de travail excédant une durée fixée par décret ou de déclaration de maladie professionnelle* »[2] .

---

des retraites, *Nos retraites demain : équilibre financier et justice*, par Y. MOREAU, juin 2013, La Documentation française, p. 160-170.

[1] Loi n°2010-1330 portant réforme des retraites, *JORF* n°L-261 du 10 novembre 2010, p. 20034. Cette tâche avait été initialement confiée aux partenaires sociaux par le biais de l'article 12 de la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, mais le dialogue social n'avait pas abouti ; F. HÉAS, *op.cit*. ; F. PETIT, « Les nouveaux contours de l'obligation de sécurité à la lumière des outils de prévention de la pénibilité », *Dr. soc*. 2013, p. 42 et l'article précité ; F. MULLER, « Quelle prise en compte de la pénibilité au travail après la loi sur les retraites ? » , *Sem. Soc. Lamy* du 6 décembre 2010, n° 1470, p. 5 ; P.-Y. VERKINDT, *Réforme(s) des retraites et emploi des seniors […], op.cit.*, p. 45 ; M.-L. AMAUGER-LATTES et C. DESBARATS, *Droit de l'emploi des seniors, op.cit.*, n°130-141.

[2] C. trav. art. L. 4121-3-1, al.2 ; Pour un exemple de fiche : B. FIESCHI, « Le suivi des fiches de prévention », *JCP S* 2013, 1041.

Au moins 30 jours consécutifs d'arrêt de travail consécutifs à un accident de travail ou maladie professionnelle ou d'au moins 3 mois pour la maladie professionnelle.

Par le décret n°2011-354 relatif à la définition des facteurs de risques de pénibilité[1], des précisions ont été apportées au sein des risques composant les trois groupes énoncés dans l'article précité.

Le premier groupe fait référence aux contraintes physiques marquées, intégrant les manutentions manuelles de charges au sens de l'article R. 4541-2 du Code du travail, les postures pénibles forçant sur les articulations et les vibrations mécaniques selon l'article R. 4441-4 Code du travail.

Le deuxième groupe concerne l'environnement physique. Celui-ci est agressif lorsqu'il expose le salarié à des agents chimiques dangereux au sens des articles R. 4412-3 et R. 4412-60 du Code du travail, à des températures extrêmes ou au bruit au sens de l'article R. 4431-1 de ce Code. Il en est de même lorsque le travailleur est contraint d'exercer sa prestation de travail dans un milieu hyperbare.

Enfin, le troisième et dernier groupe porte sur certains risques liés au rythme de travail. Il rassemble le travail de nuit, le travail en équipe successive alternantes et enfin, le « *travail répétitif caractérisé par la répétition d'un même geste, à une cadence contrainte, imposée ou non par le déplacement automatique d'une pièce ou par la rémunération à la pièce, avec un temps de cycle défini* ».

La pénibilité au travail se révèle exclusivement physique[2]. Etant donné que ces facteurs sont « *susceptibles de laisser des traces durables identifiables et irréversibles sur [la] santé [du travailleur]* », l'employeur est contraint non seulement en raison de son obligation de sécurité de résultat de mettre en œuvre les principes généraux de prévention précédemment évoqués[3], mais aussi de les compléter par des mesures spécifiques, telle que la fiche individuelle de prévention des expositions. À cela s'ajoute l'obligation triennale de

[1] Introduisant l'article D. 4121-5 dans le Code du travail.

Décret n°2011-354 du 30 mars 2011 relatif à la définition des facteurs de risques professionnels, *JORF* du 31 mars, p. 5709.

[2] Certains auteurs ont d'ailleurs part de leurs interrogations à propos des éléments caractérisant la pénibilité, notamment la manifestation de l'usure et en tirèrent la conclusion que cela renvoyait à des « *choix sociaux fondamentaux* ». Ils soulignent que manifestement, le législateur a fait le choix d'une interprétation restrictive, limitée à la seule pénibilité physique et ses effets sur la santé, sur le plan individuel ; M. CARON et P.-Y. VERKINDT, « L'effort humain. Regard sur la pénibilité », *D.* 2011, p. 1576-1577 et 1580.

[3] v. *infra*, n°123 et s.

négociation en matière de pénibilité prévue à l'article L. 2241-4 alinéa 1 du Code du travail. À défaut, l'employeur s'expose à une pénalité financière[1].

2. La reconnaissance d'une atteinte à la dignité

187. La pénibilité a été codifiée par la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites. En 2003, le législateur avait déjà fait part de cette préoccupation. Cela n'est pas neutre[2]. Si la modification de l'âge d'ouverture des droits à la demande de liquidation de la pension et l'âge légal de la retraite à taux plein, s'imposait (afin d'allonger la durée de l'activité professionnelle), elle s'est effectué en prenant en considération le risque liée à la pénibilité. Or, cette pénibilité expose le salarié au risque de l'altération de l'espérance de vie.

Si l'intégrité physique du salarié peut-être malmenée par le labeur, en faisant référence à la notion de pénibilité, le législateur va au-delà du simple labeur un peu éprouvant et risqué, puisqu'il énonce que certains facteurs sont « *susceptibles de laisser des traces durables identifiables et irréversibles sur sa santé* ». Dans l'hypothèse où le facteur déjà identifié, touche l'intégrité physique du travailleur, il peut l'affecter définitivement. L'intégrité physique (et mentale) est alors irrémédiablement compromise et un complément de temps de repos à l'image de ce qui est prévu en terme d'aménagement du temps de travail au sein de la directive 2003/88/CE relative aux aménagements du temps du travail, ne sera jamais suffisant. Le législateur a ainsi reconnu qu'une situation de travail particulièrement pénible pouvait modifier l'intégrité physique d'une personne. Confronté au principe de la dignité humaine, le constat de l'existence de conditions de travail de nature à porter atteinte à l'intégrité humaine devrait être impossible, surtout en songeant à l'affaire de Morsang-sur-Orge, sauf à retenir une acception subjective de la dignité humaine.

Le Code pénal condamne déjà les conditions de travail contraire à la dignité humaine. L'article 225-13 de ce Code sanctionne uniquement « *le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec*

[1] CSS art. L. 138-29 ; T. TAURAN, « La réforme des retraites résultant de la loi du 9 novembre 2010. Les grandes lignes du texte », *Dr. ouv.* 2011, p. 163.

[2] Même s'il convient de rester prudent, comme le soulignent des auteurs. M.-L. AMAUGER-LATTES et C. DESBARATS, *op.cit.*, n°134.

Pour un avis divergent : M. CARON et P.-Y. VERKINDT, *op.cit*., p. 1583-1584.

l'importance du travail accompli […] ». Mais cela ne fait pas référence à la pénibilité, mais au défaut de rétribution financière en contrepartie d'une prestation de travail exécuté sous la subordination d'un tiers[1].

La reconnaissance légale de l'existence de facteurs pouvant avoir des effets dommageables sur l'intégrité physique est au contraire, à placer au soutien de la dignité du travailleur. La pénibilité vient renforcer la dignité au travail, puisque l'acceptation de l'employeur (aidé du Comité d'Hygiène, de sécurité et des conditions de travail) de la présence de tels risques au sein de son entreprise, permet non seulement l'évaluation, mais également la prévention. À défaut d'avoir pu éviter la survenance de la pénibilité sur l'intégrité physique d'un travailleur, celui-ci pourra bénéficier d'une compensation lors de la demande de liquidation de sa pension[2].

La pénibilité contribue donc à garantir la dignité au travail en permettant la prise en compte des éventuelles altérations définitives et irréversible dont pourrait être victime la personne dans le cadre de l'exécution normale de la prestation de travail. Elle y participe également en offrant la faculté de demander par anticipation la liquidation de la pension de vieillesse à taux plein à celui dont l'espérance de vie a potentiellement été abrégée en raison de la pénibilité[3]. À ce titre, elle constitue un moyen d'expression de la dignité. En effet, dans

---

[1] Crim. 30 mai 2006, n°05-85.368, inédit, *Juris-Data* n°2006-034471.

[2] Il y a des différences en fonction du taux d'incapacité permanente du travailleur demandant la liquidation anticipée de sa pension. Au préalable, il convient de préciser la notion d'incapacité permanente. Celle-ci doit avoir pour origine, soit une maladie professionnelle, soit un accident de travail ayant entrainé des lésions identiques à celle d'une maladie professionnelle, ce qui fera l'objet d'une vérification.

Si le taux d'incapacité permanente est égal à au moins 20%, l'assuré se voit offrir la faculté de demander la liquidation de sa pension à 60 ans à taux plein. En revanche, si l'incapacité de l'assuré est inférieure, il ne peut bénéficier de cette faculté qu'à 3 conditions. Il doit comptabiliser 17 années d'exposition à l'un des facteurs de risque et son taux d'incapacité doit s'élever à au moins 10% et le lien de causalité entre l'incapacité et l'exposition à l'un des risques prévus par le législateur doit être rapporté. Ces trois éléments seront appréciés par une commission interdisciplinaire (CSS art. L. 434-3 et D. 351-1-8 à D. 351-1-12.).

P.-Y. VERKINDT et E. GRAUJEMAN, *op. cit.*, p. 45-47.

Certains auteurs considèrent qu'en liant la pénibilité à l'incapacité permanente, l'acception de l'incapacité est affectée d'une sévère restriction. M. CARON et P.-Y. VERKINDT, *op.cit.*, p. 1585.

Décret n° 2011-353 du 30 mars 2011 relatif à certaines dispositions d'application des articles 79, 81, 83 et 84 de la loi réformant les retraites, *JORF* du 31 mars 2011, p. 5707.

[3] « *En France, l'écart [entre les catégories sociales] […] est de l'ordre de 7 ans chez les hommes entre cadres supérieurs et ouvriers* » in « Les différences sociales de mortalité : en augmentation chez les hommes, stables chez les femmes », par C. MONTEIL et I. ROBERT-BOBEE, *INSEE Première*, juin 2005, n°1025. Cet

l'hypothèse où la pénibilité ne serait pas prise en compte par le législateur par l'édification d'un régime de pension dérogatoire au droit commun, cela signifierait que dans le contexte de la promotion d'un vieillissement actif, certains travailleurs dont l'état de santé a été altéré en raison de conditions de travail particulièrement pénibles, presque endémiques du fait des contraintes de travail de l'entreprise, ne pourraient pas au même titre que les travailleurs non exposés, bénéficier de leur pension de vieillesse. Cela aboutirait à les considérer comme des simples moyens de production ayant payé le prix de leur labeur par leur santé.

188. Il convient de préciser que ce régime dérogatoire va prochainement connaître une modification importante, par l'instauration du compte personnel de prévention de la pénibilité[1]. Ce dispositif issu d'une proposition du rapport MOREAU, permettrait au travailleur exposé à l'un des facteurs de pénibilité énoncés par l'art. D. 4121-5 du Code du travail, d'obtenir un, voire deux points par trimestre d'exposition. Ces points pourront être utilisés par le travailleur pour travailler à temps partiel à la fin de sa carrière avec le maintien de sa rémunération, pour suivre une formation destinée à lui permettre un changement d'emploi non pénible, mais aussi pour bénéficier d'une demande anticipée de liquidation de la pension de vieillesse.

Le traitement de la pénibilité des conditions de travail est amélioré, car le texte du projet de loi offre la possibilité au travailleur « d'échapper » à cet emploi pénible. Ces points ne seraient plus seulement utilisés lors de la fin de la carrière du travailleur exposé, ils pourraient également être employés pour modifier l'activité exercée. Le travailleur ne serait plus alors contraint d'être exposé – sauf hypothèse de la fin de contrat ou de sa rupture à l'initiative ou de l'accord des parties - à l'un des dix facteurs énoncés par l'article D. 4121-5 du Code du

---

indicateur doit être enrichi en prenant en compte l'espérance de vie sans incapacité et le constat est le suivant : « [..] *les périodes d'incapacités demeure inégalement distribuées. Les hommes ouvriers vont présenter des déficiences sensorielles ou physique pendant 17 ans en moyenne, alors que les cadres –dont la longévité est pourtant supérieure- cette durée est de 13 ans* ». L'ensemble de ces extraits est issu du Dictionnaire du travail *(op. cit.)*, à la notion pénibilité, p.537.

Le rapport STRUILLOU était d'ailleurs favorable à une définition de la pénibilité intégrant l'espérance de vie sans incapacité et déconseillait le recours au critère de la durée d'exposition en raison des éventuelles stratégies individuelles de l'employeur et du salarié (*Op.cit.*, p. 35 et 46).

[1] Projet de loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraites adopté en première lecture par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée le 15 octobre 2013 et rejeté par le Sénat. Disponible sur le site de l'Assemblée nationale, Dossier Travail : garantir l'avenir et la justice du système de retraite.

travail. Il ne s'agit plus seulement de compenser une dégradation de l'espérance de vie[1], mais de retenir une démarche positive de protection, afin de minorer cette altération.

Pour ces raisons, la pénibilité représente un instrument de la défense d'un principe à valeur constitutionnelle, la dignité. Elle constitue également un complément de l'âge, car malgré le fait que ce critère se révèle particulièrement utile pour délimiter les seuils de fragilité au cours du cycle de vie, il ne permet pas de protéger le travailleur lors de son vieillissement. Or, la pénibilité peut affecter le travailleur à tout âge.

Mais la définition de la pénibilité retenue par le législateur n'est pas suffisante, car elle se limite à l'intégrité physique, ou plus exactement à la pénibilité physique entraînant une altération ou défaillance dans le fonctionnement du corps. Pourtant, le travailleur en tant qu'homme a une double dimension : physique et psychologique.

B. Les insuffisances de la pénibilité

189. Au commencement de ce chapitre, nous avons pu constater que l'homme n'est pas seulement un corps, ni uniquement une volonté, mais un tout indissociable. Dans l'idéal, la pénibilité devrait également être ainsi conçue.

Même s'il convient de se réjouir que la pénibilité ne soit pas perçue sous le seul angle de la compensation, octroyant à ses travailleurs affectés en raison de contraintes de travail pénibles, le droit de demander précocement la liquidation de leur pension, la pénibilité aurait pu être davantage humanisée en prenant en compte la perception individuelle. Pour permettre à la pénibilité d'être un instrument au soutien de la dignité dans toute son exhaustivité, le législateur aurait pu l'enorgueillir d'une appréciation subjective. Cela renvoie à la pénibilité ressentie, entendue comme « *la perception qu'ont les intéressés de la pénibilité de leur travail, approche qui insiste sur la composante subjective de la pénibilité et le sentiment de mal-être au travail* »[2].

Une enquête européenne menée par *The Survey of Health, Ageing and Retirement in Europe* (S.H.A.R.E.)[3] datant de 2004[1], révélait déjà le lien entre la perception de la pénibilité

[1] Sur la pénibilité en tant que régime dérogatoire de pension : v. *infra*, n°423 et s.

[2] Extrait de M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, *préc*.

[3] Le S.H.A.R.E. est une base de données longitudinale (environs tous les 2 ans), multidisciplinaire et transnationale, reposant sur un panel de plus de 85 000 personnes âgées de 50 et plus, dans 20 pays d'Europe.

et la santé des personnes âgées de 50 à 65 ans. Si l'exercice d'une activité professionnelle peut avoir un effet bénéfique sur l'état de santé, essentiellement en raison de la récompense[2], celui-ci peut également entraîner des effets dévastateurs sur la santé du travailleur. Ainsi, dans l'hypothèse d'un rapport de travail déséquilibré, exposant le travailleur à des charges de travail conséquentes, combiné à une latitude décisionnelle dans l'organisation de son travail faible et une limitation de l'activité, l'état de santé se dégrade. Un tel terrain professionnel est propice à l'apparition de certaines affections allant de la simple dépression, ou troubles mentales ou physique allant parfois jusqu'au développement de maladie cardiovasculaire[3].

Pourtant en examinant minutieusement les effets des contraintes de travail sur la santé, le tableau des maladies professionnelles[4] ne fait nullement mention des maladies psychiques en tant que affection principale. Elle est souvent considérée comme un effet secondaire de l'affection principale et peut sous certaines conditions tenant notamment au taux d'incapacité, être reconnue[5]. Etant donné que les affections découlant de la pénibilité des conditions de travail correspondent à celles énumérées dans la liste, celles portant atteintes à l'intégrité

Les enquêtes menées traitent notamment de la santé, des variables économiques, de la psychologie des personnes ou des interactions sociales.

[1] T. DEBRAND, P. LENGAGNE, « Pénibilité du travail et santé des seniors en Europe, Questions d'économie de la santé », n°110, mars 2007, IRDES (à propos de l'enquête européenne SHARE 2004).

[2] Entendu comme « *le sentiment de recevoir un salaire correct, en relation avec les efforts fournis, d'avoir des perspectives d'avancement ou progression personnelle, de recevoir une reconnaissance méritée* » ; T. DEBRAND, P. LENGAGNE, *préc.*

[3] T. DEBRAND, P. LENGAGNE, *préc.*

Un parallèle peut être fait avec les développements relatifs à l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur ; v. *supra*, n°123 et s.

[4] *Les maladies professionnelles. Guide d'accès aux tableaux du régime général et du régime agricole de la sécurité sociale*, G. ABADIA, C. BRISBART, Y. COSSET, A. DELÉPINE, A. CHAPOUTHIER-GUILLON, A. GORVEL, INRES, ED 835, 9ème éd., mai 2012, 361 p.

[5] CSS art. L. 461-4: « *Peut être également reconnue d'origine professionnelle une maladie caractérisée non désignée dans un tableau de maladies professionnelles lorsqu'il est établi qu'elle est essentiellement et directement causée par le travail habituel de la victime et qu'elle entraîne le décès de celle-ci ou une incapacité permanente d'un taux évalué dans les conditions mentionnées à l'article L. 434-2 et au moins égal à un pourcentage déterminé* ». Selon l'article R. 461-8 du Code de la sécurité sociale, ce taux est de 25%.

M. BADEL, « Souffrance au travail et risque professionnel. La difficile appropriation du mal-être du salarié par le droit de la sécurité sociale », *RDSS* 2006, p.918 ; F. MEYER, F. GUILLON, « La reconnaissance des pathologies psychiques », *Sem. Soc. Lamy* du 16 mai 2011, n°1492, p. 4-7.

psychique de l'individu, ont peu de chance d'être révélées au grand jour, sauf initiative de la négociation collective[1].

Or, les atteintes au psychisme de l'être portent concurremment atteinte au corps, puisqu'il n'est pas possible de dissocier la dimension physiologique de l'homme et son esprit[2]. Cette pénibilité ressentie peut être décuplée en présence d'une organisation de travail particulièrement stressante[3] et déboucher sur un état anxio-dépressif chez le travailleur, pouvant se conclure par une issue désespérée[4].

Il convient toutefois de modérer cette exclusion. Certains auteurs[5] n'écartent pas qu'à l'avenir l'acception de la pénibilité telle qu'elle a été retenue par le législateur, connaisse un élargissement, grâce à l'œuvre des juges[1].

---

[1] Le 19 septembre 2011, un accord de branche portant sur la pénibilité et le stress au travail dans les industries pétrolières a été conclu (*B.O.C.C* n°2011/46).

[2] «*Les risques psycho-sociaux […] portent atteinte à l'intégrité physique et à la santé mentale des salariés : stress, harcèlement, épuisement professionnel, violences au travail…Ils peuvent entraîner des pathologies professionnelles telles que les dépressions, des problèmes de sommeil, mais aussi générer des troubles musculo-squelettiques, des maladies cardio-vasculaires, voire des accidents de travail* », définition du Ministère français du travail, cité *in Les risques psychosociaux : identifier, prévenir, traiter*, Lamy, Coll. Axe droit, P.-H. ANTONMATTÉI, A. DERUE, S. FANTONI-QUITON, D. HOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, J. VANTAL, P.-Y. VEKINDT, 2010, n°10, v. aussi n°13 et 20.

[3] Préoccupation ancienne de l'Union européenne, qui s'est manifestée explicitement à travers la directive n°89/391/CEE (*op.cit.)* ainsi que dans un rapport de synthèse de la Direction générale de l'emploi et des affaires sociales, *Manuel d'orientation sur le stress lié au travail, piment de la vie… ou coup fatal ?*, Commission Européenne, 2002, 14 p. Cela apparaît aussi via la mission de la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de travail (dit aussi Eurofound) des enquêtes à dimension européenne sur les conditions de travail. L'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (EU-OSHA), réalise de nombreux travaux (entre autres) sur cette problématique. Par exemple : European risk observatory report, *OSH in figures : stress at work, facts and figures*, EU-OSHA, European communities, 2009, 143 p.; «Wellbeing at work: creating a positiv work environment », *E-fact* 76, 19 août 2013.

Les partenaires sociaux européens sont également parvenus à la signature d'un accord cadre européen sur le stress au travail le 8 octobre 2004 (Framework agreement on work-related stress). Cet accord a été transposé par les partenaires sociaux français par l'accord national interprofessionnel sur le stress au travail du 2 juillet 2008 ; *Dr soc*. 2008, p. 566, J. BATHÉLÉMY.

[4] Ces hypothèses s'étant malheureusement concrétisées, le juge a été amené à se prononcer sur la qualification du suicide en accident de travail. Civ. 2ème, 22 février 2007 n°05-13.771, *Bull. civ.* II, n°305 ; *D.* 2007, p. 791, note A. FABRE ; « Le renouvellement de la définition de l'accident de travail », *RDSS* 2007, p. 696, L. LEROUGE; *Dr. ouv*. 2007, p. 258 ; A.-S. GINON, F. GUIOMARD, « Le suicide peut-il constituer un risque professionnel », *Dr. ouv.* juillet 2008, p. 367-378.

[5] M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, *op.cit.*, n°137.

Ce défaut de prise en compte de la pénibilité ressentie constitue un obstacle à une élévation complète de la pénibilité au rang d'instrument au soutien d'un principe à valeur constitutionnelle suprême, également reconnu comme un principe général du droit communautaire, la dignité humaine. Dans un avenir plus ou moins proche, la promotion du vieillissement actif permettra potentiellement d'intégrer cette problématique de la pénibilité ressentie, en réponse à des aspirations humanistes et/ou économiques pour enfin atteindre l'idéal d'une société de tous les âges[2].

[1] v. à propos de la qualification d'un l'état anxio-dépressif résultant de l'environnement professionnel en accident du travail : Civ. 2ème, 1er juillet 2003, n° 02-30.576, *Bull. civ.* II, p.182 ; M. HUYETTE, « Dépression, accident du travail et faute inexcusable », *D.* 2004, chron. p. 906 ; Sur l'état dépressif du salarié harceleur : Bordeaux, ch. soc., sect. B, 3 février 2011, annoté par J. SIRO, *JCP G* 2011, 291.

[2] Cette remarque est inspirée par une phrase du Professeur MATHIEU, « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *D.* 2005, chron., p. 1650 : « *or, un tel principe [la dignité], fait nécessairement obstacle à l'instrumentalisation et à la marchandisation des hommes dont la science comme l'économie ont aujourd'hui besoin, soit dans un but altruiste, l'amélioration des conditions sanitaires de la population globale ou la satisfaction des besoins individuels, soit dans un but propre du développement économique* ».

Conclusion du chapitre 1

190. L appartenance à une commune humanité signifie que chaque être a la même dignité à tout chaque instant de sa vie. La fragilité de certaines périodes du cycle de vie a toutefois imposé au législateur et au juge d'en garantir l'effectivité. C'est d'ailleurs à ce titre que l'âge de l'être peut être utilisé au sein de dispositions particulières. Instrument de l'une des ramifications du principe de la dignité humaine, celui-ci demeure en second plan, à l'appui d'une action tendant à faire constater des agissements de harcèlement moral.

Dans une société promouvant le vieillissement actif, la prise en considération de la pénibilité au travail et surtout de ses effets sur la santé des travailleurs, s'avère indispensable. En l'intégrant au sein du Code du travail, le législateur a reconnu que certaines contraintes de travail pouvaient porter une atteinte durable à l'intégrité du travailleur. L'insertion de dispositions relatives à la pénibilité vient ainsi compléter les dispositions offrant une protection spécifique en fonction du seul critère de l'âge, puisque tous les travailleurs, à tout âge, peuvent souffrir de conditions de travail particulièrement pénibles ayant des effets négatifs et durables sur leur santé. La pénibilité appuie le recours au critère de l'âge pour défendre l'idéal d'un vieillissement en bonne santé du travailleur. À ce titre, il est possible de lui reconnaître la charge d'exprimer un principe à valeur constitutionnelle en droit français, reconnu en tant que principe général du droit de l'Union, la dignité humaine.

Rattachée à l'une des ramifications de la dignité humaine, celle de la dignité au travail, la pénibilité demeure malgré tout perfectible comme instrument. En effet, en ne traitant la pénibilité que sous le seul angle de l'atteinte durable à l'intégrité physique, le législateur a négligé l'autre dimension du travailleur, qui reste à tout instant un être humain : son psychisme.

Les développements ci-dessus ont permis de comprendre ce qui permet de faire du principe général de la dignité humaine, reconnu tant au niveau constitutionnel interne que sur le plan européen, un des fondements motivant l'intervention du législateur en droit interne. Pour mener à bien son œuvre, le législateur français a recours à l'âge et à la pénibilité.

Le principe de la dignité humaine entretient une relation particulière avec le principe de l'égalité de traitement. Etant donné que tout homme a la même dignité, en raison de son appartenance à une commune humanité, la dignité incorpore l'égalité de traitement. Et dans cette matière, les législateurs ont également recours au critère de l'âge.

Chapitre 2. L'égalité de traitement dans l'âge

191. En raison de sa qualité d'être humain, les hommes partagent la même dignité. Ils sont égaux les uns et les autres d'une seule et unique façon. Toutefois, dans certaines hypothèses, notamment dans le cadre de la relation de travail, l'égalité entre les hommes peut être malmenée et parfois, remise en cause par le recours d'une pratique utilisant un critère tel que l'âge.

C'est dans ces termes qu'il convient de saisir l'âge. Ce critère a une double nature comme cela a été évoqué dans les développements précédents, une dimension physiologique et culturelle. Or, la combinaison de ces deux dimensions peut entrer en conflit avec l'égalité.

L'égalité étant une œuvre de la raison humaine, elle est en perpétuelle évolution et c'est ainsi que naquit le principe général du droit communautaire de non discrimination à raison de l'âge. Devenu un principe général du droit communautaire, l'âge acquiert un nouveau rôle, celui d'instrument au soutien d'un droit fondamental, l'égalité de traitement. Il n'est plus seulement un levier, un instrument placé entre les mains du législateur, il est devenu une arme détenue par le juge pour limiter les imprudences commises par les législateurs des États membres.

192. Malgré tout, son ambiguïté reste entière et le voilà, tour à tour, instrument, puis levier, chargé de différencier les individus en fonction de leur âge, œuvrant pour la licéité de la discrimination. Pourtant les définitions communément admises[1]distinguent véritablement la notion d'égalité et de discrimination. L'égalité correspond aux rapports entre les individus, citoyens égaux en droit et soumis aux mêmes obligations. La discrimination quant à elle, se définit comme l'action d'isoler et de traiter différemment certains individus ou un groupe entier par rapport à un autre. Or, toute l'ambiguïté de l'âge réside dans ces deux définitions. L'égalité n'a pas à se préoccuper de l'âge. L'égalité est sans âge. C'est en distinguant l'âge que l'individu est isolé de l'ensemble commun et risque de perdre son droit à l'égalité.

Ces débats apparaissent au sein même des normes juridiques. Le principe de non-discrimination à raison de l'âge a été érigé en principe général du droit communautaire. En raison de son rattachement à l'égalité de traitement, celui-ci ne devrait pas se heurter à une

[1] *Le Petit Larousse illustré.*

quelconque limite, puisqu'il s'agit de faire respecter l'égalité à tout âge. Mais la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne nous démontre bien souvent le contraire. C'est là que réside toute l'ambiguïté de l'âge. À la fois instrument au soutien d'un principe et levier des politiques sociales des États membres, la double dimension de l'âge illustre les limites de l'égalité de traitement.

C'est ainsi que seront successivement abordés le rôle de l'âge en tant qu'instrument en faveur de l'égalité de traitement (SECTION 1) et outil justifiant l'inégalité (SECTION 2).

Section 1. L'âge au soutien de l'égalité de traitement

193. Dérivée de l'égalité entre les hommes, l'égalité de traitement appelle à ne pas opérer de distinctions entre les individus. Pour la garantir (ou tenter de) à tout âge de la vie, à tous les êtres, la règle de droit s'est imposée, impérieuse et exigeante (§1).

Le droit communautaire s'est également armé en la matière grâce à l'œuvre du juge communautaire, qui a « *posé* » le très vulnérable principe de non-discrimination en raison de l'âge (§2).

§1. La recherche de l'égalité à tout âge

194. La reconnaissance de l'égalité entre les hommes est en premier lieu due à l'œuvre des philosophes, qui ont façonné et perfectionné la notion (A). Les Constituants de différentes époques s'en sont inspirés, aboutissant à l'acception moderne de l'égalité de traitement, à tout âge (B).

A. La prohibition des discriminations en raison de l'âge affirmée

195. Les racines étymologiques de l'égalité sont latines, puisqu'elle est issue d' « *Aequitas* », ce qui signifie « égalité ». Elle renvoie également à l'équité. Mais il convient de préciser que l'acception antique de l'égalité ne peut être assimilée à sa définition moderne (1). Très éloignée des considérations humanistes et de l'égale existence des êtres, ce sont les débats philosophiques pendant le siècle des Lumières qui constituent l'assise de notre acception de l'égalité (2).

1. Les fondements philosophiques

196. L'égalité telle qu'elle est conçue dans les sociétés modernes, n'est pas issue de l'Antiquité. Obéissant à la loi de la nature, l'égalité entre les hommes ne concerne que les hommes de même condition. Cela ne s'assimile pas à de la discrimination, mais plutôt à un humanisme de la distinction[1]. L'homme libre est ainsi égal à un autre dans sa participation à la vie de la Cité. Le barbare exclu de la vie de la Cité, l'est au même titre qu'un autre barbare.

La religion chrétienne fit évoluer l'acceptation de l'égalité au sein de la loi. En partageant la même loi, la loi divine, les hommes devinrent égaux. Pierre MAZIÈRE précise que cela correspond à une « *égalité dans le non-droit* », s'assimilant à « *la liberté de protéger sa vie* »[2]. La loi divine ne recherche donc pas à établir l'égalité terrestre.

197. Les débats à propos de l'égalité ont été plus conséquents à l'époque des Lumières.

198. Le premier philosophe contemporain à définir l'état de nature, fut HOBBES. Dans son ouvrage *Le Léviathan*, il explique que poussés par le besoin de satisfaire leurs désirs, les hommes sont tous égaux dans le souci de rester en vie, tous exposés au risque d'une mort violente, tous disposant du pouvoir de tuer autrui. Il a écrit que « *[l]a Nature a fait les hommes si égaux pour ce qui est des facultés du corps et de l'esprit que, quoiqu'on puisse trouver parfois un homme manifestement plus fort corporellement, ou d'un esprit plus vif, cependant, tout compte fait, globalement, la différence entre un homme et un homme n'est pas si considérable qu'un homme particulier puisse de là revendiquer pour lui-même un avantage auquel un autre ne puisse prétendre aussi bien que lui. Car, pour ce qui est de la force du corps, le plus faible a assez de force pour tuer le plus fort, soit par une machination secrète, soit en s'unissant à d'autres qui sont menacés du même danger que lui-même* »[3].

---

[1] Cela a été détaillé par P. MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, PUAM, 2003, n°18-20 ; S. TZITZIS, *Droit et Valeur Humaine*, *op.cit.*, p.4-5 et p.12-15 ; J. BROTTES, *Du principe de non-discrimination au principe de l'égalité de traitement*, *op.cit.*, (sur les racines philosophiques de la dignité), p. 320-331.

Un parallèle doit être fait avec la dignité (v. *supra* : n°151 et s.).

[2] P. MAZIERE, *op. cit.*, n°21-25 (spé. n°24)

[3] T. HOBBES, chapitre XIII, « De la condition naturelle des hommes en ce qui concerne leur félicité et leur misère », *Le Léviathan*, trad. R. ANTHONY, Tome 1 De l'homme, Ed. M. Giard et C., 1921, p. 198.

Égaux dans la violence et dans l'insécurité[1], c'est en abandonnant réciproquement leur droit de nature (c'est-à dire la capacité d'user de son pouvoir pour la conservation de sa vie[2]) et en le transmettant à un homme ou une assemblée d'hommes que naquit l'État et la paix.

199. Interrogé sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes, ROUSSEAU conçoit une autre approche. Il existerait « *deux sortes d'inégalités, l'une que j'appelle naturelle ou physique, parce qu'elle est établie par la nature, et qui consiste dans la différence des âges, de la santé, des forces du corps, et des qualités de l'esprit, ou de l'âme, l'autre qu'on peut appeler inégalité morale, ou politique, parce qu'elle dépend d'une sorte de convention, et qu'elle est établie, ou du moins autorisée par le consentement des hommes. Celle-ci consiste dans les différents privilèges, dont quelques uns jouissent, au préjudice des autres, comme d'être plus riches, plus honorés, plus puissants qu'eux, ou même s'en faire obéir* »[3].

Il s'oppose à HOBBES, car il considère que « *tous, parlant sans cesse de besoin, d'avidité, d'oppression, de désirs, et d'orgueil, ont transporté à l'état de nature des idées qu'ils avaient apprises dans la société. Ils parlaient de l'homme sauvage, et ils peignaient l'homme civil* »[4].

À l'état de nature, les hommes seraient naturellement bons et égaux. Civilisés, ils deviennent des méchants, désirant guerres, désastres, maladies et autres malheurs[5]. Ce basculement de l'état de nature à la société civile aurait été opéré par la propriété[6]:

« *Telle fut, ou dut être, l'origine de la société et des lois, qui donnèrent de nouvelles entraves au faible et de nouvelles forces au riche, détruisirent sans retour la liberté naturelle, fixèrent pour jamais la loi de la propriété et de l'inégalité, d'une adroite usurpation firent un*

---

[1] « *De cette égalité de capacité résulte une égalité d'espoir d'atteindre nos fins. Et c'est pourquoi si deux hommes désirent la même chose, dont ils ne peuvent cependant jouir tous les deux, ils deviennent ennemis; et, pour atteindre leur but […], ils s'efforcent de se détruire ou de subjuguer l'un l'autre* », T. HOBBES, *ibid.*, p. 200.

[2] T. HOBBES, De la première et de la seconde Lois naturelles, et des Contrats, Chapitre XIV 1ère partie, De l'Homme, *ibid.*, p. 214-220.

[3] J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts, Discours sur l'origine, et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1971, GF Flammarion, partie I p. 157.

[4] J.-J. ROUSSEAU, *ibid.*, p. 158.

[5] J.-J. ROUSSEAU expose très longuement en note de bas de page des exemples illustrant sa réflexion (note 1, *ibid.*,p. 172-182).

[6] « *Le premier qui ayant enclos un terrain, s'avisa de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile* », J.-J. ROUSSEAU, *ibid.*, Partie II, p. 205.

droit irrévocable, et pour le profit de quelques ambitieux assujettissent désormais tout le genre humain au travail, à la servitude et à la misère »[1] .

L'auteur conclut que c'est dans le despotisme que « *les particuliers redeviennent égaux, parce qu'ils ne sont rien* »[2] et soumis à la volonté de leur maître.

Ainsi, « *l'inégalité […] presque nulle dans l'état de nature, tire sa force et son accroissement du développement de nos facultés et des progrès de l'esprit humain et devient enfin stable et légitime par la l'établissement de la propriété et des lois* »[3].

200. VOLTAIRE ne partage pas cette position. Il pense en effet que les hommes sont égaux dans leur condition humaine. Voyant tous le jour en pleurant, tous sont soumis à la satisfaction de leurs besoins primaires. « *Tous les hommes seraient égaux sans besoin. La misère attachée à notre espèce subordonne un homme à un autre homme ; ce n'est pas l'égalité qui est un malheur réel, c'est la dépendance*»[4] .

Il illustre son propos en prenant l'exemple de deux familles pauvres. L'une fera le choix de se placer au service d'une famille opulente, devenant ainsi leurs domestiques et l'autre, s'adonnera à la violence pour se procurer les biens de la famille opulente, imposant sanction et asservissement, c'est-à-dire l'esclavage.

Malgré des positions différentes, sous le siècle des Lumières, une idée commune se dégage où l'inégalité des hommes siège en bonne place[5]. Au nom de la paix ou fruit de l'accession à la propriété, voire de la satisfaction de besoins, l'égalité entre les hommes et non plus entre les hommes libres, se perd. L'humanisme de la distinction a cédé la place à un « *humanisme fondée sur la ressemblance des visages et sur l'égalité des existences* », ce qui correspond à l'acception moderne de l'égalité. Cet humanisme est fondé sur la reconnaissance de la valeur ontologique identique de toutes les vies, « *c'est-à dire une valeur inhérente à l'homme en tant qu'homme*[6] ».

La doctrine jusnaturaliste inspira les rédacteurs de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, aboutissant à la naissance d'un droit naturel de troisième génération, comme l'explique Pierre MAZIÈRE. « *Réduite à l'existence terrestre » et « fondé sur ce qu'il*

[1] J.-J. ROUSSEAU, *ibid*., p. 220.

[2] J.-J. ROUSSEAU, *ibid.* p. 235.

[3] J.-J. ROUSSEAU, *ibid.*, p. 235.

[4] VOLTAIRE, v° Egalité, *Dictionnaire philosophique*, Garnier Flammarion, 1964.

[5] P. MAZIÈRE, *op.cit.*, n°27.

[6] S. TZITZIS, *ibid*., p. 5.

est de la nature humaine », « le principe d'égalité, faute de fondement naturel, ne trouve la source de son existence qu'à l'intérieur d'une création de l'esprit humain […] sans référence autre que le dogme issu de la raison humaine» [1].

Cette méthode d'élaboration qualifiée de conventionnelle par l'auteur[2], a permis une constante évolution du principe d'égalité et de le décliner notamment en droit social.

2. Les sources juridiques

201. La recherche de cet idéal égalitaire existe en droit social. Il en est ainsi de l'égalité de traitement à tout âge, devenue une préoccupation non seulement d'ordre national, mais aussi européenne. Suscitant un vif intérêt du législateur de l'Union, mais également de la CJUE, la lutte contre les discriminations à raison de l'âge constitue véritablement une œuvre issue de l'esprit communautaire(a). Cet édification s'est traduite par la nécessaire transposition de la directive n°2000/78/CE par le législateur national, français (b) et allemand (c).

a. Le droit de l'Union.

202. Au préalable, il convient de préciser qu'en matière d'âge, le droit de l'Union évoque l'égalité de traitement à travers la non discrimination, ce qui nous impose de rechercher la première par le biais de cette condamnation des différences de traitement non justifiées.

203. En 1989, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs[3] ne comportaient pas expressément de dispositions relatives à la discrimination en raison de l'âge. Cela s'avérait simplement être une éventualité, déduite du considérant n°9 « *pour assurer l'égalité de traitement, il convient de lutter contre discriminations sous toutes leurs*

[1] P. MAZIERE, *op.cit*., n°30 (p. 34) et n°31 (p. 35)

[2] A l'appui de cette conclusion, P. MAZIERE (*préc*., n°31-32) utilise la réflexion de Monsieur Denis BERTHIAU (*Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, T. 320, 1999, p.8): « *reconnaître que l'égalité est essentiellement issue d'un jugement subjectif revient aussi à admettre son caractère évolutif. Ce qui paraît égal à une certaine époque ne le sera peut-être plus à une autre. Le point d'égalité porte donc en germe les raisons de sa perpétuelle évolution* ».

[3] Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989, *JOCE* 1989, n°C 96.

formes, notamment celles fondées sur sexe, la couleur, la race […] ». L'emploi de l'adverbe *notamment* ouvrant un éventail de possibilités…

À la même époque, le juge pouvait l'apercevoir lors de l'examen préjudiciel d'une question relative l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de rémunération[1]. À travers l'étude du critère de l'ancienneté, il est en effet possible d'y apercevoir par transparence l'âge, mais celui-ci n'est jamais explicité.

Cette préoccupation a pris une ampleur plus conséquente lors de la signature du Traité d'Amsterdam, introduisant l'article 13 du Traité instituant la Communauté européenne. Cette œuvre a été complétée par la signature le 13 décembre 2007 du Traité actuellement en vigueur, c'est-à-dire le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne. Explicitant au sein de l'article 10[2], le fort intérêt de l'Union pour la lutte contre les discriminations, la non-discrimination bénéficie d'une attention toute particulière, puisqu'elle est présente au sein même de l'intitulé de la partie II, « *Non-discrimination et citoyenneté de l'Union* ». Succédant à la très ancienne interdiction des discriminations en raison de la nationalité[3], le paragraphe 1 de l'article 19 (ex-article 13 TCE) accorde au Conseil dans les limites de leur compétences et le respect des dispositions des autres Traités, la possibilité « *de prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race […], l'âge […]* ». Cette intervention reste conditionnée au suivi d'une procédure législative spéciale imposant de statuer à l'unanimité et après approbation du Parlement européen. Le Conseil et le Parlement peuvent en outre retenir des mesures d'encouragement de l'Union en appui des actions des États membres dans la lutte contre les discriminations (paragraphe 2).

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée entre temps, comporte également un article énonçant qu' « *[e]st interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge*

---

[1] Il s'agit de l'affaire de la CJCE du 17 octobre 1989, *Danfoss*, 109/88, *Rec*. p.3199. (pt. 24).

[2] Art. 10 TFUE : « *Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à 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* ».

[3] La condamnation des discriminations fondées sur la nationalité était déjà présente dans le Traité de Rome de 1957, puis à travers l'ex-article 12 TCE et enfin l'article 18 TFUE.

P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, n°157.

ou l'orientation sexuelle » [1]. Il convient de relever que le législateur de l'Union fait référence non pas à l'égalité de traitement, mais à la non discrimination. Pour s'en persuader, il faut noter le soin apporté à la rédaction de l'article 23 relatif à l'égalité entre hommes et femmes qui énonce dans son 1er alinéa que « *l'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération* ».

Il ne faut pas en outre omettre le travail du Conseil de l'Union, qui le 27 novembre 2008, par le biais de l'actuel article 19 du TFUE, soit l'ancien article 13 TCE, a adopté la directive n°2000/78/ CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail[2]. Soulignant au sein du considérant n°11 que « *la discrimination fondée sur […] l'âge […] peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau de l'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes* », le législateur de l'Union a prohibé les discriminations reposant sur ce critère.

Selon les termes de la directive[3], interprétée en fonction du critère prohibé faisant l'objet de nos développements, la discrimination peut revêtir deux dimensions. Il existe ainsi les discriminations directes, entendues comme le fait de traiter une personne de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base notamment de l'âge. Les discriminations indirectes quant à elles, sont liées au désavantage particulier subi par les personnes d'un âge par rapport à celle d'un autre âge, en raison de la mise en œuvre d'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre.

Il convient de ne pas omettre le harcèlement, qui représente pour le législateur de l'Union, une forme de discrimination, lorsque le « *comportement indésirable est lié [notamment à l'âge] [ayant] pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant et offensant* ». Cela intègre également les comportements ayant pour objet d'enjoindre à des tiers ces pratiques discriminatoires.

[1] Art. 21§ 1.

[2] *JOCE* L 303, p.16.

[3] Article 2 de la directive n°2000/78/CE, intitulé « concept de discrimination ». La discrimination directe est exposée à l'article 2§2 sous a. . L'article 2§2 sous b renvoie à la discrimination indirecte et le harcèlement est prévu à l'article 2§3 de la directive. Enfin, l'incitation à la discrimination est définie à l'article 2§4.

204. Le juge de l'Union a également apporté sa pierre à l'édifice par le biais de la très célèbre décision Mangold[1]. Dans des circonstances ne prêtant guère à confusion sur l'objectif réellement poursuivi[2], M. Mangold, âgé de 56 ans, avait conclu un contrat à durée déterminée avec M. Helm, exerçant la profession d'avocat en juillet 2003. Aucune raison objective ne justifiait le recours à ce type contrat, conformément à la disposition légale en vigueur, destinée à favoriser la conclusion de CDD pour les travailleurs ayant au moins 52 ans. La seule restriction était constituée par l'écoulement d'une durée de 6 mois, lorsque le salarié concluait un tel contrat avec son ancien employeur par lequel il avait été lié par une relation de travail à durée indéterminée. Estimant que la clause de son contrat justifiant la durée de son contrat en raison de son âge était contraire à la clause 5 de l'accord cadre luttant contre le recours abusif aux CDD successifs[3], il a saisi la juridiction interne compétente. Celle-ci en proie aux doutes notamment à propos de la conformité de la disposition légale à l'article 6§1 de la directive n°2000/78/CE, dont le délai de transposition n'était pas encore écoulé, a sursis à statuer et soumis ses interrogations à la Cour.

C'est à l'occasion d'une telle affaire que la CJCE a reconnu l'existence du principe général de droit communautaire de non discrimination en raison de l'âge. Elle lui a refusé le rôle de consécration du principe de l'égalité de traitement[4] et a précisé son seul et unique

---

[1]CJCE, 22 novembre 2005, Mangold, aff. C-144/04, *Rec*. p. I-9981 ; Décision ayant fait l'objet de nombreux commentaires : *RAE* 2005, p.723, obs. E. DUBOUT ; *JCP S* 2005, 1414, obs. J. CAVALLINI ; *Europe* 2006, comm. nº 18, L. IDOT ; *RJS* 4/2006 p. 257-261, par H. TISSANDIER ; *RDUE* 2006, p. 466-472 obs. E. MUIR ; *Lexbase Hebdo éd. sociale* du 12 janvier 2006, n°197, obs. C. WILMANN ; *Dr. ouv*. 2006, n°696, p. 362-363, obs. M. BONNECHÈRE ; *D*. 2006, p. 133-134, R. SOPHIE-OLIVIER.

v. aussi : S. HENNION, M. LE BARBIER-LEBRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international, op.cit*., p. 372 ; S. BOUQUET, *La réglementation européenne relative à la non discrimination fondée sur l'âge : conséquences sur le droit du travail français*, thèse allemande trad., Peter Lang, 2012, p.24-31.

[2] Il s'agit d'une instance provoquée. Le contrat a été conclu dans le seul but d'apprécier de la conformité du texte au droit communautaire.

[3]Directive n°1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, *JOCE* L-175 du 10 juillet 1999, p. 43-48.

La clause 5 concerne les mesures que doivent mettre les États membres afin de lutter contre le recours aux CDD successifs. La législation de l'État membre doit contenir au moins l'une des trois mesures proposées : l'énoncé de la raison objective justifiant le renouvellement du CDD ; la limitation de la durée maximale total des relations de travail à durée déterminée successives ou le nombre de renouvellement. En l'espèce, aucune des mesures proposées n'était présente.

[4] Pt. 74 de l'aff. Mangold : «*la directive 2000/78/CE ne consacre pas elle-même le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail* ».

objet consistant à « *établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, [le] handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle», dont « le principe même de l'interdiction de ces formes de discrimination trouvant sa source, ainsi qu'il ressort des premier et quatrième considérants de ladite directive, dans divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux États membres* ».

La Cour en a tiré les conclusions qui s'imposaient. En raison de ces fondements juridiques, « *le principe de non-discrimination doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire* »[1]. Ce principe étant distinct de la directive, il « *ne saurait, comme tel, dépendre de l'expiration du délai accordé aux États membres pour transposer une directive destinée à mettre en place un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge, notamment en ce qui concerne l'organisation des voies de recours appropriées, la charge de la preuve, la protection contre les rétorsions, le dialogue social, les actions positives et d'autres mesures spécifiques de mise en œuvre d'une telle directive* » [2].

En 2000, le juge de l'Union fait de la directive, une simple concrétisation d'un principe, déjà préexistant, reposant sur les textes internationaux et constitutionnels des États membres.

Ce principe fut réaffirmé dans l'affaire C-555/07 Seda Kücükdeveci[3] dans laquelle la CJUE a rappelé les origines constitutionnelles et internationales du principe ainsi que le rôle affecté à la directive aux points n°20 et 21. Elle a renforcé les fondements juridiques du principe en évoquant la valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux, laquelle comporte une disposition relative à la prohibition des discriminations[4]. La jurisprudence ultérieure l'a en outre confirmé[5].

---

[1] Pt. 75 de l'aff. Mangold *préc.*

[2] Pt. 76 de l'aff. Mangold.

[3] CJUE, 19 janvier 2010, aff. C-555/07, *Seda Kücükdeveci*, *Rec.* p. I-365; « Discrimination en raison de l'âge : la Cour de justice dans le rôle du funambule », *RJS* 4/2010, p. 257, chron. J.-Ph. LHERNOULD; *JCP S* 2010, 1082, obs. J. CAVALLINI ; *LPA* 2010, n°51, p. 3-8, S. MARCIALI ; « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement », *Europe* 2010, Etude n°3, par D. SIMON; *RDUE* 2010, p. 379-387, obs. C. MURPHY ; *Dr. ouvr* . 2010, n°745, p. 457-458, note M. BONNECHÈRE.

[4] Pt. 22 de l'aff. *Seda Kücükdeveci.*

[5] Par exemple : Pt. 19 de l'affaire du 26 septembre 2013, HK Danmark c/ Experian A/S, aff. C-476/11, non encore publiée. En revanche, cela n'est pas le cas dans l'aff. Tyrolean Airways du 7 juin 2002, C-132/11 (non encore publiée ; références bibliographiques, v. *infra*, notes de bas de pages n° 970 et 1026). En l'espèce, la juridiction de renvoi considérant que le litige portait effectivement sur une différence de traitement non justifiée, avait formulé une question préjudicielle comportant l'ensemble des fondements possibles : Charte, Principe

b. Le droit français.

205. En droit français, les textes constitutionnels ne font nulle référence à l'âge. En effet, le principe d'égalité présent à l'article 1er de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 se manifeste ainsi : « *[l]es hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».

Ce principe siège également à l'article 6, « *[…] [la Loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

Par sa présence au sein de la Déclaration, ce principe a implicitement été érigé en une valeur constitutionnelle par la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971[1]. En 1973, le Conseil constitutionnel consacre officiellement le principe d'égalité de traitement devant la loi[2].

L'égalité des droits est également proclamée par l'article 1er du préambule de la Constitution de 1946. Enfin, la Constitution de 1958 fait elle-aussi, référence au principe d'égalité. Son article 1er dispose « *[La République française] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

Les sources constitutionnelles contenant des éléments relatifs à l'égalité, ne dévoilent donc pas l'âge, contrairement à la jurisprudence constitutionnelle, mais également celle des juridictions administratives et judiciaires.

Malgré sa valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel admet que des dérogations légales y soient apportées. Cela fut le cas notamment le cas, lorsque le Conseil a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur la conformité du premier

---

général du droit de l'Union ainsi que la directive 2000/78/CE. La Cour a privilégié la synthèse, se limitant à la seule directive (pt. 21).

[1]Décision n°71/44 DC du 16 juillet 1971 à propos de la loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, *Rec*. p. 29.

Le Conseil énonce à son considérant n°2 : « *Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution* […]».

[2] Décision n°73-51 DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974, *Rec*. p. 25.

alinéa de l'article L. 1237-5 du Code du travail à la Constitution[1]. En l'espèce, le requérant soutenait que la mise à la retraite d'office des salariés ayant atteint l'âge légal de la retraite à taux plein, 65 ans à l'époque, constituait une « *atteinte au droit d'obtenir un emploi et une discrimination en fonction de l'âge [méconnaissant] le principe d'égalité devant la loi* ». Le Conseil constitutionnel rappelant le principe d'égalité au sens de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui a rétorqué que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ».

Il en a été de même à propos de la question prioritaire de constitutionnalité soumise par la Cour d'appel de Lyon à la Chambre sociale de la Cour de cassation le 14 septembre 2012[2].

---

[1] Décision n°2010-98 DC du 4 février 2011, QPC relative à la mise à la retraite d'office, *JORF* du 5 février 2011, p.2355 ; C. RADÉ, « Le régime de la mise à la retraite n'est contraire ni au droit pour chacun d'obtenir un emploi, ni au principe d'égalité », *Revue de droit constitutionnel appliqué*, avril-juin 2011, n°2/2011, p. 238-240. En 1983, le Conseil constitutionnel avait retenu le défaut d'atteinte au principe de l'égalité à propos de la loi n°83-430 portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse du 31 mai 1983 (*JORF* du 1er juin 1983, p. 1639). Cette loi avait instauré une contribution s'adressant du pensionné âgé exerçant une activité postérieurement à la liquidation de leur pension et à son employeur. Le législateur avait prévu des dérogations en faveur de certains travailleurs. Là, siègerait l'atteinte au principe de l'égalité. Le Conseil ne fait pas référence expressément au principe de l'égalité de traitement, mais cela apparaît à la lecture de son considérant n°5 : « *si les activités énoncées à l'article 3 bis de l'ordonnance du 30 mars 1982 peuvent être poursuivies sans que ceux qui continuent à les exercer après soixante ans soient soumis aux dispositions générales du titre 1er de l'ordonnance relative à l'emploi, ces activités impliquent de la part de ceux qui les exercent des aptitudes créatrices particulières ou n'ont qu'un caractère accessoire ou temporaire ; que ces traits spécifiques justifient que la loi leur réserve un régime particulier* ». v. *infra*, n°460 et s.

[2] Sauf que la Cour de cassation a considéré qu'il n'y avait pas lieu de soumettre une QPC au Conseil. En l'espèce, un salarié arguait être victime d'une discrimination en raison des dispositions légales qui accordaient aux stipulations conventionnelles, la possibilité de prévoir une mise à la retraite d'office avant l'âge de 65 ans. La discrimination serait constituée par le fait que certains accords retiennent une limite d'âge, s'imposant aux travailleurs relevant de cette disposition conventionnelle étendu. D'autres accords ne comportent au contraire aucune limite (v. *infra*., n°433 et s.).

La Cour de cassation a refusé de soumettre cette QPC, en s'appuyant sur le fait que le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé sur la question. En outre, elle a précisé que « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente la mise à la retraite des salariés, selon que la relation de travail est ou non régie par une convention ou un accord collectif étendu […]* ». Tel était le cas de ce travailleur.

Soc. 14 septembre 2012, pourvoi n°12-40.052, *Bull. civ. V*, n°228.

206. Dès 1981[1], le Conseil d'État a également pris position sur les distinctions entre les hommes et les femmes, reposant sur le critère de l'âge. Selon le règlement du personnel navigant des vols commerciaux d'une compagnie aérienne française, seul le personnel masculin a la faculté de prolonger son activité en vol au delà de 50 ans et jusqu'à 55 ans. Le Conseil d'État saisi de a retenu leur illégalité de ces dispositions en se fondant sur les principes rappelés par le préambule de la Constitution de 1946. Il énonce qu' « *aucune discrimination ne peut être faite dans les conditions d'emploi des hommes et des femmes à moins qu'elle ne soit justifiée par la nature des fonctions ou par les conditions de leur exercice* ». Or, aucune circonstance, ni aucune particularité du service public exploité ne permettait de justifier cette faculté offerte aux seuls hommes. Ce n'était donc pas l'âge en lui-même qui constituait une atteinte à l'égalité, mais le recours à la différence entre les sexes. En 2006[2], le Conseil d'État a donné un exemple de justification pouvant valablement motivé une telle distinction.

207. L'âge a également été un sujet de réflexions des juges de la Cour de Cassation. Il faut notamment signaler le très célèbre arrêt portant sur l'âge des danseurs des Folies Bergères[3]. En l'espèce, le contrat d'un salarié danseur et soliste avait été rompu en raison du seuil d'âge de 39 ans, présent dans l'accord collectif d'entreprise. La chambre sociale ne fait nullement référence au principe d'égalité tel qu'il est présent au sein des sources constitutionnelles.

Comme le souligne le Professeur WILLMANN, l'intérêt de cette question est essentiellement historique, car le législateur a abrogé par la loi n°2006-1640 de financement de la sécurité sociale pour l'année 2007, du 21 décembre 2006 (*JORF* du 22 décembre 2006, p. 19315) ; Auteur précité, *Lexbase hebdo. éd. sociale* du 4 octobre 2012, n°500 ; *RJS* 2012/11, p. 755-756.

[1] CE, 6 février 1981, Mme Baudet, n°14869 ; CE, 5 juin 1981, n°23721.

[2] CE, 25 avril 2006, Association Avenir Navigant, n°278105.

[3] Soc., 6 décembre 1995, n° 92-40.389, *Bull. civ. V,* n° 331 ; « Que faire de l'interdiction de la discrimination en raison de l'âge ? », P. LANGLOIS, *Dr. soc*. 2006, p. 156.

v. *infra*., n°441 et s.

Signalons tout de même que la jurisprudence antérieure reconnaissait la licéité des clauses de limite d'âge d'origine conventionnelle comme par exemple, un arrêt du 24 avril 1986, à propos d'une clause présente au sein de la convention collective du journalisme (n°84-16182 84-16183, *Bull. civ. V,* n°135 ; *Dr. soc* 1986, p. 460). Le 22 mai 1986, elle admettait la licéité de la clause d'une convention collective permettant à l'employeur de mettre à la retraite de plein droit, le travailleur ayant atteint l'âge normal de la retraite et ce, sans bénéficier des avantages prévus pour le licenciement (Soc. 22 mai 1986, n°83-42383, *Bull. civ. V,* n°189 ; *JCP E*, 14808). A défaut de clause, la mise à la retraite s'analysait en un licenciement ; J. SAVATIER, « Les clauses conventionnelles sur l'âge de la retraite », *Dr. soc*. 1987, p. 1-10.

Cette rupture, requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse, fut condamnée, car l'ancien article L. 122-14-12 du Code du travail sanctionnait de nullité toute clause prévoyant de plein droit la rupture du contrat de travail en raison de l'âge du salarié ou de l'éventualité de bénéficier de la pension vieillesse.

Les arrêts qui succèdent à cette décision nous révèlent que la Chambre sociale de la Cour de cassation ne fait pas référence au principe d'égalité présent au sein des dispositions constitutionnelles pour fonder juridiquement ses décisions. S'appuyant sur les fondements invoqués par l'auteur du pourvoi à sa demande en cassation, elle apprécie de la conformité de l'interprétation des juges du fond des dispositions du Code du travail et parfois même, au sens de la directive n°2000/78/CE[1] confortant ainsi la valeur de principe général du droit de l'Union de non discrimination.

208. Enfin, le législateur s'est également préoccupé de l'âge en tant que motif de discrimination. Cela a débuté en 1987, par la prohibition des clauses conventionnelles ou contractuelles de rupture de plein droit du contrat en raison de l'âge[2]. Le législateur est ensuite intervenu plus récemment, en transposant la directive n°2000/78 dans le droit interne

[1] v. *infra*, n°319 - 320.

[2] Loi n°87-588 du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social, *JORF* du 31 juillet 1987, p. 8574 ; J. SAVATIER, *Dr. soc*. 1987, p.233 ; S. BENAMARA-BOUAZIZ, *Dr. Ouv*. 1991, p. 361 ; J.-M. BÉRAUD, *Dr. soc*. 1992, p. 812 ; P.-Y. VERKINDT, M. WACONGNE, *Dr. soc*. 1993, p. 939-940.

par la loi du 16 novembre 2001[1], qu'il a complété en 2008[2], aboutissant à l'insertion dans le Code du travail des articles L.1133-1 et suivants[3].

c. Le droit allemand

209. En droit allemand, la question de l'égalité est abordée au sein même de la Loi fondamentale. L'article 3 est composé de trois paragraphes. Le premier énonce que « *[t]ous les êtres sont égaux devant la loi* ». Le deuxième traite de l'égalité entre les hommes et les femmes et enfin, le troisième est relatif à la prohibition des discriminations (et des privilèges) fondées sur le sexe, l'ascendance, la race, la langue, la patrie et de l'origine, la croyance, les opinions religieuses ou politiques. L'article interdit également les discriminations à raison du handicap. L'âge ne figure pas au sein de cette liste des critères prohibés prévus par ce texte ayant une valeur constitutionnelle.

210. La question de la discrimination fondée sur l'âge ressurgit en droit du travail, grâce à la transposition de la directive n°2000/78/CE en droit interne. Elle a été réalisée en 2006, par la loi générale sur l'égalité de traitement[4]. Les dispositions spécifiques tendant à légitimer une différence de traitement à raison de l'âge sont contenues au §10 et révèlent l'existence d'une

[1] Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *JORF* du 17 novembre 2001, p. 18311 ; M. RICHEVAUX, « Relations de travail et lutte contre les discriminations après la loi du 16 novembre 2001 », *Dr. ouv.* 2002, n°646, p. 290 et s. ; M.-A MOREAU, « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.* 2002, p. 1112 et s. ; M. MINÉ, « La discrimination dans l'emploi, les apports de la nouvelle loi à la lumière du droit communautaire », *Sem. soc. Lamy* du 17 décembre 2001, n°1055, suppl. , p.13-21.

[2] Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JORF* du 28 mai 2008, p. 8801 ; K. BERTHOU, « Différences de traitement : esquisse des « exigences professionnelles essentielles » après la loi du 28 mai 2008 », *Dr. soc*. 2009, p. 410-418 ; M. MINÉ, « Discriminations : une transposition laborieuse... », *RDT* 2008, p.532 et sa suite, *RDT* 2008, p. 741 ; K. SAÏD, « La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : vers l'admission d'une justification des discriminations ? », *RDT* 2008, p. 389 ; M.-T. LANQUETIN, « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Dr. soc.* 2008, p. 778 et s.

[3] L'article L. 1133-1 du Code du travail est dédié à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante. L'article L. 1133-2 est consacré à la différente de traitement spécifique à l'âge. L'emploi du « notamment » ne limite d'ailleurs pas l'éventail des possibilités.

[4] *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG),* du 14 août 2006, *BGBl.* I, p. 1897.

liste de six objectifs légitimes possibles : l'accès à l'emploi notamment des jeunes ou des travailleurs âgés, la fixation d'un seuil d'ancienneté ou autre pour l'accès à l'emploi, la fixation d'un âge de recrutement en raison des exigences liées à l'emploi ou d'une période raisonnable d'emploi avant la retraite, l'utilisation des critères d'âge pour les régimes de pension, la clause de cessation d'activité en raison du droit à la pension vieillesse ou dans l'hypothèse d'un plan social.

En ce qui concerne les dérogations communes aux autres critères prohibés, les dispositions sont contenues aux § 20 et §8[1].

211. À l'image du juge français, la Cour fédérale du travail a été amenée à connaître de recours fondé sur le principe de non-discrimination à raison de l'âge. Par exemple, elle s'est prononcée sur la conformité d'un accord d'entreprise prévoyant une limite d'âge[2]. En l'espèce, l'accord litigieux stipule que la relation de travail prend fin au terme du mois civil suivant le franchissement du seuil d'âge de la pension normal (*Regelatersrente*), soit 65 ans. La Cour fédérale a retenu la conformité du dispositif, simplement en raison du versement de la pension. Elle avait pourtant admis que le travailleur puisse avoir envie de poursuivre son activité légitimement pour des préoccupations économiques et d'épanouissements professionnels. Il est ainsi possible de privilégier le rajeunissement des effectifs en recrutant des juniors, remplaçant les travailleurs éligibles à pension.

B. Le principe de non-discrimination dans l'ordre juridique

212. Les développements précédents ont permis de saisir la diversité des sources juridiques destinées à garantir l'égalité entre les travailleurs indépendamment de leur âge. Mais cet exposé révèle des différences terminologiques au sein de ces sources (1). Ces distinctions n'ôtent pas sa valeur sociétale. Malheureusement le contexte particulier de sa reconnaissance a restreint son épanouissement (2). Malgré tout, les juridictions internes se sont assez aisément emparées de ce principe (3).

[1] Ce qui fait référence respectivement à la dérogation liée aux intérêts d'une société démocratique et l'exigence professionnelle essentielle et déterminante. La discrimination positive apparaît au §5.

[2] Décision du Bundesarbeitsgericht du 5 mars 2013, 1 AZR 417/12, Communiqué de presse (*Pressemitteilung*) Nr. 14/13, (*Altersgrenzen in Betriebsvereinbarungen*) Les limites d'âge dans les accords d'entreprise. http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&nr=16818

1. Les enjeux terminologiques

213. En droit français, l'égalité se manifeste dans la rédaction même des dispositions constitutionnelles. Pourtant, il ne faut pas accorder le même sens à l'égalité énoncée à l'article 1er du préambule de 1789 et à l'article 6 de ce même texte. Ce dernier doit d'ailleurs être rapproché de l'article 1er de la Constitution de 1958. Le Conseil d'État fait également référence au principe d'égalité devant la loi, tout comme la Cour de cassation. En revanche, une certaine ambiguïté existe dans les sources du droit de l'Union employant indifféremment le principe d'égalité de traitement assorti ou non, de la non-discrimination. Pourtant, l'emploi de ces différents termes n'est pas neutre.

Selon le Professeur Jean RIVERO[1], il existe deux égalités. La première fait référence à l'homme abstrait. Il s'agit d'une égalité dans le genre humain, imposant d'appliquer sans distinction aucune le principe d'égalité. La seconde désigne l'homme concret, admettant l'existence de traitement différencié en raison de la situation économique et sociale. Cela fait référence à l'égalité de traitement, ce qui signifie être égaux du fait de l'appartenance à un même corps. C'est l'interprétation qu'il convient de garder à l'esprit en droit du travail, puisqu'il garantit les droits des seuls travailleurs placés dans un rapport de subordination. Le Professeur Antoine LYON-CAEN[2] en accord avec la double dimension de l'égalité, considère que l'affirmation de l'égalité entre deux personnes impose l'appartenance à un même ensemble, ce qui « *postule […] une limite, un ensemble clos* ». « *Elle ne se conçoit que par une séparation avec d'autres, ce qui autorise à reconnaître une fonction identitaire. Elle réunit et même temps, elle exclut. Essentielle est donc la circonscription. Ces frontières sont inscrites dans les catégories utilisées pour définir les destinataires des règles* ».

214. Ce travail de classification effectuée par le législateur, permet de basculer de l'égalité juridique à l'égalité sociale. Par le biais de mesures correctrices, le droit du travail élabore une égalité compensatoire, c'est-à-dire l'égalité par la loi. Cela ne signifie pas nécessairement que la liberté des individus n'est pas heurtée. L'auteur évoquait déjà les conflits possibles pour les bénéficiaires de mesures correctrices en raison de leur âge et leur liberté du travail.

[1] J. RIVERO, *Rapports sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, journées de Luxembourg, 31-4 juin 1961, p. 343.

La définition provient d'un *rapport du Conseil d'État sur le principe d'égalité*, extrait du rapport public de 1996, dir. F. STASSE, La Documentation française, Paris, 1998, p.35.

[2] A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc*. 1990, p.68.

L'appréciation de la conformité de la mesure ou décision d'un employeur impose un travail de classification normative[1], laquelle doit servir un objectif politique, social, voire économique. Le critère retenu pour créer ces corps, peut être une situation juridiquement déterminée, telle la relation de travail subordonnée, la minorité… Cette classification normative doit être conforme aux dispositions constitutionnelles et aux règles de nécessité et de proportionnalité. La classification opérée doit être adaptée pour atteindre l'objectif déterminé.

L'égalité du genre humain a pour effet de prohiber les discriminations tandis que l'égalité de traitement admet une prise en considération différenciée des individus, sous réserve qu'elle soit justifiée. L'inégalité surgit dans deux hypothèses[2], soit elle est consécutive au défaut d'application de plein droit du principe d'égalité, soit elle correspond à la volonté du législateur et se manifeste à travers des actions de discrimination positive.

La non discrimination correspond donc aux effets de la mise en œuvre du principe d'égalité. Corrélativement, la discrimination s'analyse en une inégalité ne comportant pas une justification légitime[3], tandis que la différence de traitement justifiée correspond à une application conforme à l'égalité de traitement, en ce qu'il met en œuvre l'une des justifications prévues par le législateur.

La discrimination positive correspond au « *traitement préférentiel réservé à un catégorie de personnes défavorisées, par mesure de compensation, politique ordonnée, moyennant la rupture de l'égalité juridique à la poursuite d'une égalité concrète* »[4]. Certains auteurs optent pour une autre qualification, celle d'action positive[5].

Le Professeur Olivier JOUANJAN[6] considère qu'il s'agit d'« *une véritable discrimination, car elle renvoie l'individu à un statut, le rabat sur une appartenance qu'il n'a pas choisie* ».

Ainsi, pour les juridictions françaises et le législateur, la non discrimination n'est que le résultat de la mise en en œuvre de l'égalité de traitement. Le fondement juridique invoqué est

---

[1] v° Egalité, par O. JOUANJAN, in *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*

[2] P. WAQUET, « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. soc.* 2003, p. 276-282 (spéc. p. 281-282).

[3] N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité (1) », *AJDA* 1998, juillet-août, hors série, p.154.

[4] v° Discrimination positive, *in Vocabulaire juridique*, *op.cit.*

[5] Certains auteurs, comme le Professeur Arnaud HAQUET, lui préfèrent le terme d'action positive, car la discrimination constitue la négation de toute égalité. A propos de l'égalité entre les hommes et les femmes : « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE* 2001, p. 305.

[6] v° Egalité, par O. JOUANJAN, *préc*.

avant tout l'égalité de traitement, car tous les hommes sont égaux devant la loi, c'est-à-dire appréhendés de la même façon. Le juge sanctionne la différence de traitement non légitime, la discrimination.

215. En droit de l'Union, le principe de l'égalité de traitement se confond avec le principe de non-discrimination . Cela apparaît expressément au sein des définitions présentes dans la directive n°2000/78/CE. L'article 2 §1 présente l'égalité de traitement en la réduisant à l'absence de discrimination reposant sur l'un des motifs prohibés par le législateur, dont l'âge. La directive n°2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique fait de même. Son article 2 §1 définit lui aussi l'égalité de traitement, comme étant l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique.

Cela correspond à une définition téléologique de l'égalité de traitement, imposant de lutter contre les discriminations pour parvenir à cette finalité[1]. Conséquemment, si le droit de l'Union condamne les discriminations, c'est-à-dire les différences de traitement injustifiées, il espère ainsi atteindre l'égalité de traitement.

Certains[2] déplorent cette interprétation restrictive de l'égalité, limitée à l'appréciation de la justification de la différence de traitement[1]. D'autres sont convaincus que le principe de non-discrimination permet au contraire de rétablir l'égalité[2].

---

[1] J. BROTTES, *op. cit.*, p.356-357.

[2] N. BELLOUBET-FRIER, *op.cit.*, p.154; v. aussi, le rapport n°253, de M. DINI, fait au nom de la commission des affaires sociales, *relatif au projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, plus spé. Les dérives communautaires possibles, disponible sur le site du Sénat, rubrique Rapports législatifs. « *Dans une entreprise, lorsqu'une personne considère qu'elle n'est pas traitée de la même manière que ses collègues, elle peut faire cesser l'injustice de deux façons. Soit elle choisit d'insister sur ses différences (sexe, origine, orientation sexuelle...), et considère qu'en raison de cette différence, elle est victime d'une discrimination. […]. Soit au contraire, elle n'invoque pas cette différence et s'appuie sur le principe d'égalité de traitement, en vertu duquel les salariés placés dans une situation identique doivent être traités de la même manière. Les deux démarches aboutissent certes au même résultat, mais l'état d'esprit qui les sous-tend et ses effets sur les rapports sociaux sont totalement opposés. D'un côté, le droit insiste sur les différences et conduit les personnes à se positionner en victime, de l'autre il encourage à s'appuyer sur un principe commun à tous, et favorise une posture positive et constructive. Derrière cette question juridique se profile donc une interrogation de fond : dans le combat contre les discriminations, veut-on inciter au repli sur soi, à l'excitation des identités particulières, ou veut-on faire valoir des valeurs et des principes communs ?* ». Cité par le *rapport annuel de la Cour de cassation*, 2008, 3ème partie, « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », 1.1.1.5.1.

2. L'avènement du principe général de non discrimination en droit de l'Union

216. Le principe de non-discrimination en raison de l'âge est un principe général du droit de l'Union. Il convient d'insister sur le fait que le principe d'origine jurisprudentielle, est absent du texte de la directive n°2000/78/CE. La directive n°2000/78 n'érige pas de principe général de non discrimination en raison de l'âge, car elle est seulement chargée d'« *établir un cadre général pour lutter contre les discriminations fondée […] sur l'âge, 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* ». Aucune des dispositions contenues dans la directive, ni même ses considérants, ne font référence au principe général de non discrimination en raison de l'âge. C'est donc le juge de l'Union qui est à l'origine de la consécration du principe général de droit communautaire de non discrimination lors de l'examen des questions préjudicielles de l'affaire Mangold.

La législation allemande au cœur de ce litige, prévoyait la possibilité de conclure sans aucun objectif légitime, ni restriction en terme de durée ou de nombre de contrats conclus, des contrats à durée déterminée successifs avec un travailleur âgé de 52 ans et plus, dispositif s'adressant auparavant aux seuls personnes âgées de 58 ans ou plus. La législation allemande a ainsi opéré un abaissement du seuil d'accès à ce dispositif en décembre 2002, soit pendant le délai de transposition de la directive n°2000/78. L'État allemand bénéficiait d'un report de ce délai de transposition de 3 années et pendant ce laps de temps, ce dispositif adressé à un public spécifique avait vocation à s'appliquer, voire même quelques jours après l'expiration du délai de transposition.

Pour justifier l'applicabilité de la directive dans un tel contexte, la CJCE a considéré que l'État membre allemand était déjà soumis à la directive. Le défaut d'expiration du délai de transposition ne constitue pas un obstacle, car l'État membre s'engage durant ce délai à ne pas

---

[1] v. la remarque de Mme Laetitia DRIGUEZ (« Egalité de traitement et expérience professionnelle », *Europe* 2012, comm. 340), à propos de l'affaire Tyrolean Airways du 7 juin 2012, aff. C-132/11 (*op.cit.*) « *Or, c'est bien une limite du dispositif communautaire issu de la directive 2000/78/CE : en dépit de son intitulé, ce texte ne traite pas des inégalités de traitement mais uniquement des discriminations, c'est-à-dire des inégalités fondées sur des critères illicites* ».

[2] Face au défaut d'effectivité de l'égalité formelle, le principe de non-discrimination est une forme plus réaliste de l'égalité. Dans ce sens : R. PELLOUX, « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit français », *Revue de Droit Public* 1982, p. 914.

prendre des dispositions en contradiction avec le résultat poursuivi par la directive. Cela signifie que même pendant le délai de transposition, l'État membre ne doit pas adopter des mesures en contradiction avec l'objectif poursuivi. Pour un auteur[1], cela s'assimile déjà à un contrôle anticipé pendant le délai de transposition. L'État membre avant d'avoir complètement transposée la directive dans son droit interne, est déjà lié. Il est peu important que la législation litigieuse ne transpose pas la directive[2] ou qu'elle expire quelques jours après l'expiration de ce délai[3]. Comme le dit la Cour, cela n'est pas « *décisif* ». Pour conforter son argumentation, elle s'appuie sur le fait que la République Fédérale d'Allemagne qui bénéficie d'un report du délai de transposition, doit en contrepartie produire un rapport annuel à l'attention de la Commission afin d'exposer les mesures adoptées pour lutter entre autre, contre la discrimination en raison de l'âge ainsi que les progrès réalisés. Or, en accordant l'octroi d'un tel report, cela impose selon la Cour, une transposition progressive de la directive via « *des mesures concrètes aux fins de rapprocher d'ores et déjà sa réglementation du résultat prescrit par [la] directive*[4] ». Pour un auteur[5], il s'agit d'un contrôle des mesures retenues par le législateur interne au regard de l'objectif poursuivi par la directive. Or, la directive est un acte normatif particulier, imposant le respect d'une procédure de transposition dans le droit interne de chaque État membre. Selon l'alinéa 3 de l'article 228 du TFUE (ex-art. 249 TCE), ce qui caractérise la directive, c'est le fait qu' « *elle lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». Lié par le seul résultat, l'État membre est libre de retenir les mesures de son choix pour y parvenir.

217. L'invocabilité d'une directive pendant le délai de transposition avait déjà été acceptée par la Cour dans le cadre d'un litige relatif au défaut de conformité d'un acte national à une directive dans l'attente de sa transposition, comme elle le rappelle au sein de la décision Mangold[6]. L'effet direct reste toutefois vertical ce qui signifie que l'invocabilité des

[1] Selon le Professeur Olivier DUBOS, il s'agit d'une clause de Stand Still. O. DUBOS, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie », *JCP G*, 2006, II, 10107.

[2] Pt. 68 de l'aff. Mangold, *op.cit.*

[3] Pt. 70 de l'aff. Mangold, *préc*.

[4] Pt. 72 de l'aff. Mangold, *préc*.

[5] Ce faisant, la Cour a pour certains réécrit l'article 249 alinéa 3 du TCE ; O. DUBOS, *op.cit.*

[6] CJCE, 18 décembre 1997, aff. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c/ Région wallone*, *Rec*. I, p. 7411 ; Rappelé au pt. 67 de l'affaire Mangold, *préc.*

dispositions de la directive n'est possible que dans un litige opposant un particulier à l'État. En revanche, la directive n'est pas appelée à jouer un rôle dans le cadre d'un litige entre deux particuliers. Seules les dispositions internes, transposant la directive, sont invocables à l'appui de leurs prétentions. Mais en l'espèce, pour contourner ce défaut d'effet horizontal et apporter une assise plus confortable à la directive, la Cour a recours au principe général de droit communautaire de non discrimination à raison de l'âge[1]. Préexistant à la directive, latent dans l'ordre juridique, ce principe puise ses fondements dans les « *1er et 4ième considérant de la directive, dans les divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes des États membres* » [2] .

Le 1er considérant de la directive fait référence à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, qui intègre parmi les fondements de l'Union européenne, la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et les droits fondamentaux « *tels qu'il sont garantis par la Convention [précité] et tels qu'il résultent des traditions communes aux États membres, [considérés comme faisant] partie du droit de l'Union en tant que principe généraux* ».

Le considérant n°4 renvoie au « *droit de toute personne à l'égalité devant la loi et la protection contre la discrimination* » universellement reconnu. Ce considérant énonce différentes sources internationales telles que la Déclaration Universelle des droits de l'homme, […] les pactes des Nations unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme ainsi que la Convention n°111 de l'Organisation Internationale du Travail.

Partant de l'ensemble de ces sources, il existerait des principes généraux, dont certains sont dans l'attente d'une consécration. C'est ainsi que la CJCE parvient à justifier l'existence de ce principe de non-discrimination à raison de l'âge. Celui-ci serait préexistant, dans l'attente d'une matérialisation qui parvient difficilement à aboutir au sein de la législation allemande, comme le révèle notre affaire. Cette matérialisation du principe s'effectue à travers la directive n°2000/78/CE[3]. En effet, la Cour est particulièrement explicite sur ce point : « *[…] la directive ne consacre pas elle-même le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail* ». S'appuyant sur une interprétation stricte de l'article 1er de la

[1] Ce qui a amené M. Joël Cavallini à dire que « *le principe général [était] au secours d'une directive* » pour admettre l'effet direct horizontal (*JCP S* 2005, 1414).

[2] Pt . 74 de l'aff. Mangold, *préc.*

[3] Etant donné que la directive ne consacre pas elle-même le principe de l'égalité de traitement, elle constitue simplement « *un moyen d'expression d'un principe général de non-discrimination* », É. MUIR, *op.cit* ..

directive, son objet réside dans la mise en place d'un cadre général pour lutter contre les discriminations[1]. L'autonomie du principe général de non discrimination est ainsi consacrée.

Le rattachement de ce principe à cet ensemble normatif composite a en outre fait l'objet de critiques doctrinales[2], tout comme son « *caractère structurel et intemporel* »[3] . Appréhendé ainsi, cela aboutit à l'avènement prochain de d'autres principes généraux prohibant les discriminations en raison de la religion, les convictions ou l'orientation sexuelle[4], en sommeil.

Mais l'œuvre du juge de l'Union prend davantage d'ampleur, lorsque celui-ci impose aux juges internes de trancher les litiges conformément au principe de non-discrimination . Pour garantir l'effectivité de ce principe, la Cour a recours à l'obligation de coopération loyale des juridictions nationales, exigeant d'eux qu'en présence « *d'un litige mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit communautaire et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale »*[5].

---

[1] Pt. 74 de l'aff. Mangold, *préc*.

[2] « *De façon impromptue, la Cour observe dans l'arrêt Mangold, sans aucune motivation, que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit être considéré comme un principe général du droit de l'Union européenne* » F. MICHÉA, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *Dr. soc.* 2010, p. 1060.

[3]Mme MICHÉA (*préc.*) mentionne l'exemple de l'affaire du 26 février 1986, 152/84, M. H. Marshall contre Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (*Rec*. p.723). En l'espèce, quatre semaines après avoir atteint les 62 printemps, Melle M. H. Marshall a été licenciée et ce malgré son souhait de continuer son activité salariée jusqu'à l'âge de 65 ans. Son licenciement était motivé par le seul dépassement de l'âge de la retraite établi à l'époque à 60 ans pour les femmes. Elle arguait que cela constituait une différence de traitement injustifiée en raison de son sexe, contraire à la directive n°79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (*JOCE* du 10 janvier 1979, p. 24-25). La Cour saisie à titre préjudiciel, reformule la question, sans pour autant montrer un quelconque intérêt pour la potentielle discrimination en raison de l'âge.

[4] Ce risque a été évoqué notamment par l'avocat général MARZÀK : « *[…] si le raisonnement suivi dans l'arrêt Mangold était poussé jusqu'à sa conclusion logique, toutes les interdictions spécifiques visant les types de discrimination mentionnés à l'article 1er de la directive 2000/78, et non pas seulement l'interdiction des discriminations liées à l'âge, devraient être considérées comme des principes généraux du droit communautaire*», Conclusions du 15 février 2007, à propos de l'aff. Palacios de la Villa, pt. 96.

[5] Pt. 76 de l'aff. Mangold. La Cour se repose sur la jurisprudence antérieure notamment l'affaire Simmenthal du 9 mars 1978, 106/77 (*Rec*. p.629), plus précisément sur le pt. 21 : « […] *tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que*

C'est ainsi que la Cour consacra le principe de non-discrimination en raison de l'âge et imposa à la juridiction de l'État membre, n'ayant pourtant pas effectué la transposition de la directive dans son droit interne, de constater le caractère discriminatoire de la disposition légale litigieuse.

218. Cette décision fut la proie de sévères critiques portant sur la pertinence de la consécration du principe de non-discrimination [1]. Malgré un nombre conséquent de décisions relatives à la discrimination en raison de l'âge, la Cour de Justice ne vient apporter des précisions sur ce principe général de l'Union que le 19 janvier 2010, par le biais de l'affaire Kücükdeveci. En l'espèce, Mme Kücükdeveci avait engagée à l'âge de 18 ans par une entreprise allemande. Dix ans après son embauche, elle est licenciée le 19 décembre 2006, soit avec le préavis légal, le 31 janvier 2007. Mme Kücükdeveci a contesté la durée de ce préavis qu'elle estime trop court.

Cela est malgré tout conforme à la législation allemande qui prévoit en son article 622§ 2, alinéa 2 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*) que les périodes d'emploi accomplies avant l'âge de 25 ans ne sont pas prises en considération dans le calcul du délai de préavis. La salariée licenciée estime que cela constitue une discrimination fondée sur l'âge, incompatible avec le droit de l'Union et qu'à ce titre, elle doit restée inappliquée.

Un recours devant la juridiction compétente a été formé, lequel a été suivi d'un appel. C'est cette juridiction d'appel (*Landesarbeitsgericht Düsseldorf*) qui a permis à la CJUE d'apporter des éclaircissements à propos du principe général du droit de l'Union de non discrimination en raison de l'âge. La juridiction de renvoi ne sait pas précisément quelle norme se référer, hésitant entre le droit primaire de l'Union ou le droit dérivé.

La CJUE renoue avec le principe général du droit de l'Union en 2010. Elle le distingue de la directive, qui a pour seul objet d'établir un cadre général pour lutter contre les discriminations afin de mettre en œuvre le principe d'égalité de traitement en matière

---

celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire ».

[1] M. Edouard DUBOUT a notamment reproché à la Cour de s'être fondé « *sur une combinaison relativement acrobatique de différentes normes, en l'occurrence deux directives et un principe général du droit dégagé pour l'occasion* » (Note sous W. Mangold c/ R. Helm, *RAE*, 2005, *op.cit*., p.725).

d'emploi et de travail[1]. La Cour poursuit en expliquant que la directive ne fait que concrétiser le principe, dégagé et consacré dans l'affaire Mangold[2].

En réponse à la pertinence discutable des fondements juridiques du principe général de non discrimination en raison de l'âge, la Cour actualise cette combinaison de sources, en y intégrant une source propre au droit de l'Union, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle renvoie plus précisément à l'article 21 §1 de la Charte, laquelle s'est enfin vue reconnaître la même valeur juridique que les Traités[3]. Pour certains, même ce fondement paraît douteux, car l'article 20 de cette même Charte ne dit-il pas : « *[t]outes les personnes sont égales en droit*[4] ».

La seconde précision apportée par la CJUE réside dans l'effet de ce principe concrétisé par une directive. En l'espèce, la disposition litigieuse n'est selon la juridiction de renvoi, manifestement pas conforme au principe général du droit de l'Union de non discrimination à raison de l'âge. Ce potentiel défaut de conformité a été soulevé dans le cadre d'un litige opposant Mme Kücükdeveci et son employeur, c'est-à-dire dans le cadre d'un litige entre deux particuliers. Il est donc en principe, impossible de bénéficier des faveurs de la directive. Pourtant, la Cour énonce qu'il relève des juridictions nationales de laisser inappliquée une disposition interne en contradiction avec la directive. Les juridictions y sont même tenues du fait de leur obligation d'interprétation conforme[5]. Ce faisant, le juge de l'Union impose aux juridictions internes appelées à trancher un litige relevant de la directive n°2000/78/CE de faire primer le droit de l'Union et par conséquent, d'accorder un effet horizontal à la directive. Certes, dans cette espèce, le délai de transposition de la directive est écoulé et en principe, toutes les dispositions et mesures non-conformes au droit de l'Union sont censées avoir disparu, mais en exigeant du juge interne, l'examen de la conformité de la disposition à la

[1] Pt. 20 de l'aff. Kücükdeveci, *préc*..

[2] Pt. 21 de l'aff. Kücükdeveci, *préc* ; rappr. Pt. 50 : « *Il y a lieu de rappeler, d'une part, que, ainsi qu'il a été dit au point 20 du présent arrêt, la directive 2000/78 ne fait que concrétiser, sans le consacrer, le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et, d'autre part, que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge est un principe général du droit de l'Union en ce qu'il constitue une application spécifique du principe général de l'égalité de traitement* ».

[3] Cela fait référence à l'article 6§1 du TUE, dédié à la Charte ; (Pt. 22 de l'aff. Kücükdeveci, *préc.*).

[4] F. MICHÉA, *op.cit*., p. 1061. L'auteur considère qu'il eut été plus judicieux de faire référence à l'article 25 de la Charte : « *l'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle* » (p.1064).

[5] Pts 45-51 de l'aff. Kücükdeveci, *préc.*

directive, cela peut aboutir à admettre l'application de la directive à des litiges entre particuliers[1].

219. En 2010[2], les juges de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne ont été confrontés aux suites de l'affaire Mangold et notamment sur les effets à accorder à ce principe général du droit de l'Union pour les contrats à durée déterminées en cours à cette époque. En l'espèce, ce litige concernait la disposition légale admettant la conclusion de contrats à durée déterminée successifs avec des personnes âgées de 52 ans et plus. Le législateur allemand avait certes revu sa copie depuis l'affaire Mangold et ajouté des conditions afin d'encadrer les facultés de recours[3], mais les 56 contrats litigieux concernant 13 collaborateurs âgés avaient été conclus entre le 18 février 2003 et le 31 mars 2004. Mécontents, ils avaient invoqué devant le tribunal de Lübeck, la directive-accord cadre n°1999/70/CE et la directive n°2000/78/CE. Cela leur avait été refusé, puisqu'ils ne pouvaient pas bénéficier de l'effet direct d'une directive. Cela fut confirmé en appel. Face à l'impossibilité de former un pourvoi, les travailleurs n'ont pas eu d'autre choix que de former un recours devant la Cour constitutionnelle fédérale afin de faire constater la violation de l'un de leurs droits fondamentaux, le principe général de l'égalité de traitement.

La Cour écarte la Charte des droits fondamentaux, car celle-ci a obtenu une valeur juridique aux Traités postérieurement aux faits de l'espèce. En revanche, elle s'appuie sur les apports de la jurisprudence Mangold et la concrétisation du principe général du droit de l'Union de non discrimination à raison de l'âge à travers la directive[4]. Le particulier peut invoquer ce principe pour s'opposer à une disposition légale non-conforme au droit communautaire.

Elle rappelle en outre, la solution retenue par la CJCE dans le cadre de l'affaire Mangold et considère que la disposition litigieuse est en conflit avec le droit communautaire, refusant

---

[1] M. SCHMITT, « Nouvelles décisions de la Cour de justice sur la discrimination liée à l'âge : un pas en avant, deux pas en arrière », *RDT* 2010, p. 240 (spé. III).

[2] Décision de la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) du 6 juillet 2010 (2BvR2661/06) disponible : http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html

[3] Ces contrats ne peuvent être conclus qu'à partir de 52 ans, pour une durée maximale de 5 ans et le travailleur bénéficiaire doit être sans emploi depuis au moins quatre mois ou avoir participé à un programme d'emploi financé par l'État (§14 aL. 3 de la loi relative au temps partiel et au contrat à durée déterminée (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge*).

[4] §35 de la décision.

de procéder à un nouvel examen. Elle énonce également que les juridictions internes sont tenus d'une obligation de conforme interprétation[1]. Enfin, la Cour s'oppose à une limitation des effets de cette décision dans le temps, puisque cela relève de la seule compétence de la CJCE[2].

Dans cette décision, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne s'est rangée de l'avis de la CJCE et s'est appuyée exclusivement sur les textes communautaires ainsi que la jurisprudence du juge de l'Union. Elle a admis l'application pleine et entière du principe de non-discrimination, car elle a refusé de limiter temporellement la décision de la CJCE, permettant à tous les travailleurs ayant bénéficié de ce dispositif pendant le laps de temps durant lequel il n'était pas conforme, d'obtenir une réparation financière.

220. En droit français, la Cour de cassation a également fait référence au sein même de son visa, à la directive n°2000/78/CE, la toute première fois, en 2010[3]. Cet arrêt constitue un arrêt particulièrement important, puisqu'il s'agit d'un arrêt de principe dont l'attendu de principe cite expressément l'un des articles de la directive. Il énonce que « *[selon l'article 6§1 de la directive n°2000/78/CE] que nonobstant l'article 2, paragraphe 2, 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* ». Les faits de cette espèce sont assez classiques. En l'espèce, une salariée de l'Opéra national de Paris avait été mise à la retraite à

[1] § 36 de la décision.

[2] §38 de la décision.

[3] Soc. 11 mai 2010, n°08-43.681, *Bull. civ.* V, n°105 ; P. BAILLY, J.-Ph. LHERNOULD, « Discrimination en raison de l'âge : sources européennes et mise en œuvre en droit interne (1) », *Dr. soc.* 2012, p. 229-230 (n°12) ; *RJS* 7/2010, ,°582 ; *Liaisons sociales Europe* 2010, n°253, comm. J.- Ph. LHERNOULD. Dans le même sens : Soc. 10 juillet 2013, pourvoi n°12-19.740, *Bull. civ.* V, (l'article 6§1 de la directive 2000/78 est utilisé par la Cour de cassation) ; Versailles, Ch. 19, 19 septembre 2013, n°12/04855. Les juges du second degré intègrent parmi les fondements possibles, la directive n°2000/78/CE. En l'espèce, la salariée âgée de 65 ans avait été convoquée pour une mise à la retraite anticipée, qu'elle avait décliné. L'employeur lui avait alors signifié quelques jours plus tard, son licenciement économique. Appréciant les circonstances de l'espèce, les juges ont retenu l'existence d'une discrimination à raison de l'âge.
v. aussi : Soc. 3 juillet 2012, pourvoi n°11-13.795, *Bull. civ. V,* n°205 ; *JCP S* 2012, comm. 1409, S. CARRÉ ; Versailles, Ch. 15, 27 juin 2012, n°10/05247.

l'âge de 60 ans par son employeur, conformément aux dispositions du décret applicable. La salariée s'est opposée à cette mise à la retraite, qui n'était pas conforme aux dispositions de la loi n°2003-775 du 21 août 2003 imposant la conclusion d'un accord collectif dérogatoire pour maintenir le dispositif de mise à la retraite. Conséquemment, son employeur ne pouvait rompre le contrat en raison de son âge, une telle rupture devant être qualifiée de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Pour censurer l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, la Chambre sociale s'appuie d'un moyen tiré du pur droit, ne laissant ainsi subsister aucun doute[1] quant à sa volonté d'appliquer le droit communautaire. Elle se fonde uniquement sur l'article précité et considère que la violation de cet article par la Cour d'appel est caractérisée par l'absence de recherche de l'existence d'un motif légitime justifiant cette différence de traitement. La Chambre sociale énonce expressément que « *la cour d'appel […] devait appliquer la directive communautaire consacrant un principe général du droit de l'Union* ».

Le même jour, dans une autre espèce[2], la Chambre sociale a adopté la même démarche. En l'espèce, un pilote-instructeur avait été licencié en raison de son âge (60 ans) et de l'impossibilité de le reclasser au sein du groupe. Ce licenciement constituait selon le salarié, une discrimination liée à l'âge.

La Chambre sociale censure la décision de la Cour d'appel et fonde sa cassation sur le visa de l'article 6§1 de la directive n°2000/78. Cet arrêt est également un arrêt de principe et le contenu de ce dernier est la reprise à l'identique de l'article 6§1. La Chambre sociale sanctionne la Cour d'appel, qui omet de contrôler la proportionnalité de la mesure pour atteindre l'objectif légitime identifié (à savoir les sujétions particulières du métier de pilote d'avion).

Afin de respecter l'obligation d'interprétation conforme, la Cour de cassation n'hésite pas à fonder ces décisions sur la directive n°2000/78/CE. À l'image de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, elle accepte que les dispositions de la directive s'appliquent

[1] Cela est d'ailleurs souligné par le Professeur Sylvaine LAULOM (« Le contrôle strict des différences de traitement fondées sur l'âge par la Cour de Cassation », *D.* 2010, Jur., p.2490).

[2] Soc. 11 mai 2010, n°08-45.307, *Bull. civ. V,* n°105 ; P. BAILLY, J.-Ph. LHERNOULD, *op.cit.*, p. 230-231, n°12 ; S. LAULOM, *op.cit.*, p. 2491-2493 ; *RDT* 2010, p.587 comm. M. MERCAT-BRUNS ; *Lexbase hebdo. sociale* du 27 mai 2010, n°396, note C. RADÉ. Cela a également été le cas dans d'autres décisions. Dans certaines hypothèses, la chambre sociale de la Cour de cassation s'appuie expressément sur l'article 6§1 de la directive (Soc. 16 février 2011, n°09-72.061, *Bull. civ. V,* n°52 ; ou en faisant référence au principe : Soc. 16 février 2011, n°10-10.465, *Bull. civ. V,* n°50 ; P. BAILLY, J.-Ph. LHERNOULD, *préc.*, p.231-232, n°13; *D.* 2011, Jur., p. 686), soit son interprétation est effectuée « *à la lumière de l'article 6§1 de la directive* » (Soc. 17 novembre 2010, n°09-42.071, *inédit*).

directement, car la directive consacre un principe général du droit communautaire. La portée de ce principe étant plus conséquente que la directive, la Cour de cassation applique sans complexe les dispositions de la directive mettant en œuvre le principe.

À l'issue de ces développements, la recherche de l'égalité de traitement à travers le principe de non-discrimination semble souffrir d'aucune limitation. Pourtant, la directive destinée à établir un cadre général en faveur de l'égalité de traitement comprend dans son contenu même des limitations. Ces restrictions affectent la portée du principe de non-discrimination .

§2 : La recherche sélective de l'égalité

221. L'avènement de ce principe général du droit de l'Union et la saisie de son existence par les juridictions de l'ordre interne ne signifient pas pour autant que ce principe bénéficie de tout son rayonnement. La directive est d'ailleurs à l'origine même de l'atténuation de ce principe (A), tout comme la CJUE (B).

A. L'étroite délimitation du champ d'application matériel par la directive

222. La mise en œuvre du principe de non-discrimination à raison de l'âge a été confiée à la directive n°2000/78/CE. L'intitulé même de la directive en illustre les limites. En énonçant que la directive porte « *création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail* », le législateur de l'Union a déjà circonscrit le champ d'application matériel de la directive. L'article 3§1 relatif au champ d'application, dispose que *« Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne: a) les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion; b) l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique; c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération; d) l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou*

d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations».

Ainsi, la directive a seulement vocation à s'appliquer en matière de recrutement ou de promotion, de formation professionnelle, dans le déroulement et le terme de la relation de travail et enfin, à l'activité syndicale.

En revanche, le législateur de l'Union a refusé d'intégrer la question de la protection sociale[1] et il accorde la faculté aux États membres d'exclure lors de la rédaction de la loi de transposition les critères discriminatoires de l'âge et le handicap pour les forces armées[2].

La discrimination en raison de la nationalité n'est pas envisagée par cette directive, puisqu'il existe déjà un texte spécifique[3]. La justification est identique pour l'omission de la discrimination raciale[4] et la discrimination fondée sur le sexe[5].

Enfin, il convient de préciser que le législateur a également prévu que les dispositions légales internes instaurant des mesures destinées à garantir la sécurité publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales , la protection de la santé et la protection des libertés d'autrui ne sont pas soumises au respect de la directive[6].

Le champ d'application matériel de la directive est ainsi circonscrit et reste cantonné au domaine de l'emploi et du travail. La reconnaissance d'une discrimination à raison de l'âge se trouve par conséquent limitée à ce même champ, sauf si le principe général du droit de l'Union de non discrimination liée à l'âge bénéficie de toute son efficience.

---

[1] Art. 3 §3 de la directive. Le considérant n°14 explicite l'exclusion des effets de la directive sur les âges de la retraite. Il convient de préciser qu'en la matière, cela relève de la seule compétence des États membres. C'est d'ailleurs ce qui justifie l'Union européenne privilégie la voie de la coordination des régimes de sécurité sociale, plutôt qu'une harmonisation, par me biais du règlement n°883/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (*JOUE* du 30 avril 2004, L 166, p.1-123).

[2] Art. 3 §4 de la directive et art. 18 TFUE (ex-art. 12 TCE).

[3] Directive n°2000/78/CE , art. 3§2.

[4]Directive n°2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JOCE* L 180 du 19 juillet 2000, p. 22-26.

[5] Le texte de droit dérivé actuellement en vigueur est la directive n°2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (*JOUE* L 204, du 26 juillet 2006, p. 23-24).

[6] Directive n°2000/78/CE, art. 2 §5.

223. Mise en parallèle avec la directive n°2000/43/CE, l'ambition de la directive n°2000/78/CE est de moindre envergure. Cela transparaît dès la lecture de l'intitulé de la directive « *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction* de race ou d'origine ethnique ». Cela ne fait aucunement référence à un champ d'application matériel délimité, contrairement à la directive n°2000/78/CE qui annonce d'entrée de jeu, ses limites.

Les dispositions contenues au sein de la directive n°2000/43/CE nous informent que la directive a vocation à s'appliquer en matière d'accès à l'emploi, d'orientation professionnelle et de formation professionnelle et de conditions d'emploi et de travail, d'activité syndicale. La directive reprend ainsi l'ensemble des situations de la directive n°2000/78/CE auxquelles elle ajoute : la protection sociale, les avantages sociaux, l'éducation et l'accès et la fourniture de biens et services[1]. Incontestablement, le champ d'application matériel se révèle plus étendu que celui de la directive n°2000/78/CE, ce qui entraîne une hiérarchisation de la gravité des atteintes portées aux individus en raison d'un critère prohibé. La discrimination à raison de l'âge se révèle d'après cette comparaison entre les deux textes, plus supportable que la discrimination raciale qui doit être évincée de tous les domaines concernant l'individu : son travail, sa protection contre les risques de la vie personnelle et professionnelle (maladie, vieillesse, famille, accident du travail et maladie professionnelle), son droit au bénéfice de la solidarité nationale, sa formation initiale et l'indispensable accès aux biens et services de la vie courante, voire même le droit d'offrir ses prestations en tant que prestataire de service…

B. L'oubli de la portée d'un principe général du droit

224. L'avènement du principe général du droit communautaire de non discrimination liée à l'âge est à modérer. Ce principe n'a pas été consacré par la directive n°2000/78/CE. Elle l'a seulement concrétisé, ou plus précisément, elle a matérialisé le principe.

C'est l'œuvre du juge, qui a permis de dégager le principe ou plus précisément, comme le souligne le Professeur Rémy HERNU de le « poser ». Partant de l'origine latine du mot principe, il explique que « *deux idées [sont sous entendues], celle de primauté, d'une part, c'est-à-dire de prévalence, de première place en valeur, et celle d'origine, d'autre part, c'est-à-dire de fondement de l'ordre dans lequel le principe est inscrit. Présenté de cette manière,*

[1] Directive n°2000/43/CE, art. 3 §1.

le principe est antérieur à cet ordre ; il l'induit davantage qu'il s'en déduit»[1] . Ce faisant, le principe général du droit communautaire a vocation à expliciter un droit fondamental, déjà préexistant. Ce droit préexiste, car le juge de l'Union s'inspire des textes internationaux et des sources nationales ayant une valeur constitutionnelle[2]. L'auteur[3] précise en outre que le principe est général en ce qu'il est destiné à bénéficier à l'ensemble des cas et non pas à une catégorie déterminée.

Cela signifie que le principe général du droit communautaire de non discrimination en raison de l'âge ne devrait pas souffrir d'altération dans sa portée. Il ne devrait pas être affecté par la délimitation du champ d'application matériel de la directive qui le concrétise ou plus exactement, qui en concrétise un aspect dans un domaine précis.

En outre, l'article 21 §1 de la Charte des droits fondamentaux, ne détermine pas le champ d'application matériel de la lutte contre les discriminations en raison de l'âge. Seul le considérant n°5 rappelle que cette Charte s'engage à respecter les limites des compétences et tâches dévolues aux institutions de l'Union[4].

225. Malheureusement, la jurisprudence postérieure à l'affaire Mangold ne permet pas de considérer ce principe général de non discrimination comme étant un principe général de droit communautaire dans son intégralité. La Cour a tardé à recourir au principe consacré. Nulle trace n'est visible au sein de l'affaire Palacios de la Villa[5]. La question est évincée dans

---

[1] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Bibliothèque de droit public, Tome 232, LGDJ, 2003, n°31.

[2] « *En droit communautaire, les principes généraux du droit sont extraits de textes fondateurs en matière de droit de l'hommes ou de traditions politiques, administratives et sociales. C'est comme tels que la Cour de justice les découvre et les applique à l'ordre communautaire* ». Ils « *ont incontestablement une valeur constitutionnelle* » imposant à la norme de rang hiérarchiquement inférieure, une interprétation conforme. R. HERNU, *ibid*., n°33.

[3] R. HERNU, *ibid.*, n°32. Il fait référence à une observation du Doyen George RIPERT : « *[la généralité du principe] implique une série indéfinie d'applications dans l'élaboration des règle*s », *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955, p. 330.

[4] Cela fait référence aux articles 3 à 6 TFUE.

[5] La Cour se livre simplement à une interprétation des dispositions de la directive n°2000/78/CE. Nous y reviendrons plus amplement dans les développements de la section 2 du présent chapitre.

CJCE, 16 octobre 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, *Rec*. p. I-8531 ; *Europe* 2007, comm. nº 338, L. IDOT ; *JCP S* 2007, 1152, J. CAVALLINI ; *RJS* 2008/1, p.97-99, H. TISSANDIER ; *Sem. soc. Lamy* du 28 janvier 2008, n° spé., p.23-26, obs. S. LAULOM ; *Lexbase hebdo éd. soc*. du 6 décembre 2007, n°284, obs. C. WILLMANN.

l'affaire Lindorfer[1]. Le principe de non-discrimination en raison de l'âge brille par son absence. L'affaire Bartsch[2] en est une illustration. En l'espèce, Mme Bartsch avait demandé auprès de la caisse de prévoyance de l'entreprise, le bénéfice de la pension de réversion après le décès de son mari. Cela lui avait été refusé car les dispositions applicables refusaient d'en accorder le bénéfice aux veufs et veuves ayant une différence d'âge de plus de 15 ans avec l'ancien travailleur, ce qui était le cas de Mme Bartsch.

Saisie du litige, la juridiction de renvoi a soumis une question préjudicielle portant notamment sur l'existence d'une prohibition de toute discrimination à raison de l'âge, originaire du droit primaire imposant une condamnation de tout comportement discriminatoire motivé par l'âge.

Selon le Professeur Valérie MICHEL[3], la Cour évince la question de l'existence du principe général du droit communautaire reconnu dans l'affaire Mangold, pour lui privilégier celle de la détermination du champ d'application du droit communautaire. Elle considère que les dispositions litigieuses ne peuvent pas être comprises comme des mesures mettant en œuvre la directive n°2000/78/CE. En outre, l'époux défunt de Mme Bartsch s'est éteint avant l'expiration du délai de transposition de la directive[4].

Elle a également refusé de considérer que la situation au champ d'application du droit communautaire sur le fondement de l'actuel article 10 TFUE (ex-art. 13 TCE). Selon la Cour, cet article a vocation à offrir la faculté au Conseil de l'Union européenne d'adopter des mesures afin de combattre les discriminations fondées sur des motifs prohibés, tel l'âge.

Par conséquent, la Cour exclut la recherche d'une éventuelle discrimination prohibée au sens de la directive n°2000/78/CE, car cela ne relève pas du champ d'application du droit communautaire. Ce n'est que lorsque la directive sera transposée qu'un tel examen de la conformité de la disposition litigieuse s'avèrera possible[5].

---

[1] La Cour tranche en se fondant sur le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.
CJCE, 11 septembre 2007, C-227/04, Lindorfer, *Rec*. p. I-6767 (à propos du calcul des valeurs actuarielles des droits à pension).

[2] CJCE, 23 septembre 2008, aff. C-427/06, Bartsch c/ Bosch und Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH, *Rec*. p.I-7245; *RDUE* 2009, p.119-122 obs. S. THOMAS ; *RJS* 2009, p.11-14 H.TISSANDIER ; *JCP S* 2008, 1595, J. CAVALLINI.

[3] V. MICHEL, « Principe de non-discrimination en raison de l'âge », *Europe*, novembre 2008, comm. 335.

[4] Pt. 17 de l'affaire Bartsch, *préc.*

[5] Permettant ainsi d'encadrer l'un des apports de l'affaire Mangold, accordant indirectement des effets rétroactifs à une directive dont le délai de transposition n'est pas expiré.

Ce faisant, il apparaît difficile de considérer que le principe général du droit communautaire de non discrimination en raison de l'âge est autonome, puisque celui-ci est en premier lieu lié à l'expiration du délai de transposition de la directive. Ensuite, il doit se rattacher au domaine d'intervention de la directive, ce qui n'était pas encore le cas en l'espèce.

C'est ainsi que la Cour a justifié le refus d'appliquer la directive, tout en omettant volontairement de recourir au principe posé dans l'affaire Mangold et accessoirement, de répondre à la question préjudicielle de la juridiction de renvoi[1].

La décision en date du 18 janvier 2007[2] aurait également pu constituer une occasion pour la CJCE de recourir au principe général du droit communautaire de non discrimination en raison de l'âge, mais cela ne fût même pas insinué[3]. Le cœur du litige reposait pourtant sur le recours au critère de l'âge pour exclure une catégorie d'individus. En l'espèce, le

[1] Contrairement à l'avocat général, Mme E. SHARPSTON dont les conclusions présentées le 22 mai 2008, à propos de l'affaire Bartsch, détaillent la question de la portée du principe. Elle rappelle en outre sa position à l'égard de ce principe : « *[…] j'ai suggéré que l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge […] était une expression particulière du principe général d'égalité devant la loi. Ainsi, j'ai cru lire qu'il était préférable de lire l'arrêt Mangold en ce sens* que les discriminations *fondées sur l'âge avaient toujours été prohibées par le principe général d'égalité et que la directive 2000/78 avait introduit un cadre spécifique détaillé à utiliser pour traiter ces discriminations* », pt. 34.

[2] CJCE, 18 janvier 2007, Aff. C-385/05, CGT et a. c/ Premier ministre et a., *Rec*. p. I-611; *JCP S* 2007, 1082, obs. B. GAURIAU ; *Europe* 2007, comm. 93, L. IDOT ; *D.* 2007, p. 776-779, obs. V. BONNIN ; *Sem. soc. Lamy* du 29 janvier 2007, n°1292, p. 5-8, par S. LAULOM ; v. aussi : C. WILLMANN, « L'ordonnance n°2005-892 serait contraire au droit communautaire (à propos des conclusions de l'avocat général, CJCE aff. C-385/05) », *Lexbase Hebdo éd. sociale* du 27 septembre 2006, n°229.

[3] Il est arrivé dans le cadre de la soumission d'une question préjudicielle à la CJUE, que celle-ci fasse référence plus ou moins explicitement à une autre voie de recours possible. Par ex : CJUE, 15 septembre 2010, aff. C-386/09, Jhonny Briot, *Rec*. p.I-8471). En l'espèce, un travailleur intérimaire avait été mis à disposition pendant plusieurs années à un employeur. Ce dernier avait finalement décidé de confier ce service à un sous-traitant. Or, le contrat de M. Briot ayant pris fin antérieurement à l'opération de transfert, il ne pouvait pas bénéficier des dispositions de la directive n°2001/23/CE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements. En revanche, la Cour a indiqué qu'elle se limitait à la seule interprétation de la directive précité, sans « *[préjuger] de la protection dont un travailleur intérimaire tel que le requérant au principal pourrait, le cas échéant, bénéficier contre l'utilisation abusive de contrats de travail à durée déterminée successifs en vertu d'autres dispositions du droit de l'Union, notamment la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée […], ni de l'interprétation à donner à ces dernières par la Cour* » (pt. 36).

gouvernement français afin de favoriser le recrutement des jeunes de moins de 26 ans, avait par voie d'ordonnance[1], aménager les modalités de décompte des effectifs. Les jeunes âgés de moins de 26 ans étaient tout simplement exclus du calcul des effectifs. Les syndicats se sont mobilisés et ont saisi la juridiction compétente afin d'obtenir l'annulation de l'acte. Les syndicats reprochaient à cet ordonnance de permettre l'éviction des directives n°98/59/CE et 2002/14/CE[2]. La Cour a considéré que cet aménagement n'était pas conforme au droit communautaire, sans pour autant saisir cette opportunité de faire une application pertinente du principe général du droit communautaire[3].

226. L'affaire Kücükdeveci a permis de restituer ces lettres de noblesse à ce principe général du droit de l'Union, en lui confortant notamment une assise européenne expresse, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux. Depuis, cela a été confirmé par deux fois. Ces deux décisions évoquent le principe de non-discrimination à raison de l'âge en tant que principe général du droit de l'Union et énoncent : « *Il y a lieu de rappeler que la Cour a reconnu l'existence d'un principe de non-discrimination en fonction de l'âge qui doit être considéré comme un principe général du droit de l'Union et qui a été concrétisé par la directive 2000/78 dans le domaine de l'emploi et du travail […]. L'interdiction de toute discrimination fondée, notamment, sur l'âge est incorporée à l'article 21 de la charte qui, à partir du 1er décembre 2009, a la même valeur juridique que les traités* »[4]. La Cour précise

[1] Ordonnance n°2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises, *JORF* du 3 août 2005, p.12687 ; B. GAURIAU, « Commentaire de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises », *JCP S* 2005, Etude 1121; C. WILLMANN, « L'exclusion du calcul des effectifs des jeunes de moins de 26 ans » *op.cit*., v. *supra*, n°95 -96..

Pour les suites devant la juridiction de renvoi : CE., 6 juillet 2007, n° 283892, n° 284472, n° 284555, n° 284718, CGT et a. ; *JCP S* 2007, 1572, B. GAURIAU.

[2] Respectivement la directive du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (*JOCE* du 12 août 1998, p.16-21) et la directive du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (*JOCE* du 23 mars 2002, p.29-34).

[3] Dans ce sens : F. MICHÉA, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *op.cit*., p.1063.

[4] CJUE, 8 septembre 2011, aff. C-297/10 et C-298/10 Sabine Hennigs c/ Eisenbahn-Bundesamt et Land Berlin c/ Alexander Mai, *Rec*. p. I-7965 (Pt 47 et 49 à propos de la directive) ; *Lexbase Hebdo éd. sociale* du 29 septembre 2011, n°455 ; *Europe* 2011, comm. 429, L. DRIGUEZ ; *JCP S* 2011, 1546, comm. E. JEANSEN ; *Sem. soc. Lamy* du 26 mars 2012, n°1531, suppl., p.31-38, obs. S. LAULOM ; *Liaison sociales Europe*, 2011, n°285, p. 9, obs. J.-Ph. LHERNOULD.

également le rapport entretenu entre la directive et le principe général du droit de l'Union : « *[…] il ressort tant de l'intitulé et du préambule que du contenu et de la finalité de cette directive que celle-ci tend à établir un cadre général pour assurer à toute personne l'égalité de traitement «en matière d'emploi et de travail», en lui offrant une protection efficace contre les discriminations fondées sur l'un des motifs visés à son article 1er, au nombre desquels figure l'âge* ».

Ce faisant, la CJUE a attribué le rôle de complément interprétatif à la directive conformément au souhait de certains[1]. L'interprétation du principe général du droit de l'Union doit se faire à la lumière de directive, laquelle doit être distinguée de ce même principe. Le périmètre d'interprétation est par conséquent limité au champ d'application matériel, faisant de ce principe pourtant consacré au sein du très général article 21§1 de la Charte des droits fondamentaux, un principe général sectoriel ayant vocation à garantir la non discrimination dans le cadre de l'emploi et du travail.

L'atténuation de la portée de ce principe général du droit de l'Union façonné par la CJCE résulte de l'œuvre des juges. Sévèrement critiqué lors de son avènement, le principe de non-discrimination en raison de l'âge a été circonscrit aux limites de la directive chargée de le mettre en œuvre. Mais la fragilité de ce principe n'est pas uniquement due à son origine controversée, elle est également liée aux multiples dérogations prévues par la directive elle-même face aux différences de traitement à raison de l'âge.

CJUE, 13 septembre 2011, Reinhard Prigge et a., C-447/09, *Rec*., p. I-8003 (Pts 38 et 39) ; Conclusions de l'avocat général à propos de cette dernière affaire, *Rec.* p. I-8003 (pt. 26 et 27) ; *Revue de droit des transports*, 2011, comm. n°11, p. 35-38, V. CORREIA ; *Liaisons soc. Europe*, 2011, n°286, p. 5, obs. J.-Ph. LHERNOULD ; *Europe* 2011, comm. 430, L. DRIGUEZ ; *Sem. soc. Lamy* du 26 mars 2012, n°1531, *préc*.; *RJS* 12/2011, *préc.*; S. HENNION, « Questions sociales », *Annuaire de droit de l'Union européenne 2011, op.cit*., p. 650.

[1] Conclusions de l'avocat général D. RUIZ-JARABO COLONNA, à propos de l'aff. du 24 avril 2008, C-55/07 et C-56/07 (*Rec*. p.I-3135), Pts 17-22 (spé. pts 20, 21, 22). Il explique qu'il ne faut pas retenir une application subsidiaire des principes au détriment de la directive (à l'image de l'affaire Mangold). À défaut, cet acte communautaire deviendra une « *règle décorative, aisément remplaçable par un principe général du droit communautaire* » (pt. 21).

Section 2 L'âge au soutien d'une inégalité légitime

227. Le recours au critère de l'âge n'est pas nécessairement lié à la condamnation des discriminations. Il peut également constituer une justification légitime de la différence de traitement, permettant de rendre acceptable une discrimination motivée uniquement sur l'âge afin de poursuivre un objectif légitime déterminé. La particularité des développements qui vont suivre, repose donc sur ce constat, qui fait d'ailleurs l'objet d'un examen préliminaire, devenu assez classique pour la Cour. Elle relève le recours au critère de l'âge, appréciant l'existence d'une différence de traitement en fonction uniquement sur l'âge, pour ensuite se poser la question de sa légitimité. De telles dérogations sont admises, car la directive n°2000/78/ CE en organise les modalités. Ainsi, il faut être en présence d'une différence légitime, prévu par la directive n°2000/78/CE (§1) pour ensuite franchir, une seconde étape exigeant une sévérité plus grande de la Cour afin d'apporter dans son intégralité, la justification légitime de la mesure, en la soumettant à un contrôle de proportionnalité (§2).

§1. Une différence de traitement légitime

228. Conformément aux dispositions de la directive n°2000/78/CE, il est possible de distinguer les travailleurs en raison de leur âge. La frontière entre le licite et l'illicite a été dessinée par le législateur de l'Union, qui a élaboré des critères pour retenir ou évincer l'existence d'une discrimination. C'est par ce biais que le législateur a érigé l'antonyme de la discrimination, à savoir la différence de traitement justifiée (A) impérieusement par un objectif légitime (B).

A. Les différences de traitement admises.

229. La directive met en œuvre le principe d'égalité de traitement, ce qui signifie l'interdiction des discriminations directes et indirectes reposant sur le critère prohibé, l'âge. La CJUE s'est d'ailleurs déjà exprimée sur cette impérieuse condition, en précisant que la différence de traitement doit être directement ou indirectement, fondée sur l'âge, voire sur un événement lié à l'âge[1].

[1] Tel n'est pas le cas de l'ancienneté. Conséquemment, une clause contenue dans une convention collective, refusant de reconnaître les périodes de service effectuées dans les filiales d'un groupe ne constitue pas une

Mais l'intitulé de la directive n°2000/78/CE, relatif à la « *création d'un cadre général en faveur de la promotion de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*», annonce déjà la présence de différences admises, puisque le législateur de l'Union se limite à la promotion, au détriment de la simple instauration[1].

L'étude des dispositions de la directive conforte cette analyse, car il est possible de justifier légitimement certaines différences de traitement, notamment en matière d'âge. Il convient de mentionner qu'une différence de traitement peut être admise dans trois situations à classer en deux groupes selon Monsieur Cruz VILLALÓN, avocat général auprès de la CJUE[2]. Le premier réunit les dérogations faisant l'objet d'une interprétation très stricte de la CJUE (1) et le second admet une interprétation plus souple (2).

1. Les dérogations interprétées strictement.

230. Au sein de ce groupe, sont réunies deux dérogations prévues par le législateur de l'Union, celle relative à une société démocratique (a) et celle admettant l'existence d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour une profession déterminée (b).

Le point commun entre ces deux dérogations réside dans le fait qu'elles concernent non seulement l'âge, mais tous les autres motifs prohibés par la directive.

a. La défense des intérêts d'une société démocratique

231. L'article 2§ 5 de la directive n°2000/78/CE constitue une dérogation permettant d'évincer l'application du principe de non-discrimination à raison de l'âge en matière d'emploi et de travail. Cet article prévoit tout simplement l'exclusion de certaines questions du champ d'application matériel de la directive. Il dispose qu'une législation nationale peut

discrimination à raison de l'âge. CJUE, 7 juin 2012, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH contre Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH, aff. C-132/11, non encore publiée ; *Lexbase Hebdo éd. sociale*, 14 juin 2012, n°589, obs. C. WILLMANN ; *RJS* 8/2012, p.580-581, obs. H. TISSANTIER ; *JCP S* 2012, 40, note J. CAVALLINI ; *Europe* 2012, comm 340, L. DRIGUEZ.

[1] Il suffit de songer à la directive n°2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000. Son intitulé ne comporte pas d'ambiguïté, puisqu'il s'agit seulement de mettre « *en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* ».

[2] Conclusions de l'avocat général Cruz VILLALÓN, présentées le 19 mai 2011, Reinhard Prigge et a. c/ Deutsche Lufthansa, aff. C-447/09, *Rec*. p.I-8003 (pts. 38-40).

mettre en place des mesures, qui sont dans une société démocratique, nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui. Etant donné qu'une telle mesure est de nature à accorder la priorité à d'autres droits et valeurs fondamentaux[1], cela fait l'objet d'une interprétation particulièrement sévère, comme l'illustre deux décisions.

En 2010[2], la CJUE a saisi l'opportunité d'illustrer cette différence de traitement légitime, à travers l'affaire Domnica Petersen. Dentiste conventionnée, Mme Petersen a estimé être victime d'une discrimination à raison de son âge. En atteignant les 68 printemps en 2007, la Commission d'autorisation des dentistes du district de Westphalie-Lippe lui a annoncé que son autorisation de dispenser des soins expirait le 30 juin 2007.

La CJUE avait été saisie par la juridiction de renvoi afin de se prononcer sur la conformité de la disposition litigieuse au droit de l'Union et plus précisément, à l'article 6§1 de la directive. Constatant que les objectifs poursuivis par la mesure litigieuse relèvent de la santé publique[3], la Cour a décidé de privilégier d'office[4], un examen de la conformité de la législation au regard de l'article 2§5 de la directive n°2000/78/CE. C'est ainsi qu'elle donne pour la première fois corps à une dérogation prévue par la directive pour une différence de traitement liée à l'âge. Ménageant la susceptibilité des États[5], la Cour a accepté d'accueillir les justifications avancées par le gouvernement. Ainsi, l'article 2§5 de la directive autorise un État à retenir une limite d'âge à l'exercice de la profession de dentiste, si cette mesure est nécessaire pour protéger les patients ou afin de veiller à l'équilibre financier du système

[1] Conclusions *préc*. (Pt. 48).

[2] CJUE, 12 janvier 2010, aff. C-341/08, Domnica Petersen, *Rec.* 2010, p. I-47 ; *RTDE* 2011, p.41-84, note E. BRIBOSIA et T. BOMBOIS ; *JCP S* 2010, 1081 note J. CAVALLINI ; *Lexbase Hebdo éd. sociale* du 4 février 2010, n°381, C. WILLMANN ; *Europe* 2010, comm. 117, L. DRIGUEZ ; v. aussi les articles cités en référence à l'aff. Kücükdeveci (v. *supra*, note de bas de page n°3, p.256) : D. SIMON ; M. SCHMITT.

[3] (Pt. 46). Ce constat est dressé à partir des conclusions de l'avocat général Yves BOT, à propos de l'aff. Petersen, (*Rec*. 2010, p.I-47), pt. 53 : « *En tant qu'instrument faisant partie d'une politique de planification de l'offre de soins dentaires destinée à maîtriser l'augmentation des dépenses de santé du régime légal d'assurance maladie, la limite d'âge de 68 ans prévue à l'article 95, paragraphe 7, troisième phrase, du SGB V poursuit l'objectif de protection de la santé publique, sous l'angle de la préservation de l'équilibre financier du régime légal d'assurance maladie* ».

[4] Le dépôt d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation d'une disposition communautaire précise, ne limite pas la CJUE dans sa faculté de donner l'interprétation des dispositions en lien avec le litige (pt. 48 de l'aff. Petersen, *préc*.).

[5] L'aménagement du système de sécurité sociale relève de la seule compétence des États. Cela concerne aussi bien les mesures choisies que le niveau de protection retenu (pt. 51 de l'aff. Petersen, *préc*.).

national de santé. La Cour se révèle d'ailleurs particulièrement réceptive à ce dernier argument, puisqu'elle admet les effets indésirables liés à une offre excessive de soins conventionnés[1]. Mais le bât blesse en ce qui concerne la cohérence de la mesure mise en œuvre et l'objectif à atteindre. En l'espèce, la disposition litigieuse s'adresse uniquement aux dentistes conventionnés. En franchissant le seuil des 68 ans, la Commission leur signifie la fin de l'autorisation de soins dans le cadre du système conventionné. Mais cette disposition ne concerne que les dentistes conventionnés et sont ainsi exclus de champ d'application les dentistes ne faisant pas l'objet d'un conventionnement. Ces derniers peuvent donc exercer leur activité au-delà de 68 ans. En admettant une exception aussi étendue[2], la Cour considère que cette mesure ne poursuit pas un objectif de santé publique et ne défend donc pas les intérêts des patients. En revanche, si la mesure est destinée à garantir la santé financière du système de santé publique, elle est conforme à dérogation admise à l'article 2§5 de la directive n°2000/78/CE. Comme le souligne la doctrine[3], la Cour confie au juge interne, la lourde tâche de déterminer exactement l'objectif poursuivi par le législateur lors de l'édification du dispositif.

232. À l'issue de la décision Petersen, il apparaît qu'en se fondant sur l'article 2§5 de la directive, il est tout à fait possible de limiter l'exercice d'une activité professionnelle en raison de l'âge de l'individu afin de protéger la santé des patients, sous réserve d'adopter une démarche législative cohérente. Cette question s'est également posée en matière de sécurité aérienne. Le recours à la dérogation admise par l'article 2§5 a ressurgi dans l'affaire du 13 septembre 2011, Reinhard Prigge[4]. En l'espèce, la convention collective de la Deustche Lufthansa prévoyait la rupture du contrat des pilotes à la fin du mois du soixantième anniversaire. M. Prigge et deux autres pilotes considérant être les victimes d'une discrimination en raison de l'âge, ont saisi les juridictions compétences afin de faire valoir leurs prétentions. Le Bundesarbeitsgericht, en tant que juridiction de renvoi expose ses doutes, portant notamment sur la détermination de la dérogation applicable à l'espèce. Cette

[1] Pt. 52 de l'aff. Petersen, *préc.*

[2] Pts 61-62 de l'aff. Petersen *préc.*

[3]Notamment le Professeur WILLMANN, ou M. CAVALLINI (*op.cit.*.).

A cette charge, il convient de ne pas omettre l'appréciation de l'objectif légitime d'emploi prévu à l'article 6§1 de la directive.

[4] CJUE, 13 septembre 2011, Reinhard Prigge et a. c/ Deutsche Lufthansa, aff. C-447/09 ; v. *supra*, note bas de page n°1024.

décision se révèle particulièrement intéressante dans le sens où la CJUE se voit offrir l'opportunité de préciser les dérogations au principe de non-discrimination à raison de l'âge et les modalités à respecter afin d'être en conformité avec le droit de l'Union. Et c'est avec une pédagogie certaine qu'elle se met à l'œuvre. Ainsi, elle prend le temps de rappeler la règle et l'interprétation qu'il convient d'en donner. Seule une interprétation stricte est admise[1].

La question qu'il convient de se poser ensuite, est celle de savoir s'il faut considérer que la sécurité aérienne est incluse parmi les justifications prévues par l'article 2§4 de la directive n°2000/78/CE. Indubitablement, la sécurité aérienne se voit rattacher à celles-ci, car « *les mesures […] tendent à éviter les accidents aéronautiques par le contrôle de l'aptitude et des capacités physiques des pilotes afin que des défaillances humaines ne soient pas à l'origine de ces accidents constituent indéniablement des mesures de nature à assurer la sécurité publique au sens de l'article [précité]* »[2].

Ainsi, il est possible qu'une mesure destinée à assurer la sécurité aérienne ait recours à une différence de traitement reposant sur l'âge. Toutefois, comme la Cour l'a souligné au point n°56 de sa décision, l'article 2 §5 doit être interprété strictement.

En l'espèce, les partenaires sociaux ont retenu le seuil des 60 ans, car « *il convenait* » de limiter l'exercice de l'activité à ce seuil afin d'assurer « *la sécurité des passagers et des habitants des régions survolées, mais aussi à la santé et à la sécurité des pilotes eux-mêmes* » Acceptant la compétence des partenaires sociaux en la matière, la Cour a considéré que les objectifs poursuivis sont bien ceux de la sécurité publique et à la protection de la santé.

Toutefois, la mesure litigieuse prévoit que les contrats du personnel de bord sont rompus à la fin du mois du soixantième anniversaire. Cette mesure se révèle plus restrictive que les règlementations nationales et internationales en la matière qui n'interdisent pas l'exercice de cette profession aux pilotes âgés de 60 ans. Par conséquent, la mesure n'est pas nécessaire à la poursuite de ces objectifs de sécurité publique et de santé.

Ces deux décisions démontrent que la Cour retient une interprétation très stricte de la dérogation prévue à l'article 2§5 de la directive. Il en est de même pour l'article 4 §1 de la directive précitée.

[1] Pt. 56 de l'aff. Prigge, *préc*.

[2] Pt. 58 de l'aff. Prigge, *préc*.

b. L'exigence professionnelle essentielle et déterminante.

233. Cette précision faite, l'autre dérogation admise faisant l'objet d'une interprétation d'une exigence soutenue, est celle présente au sein de l'article 4. Elle concerne les exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Ainsi, « *[l]a différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à [l'âge] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ». Ce n'est donc pas l'âge en lui-même qui constitue la justification de la différence de traitement, mais ce sont ses effets sur la caractéristique exigée pour la bonne réalisation des activités menées par la profession déterminée. Comme l'explique Monsieur l'avocat général Cruz VILLALÓN, « *cette formulation invite à distinguer entre le motif de la discrimination proprement dit et la caractéristique à laquelle il est lié* [1]». Cette dérogation critiquée par la doctrine française[2], fait l'objet d'une très sévère appréciation de la Cour. C'est par le biais de l'unique décision[3] en la matière que la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante peut être illustrée.

---

[1] Conclusions de l'avocat général Cruz VILLALÓN présentées le 19 mai 2011, à propos de l'aff. Reinhard Prigge et a. c/ Deutsche Lufthansa AG, aff. C-447/09, *Rec*. p. I-8003.

[2] Comme le note le professeur Philippe LANGLOIS, la Cour de cassation avait censuré en 1996, la décision de la Cour d'appel qui avait fait preuve d'une sensibilité particulière à l'égard de la qualité du spectacle des Folies Bergères. L'auteur constatait avec une certaine ironie que la Cour d'appel avait anticipé la transposition de l'article 6§1 de la directive, puisque cette différence de traitement pouvait répondre à un objectif légitime, consistant à éviter la désaffection du public ou les défaillances du salarié. L'auteur notait très justement que « *l'âge ne devrait pas être le facteur à prendre en considération, sauf lorsqu'il est déterminant, comme dans l'affaire des Folies Bergères* ». A la date de la rédaction de l'article, le Code du travail faisait uniquement référence à la dérogation prévue à l'article 6§1de la directive (soit l'actuel article L. 1133-2 du Code du travail), l'auteur se trouvait limité par l'énoncé des dispositions en vigueur (C. trav. art. L. 122-45-3 ancien), mais cette remarque renvoyait davantage à la dérogation de l'article 4§1 de la directive, *in* « Que faire de la discrimination selon l'âge ? », *Dr. soc*. 2003, p.156-157.

v. aussi : K. BERTHOU, « Différences de traitement : esquisse des « exigences professionnelles essentielles » après la loi du 28 mai 2008 » (celle qui transposa en droit interne français, l'article 4§1 de la directive n°2000/78/CE), *Dr. soc*. 2009, p. 410-418.

[3] CJUE, 12 janvier 2010, Wolf c/ Stadt Frankfurt am Main, aff. C-229/08, *Rec*. p. I-1 ; Europe 2010, comm. 116, L. DRIGUEZ; v. aussi les références mentionnées *en supra*, notes de bas de page n°1030 et 942 à propos de l'aff. Petersen et Kücükdeveci : C. WILLMANN (*op.cit.*) ; D. SIMON (*op.cit.*) ; E. BRIBOSIA et T. BOMBOIS (op. cit.) ; S. LAULOM (*op.cit.*) ; J.-Ph. LHERNOULD (*op.cit*.)

En l'espèce, M. Wolf né le 9 décembre 1976 s'était porté candidat pour un recrutement dans le cadre de l'emploi du service technique des pompiers. Malheureusement, à l'issue d'un concours de circonstances, reportant la date de recrutement, il a essuyé un refus justifié par son dépassement de la limite d'âge. Les candidatures retenues ne concernaient en effet que les personnes âgées de moins de 30 ans.

La CJUE avait été saisie par la juridiction de renvoi de la question de savoir si la législation allemande était en conformité avec le droit de l'Union et notamment, si cette législation relevait de la dérogation prévue à l'article 6§1 de la directive n°2000/78/CE. La Cour écarte cette éventualité[1], pour privilégier d'office, un examen de la conformité de la législation au regard de l'article 4§1. Malgré le fait que la Cour est en principe limitée aux termes de la question préjudicielle posée, elle justifie cette substitution en expliquant qu'elle a également la mission de fournir des éléments d'interprétation en lien avec l'affaire dont la juridiction de renvoi est saisie[2]. Or, au regard des éléments de faits relatés, issus des réponses et des observations du gouvernement allemand, la fixation de ce seuil est destinée à atteindre l'objectif « *d'assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionnement du corps des pompiers* ». En effet, la profession de pompier impose dans le cadre de certaines interventions, « *des exigences physiques exceptionnellement élevées ne pouvant être remplies que par les fonctionnaires les plus jeunes. Or, compte tenu du processus de vieillissement médicalement prouvé, les fonctionnaires ayant dépassé l'âge de 45 à 50 ans ne posséderaient plus ces capacités physiques élevées et lesdites interventions devraient être accomplies par les fonctionnaires les plus jeunes* ». La fixation de cet âge maximal de recrutement aurait pour objectif de garantir la bonne réalisation de ces interventions, requérant une condition physique d'un très haut niveau pendant une période relativement longue dans leur carrière en tant que pompier professionnel. C'est ainsi que la Cour se permet d'écarter l'article 6§1 et créer ainsi un exemple de l'application de l'article 4§1.

Comme l'explique la Cour et en accord avec les conclusions de l'avocat général M. BOT, la caractéristique physique qui constitue une exigence professionnelle essentielle et

[1](Pt. 31 de la décision). La lecture des conclusions de l'avocat général, M. Yves BOT, nous révèlent que cela était parfaitement envisageable (Pts 38-42). Mais cette exclusion nous conforte dans l'idée que la CJUE a saisi l'opportunité d'illustrer par un exemple concret cette dérogation.

Conclusions de l'avocat général BOT présentées le 3 septembre 2009, à propos de l'aff. Colin Wolf c/ Stadt Frankfurt am Main, C-229/08, *Rec.* p. I-1.

[2] Pt. 32 de l'aff. Wolf, *préc.*

déterminante, doit être liée à l'âge au sens de l'article 4§1. Cela signifie simplement que les capacités physiques des pompiers doivent être altérées, amoindries par l'âge.

En premier lieu, il s'agit d'identifier pour la profession déterminée, la caractéristique requise. Dans notre décision, Monsieur BOT soulignait dans ses conclusions que les interventions sur le terrain requièrent une excellente condition physique. Le critère physique se révèle essentiel pour intervenir dans les divers domaines d'activités relevant de la compétence de ce service, comme « *la lutte contre les incendies, les secours aux personnes, les tâches liées à la protection de l'environnement et à la gestion des dégâts résultant d'intempéries, le secours aux animaux et la capture d'animaux dangereux, ainsi que des tâches de soutien telles que l'entretien et le contrôle des équipements de protection et des véhicules d'intervention* »[1]. Cette appréciation mettant en lumière l'importance de la dimension physique dans cette profession est reprise par la Cour qui en déduit que « *le fait de disposer de capacités physiques particulièrement importantes peut être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante, au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive, pour l'exercice de la profession de pompier du service technique intermédiaire* »[2].

La nature de l'activité exercée par les pompiers impose une excellente condition physique, ce qui constitue la caractéristique propre à cette profession. Cela n'est pas suffisant, il faut également que cette caractéristique soit affectée par l'avancée en âge. Il faut que la Cour l'accepte sans réelle difficulté, puisque le gouvernement allemand a expliqué que les interventions les plus rudes sont confiées aux jeunes fonctionnaires. Le gouvernement appuie ses dires par des données scientifiques produites par la médecine du travail et du sport, démontrant que *« les capacités respiratoires, la musculature et l'endurance diminueraient avec l'âge* ». À partir de 45 ans, rares sont les pompiers disposant de leur pleine capacité physique pour la lutte contre les incendies. Le seuil des 50 ans marque l'altération des capacités physiques des fonctionnaires chargées du secours aux personnes[3]. La Cour en tire la conclusion que « *la nécessité de disposer de la pleine capacité physique [pour exercer cette activité] est liée à l'âge des membres […]* ».

[1] Conclusions de l'avocat général M. BOT, Pt 27 ; L'avocat général illustre ce niveau en prenant l'exemple des vêtements de protection des pompiers, dont le poids est déjà de 30 kilogrammes environ (Pt. 28).

[2] Pt. 40 de l'aff. Wolf, *préc*.

[3] Pt. 41 de l'aff. Wolf, *préc.*

234. Cette exigence d'une caractéristique physique particulière est appréciée de manière stricte et l'espèce précédemment exposée s'y prêtait fort bien. En revanche, tel n'a pas été le cas pour l'affaire Reinhard Prigge[1]. En l'espèce, la Cour en s'inspirant de l'affaire Wolf, a admis que la profession de pilote impose certaines caractéristiques. La Cour reconnaît qu'« *il est essentiel qu'ils possèdent, notamment, des capacités physiques particulières dans la mesure où les défaillances physiques pour cette profession sont susceptibles d'avoir des conséquences importantes. Il est indéniable également que ces capacités diminuent avec l'âge [...]* ». Par conséquent, « *le fait de posséder des capacités physiques particulières peut être considéré comme une «exigence professionnelle essentielle et déterminante», au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78, pour l'exercice de la profession de pilote de ligne et que la possession de telles capacités est liée à l'âge* »[2]. Mais la disposition conventionnelle fixant ce seuil des 60 ans, échoue au contrôle de proportionnalité, faisant ainsi de l'affaire Wolf, la seule illustration de la mise en œuvre de la dérogation prévue à l'article 4§1 relative à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante liée à l'âge.

2. L'acceptable discrimination à raison de l'âge

235. La dérogation siégeant à l'article 6 de la directive, est spécifiquement dédiée à la justification des différences de traitement fondées sur l'âge, comme l'annonce son intitulé. Son premier paragraphe énonce que « *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* ». À ce paragraphe, succède l'exposé d'une liste non exhaustive[3] de différences de traitement possibles telles que « *la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de*

[1] CJUE, 13 septembre 2011, Reinhard Prigge, *préc.*

[2] Pt. 67 de l'aff. Prigge, *préc*.

L'avocat général M. CRUZ VILLALÓN partage cette disposition, mais seulement pour les règlementations internationales et nationales qui arrêtent l'âge maximal des pilotes à 65 ans et aménagent l'activité des pilotes entre 60 et 65 ans. Or, en l'espèce, les partenaires sociaux avaient retenu un âge inférieur (60 ans) (v. Ses conclusions, *op.cit*., pts 64-67).

[3] L'emploi de l'adverbe *notamment* l'illustre parfaitement.

licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection (sous a) ; 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 (sous b) ; 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 (sous c)».

236. Le paragraphe 2 de cet article accorde aux États membres la faculté de ne pas considérer « *la fixation d'un âge d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels* » sous réserve que cela n'aboutisse pas à des discriminations fondées sur le sexe. La CJUE a d'ailleurs été amenée à s'exprimer sur l'interprétation à retenir de cette dérogation, lors l'affaire HK Danmark contre Experian A/S[1]. En l'espèce, le litige portait sur les modalités d'une cotisation de vieillesse pour une retraite professionnelle. L'affiliation au régime de l'entreprise était automatique, car son support était la relation de travail unissant l'employeur et le salarié. Ce dispositif recourrait à la progressivité les taux de contributions patronale et -dans une moindre mesure- salariale, obéissant au seul critère de l'âge. Ainsi, le salarié en fonction de son âge, relevait d'une des tranches déterminées et bénéficiait d'une majoration patronale, affectée sur son compte épargne retraite. Une ancienne salariée a alors argué de l'existence d'une discrimination en raison de l'âge afin d'obtenir le paiement de ces majorations.

La question préjudicielle soumise constitue une opportunité pour la CJUE de préciser les termes de la dérogation prévue à l'article 6 §2 de la directive n°2000/78/ CE. Outre le rappel de l'élément caractérisant un régime professionnel[2], la Cour prend le temps d'expliquer la particularité de cette dérogation.

En premier lieu, la dérogation ne concerne que les régimes professionnels de sécurité sociale délivrant des prestations de retraite et d'invalidité et seulement ces derniers[3].

[1] CJUE, 26 septembre 2013, HK Danmark contre Experian A/S, aff. C-476/11, *op.cit.*

[2]Pts 25-30 de l'aff. HK Danmark contre Experian A/S, *préc.* ; La qualification précise de cette contribution a déjà été étudiée par la CJUE par le passé. D'elle, dépend la caractérisation du régime, considéré comme professionnel ou de sécurité sociale. A propos de la notion de rémunération : v. *infra*, n° 307 et s..

[3] Pts 44-48 de l'affaire HK Danmark contre Experian A/S *préc*.

En outre, cette dérogation ne porte que sur la fixation d'un âge d'affiliation ou d'admissibilité à un régime d'entreprise de retraite et d'invalidité. Certes, l'article 6 §2 intègre également la fixation d'âges différents pour des travailleurs et l'utilisation de critères d'âge dans les calculs actuariels. Mais comme le souligne la Cour, le régime d'entreprise au cœur du litige ne contient aucun seuil d'âge d'admission, car l'affiliation est automatique sous réserve de remplir une condition d'ancienneté dans l'entreprise. Partant de la nécessaire interprétation stricte de la dérogation, le juge de l'Union se refuse à assimiler les modalités particulières de ce régime à un âge conditionnant l'accès au dispositif de retraite d'entreprise. Cela apparaît très explicitement au point 50 de la décision : « *la progressivité des cotisations de retraite en cause au principal ne comporte pas en tant que telle une «fixation [...] d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite», au sens de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78* ». Sa motivation d'une particulière clarté[1], s'appuie sur les modalités de constitution de cet avantage retraite. Considérée comme une rémunération, « *la progressivité desdites cotisations en fonction de l'âge est de nature à produire des effets allant au-delà d'une simple fixation d'âges pour l'adhésion ou l'admissibilité aux prestations de retraite* ».

S'ensuit alors un rappel de l'impérieuse nécessité de retenir une interprétation stricte de l'article 6 §2. Car si le juge de l'Union s'interdit une appréciation relativement souple des conditions permettant de bénéficier de la dérogation, ouverte à seulement certains régimes professionnels, il se refuse à accorder à ces bénéficiaires éventuels, la faculté de multiplier l'application de la dérogation en toute matière. À ce titre, il condamne la possibilité pour ces régimes entrant dans le champ d'application matériel de la dérogation, d'employer celle-ci pour évincer la notion de discrimination dans toute matière, au delà de la liste énumérée celles par l'article. La dérogation ne concernant pas « *l'ensemble des éléments caractérisant un régime professionnel de sécurité sociale couvrant les risques de vieillesse et d'invalidité* », cela entraîne l'exclusion de la détermination du montant des cotisations contributives.

Ainsi, un régime professionnel ayant recours au seul critère de l'âge dans la détermination du montant des cotisations à destination d'un compte épargne retraite personnel, ne peut bénéficier de la dérogation et est conséquemment soumis aux exigences de la directive n°2000/78[2].

[1] Pt. 52 de l'affaire HK Danmark contre Experian A/S, *préc.*

[2] Notamment l'article 6§1 de la directive, comme nous le détaillerons dans la section suivante.

Cette interprétation restrictive de la dérogation prévue à l'article 6 §2 a d'ailleurs été confirmée le même jour dans une autre affaire, Dansk Juris[1]. En l'espèce, il ne s'agissait pas de cotisations à un régime d'entreprise, mais d'un traitement de mise à disponibilité versé mensuellement au fonctionnaire dont le poste a été supprimé. En contrepartie du maintien du montant du traitement, le fonctionnaire est tenu d'accepter les postes proposés. Un fonctionnaire âgé de 65 ans dont le poste avait été supprimé, a essuyé un refus quant à sa demande de traitement de disponibilité.

Cette décision représente une seconde illustration de l'interprétation qu'il convient de retenir à l'égard de l'article 6 §2. La Cour refuse d'apporter de la souplesse à son interprétation énonçant qu' « *Or, une interprétation de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 selon laquelle cette disposition aurait vocation à s'appliquer à tout type de régimes professionnels de sécurité sociale aurait pour effet d'élargir le champ d'application de celle-ci, en méconnaissance du caractère restrictif de l'interprétation dont cette disposition doit faire l'objet* ». La CJUE relève ensuite que ce traitement de mise en disponibilité ne peut être assimilé à une prestation de retraite, ni même d'invalidité[2].

237. Il convient de souligner que la directive ne contient pas de dispositions particulières concernant les autres motifs discriminatoires, hormis un article[3] dédié aux « *aménagements raisonnables pour les personnes handicapées* ». Cet article est simplement destiné à légitimer une discrimination en matière d'âge. À vrai dire, il n'est même pas nécessaire de distinguer s'il s'agit d'une discrimination directe ou indirecte, puisque celle-ci peut être licite.

238. La transposition de cet article a fait débat. Certains auteurs français[4] ont considéré que cela constituait une régression, puisque le législateur français avait pris soin de prohiber les clauses couperets depuis 1987.

De plus, l'étendue des potentiels objectifs légitimes pouvant justifier cette différence de traitement n'est pas délimitée. La liste n'étant pas exhaustive, il suffit que cela touche de près

[1] CJUE, 29 septembre 2013, Dansk Jurist -og Økonomforbund contre Indenrigs- og Sundhedsministeriet, aff. C-546/11, non encore publié.

[2] Pts 42-44 de l'aff. Dansk Jurist, *préc*. Et générant ainsi la problématique de la différence de traitement justifiée.

[3] Directive n °2000/78/CE, art. 5.

[4] P. LANGLOIS, « Que faire de la discrimination selon l'âge ? » *op. cit*., p. 155-157 ; G. LYON-CAEN, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Dr. soc*. 2003, n° spéc. « L'âge en droit social », p.1047-1050 ; K. BERTHOU, *op.cit*., p. 414.

ou de loin la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle pour que cela puisse être considéré comme constituant un objectif légitime.

La CJUE a eu de nombreuses fois l'occasion de livrer l'interprétation qu'il convenait de retenir de l'article 6§ 1 de la directive n°2000/78/CE. L'étude de la jurisprudence ne fait que confirmer la relativité de la non discrimination à raison de l'âge, aisément justifiable par un objectif légitime plus ou moins identifié.

B. L'objectif légitime, une raison impérieuse d'intérêt général

239. Ces deux groupes partagent un même point commun, celui de la détermination de l'objectif légitime. La mesure reposant sur le critère de l'âge doit être destinée à atteindre un objectif légitime identifié[1]. Mais en fonction de l'appartenance au groupe des dérogations strictes (1) ou celui spécifique à l'âge (2), l'exigence de la CJUE connaît plus ou moins de souplesse.

1. L'objectif légitime des dérogations interprétées strictement

240. Ainsi, pour les dérogations à interpréter strictement, c'est-à-dire celles qui peuvent être invoquées pour justifier une différence de traitement reposant sur un autre motif que l'âge, le critère de l'objectif légitime revêt une place essentielle. Participant à la licéité de la mesure établissant une différence de traitement, cet objectif légitime doit être attaché à l'une des propositions énoncées par l'article 2 §5 de la directive. L'affaire Petersen nous a ainsi appris que l'objectif de préservation de la santé des patients pouvait y être assimilé, tout comme celui de l'équilibre financier du système de santé. Il en est de même pour l'objectif tenant à la sécurité aérienne et la santé des passagers, des pilotes et des personnes vivant sur le territoire des zones survolées.

241. Pour la seconde dérogation interprétée strictement, la licéité de la mesure est également soumise à la nécessité de la poursuite d'un objectif légitime. Les affaires exposées précédemment, révèlent que l'objectif légitime peut être lié au maintien du caractère

[1] Sur cette conciliation entre l'intérêt général et les raisons d'ordre économique dans d'autres domaines :v. not. D. BLANC, « La planification des services de santé et le droit de l'Union européenne », *RDTE* 2013, p.217 ; B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? » *Europe*, 2012, 4.

opérationnel et au bon fonctionnement des services des pompiers professionnels[1]ou la sécurité aérienne[2].

2. L'objectif légitime de la différence de traitement acceptable

242. En ce qui concerne la dernière dérogation, celle relative aux discriminations à raison de l'âge acceptables, la détermination de l'objectif légitime s'impose également, sauf qu'elle bénéficie d'une interprétation plus souple (a) et d'une étendue plus vaste de possibilités, parfois déroutantes (b).

a. La souplesse de son identification

243. La première décision à illustrer un objectif légitime au sens de l'article 6§1 de la directive n°2000/78/CE, c'est l'affaire Mangold. En l'espèce, l'objectif poursuivi se rattache à la politique de l'emploi, puisqu'il s'agit de favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage. Le législateur allemand soucieux de réduire les difficultés s'opposant à leur faculté de trouver un emploi a donc créé ce dispositif spécifique, accordant aux employeurs la faculté de conclure sans restriction des contrats à durée déterminée avec des travailleurs âgés de 52 ans et plus. La Cour a accepté la légitimité de cet objectif[3], attestée par le travail de la Commission gouvernementale allemande ayant œuvré sur cette législation et rapportée par la juridiction de renvoi.

Mais l'affaire Palacios de la Villa[4] a apporté bien davantage de souplesse dans la détermination de cet objectif légitime. En l'espèce, M. Palacios de la Villa a subi la rupture de plein droit de sa relation de travail, car il a atteint l'âge de mise à la retraite d'office. Selon ce travailleur, une telle rupture correspond à un licenciement. Il demande la nullité de la mesure

[1] Pt. 34 de l'aff. Wolf *préc.*

[2] Pt. 71 de l'aff. Prigge *préc*.

[3]La Cour dit tout simplement que « *La légitimité d'un tel objectif d'intérêt général ne saurait être raisonnablement mise en doute, ainsi que la Commission l'a d'ailleurs elle-même reconnu* » (Pt. 60 de l'aff. Mangold). Cette position va dans le sens de celle de l'avocat général, A. TIZZANO (Pt. 90 de ses conclusions à propos de l'aff. *préc.*).

[4] CJCE, 16 octobre 2007, aff. C-411/05, Palacios de la Villa c/ Cortefiel Servicios SA, Rec. p. I-8531 ; *JCP S* 2008, 1152, note J. CAVALLINI ; *AJDA* 2007, « Chronique de jurisprudence communautaire », p. 2249-2250 ; *Europe*, 2007, comm. 338, obs. L. IDOT ; *RJS* 2/2008, p. 97, obs. H. TISSANDIER.

contenue au sein de la convention collective applicable, car celle-ci porte atteinte à son droit fondamental de ne pas être discriminer à cause de son âge.

Il convient de préciser que ce dispositif créé par le législateur en 1980, était destiné à réduire le taux de chômage. En 2005, le dispositif de mise à la retraite d'office a connu des évolutions et un dispositif transitoire a été mis en place, consistant à admettre la validité des clauses conventionnelles antérieures, à la condition de satisfaire deux exigences : une période minimale de cotisations et les critères classiques pour bénéficier de la pension de vieillesse. Tel était le cas de M. Palacios.

L'un des apports essentiels de cette décision réside dans la souplesse de l'appréciation de cet objectif légitime. La Cour a en effet admis que la mesure poursuive un objectif légitime non expressément formulé, mais « *cette seule circonstance n'est cependant pas déterminante*[1] ».

La Cour considère donc qu'il est tout à fait possible d'identifier l'objectif poursuivi par la mesure, simplement à partir d'éléments tirés du contexte général[2]. Pour déterminer l'objectif légitime poursuivi par cette mesure instituant une mise à la retraite d'office, la Cour s'est appuyée entre autres sur les explications de la juridiction de renvoi, à l'une des dispositions additionnelles contenues dans le texte d'origine et sur la disposition de la nouvelle version du texte encadrant la mise à la retraite d'office. De l'ensemble de ces sources d'information, la Cour a conclu que la mesure transitoire poursuivait effectivement un but de régulation du marché national de l'emploi, notamment la réduction du chômage[3]. Ce caractère implicite a été confirmé à de nombreuses occasions par la Cour[4]. Tel fut par exemple le cas dans la

[1] Pts 54-55 de l'aff. Palacios de la Villa. Sur ce point, elle est en accord avec l'avocat général MAZÁK (Pts 71-72 de ses conclusions).

[2] Pt. 57 de l'aff. Palacios de la Villa.

[3] Pts 58-63 de l'aff. Palacios de la Villa.

[4] Par ex: CJCE, 5 mars 2009, The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) contre Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, aff. C-388/07, (*Rec*. p. I-1569), Pts 44-45; *RJS* 6/09, p.443-445, obs. M. LE BARBIER-LE BRIS; *RDT* 2009, p.385-387, note M. SCHMITT; *JSL* 2009, n°254, p. 10-12, note J-P. LHERNOULD ; *Europe* 2009, comm. n°190, L. DRIGUEZ ; *CDE* 2009, n°3-4, p. 569-616, obs. T. BOMBOIS; *Lexbase hebdo sociale* du 2 avril 2009, n°344, C. WILLMANN.

La Cour admet également que ce contexte peut même changer, permettant de conserver une mesure qui dans le passé, était motivé par un objectif illégitime : CJUE, 21 juillet. 2011, Gerhard Fuchs (C-159/10) et Peter Köhler (C-160/10) c/ Land Hessen, *Rec*. p. I-6919 (pt 40-41, à propos d'une présomption irréfragable d'une inaptitude au travail au-delà de 65 ans) ; *Sem. Soc. Lamy* du 26 mars 2012, n°1531, suppl, p.31-38, obs. S. LAULOM ; *RJS*

décision relative au recours en manquement exercé à l'encontre de la Hongrie[1]. En l'espèce, l'un des reproches émis par la Commission était lié à ce défaut de précision de l'objectif légitime motivant la mise en place d'une disposition légale abaissant l'âge de cessation obligatoire d'activité des juges, procureurs et notaires. Constatant l'existence d'une différence de traitement à raison de l'âge et le défaut de mention de l'objectif légitime poursuivi, la Cour rappella l'apport de sa jurisprudence bien établi[2]. L'objectif poursuivi étant implicite, la Cour en révèla les contours. Deux objectifs ont été identifiés[3] et ils sont tous deux considérés comme légitimes[4]. Le premier était lié à la recherche de l'uniformisation de l'âge de cessation obligatoire d'activité dans la fonction publique, afin d'assurer la viabilité des pensions, un niveau élevé d'emploi ainsi l'efficacité des activités de l'administration. Quant au second objectif, il s'agissait d'atteindre une structure des âges plus équilibré et permettre le renouvellement des personnes occupant les emplois par le recrutement de jeunes juristes.

Il convient en outre de signaler que cet objectif légitime est également une exigence pour un régime d'entreprise ayant pour support le contrat de travail[5].

244. Ainsi, au sens de l'article 6 §1 de la directive, l'objectif poursuivi doit être celui de l'emploi, comme par exemple la primo-insertion des jeunes dentistes, faciliter la transition vers un nouvel emploi[6], établir une structure d'âge équilibrée entre les jeunes fonctionnaires

---

11/2011, p. 755-761, J.-Ph. LHERNOULD ; *Liaisons Sociales Europe*, 2011, n°283, p.4, obs. J.-Ph. LHERNOULD.

[1] CJUE, 6 novembre 2012, Commission européenne c/ Hongrie, aff. C-286/12, encore non publié ; *RJS* 2013 p.164-165, obs. J.-Ph. LHERNOULD ; *Europe* 2013, comm. 44, L. DRIGUEZ ; *RDT* 2013, p. 111-113, obs. N. MOIZARD. L'objectif poursuivi étant implicite, la Cour en révéla les contours. Deux objectifs ont été identifiés (Pt. 59) et ils sont tous deux considérés comme légitimes (Pt. 61). Le premier était lié à la recherche de l'uniformisation de l'âge de cessation obligatoire d'activité dans la fonction publique, afin d'assurer la viabilité des pensions, un niveau élevé d'emploi ainsi l'efficacité des activités de l'administration. Quant au second objectif, il s'agissait d'atteindre une structure des âges plus équilibré et permettre le renouvellement des personnes occupant les emplois par le recrutement de jeunes juristes.

[2] Pts 57-58 de l'aff. Commission européenne c/ Hongrie.

[3] Pt. 59 de l'aff. Commission européenne c/ Hongrie.

[4] Pt. 61 de l'aff. Commission européenne c/ Hongrie.

[5] Pts. 60-61 de l'affaire HK Danmark contre Experian A/S, précité.

[6] CJUE, 12 octobre 2010, Ingeniørforeningen i Danmark contre Region Syddanmark, aff. C-499/08, Rec. p. I-9343 (à propos d'une indemnité de licenciement spécial destinée au travailleur ayant une ancienneté importante et non éligible à la pension de vieillesse); *JCP S* 2010, 1481, note J. CAVALLINI ; *Europe* 2010, comm. 432, L.

et les fonctionnaires plus âgés, offrir un service de la justice de qualité[1] ou constituer une épargne retraite raisonnable lors du départ en retraite[2]…La Cour a en outre précisé que cet objectif devait pour l'essentiel rechercher la satisfaction de l'intérêt général et peu importe, si cela génère quelques effets positifs pour les intérêts privés[3].

b. Le risque de l'objectif légitime stigmatisant.

245. L'objectif légitime identifié, en conformité avec l'article 6§1, peut s'avérer très controversée. Cela est notamment apparu dans les conclusions de l'avocat général, pour l'affaire Kücükdeveci où le mesure érigée en 1926, limitant la durée du préavis des travailleurs recrutés avant l'âge de 25 ans, était destinée à faciliter l'accès au service du nouvel employeur. Cela a été admis par la Cour qui a adhéré à l'explication historique fournie par le gouvernement allemand. Elle a ainsi énoncé au point 35 que la réactivité des jeunes est plus grande face à la perte d'emploi, ce qui justifie des délais de préavis plus court afin de contracter plus aisément avec un nouvel employeur. De plus, en raison de leur jeunesse, la Cour considère qu'il est possible d'exiger d'eux une flexibilité plus grande[4].

En revanche, cela n'avait pas été favorablement accueilli par Monsieur Yves BOT, qui faisait part de ses doutes quant à la pertinence du postulat que les jeunes « *réagissent plus vite* » peut-être vrai à l'époque, mais certainement obsolète à l'heure actuelle[5].

DRIGUEZ ; *Sem. Soc. Lamy* du 26 avril 2011, n°1489, obs. S. LAULOM ; *Lexbase Hebdo éd. sociale*, du 21 octobre 2010, n°413, obs. C. WILMANN ; *RJS* 1/2011, p. 3-6, J.-Ph. LHERNOULD.

[1] Pt. 50 de l'aff. Fuchs et Köhler.

[2] Pt. 62 de l'affaire HK Danmark contre Experian A/S.

[3] Il s'agit de l'aff. Fuchs et Köhler. Une précision s'impose. En l'espèce, les deux procureurs avaient atteint l'âge de 65 ans et ils avaient sollicité l'exercice d'une année supplémentaire à leur fonction, conformément à la disposition légale en vigueur. Le contexte comporte également des particularités. En 2009, le législateur fédéral a relevé l'âge de la retraite et le Land Hessen n'avait pas encore adopté de cette mesure. L'âge de la retraite était donc de 65 ans. La juridiction de renvoi avait quelques doutes sur l'objectif réellement poursuivi par la mesure : économie budgétaire (intérêt privé) ou équilibre de la pyramide des âges (intérêt général) ?

[4] Pts 34-36 de l'aff. Kücükdeveci.

[5] Conclusions de l'avocat général Y. BOT à propos de l'aff. Kücükdeveci, pts 44-49.

La « *franche trivialité de l'argumentaire* »[1] révèle malheureusement l'essence même de la mesure. Des gouvernements évoquent ainsi que leur État membre n'a pas hésité à mettre en place des mesures ayant pour objectif légitime ou plus précisément dont l'un des objectifs légitimes, est d'éviter des ruptures dans des conditions humiliantes pour les travailleurs âgés. Cette justification a été évoquée dans deux affaires relatives à la cessation automatique de la relation de travail du seul fait du franchissement d'un seuil d'âge. La première, l'affaire Rosenbladt[2], la Cour a accepté en tant qu'objectif légitime, le partage du travail entre les générations, tout en accueillant l'argumentaire du gouvernement allemand expliquant que « *la licéité des clauses de cessation automatique des contrats de travail des salariés ayant atteint l'âge de départ à la retraite, également reconnue dans de nombreux États membres, est le reflet d'un consensus politique et social qui dure depuis de nombreuses années en Allemagne* ». Il ajoute ensuite que « *[l]a cessation des contrats de travail desdits salariés bénéficierait directement aux jeunes travailleurs en favorisant leur insertion professionnelle rendue difficile dans un contexte de chômage persistant. Les droits des travailleurs les plus âgés seraient, par ailleurs, adéquatement protégés. En effet, la plupart d'entre eux souhaiteraient cesser de travailler dès leur admission à la retraite, la pension perçue leur offrant un revenu de substitution après la perte de leur salaire. La cessation automatique du contrat de travail aurait également le mérite de ne pas contraindre les employeurs à licencier les salariés en établissant qu'ils ne sont plus aptes au travail, ce qui pourrait s'avérer humiliant pour ceux ayant un âge avancé* »[3]. Face à cet argumentaire, alliant équations aux résultats discutables et ton compassionnel, la Cour s'est contentée d'en déduire qu'en principe, cela doit être considéré comme un objectif légitime au sens de l'article 6§1 de la directive. La Cour accorde une large marge de manœuvre tant dans le choix de l'objectif légitime que la mesure, comme nous le verrons prochainement.

---

[1] F. MEYER, « La discrimination en fonction de l'âge en droit communautaire : aperçu de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », *Dr. ouv*. mai 2011, p. 352.

L'auteur fait d'ailleurs un parallèle avec une décision du 8 avril 1976, aff. 43/75, Defrenne/ Sabenna (Rec. p.455) à propos d'une discrimination en raison du sexe, où la justification communément admise était celle du « c'est ainsi depuis 1957 ».

[2] CJUE, 12 octobre 2010, aff. C-45/09, Gisela Rosenbladt c/ Oellerking Gebäudereinigungsges, *Rec*. p. I-9391; *RJS* 1/2011, p. 3, J.-Ph. LHERNOULD, (*op.cit.*) ; *Europe* 2010, n°433, comm. L. DRIGUEZ ; *JCP* S 2010, 1480, note J. CAVALLINI. En l'espèce, la clause peut entrer en application soit lorsque le travailleur est éligible à une pension retraite, soit en raison du franchissement du seuil des 65 ans.

[3] Pts 43-45 de l'aff. Rosenbladt.

246. Des auteurs, dont le Professeur LHERNOULD[1], en tirent la conclusion qu'il suffit que l'objectif choisi ne soit pas déraisonnable et la mesure cohérente pour admettre que la démarche adoptée par l'État soit considérée comme efficace. Il n'est pas requis d'avoir des résultats quantitatifs. En l'espèce, il n'existe aucun instrument permettant de mesurer le nombre de recrutement de jeunes travailleurs à la suite du départ des plus anciens en raison de la rupture de leur contrat.

247. Dans la seconde décision[2], la CJUE se voit offrir l'opportunité de motiver l'objectif légitime par la justification la plus pertinente. Classiquement, la Cour rappelle l'apport de l'affaire Palacios de la Villa et relève qu'en l'espèce, les travaux préparatoires de la loi permettent de lever le voile sur l'objectif légitime poursuivi[3]. C'est alors que le gouvernement suédois avance sept arguments à l'appui de son objectif légitime et le premier d'entre eux, porte également sur cette bienveillance à l'égard des travailleurs âgés. « *[l]a règle des 67 ans vise, premièrement, à éviter des ruptures de contrat de travail dans des conditions humiliantes pour les travailleurs en raison de leur âge avancé* » et « *troisièmement, à réduire les obstacles pour ceux qui veulent travailler au-delà de leur soixante-cinquième anniversaire* »[4]. Ces justifications sont accompagnées de d'autres, plus pertinentes, destinées à permettre notamment l'adaptation des régimes de pension à la réforme des retraites suédoises, qui contribuent à la caractérisation d'un objectif légitime. D'ailleurs la Cour

---

[1] « *L'existence d'un objectif légitime venant à l'appui de la mesure d'âge est simple à démontrer […] L'abondance d'adjectifs et d'adverbes peut sembler impressionnante, mais cela n'est qu'apparence, il est en effet aisé de se prévaloir d'un tel objectif* », J.-Ph. LHERNOULD, *RJS* 1/2011, op.cit., p. 3.

Dans un même sens: M. LE BARBIER-LE BRIS, RJS 6/2009, *op.cit.* (à propos de l'aff. Ageing) ; J. CAVALLINI, *JCP S* 2010, 1480 (*op.cit.*).

[2] CJUE, 5 juillet 2012, Torsten Hörnfeldt contre Posten Meddelande AB, aff. C-141/11, *non encore publiée.* Toujours à propos d'une clause-couperet imposant la rupture du contrat à 67 ans, enfin plus précisément garantissant le maintien de la relation de travail jusqu'à ce seuil.

Dr. ouv. 2013, n°774, p.62-64, note V. LACOSTE-MARY ; *RJS* 1/2013, p.15-23, obs. H. TISSANDIER ; *Europe* 2012, comm. 342, L. DRIGUEZ.

[3] Pts 23-25 de l'aff. Hörnfeldt.

[4] Pt. 26 de l'aff. Hörnfeldt.

sélectionne les justifications les plus pertinentes et retient la dernière d'entre elles, la promotion de l'emploi des jeunes[1].

Cet éventail de possibilités peut dépasser la question de la simple justification de l'objectif légitime au sens de l'une des dérogations admises. L'objectif légitime poursuivi en lui-même, peut être multiple, surtout si le législateur n'a pas pris le soin de l'expliciter. En acceptant l'éventualité d'un objectif légitime tacite, la CJUE confie au juge de renvoi le soin de l'identifier et cela peut aboutir à un choix quant à la détermination de la dérogation en œuvre. Cela a par exemple été le cas pour l'affaire Petersen, où la juridiction de renvoi avait exposé différents objectifs légitimes possibles tenant à la santé publique, à la répartition des éventuels emplois entre les générations ou la recherche de l'équilibre financier du système. Les développements précédents nous ont permis de relever que l'objectif de santé publique ou financier se rattachaient tous deux à la dérogation admise par l'article 2§5 de la directive tandis que la question de l'emploi est indéniablement relié à l'article 6§1 de la directive[2].

En revanche, une interprétation trop extensible de la notion d'objectif légitime au sens de l'article 6§1 est refusée par la Cour. Il n'est ainsi pas possible d'y inclure un objectif tel que la sécurité aérienne[3]. Certes, la liste n'est pas exhaustive et ne doit pas l'être, mais l'objectif doit tout de même conserver des liens avec la politique de l'emploi, les conditions de travail ou la formation professionnelle.

À l'issue de ce développement, il est malheureusement flagrant que la différence à raison de l'âge est assez admise par le juge de l'Union. Devenue une discrimination acceptable, seule la proportionnalité de la mesure peut secourir la personne discriminée.

[1] Pourtant l'exposé du gouvernement suédois donne l'impression que cette justification relève presque de l'accessoire : pt. 25 : « *La fixation d'un âge de départ obligatoire permettrait également de faciliter l'entrée des jeunes sur le marché du travail* ». Et pour la Cour : pt. 29.

[2] Pts 65-68 de l'affaire Petersen, *préc.*

[3] Pts 80-82 de l'aff. Prigge, *préc.*

§2. Une différence de traitement proportionnée

248. Face à ces exceptions admises, le législateur a édifié un garde-fou de poids à travers le critère de la proportionnalité de la mesure. Véritable gardien de l'impétuosité du législateur lors de la création d'une mesure destinée notamment, à promouvoir l'accès à l'emploi de certaines catégories de la population, le contrôle mené par la Cour en la matière se révèle particulièrement sévère (A).

Progressivement, la CJUE reconnaît l'avènement d'un autre gardien de la sagesse d'une mesure, les partenaires sociaux. Prenant en considération la vocation de ces partenaires, consistant à défendre et concilier les intérêts des travailleurs, la CJUE accorde une place de plus en plus conséquente au droit négocié pour contrecarrer ou du moins atténuer le rôle de levier de l'âge, pour privilégier celui de garant de l'égalité entre les travailleurs, indifféremment de leur âge (B).

A. Le contrôle de proportionnalité au secours de la non discrimination

249. Dans chacune des dérogations admises au sein de la directive n°2000/78/CE, la proportionnalité de la mesure participe à sa licéité. Il ne suffit pas que la mesure retenue par le législateur national, possède un objectif légitime plus ou moins identifiable, elle doit être proportionnée au but poursuivi. Cela signifie tout simplement qu'elle doit être nécessaire pour atteindre cet objectif, car elle contribue à la justification d'une différence de traitement reposant sur un motif prohibé par la directive. Elle contribue à donner de la légitimité à la discrimination. Conséquemment, la juridiction saisie doit faire preuve d'une grande sévérité à l'égard de la proportionnalité de la mesure. À défaut, elle accorderait une légitimité à une discrimination prohibée, ce qui aboutirait à faire du principe de non-discrimination en matière d'emploi, de travail et de la formation professionnelle, une coquille vide. Ce contrôle s'effectue en deux temps, elle se livre en premier lieu au test de l'efficacité de la mesure (1) pour ensuite, s'attabler plus rigoureusement à celui de la nécessité de la mesure (2).

1. Le très souple test de l'efficacité de la mesure

250. La première fois que la CJCE a mis en pratique ce contrôle de la proportionnalité de la mesure, c'était dans le cadre de l'affaire Mangold[1]. La conclusion de ces contrats à durée déterminée senior, sans aucune restriction (hormis le délai de carence de 6 mois entre ce CDD et le contrat conclu avec l'ancien employeur) poursuivait un objectif légitime d'emploi. Si la CJCE avait cessé de livrer son interprétation de l'article 6 §1 de la directive, la mesure instaurant un tel CDD aurait été considérée comme conforme, malgré son caractère discriminatoire. Ce constat a le mérite de souligner l'importance de ce contrôle. Si la CJCE fait preuve d'une grande compréhension en matière d'objectif légitime d'emploi et de politiques sociales ainsi que dans le choix de la mesure, laissant une marge de manœuvre assez conséquente aux États membres, il n'en est pas de même pour cette question de la proportionnalité.

251. L'article 6 §1 impose que la mesure soit appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif légitime identifié en amont ou en aval de la procédure préjudicielle. La mesure est considérée comme étant appropriée, lorsqu'elle « *est propre à atteindre l'objectif visé* »[2]. Ainsi, la Cour doit se livrer à un contrôle de l'efficacité. Il est en effet difficile pour la CJUE de se placer en tant que législateur d'un État membre et apprécier le caractère appropriée de la mesure[3]. La Cour se livre à une appréciation d'une certaine souplesse[4]. La seule opportunité à saisir serait constituée par la mesure manifestement déraisonnable, inappropriée pour parvenir

[1] Le Professeur LHERNOULD a dressé le constat que postérieurement à l'aff. Mangold, le caractère approprié s'est progressivement détaché de la nécessité de la mesure. Dans la décision précitée, cette distinction subtile n'était pas aussi explicite, puisque la Cour de justice se livrait à « *une appréciation générale de la cohérence de la réglementation* » ; *RJS* 1/2011, *op.cit.*, p. 5.

[2] Y. MEYER, *op.cit.*, p. 353.

[3] Dans ce sens, conclusions de l'avocat général MAZÁK présentées le 15 février 2007, à propos de l'aff. Palacios de la Villa, *op. cit.*, pt. 74 : « *[…] il n'appartient pas, en principe, à la Cour de substituer sa propre appréciation de questions si complexes à celle du législateur national ou des autres forces politiques et sociales participant à la définition de la politique sociale et de l'emploi d'un État membre (telles que les partenaires sociaux en l'espèce). Tout au plus, seule une mesure nationale manifestement disproportionnée devrait être censurée à ce niveau* ».

[4] Par exemple dans l'aff. Commission c/ Hongrie, la Cour se limite à constater qu'à propos de l'objectif d'uniformisation, « *ces dispositions sont, en principe, un moyen approprié pour réaliser l'objectif d'uniformisation poursuivi par la Hongrie* [..] » (Pt. 64).

à la réalisation de l'objectif[1]. La cohérence dans la poursuite de l'objectif légitime se révèle importante, ce qui peut s'avérer difficile en présence d'objectifs antinomiques[2].

De même, la CJUE a été parfaitement explicite sur ce point, il n'est pas nécessaire de produire des données chiffrées sauf si le juge national en décide autrement[3].

2. Le rigoureux examen de la nécessité

252. La seconde condition, c'est la nécessité de la mesure[4]. Cela signifie qu'à défaut d'adopter cette mesure, qui institue une différence de traitement entre les travailleurs, l'objectif légitime de politique sociale ne peut pas être atteint. La mesure se révèle impérieusement nécessaire, sans elle point de salut. Cela révèle également qu'une mesure moins contraignante, moins attentatoire à l'égalité de traitement, ne peut pas atteindre cet objectif.

[1] En revanche, dans cette même affaire (Commission c/ Hongrie), la Cour a considéré que cette mesure n'était pas appropriée pour promouvoir une structure des âges plus équilibrée par le recrutement de jeunes juristes. La disposition litigieuse a pour effet d'entraîner un départ rapide des juristes âgés et conséquemment, un nombre conséquent de postes vacants. Le dispositif permettrait le recrutement d'un nombre important de jeunes juristes au sein d'une même génération, ne favorisant ainsi pas la diversité des âges. Le recrutement serait donc fort important dans les premières années de l'entrée en vigueur de la disposition, puis s'essoufflerait jusqu'à la prochaine application massive de la disposition (Pts. 77). La rotation des générations n'étant pas assurée par cette disposition, la Cour retient le caractère inapproprié de la mesure pour parvenir à cet objectif de diversification des âges (Pt. 79). Le recours en manquement a donc été accueilli.

[2]CJUE, 18 juin 2009, David Hütter contre Technische Universität Graz, aff. C-88/08, *Rec.* p. I-5325 ; *RJS* 1/2009, p.678, obs. D. MARTIN ; *Europe* 2009, comm. 311, L. DRIGUEZ ; *Dr. ouv. 2010*, n°740, p.161-162, note M. BONNECHÈRE. En l'espèce, il s'agissait d'un dispositif tendant à la fois à promouvoir l'enseignement secondaire et favoriser l'enseignement professionnel, via une seule et même mesure, la rémunération à raison de l'âge, par la non prise en considération de l'expérience professionnelle acquise avant l'âge de 18 ans. La Cour a retenu que cette mesure destinée à récompenser les travailleurs était « *sans rapport direct avec l'objectif consistant, pour l'employeur, à récompenser l'expérience professionnelle acquise* » (Pt. 47). En outre, il apparaît difficilement concevable pour la Cour que cette mesure instaurant un défaut de prise en considération de l'expérience acquise avant 18 ans, indépendamment du type d'enseignement, soit liée à la volonté de ne pas défavoriser l'enseignement secondaire par rapport à l'enseignement professionnel (Pt. 48). Enfin, elle a considéré que la mesure n'était également pas appropriée, en ce qu'elle ne permettrait pas de favoriser l'insertion professionnelle des jeunes (Pt. 49).

[3] CJUE, 21 juillet 2011, Gerhard Fuchs (C-159/10) et Peter Köhler (C-160/10), *préc.*

[4] Y. MEYER, *op.cit.* p.353.

Ainsi, pour sa toute première mise en œuvre déjà controversée du principe de non-discrimination à raison de l'âge, la CJCE a procédé à cet examen de la proportionnalité de la mesure. Évoquant brièvement qu'il relève de la marge de manœuvre des États membres de choisir la mesure opportune[1], elle condamne la mesure en ce qu'elle est manifestement excessive pour atteindre l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés. Elle explique que cette mesure s'adresse à tous les travailleurs âgés de 52 ans, sans distinction tenant à leur situation professionnelle ou la durée de leur période de chômage. En franchissant ce seuil d'âge, ils deviennent tous potentiellement éligibles au dispositif, perpétuellement renouvelés sans aucune limitation, jusqu'à l'âge à partir duquel ils pourront demander la liquidation de leur pension. Cette exclusion de la stabilité professionnelle soulignée, la Cour a considéré que la mesure était manifestement excessive en ne se reposant que sur le critère de l'âge. La Cour fait également référence aux éléments qui auraient fait pencher la balance en faveur de la licéité de la différence de traitement, donnant ainsi des indices au législateur allemand, mais également français[2]. Ainsi, la mesure n'aurait pas été considéré comme excessive si elle avait pris en compte la structure du marché du travail ou la situation personnelle de chaque travailleur[3].

253. Dans l'affaire Palacios de la Villa, le moyen n'apparaît manifestement pas déraisonnable, même si la Cour constate que la mesure de mise à la retraite avait été abandonnée et réintroduite[4]…Une fois ce constat dressé, s'ensuit alors le contrôle de la nécessité de la mesure. Etant donné que la mise en œuvre de la mesure n'est pas seulement conditionnée par l'âge, mais qu'elle comporte également le bénéfice d'une compensation financière au terme de leur carrière professionnelle (pension retraite), dont le niveau ne saurait être considéré comme déraisonnable, le moyen paraît approprié et nécessaire[5]. Ainsi, le concours de ces trois éléments semblait constituer des critères permettant d'apprécier de la nécessité de la mesure. En réalité, la jurisprudence ultérieure a nuancé le point sur le niveau

[1] Pt. 63 de l'aff. Mangold.

[2] Le législateur allemand a limité le nombre de renouvellement et a instauré une condition relative à la durée de la période de chômage (v. *infra*, n°319-320).

Pour le législateur français : J. PÉLISSIER et B. LARDY-PÉLISSIER, « À propos du CDD senior », *RDT* septembre 2006, p. 168-170 (spéc. 169).

[3] Pts 64-65 de l'aff. Mangold, *préc*.

[4] Pts 68-70 de l'aff. Palacios de la Villa, *préc* .

[5] Pt 73 de l'aff. Palacios de la Villa, *préc* .

de la pension. Cela devait simplement être compris comme une appréciation sans réelle portée au grand désespoir de Mme Rosenbladt[1]. En l'espèce, il avait été considéré que le moyen n'était déraisonnable ou excessif, puisque la convention collective imposait de prendre en compte l'âge, mais aussi le bénéfice d'une compensation financière prenant la forme d'une pension de retraite[2]. Le niveau de la pension n'a donc peut-être jamais fait partie des éléments objet faisant l'objet du contrôle de proportionnalité. Cette exclusion se révèle regrettable, puisque cela aurait pu donner une nouvelle dynamique au principe de non-discrimination à raison de l'âge[3].

Cela a été le cas dans l'affaire C-499/08. En l'espèce, M. Andersen avait été licencié à l'âge de 63 ans. Il ne désirait pas demander la liquidation de sa pension et aspirait à bénéficier d'une indemnité spéciale de licenciement, qui lui avait été refusé justement en raison de son éligibilité à pension.

Une fois l'objectif légitime identifié, la mesure fait l'objet d'un test d'efficacité et d'un contrôle de sa proportionnalité. En édifiant cette restriction aux seuls employés âgés, licenciés, non éligibles à pension, cela n'apparaît pas déraisonnable pour atteindre l'objectif légitime. Il s'agissait simplement d'éviter de faire bénéficier de l'indemnité, un travailleur qui opterait pour la liquidation de sa pension quelques mois après le versement de l'indemnité[4]. Si la mesure apparaît nécessaire au regard des jeunes, moins exposés au risque d'une ancienneté particulièrement longue, le problème réside dans la différence existant entre les travailleurs simplement éligibles et ceux qui sont non seulement éligibles, mais qui en outre vont liquider

[1] Comme le confirme la lecture des conclusions de l'avocat général TRSTENJAK présentées le 28 avril 2010, *Rec.* p. I-9391 (Pts 159-164) : « *Il n'est pas nécessaire de répondre ici à la question de savoir si l'application d'une limite d'âge consistant en l'âge normal de la retraite peut encore être considérée comme objectivement justifiée dans le cas où le salarié n'est pas en mesure de subvenir à ses besoins fondamentaux, dans la mesure où il n'est pas contesté que, en l'occurrence, les besoins fondamentaux de la demanderesse sont couverts par les prestations de base versées par l'État* » (pt. 164).

[2] Pt. 48 de l'aff. Rosenbladt, *préc*.

[3] L'avocat général, Mme Verica TRSTENJAK conclue en disant que (Pt. 165) : « *La juridiction de renvoi a par ailleurs relevé que, de façon générale, un salarié travaillant à temps partiel dans le secteur du nettoyage des bâtiments ne pouvait acquérir de droits à pension au titre du régime légal d'assurance vieillesse qui lui permettent de subvenir à ses besoins. Il ne ressort cependant pas clairement de l'ordonnance de renvoi pour quelles raisons les salariés travaillent seulement à temps partiel dans ce secteur économique. Nous ne voyons, par ailleurs, pas de raison impérative de résoudre par le biais de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge le véritable problème, à savoir que le travail à temps partiel peut ne pas permettre de se constituer des droits à pension de retraite qui permettent à l'intéressé de subvenir à ses besoins* ».

[4] CJUE, 12 octobre 2010, Ingeniørforeningen i Danmark contre Region Syddanmark, *op.cit*. (pt. 34)

leur pension[1]. Partant du postulat selon lequel « *les employés licenciés quittent le marché du travail quand ils sont éligibles au bénéfice de leur pension* », cela entraîne une différence de traitement en raison de l'âge, uniquement, ce qui les prive du bénéfice de l'indemnité et les contraint à demander la liquidation de leur pension d'un montant réduit à « *comparer à celui auquel il aurait pu prétendre en poursuivant leur activité professionnelle à un âge plus avancé* (pt. 46)». Le juge de l'Union retient le caractère excessif de la mesure, démontrant ainsi qu'il peut se soucier des intérêts des travailleurs éligibles à pension, surtout dans l'hypothèse où cela tend à encourager la poursuite de l'activité professionnelle des personnes. À ce titre, elle devait être versée à tous ceux ayant pour projet de continuer à exercer une activité professionnelle.

Cette exigence du caractère nécessaire de la mesure a été de nombreuses fois précisée par la Cour, qui a notamment condamné le caractère excessif et brutal d'une mesure retenant l'abaissement de l'âge de cessation définitive d'activité[2]

Précédemment, nous avons constaté que dans le cadre de la mise en œuvre de la dérogation prévue à l'article 2§5 de la directive, le législateur exige également ce caractère proportionné de la mesure. À défaut, cela pourrait dans certains cas, constituer une atteinte grave à une liberté individuelle. Il en est de même à propos de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante[3].

C'est seulement à l'issue de cet examen que la différence de traitement sera considérée comme objectivement et raisonnablement justifiée. Lors de ces contrôles, la Cour peut se permettre d'être plus exigeante face à la mise en œuvre de l'une des dérogations admises par la directive, recherchant et allant parfois jusqu'au bout de la démonstration pour révéler au législateur ou à la juridiction de renvoi, les dispositions qu'il convenait d'adopter pour être en conformité avec la directive. En raison du nombre multiple de mesures présentes dans les

[1] Pts 41-46 de l'aff. Ingeniørforeningen i Danmark contre Region Syddanmark, *préc.*

[2] Aff. Hongrie c/ Commission (Pts 67-75). Aucune progressivité du dispositif n'avait été envisagée par l'État membre et cela avait pour effet de refuser aux travailleurs concernés de prendre des dispositions économiques et financières nécessaires pour pallier le différentiel entre la rémunération perçu au titre de l'activité et la pension, inférieure de 30%.

[3] CJUE, 12 janvier 2010, Wolf, *préc.* En ce qui concerne l'examen de la proportionnalité, la Cour a accepté que le caractère nécessaire de la mesure soit lié au maintien du caractère opérationnel du service technique intermédiaire du corps des pompiers, reposant sur une attribution des tâches fonctionnant sur une corrélation entre les postes les plus exigeants physiquement et ceux sollicitant moins le corps du travailleur (pt. 43).

droits internes reposant sur l'âge, la Cour en adoptant une rigueur certaine, peut faire la distinction entre les mesures discriminatoires illégitimes de celles qui le sont.

B. La négociation collective au soutien de la non discrimination

254. Malgré l'hostilité de l'avocat général quant à la participation des partenaires sociaux dans la participation de l'élaboration de la norme au sens de l'article 2§5 de la directive[1], il convient de signaler que la Cour accorde un rôle de moins en moins négligeable aux partenaires sociaux, en matière de défense du principe de non-discrimination en raison de l'âge. Ainsi, dans le cadre de l'article 6§1 de la directive, les partenaires sociaux peuvent contribuer à la sélection de la mesure ainsi qu'à la détermination de l'objectif d'emploi, de politique sociale ou de formation professionnelle. Cela était le cas dans l'affaire Rosenbladt[2], dont le litige portait sur l'application d'une clause conventionnelle de cessation automatique de la relation de travail en raison de l'âge. Cette clause résultait d'un consensus entre les représentants des travailleurs et des employés « *ayant pris le soin de définir un équilibre entre leurs intérêts respectifs* ». À la lecture de cette décision, la CJUE tend manifestement à accorder aux partenaires sociaux, ce que le Professeur Jean-Philippe LHERNOULD[3] désigne comme une « *présomption de pertinence* ». Il s'agit de reconnaître « *les bienfaits de la négociation collective dans le contexte de la clause litigieuse* ».

En l'espèce, la Cour constate que cela assure *« une certaine stabilité de l'emploi et à long terme, la promesse d'un départ à la retraite prévisible pour les travailleurs* ». Pour les employeurs, cela permet d'obtenir une certaine flexibilité dans la gestion de leur personnel. Le droit négocié constituerait un moyen d'équilibrer les intérêts en présence, ceux des salariés désirant une sécurité et ceux des employeurs, bénéficiant de davantage de flexibilité. La Cour reconnaît donc un rôle important aux partenaires sociaux[4] qui participent à l'élaboration d'une mesure appropriée et proportionnée pour atteindre un but légitime de planification adéquate et prévisible de la gestion du personnel ou l'accès à l'emploi ou le partage du travail entre les générations. Toutefois, en l'espèce, il convient de rester critique. Mme Rosenbladt ne souhaitait manifestement pas demander la liquidation de sa pension, notamment en raison de

[1] V. l'aff. Prigge (pts 60-62 de la décision ; Pts 48-54 des conclusions de M. Cruz VILLALÓN, *op.cit.*)

[2] Pts 67-68 de l'aff. Rosenbladt, *préc.*

[3] J.-Ph. LHERNOULD, RJS 1/2011, *op.cit.*, p. 4-5.

[4] Le Professeur LHERNOULD évoque ce phénomène de « *montée en puissance des normes issues de la négociation collective interne* », *RJS* 1/2011, p. 6.

la faiblesse de son niveau. De plus, au regard des différents objectifs légitimes poursuivis, la seule chose dont elle pourra bénéficier du fait de la mise en œuvre de la clause, c'est le droit de trouver un nouvel emploi à l'âge après 60 ans. Enfin, il faut tout de même remarquer que les intérêts de cette travailleuse à temps partiel s'effacent devant l'intérêt général ou plus précisément, les intérêts des salariés (peut-être plus intégrés) et des employeurs[1].

Par conséquent, il convient de rester prudent en reconnaissant aux partenaires, l'apport d'une certaine sagesse au sein de la mesure établissant une différence de traitement acceptable. La mesure appropriée et nécessaire sera objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime, mais certainement en faveur des travailleurs les plus intégrés, à temps plein notamment.

[1] Après tout, dans l'affaire Tyrolean Airways (*op.cit.*), la non prise en considération des années de service effectuées au sein des autres compagnies est issue d'un accord négocié par les partenaires sociaux.

Conclusion du chapitre 2

255. Le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit[1] nous a appris que le concept, est un « *objet de pensée* » puisant sa source dans une *« représentation générale d'une classe déterminée de phénomènes »*.

Pour atteindre la qualification de concept juridique, il faut en outre que cet objet fasse, référence à la signification d'une chose, d'un état ou d'une situation pour les membres d'un même espace sociétal. La norme juridique donne alors un corps à cet objet de pensée, matérialisé sous la forme d'une image dans l'esprit de chacun. La simple expression du concept juridique est insuffisante, car c'est à travers l'effectivité de la norme qu'il se concrétise.

En faisant du critère de l'âge, un instrument à l'appui d'un principe général du droit, ce curseur a la possibilité de se libérer de sa condition, pour revêtir des habits plus prestigieux. Cela constituerait en outre une assise confortable pour l'avènement d'un concept juridique de l'âge, qui permettrait d'appréhender l'individu dans tout son cycle professionnel, soit plus précisément son vieillissement.

256. Aux termes de ces développements, l'ambivalence de l'âge ressurgit dans son intégralité.

Par notre appartenance à une commune humanité, tous les êtres humains sont égaux. Pourtant, certains d'entre eux sont différenciés en raison d'un critère, dont l'appréciation est par essence subjective, l'âge. Le principe général du droit de l'Union de non discrimination à raison de l'âge prohibe de telles distinctions, mais seulement lorsque celles-ci ne sont pas conformes à l'une des éventuelles justifications prévues par la directive n°2000/78/CE.

Le droit dérivé comporte en effet un ensemble de dérogations admises, pouvant motiver la différence de traitement liée à l'âge de l'individu. L'étendue conséquente de ces dérogations, interprétées de surcroît avec une certaine souplesse, atténue avec ampleur le principe général du droit de l'Union identifié par les juges de l'Union.

Oscillant entre son rôle de prestigieux instrument au soutien d'un principe général du droit de l'Union et celui de simple levier à la merci des législateurs et autres producteurs de normes, l'âge ne peut pas acquérir entièrement l'un ou l'autre rôle. Instrument privilégié des

[1] A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique …*, v. *supra*, n°48 et s..

politiques sociales, il conservera cette double dimension, bien souvent au détriment des travailleurs victimes de leur âge.

Conclusion du titre 2

257. Le principe de la dignité humaine et le principe de l'égalité de traitement sont fondés sur l'appartenance à une commune humanité. Cette idée universelle admise, il n'y a pas lieu d'opérer des distinctions entre les individus en fonction d'un critère tel que l'âge. Une hypothèse peut en revanche être acceptée, faisant de cette notion un appui indispensable, permettant de garantir l'égale dignité de l'être à tout âge du cycle de vie, y compris dans le cadre des relations professionnelles. La prise en considération d'un autre élément, la pénibilité s'avère d'ailleurs indispensable pour compléter les insuffisances du seul âge. Ce faisant, le législateur cherchera à garantir le maintien d'une égale dignité à toute étape du vieillissement de l'être.

Conséquemment, le critère revêt ainsi la fonction d'exprimer un principe général du droit au sein de l'une de ses ramifications, la dignité de la personne au travail.

Toutefois, le législateur confère une mission plus ambiguë au critère de l'âge dans le cadre du principe général de non discrimination à raison de l'âge.

Partant du principe de l'égale dignité affirmée dans le chapitre de 1 de ce titre, les hommes sont égaux. Toute différence de traitement doit ainsi être condamnée.

Pourtant dans le cadre des relations professionnelles, le législateur et le juge de l'Union acceptent des différences de traitement reposant sur l'âge. Naturellement, cette différence ne sera pas qualifiée de discrimination illicite, si elle satisfait avec succès les conditions énoncées au sein de la directive n°2000/78/CE. Lors de l'examen de la question préjudicielle, le juge de l'Union rappellera les conditions requises et l'étendue de ces contrôles de proportionnalité et de nécessité.

En l'état actuel de la jurisprudence de la CJUE, l'effectivité réelle du principe de non-discrimination à raison de l'âge en tant que principe réalisant l'égalité de traitement ne permet pas de considérer les travailleurs en tant qu'être humain appartenant à une commune humanité. La concrétisation du principe à travers la directive n°2000/78/CE tend

manifestement à organiser un système de différences de traitement justifiées, évinçant certains travailleurs, faisant référence à la fonction classique de l'âge, un levier de politique sociale.

L'ambivalence est donc entière en matière d'égalité de traitement. Le critère de l'âge peut à la fois représenter un instrument à l'appui du principe général de non discrimination, par la prohibition d'une telle discrimination, mais aussi son envers, constituant ainsi un instrument de sélection licite, placé dans la main du législateur.

Conclusion de la partie 1.

258. Notre étude a été menée à partir d'une hypothèse scientifique liée à l'existence d'un concept juridique de l'âge dans les relations professionnelles.

En premier lieu, le critère de l'âge est un levier de l'action politique et sociale. Critère d'organisation du cycle de vie, l'âge constitue un instrument du législateur de restriction ou d'éviction de certains individus de la vie active.

Les fondements physiologiques et culturels pouvaient constituer une assise solide en faveur de cette qualification. La représentation mentale du concept de l'âge correspondrait à une protection édifiée à destination de certains individus, fragiles en raison de l'inachèvement de leur développement physique et intellectuel ou vulnérables à cause de leur âge avancé.

Si le critère de l'âge ne constituait que cette représentation générale et abstraite de la protection, il serait possible d'admettre l'existence d'un concept juridique de l'âge. Le terme en lui–même aurait pour signification, la protection de certaines personnes et chacun des interprètes visualiserait une image du concept de l'âge.

Le critère de l'âge représente également un instrument au soutien des principes généraux du droit de la personne humaine. Si la dignité humaine est commune à tous les êtres indépendamment de leur âge, la prise en considération de cet élément par la règle de droit peut en assurer l'effectivité. La pénibilité pourrait former le second instrument du principe de la dignité de la personne, dépassant la seule question de l'âge, pour privilégier celle du vieillissement.

L'ambivalence du critère de l'âge ressurgit à travers les principes de l'égalité de traitement et de non discrimination. Le droit de l'Union condamne les discriminations fondées sur l'âge, assurant ainsi l'égalité de traitement. Pourtant, le principe général de l'Union dégagé par le juge de l'Union lors de l'examen de la célèbre affaire Mangold ainsi que la directive n°2000/78/CE admettent la conformité des différences de traitement à raison de l'âge, simplement en ce que ces mesures, respectueuses du contrôle de proportionnalité et de nécessité, répondent à un objectif légitime relatif notamment au marché du travail.

En conclusion, l'existence de ces dérogations justifiées ne permet pas de considérer l'âge comme un concept juridique. La signification du concept à retenir étant double, il ne peut y avoir un concept clairement établi. L'âge est à la fois un critère de protection par l'éviction de

l'être, mais aussi un critère organisant l'éviction de certains travailleurs afin de réaliser un objectif de politique sociale. La première hypothèse fait la part belle à un objectif de protection de l'individu dont la capacité productive n'est que partielle afin d'anéantir les risques d'exploitation de l'être humain[1]. La seconde est guidée essentiellement par les impératifs du marché du travail, telle une gestion institutionnelle du renouvellement de la main d'œuvre, écartant les plus anciens de la vie économique.

259. Or, un concept est un mot créant son espace, son ordre, poursuivant un objectif défini, dont la norme tend à garantir l'effectivité. Cela peut se révéler difficile à atteindre, en présence de buts antinomiques. Cette oscillation entre protection guidée par l'humanisme et éviction en faveur d'impératifs économiques, constituent des obstacles à l'émergence d'un concept juridique de l'âge. L'ambiguïté du terme s'opposant à l'avènement d'un concept juridique, le critère de l'âge se contentera par défaut, de demeurer une notion. Cet « *objet de connaissance de ce qui existe déjà comme réalité intelligible* » connaît actuellement un grand bouleversement. Le vieillissement de la population et l'allongement de la durée de la vie génèrent diverses problématiques, en faveur de l'avènement d'une interrogation portant sur la place de l'âge dans la fin des relations professionnelles et plus précisément, sur son avenir.

[1] Un parallèle peut d'ailleurs être réalisé avec les conventions de l'OIT, évoquées en *supra*.n°12 et s.

PARTIE 2. LA PLACE DE L'ÂGE DANS LA FIN DES RELATIONS PROFESSIONNELLES

260. Le critère de l'âge est à la fois levier des polices de l'âge décidées par le législateur et instrument des principes généraux du droit façonnés par le juge. Ce curseur est amené à jouer un rôle non seulement lors de l'accès à la vie professionnelle, mais également lors de son terme. Contrairement à l'âge en réglementant l'accès, accordant la faculté à l'individu de pourvoir seul à ses besoins en exerçant une activité professionnelle, le fait de franchir un seuil d'âge déterminé octroie au travailleur, la faculté d'obtenir une pension remplaçant la perte du revenu d'activité.

Ce faisant, en admettant la fin de l'exercice d'une activité économique en raison du franchissement d'un seuil d'âge, le législateur accorde à l'âge, le rôle d'un élément conditionnant non seulement l'acquisition (à partir de 16 ans), mais aussi le maintien de l'indépendance économique de l'individu. Le critère de l'âge légal de la retraite constitue ainsi un instrument d'éviction des travailleurs suffisamment âgés pour demander la liquidation de leur pension de vieillesse. Dans le cadre d'une relation de travail subordonnée, cette éviction concerne les différents acteurs de la vie économique : le travailleur, l'employeur, les partenaires sociaux et l'État, plus précisément, la branche vieillesse de la sécurité sociale.

Le travailleur est le principal intéressé, car il décide de mettre un terme au financement principal de son autonomie, obtenue par le bénéfice de ses salaires en renonçant à la mise en œuvre de ses capacités professionnelles. En demandant la liquidation de sa pension, le travailleur obtient la qualité de pensionné, dont l'indépendance économique est essentiellement assurée par le versement de la pension, jusqu'aux termes de son existence[1].

Corrélativement, le travailleur en renonçant à la poursuite de la relation de travail, touche également l'employeur qui doit faire le deuil plus ou moins subi de ce départ[2].

Enfin, la branche vieillesse de la sécurité sociale, mais également les organismes de retraite complémentaire, sont concernés par cette demande de liquidation, car ce pensionné

[1] Et parfois même au-delà (pension de réversion).

[2] Dans certaines hypothèses, l'employeur peut faire de se libérer de salarié.

représente un nouveau bénéficiaire de la pension de vieillesse, dont le financement mensuel de l'indépendance économique devra être assuré.

261. La survenance d'un âge déterminé représente ainsi une forme de restriction dans le maintien de l'indépendance économique de l'individu. Ce constat suscite de nombreuses interrogations portant tant sur l'organisation de la poursuite de cette indépendance économique que sur la fixation du seuil d'âge à partir duquel l'autonomie économique du travailleur acquise par la mise en œuvre de sa force de travail peut être relayée par un financement reposant sur la solidarité intergénérationnelle.

Pour organiser cette solidarité, le législateur a recours au critère de l'âge. Mais cette protection collective face à ce risque de perte de l'indépendance économique liée à l'âge, ou plus précisément l'excès d'âge, connaît actuellement un trouble. Cette menace d'iniquité entre les générations, nécessite un examen précieux de la situation afin de garantir la perpétuation de la solidarité intergénérationnelle. Face à l'allongement de la période de vie pensionnée, la solution siège certainement dans une anticipation collective associant les travailleurs et les employeurs. Toutefois, cette solution amène à se poser la question de la détermination du seuil de la vieillesse chez le travailleur salarié, seuil qui conditionne l'accès à la retraite (TITRE 1).

Cette redéfinition du seuil d'âge de survenance de la vieillesse génère des effets sur l'opération de liquidation de la pension. Cela se traduit entre autres par un encadrement des décisions de départ en retraite, émanant tant de l'assuré qu'à l'initiative de son employeur. Le législateur promeut ainsi la poursuite de l'activité professionnelle, tout en conservant une certaine flexibilité de l'âge légal de la retraite, en maintenant par exemple les régimes dérogatoires au régime légal de pension. La prolongation de la durée de la vie active dépasse même ce seuil restreignant les demandes de liquidation de la pension. En instaurant des dispositifs permettant le maintien d'une activité au-delà de l'âge légal de la retraite, le législateur n'œuvre pas seulement dans la redéfinition de la vieillesse, mais plus généralement sur l'émergence d'un modèle de fin de carrière intégrant le vieillissement, opérant une conciliation entre la liquidation de la pension de vieillesse et la rupture de la vie active (TITRE 2).

Titre 1. LE SEUIL D'ÂGE DANS L'ACCÈS À LA RETRAITE

262. Préalablement, il convient de rappeler qu'il n'existe aucun âge à partir duquel un individu est contraint de quitter la vie active. Le législateur n'a pas édifié à l'image du seuil de la majorité légale, un seuil d'âge de cessation de la vie professionnelle.

Malgré tout, l'âge de la retraite est primordial en droit social, puisqu'il conditionne les demandes de liquidation de pension vieillesse. Ce seuil d'âge, fixé par le législateur, appartient plus spécifiquement à la branche sécurité sociale du droit, malgré le lien l'unissant au droit du travail. Pour saisir plus aisément le poids de ce critère alliant une dimension chronologique et physiologique au sein du droit de la sécurité sociale, il suffit de s'arrêter quelques instants sur les propos du Professeur Yves SAINT-JOURS[1]. L'auteur faisait part dans son ouvrage de la « *nécessité [pour cette branche du droit] de saisir les ressorts économiques, sociologiques et politiques* » afin d'être adapté aux différents régimes mis en place. Il est en effet « *aussi dynamique et vivant que le cycle de la vie humaine qu'il recouvre* ». Dans ce droit en perpétuel mouvement, nous envisagerons les dominantes.

Ce dynamisme, cette vitalité reconnue au droit de la sécurité sociale peut sembler difficile à distinguer en matière de protection contre le risque vieillesse. Pourtant, l'actualité dans la prise en charge de cette période du cycle de vie du travailleur est incontestable. Elle s'illustre entre autres par le report progressif de l'âge légal de la retraite dans les pensions de base. Le dynamisme de la prise en charge légale de la vieillesse transparaît à travers les efforts des législateurs pour réajuster l'âge de la retraite à l'allongement de l'espérance de vie. La modification des autres paramètres conditionnant les demandes de liquidation en constituent un autre aspect.

263. Ce dynamisme prend également corps à travers les débats actuellement en cours au sein de l'Assemblée nationale et du Sénat[2]. Car les régimes légaux de pension français et allemand sont en proie à un dilemme. Partagés entre l'impératif du pacte intergénérationnel et

[1] Les extraits suivants sont tirés de la préface du *Traité de Droit de la sécurité sociale*, Tome 1, Le droit de la sécurité sociale, LGDJ, 1980, p. VII.

[2] Des débats sont actuellement en cours à propos du projet de loi pour garantir l'avenir et la justice du système de retraite. Outre le dossier législatif disponible sur le site de ces deux institutions, v. aussi : C. WILLMANN, « Retraite : mesures d'ajustement ou réforme de fond ? », *Dr. soc.* 2013, p. 769 ; ROSSI E., « Réformes des retraites : des mesures tout en mesure », *Lexbase hebdo éd. sociale* du 5 septembre 2013, n°598.

le déséquilibre du ratio cotisants-pensionnés menaçant le niveau des cotisations ou celui des pensions, les législateurs envisagent et parfois optent pour une réforme d'ampleur du régime légal. Cette œuvre peut être complétée par une diversification des financements. Ce transfert de la charge de la vieillesse ne signifie pas pour autant l'abandon de la dimension collective, laquelle peut revêtir un aspect autre que la solidarité intergénérationnelle. En ces deux matières, le critère de l'âge conserve un rôle déterminant, car il contribue à la logique même du système de retraite (CHAPITRE 1).

Le renouveau de la vieillesse, en tant que synonyme de fin de la vie professionnelle, est une des autres manifestations du dynamisme de la branche vieillesse des régimes légaux. Connaissant actuellement une redéfinition de son terme, la dernière période du cycle professionnel fait l'objet d'un véritable travail, dont la dimension n'est pas uniquement nationale et commune aux États membres, mais également européenne. Ce renouveau suscite une interrogation pertinente relative à la détermination du seuil d'âge de la retraite (CHAPITRE 2).

Chapitre 1. Les fondements du seuil d'âge

264. Pour un individu, la survenance du risque vieillesse constitue une menace sur le maintien de son indépendance économique. Face à ce risque de perte de l'indépendance économique, les États ont édifié des protections collectives, financées par un ensemble collectif. L'Allemagne et la France ont ainsi en commun d'avoir adopté le système par répartition afin de prémunir leur population contre le risque vieillesse.

265. Pour désigner les systèmes édifiés, certains évoquent la notion d'étages[1] ou de piliers. L'Union européenne[2] a préféré la deuxième option. Le premier pilier[3] regroupe les

[1] Le site de l'assurance retraite française privilégie la théorie des étages pour présenter le système français. La retraite des salariés serait composée de deux, voire trois étages. Les deux étages concernent le régime de retraite de base et la retraite complémentaire. Le troisième étage serait constitué par l'épargne retraite collective ou individuelle .

Certains auteurs évoquent la notion de niveau de protection, écartant ainsi la « structure verticale « , assez peu fidèle à l'étendue de la couverture des différentes composantes ; O. KAUFMANN, « Les retraites professionnelles professionnelle d'entreprise dans la crise », *in Steuerung der betrieblichen Altersversorgung in Europa : garantierte Sicherheit ?Governance of Occupational Pensions in Europe : Guaranteed Security ?, Gouvernance des retraites professionnelles en Europe: Sécurité garantie?*, dir. O. KAUFMANN et S. HENNION, Springer-Verlag Heidelberg, 2011, p. 11.

[2] Très préoccupée par la question, la liste suivante n'est pas exhaustive, mais signalons not. : Déclaration du 7 décembre 2012 du Conseil relative à *l'Année européenne du vieillissement actif et de la solidarité intergénérationnelle (2012): La voie à suivre* (SOC 992/SAN 322) ; Rapport élaboré conjointement par la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'inclusion de la Commission européenne et le Comité de la protection sociale du 23 mai 2012, *Pension Adequacy in the European Union 2010-2050* ; *The 2012 Ageing Report: Underlying Assumptions and Projection Methodologies*, European Economy, 4/2011, European Union, 2011, 309 p. ; Livre blanc de la Commission Européenne, *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables*, COM 2012, 55 final ; Commission européenne, Livre vert, juillet 2010, *Vers des systèmes de retraites adéquats, viables et sûrs en Europe*, COM (2010), 365 ; Commission européenne, Livre vert du 10 juin 1997, *Les retraites complémentaires dans le marché unique*, COM (97) 283, non publié, p.1-5…

[3] A propos des piliers, il convient de préciser que de nombreuses définitions ont été apportées par des organisations internationales. La Banque mondiale a été la première à faire part de cette classification par piliers. Selon cette institution, trois piliers sont à distinguer. Le 1er pilier concerne le système public dont le financement peut être l'impôt ou les cotisations. Le 2ème pilier rassemble l'épargne vieillesse à gestion privée et par capitalisation et enfin, le 3ème et dernier pilier se rattache au démarche individuelle tendant à la constitution d'un

régimes légaux de retraite, dont le système repose sur la répartition, ce qui signifie que les pensions en cours sont financées par les cotisations des actifs. Les régimes complémentaires obligatoires français[1] font également partie de ce pilier. Il faut noter que leur gestion a été confiée à l'association générale des institutions de retraite des cadres (AGIRC) ou à l'association pour le régime de retraite complémentaire des salariés (ARRCO).

Le deuxième pilier désigne les régimes professionnels, obéissant en principe aux règles de la capitalisation. Dans un financement par capitalisation, les cotisations versées par l'employeur et le travailleur sont utilisées pour la pension future de ce même travailleur.

Enfin, le troisième pilier correspond aux démarches individuelles menées auprès d'un prestataire de service, aboutissant notamment à la conclusion d'un contrat d'assurance vie.

266. L'adoption d'une réforme d'envergure est encouragée par la Commission européenne comme le révèle son livre blanc intitulé « *[u]ne stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables* »[2]. Relevant l'effort entrepris par les législateurs des différents États membres[3], la Commission l'estime malgré tout insuffisant, soulignant l'impérieuse

---

capital privé (Banque Mondiale, *La crise du vieillissement : mesures destinées à protéger les personnes âgées et promouvoir la croissance*, 1994).

Le Bureau international du Travail a également forgé un autre modèle, comportant quatre piliers. Le 1er pilier est dédié à la lutte contre la pauvreté, le 2ème englobe les régimes obligatoires par répartition, le 3ème pilier intègre les régimes professionnels et classiquement, le dernier pilier concerne les démarches volontaires.

M. MARTINI, *Les retraites professionnelles*, Thèse droit, Paris II, 2011, n°25-29 ; M. QUEISSER, « La réforme des pensions de retraite et les organisations internationales : de la critique à la convergence », *Revue internationale de sécurité sociale* 1/2000, n°53, p.43 et s.

T. TAURAN, *JCl Protection sociale*, Fasc. n°436, Régime général : Assurance vieillesse, n°8-9 (not. le tableau récapitulatif).

[1] En 1998, les partenaires sociaux chargés de la gestion de l'ARRCO et de l'AGIRC, ont sollicité auprès des pouvoirs publics, une intégration volontaire dans le champ d'application du règlement applicable à l'époque, soit le règlement n°1408/71/CEE relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Ce faisant, ils ne demandaient que leur intégration au sein du premier pilier. Cela a été réalisé le 1er janvier 2000.

D. RAUX, « Les régimes ARRCO et AGIRC sont désormais soumis à la coordination européenne », *Sem. soc. Lamy* 2000, n°979 ; « Europe et ARRCO », *Sem. soc.Lamy* 1999, n°956.

[2] Livre blanc du 16 février 2012, *op.cit.*

[3] « *Ces dix dernières années les réformes des systèmes de retraite ont bien progressé. [Une majorité d'États membres a] adopté des réformes destinées à mettre les paramètres des systèmes en phase avec la viabilité budgétaire ou des réformes structurelles* », Livre blanc, *ibid.*, p.4.

nécessité de mettre en œuvre « *des réformes supplémentaires dans de nombreux cas* »[1]. Elle conseille de nouveaux ajustements en matière de dépenses, en imposant corrélativement la hausse du taux d'emploi et la productivité. La maîtrise budgétaire représentant un élément décisif du Pacte de stabilité et de croissance, la Commission rappelle la stratégie fixée par Conseil Européen de Stockholm en 2001, imposant notamment la réforme des systèmes de sécurité sociale.

267. Face à l'allongement de la période pensionnée, les législateurs multiplient les réformes du premier pilier[2], car l'objectif est de maintenir la solidarité organisant le financement de la vieillesse. Mais sans une réforme d'envergure, les variables d'ajustement trouvent rapidement leurs limites, plaçant la solidarité face à la vieillesse dans une délicate situation (SECTION 1). Aussi, étant donné que les relations de travail sont amenées à prendre fin en raison de l'âge du travailleur et que le niveau des pensions sera nécessairement affecté par les mesures au soutien de l'équité, la stratégie la plus opportune ne consisterait-elle pas à anticiper collectivement la survenance de la vieillesse? L'entreprise ne pourrait-elle pas représenter le terrain le plus favorable pour préparer sa vieillesse, à l'image des obligations légales s'imposant à l'employeur en matière de vieillissement ? Le législateur français s'est manifestement orienté vers cette voie à travers la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013[3] (SECTION 2).

Section 1 : La solidarité face à la vieillesse

268. À une certaine époque, la vieillesse constituait un risque[4], exposant le travailleur à une perte de salaire en raison de son âge élevé. Face à la vieillesse, une solidarité reposant sur l'idée d'un pacte liant les générations s'est progressivement imposée. C'est ainsi que naquit la

[1] Livre blanc, *ibid.*, p.4.

[2] Il faut préciser que le législateur allemand fait également la promotion du deuxième pilier, illustrée par la réforme Riester (v. *infra*, n°287et 288).

[3] Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* du 16 juin 2013, p. 9958.
De nombreux commentaires : v. not. les multiples contributions présentes dans le dossier spécial « *Loi relative à la sécurisation de l'emploi* », première et seconde partie de la revue *Dr. soc*. de septembre et d'octobre 2013.
Sem. soc. Lamy du 14 octobre 2013, n°1601, chronique de protection sociale d'entreprise (1ère partie) et n°1602 (2nde partie).

[4] v. *infra*, n°338 et s ., n°365 et s..

solidarité intergénérationnelle mettant en place un système fondé sur la répartition (§1). Mais cette solidarité est actuellement en proie à un nouveau tourment, l'allongement de la durée de la vie. Cet allongement de la période de la vie durant laquelle l'assuré peut bénéficier de sa pension, nouvelle positive en soi, représente toutefois une menace. Selon les dernières évolutions[1], le rapport démographique s'inscrit en défaveur de l'effectif des cotisants. La recherche du maintien de l'équité au sein des régimes fonctionnant par répartition est alors mise en œuvre. Elle génère des problématiques plus ou moins nouvelles, portant tant sur la détermination des mesures les plus opportunes pour parvenir à cet objectif que sur son contrôle. Indéniablement, le pacte intergénérationnel s'en trouvera affecté (§2).

§1. Le pacte intergénérationnel au soutien de l'indépendance économique des anciens

269. L'avancée en âge d'un individu produit des effets sur sa capacité professionnelle et concurremment, sur son autonomie économique. Simplement en raison de l'âge, les législateurs français et allemand ont élaboré un lien social original, unissant l'ensemble des générations en une chaîne perpétuelle, désignée sous le nom de pacte intergénérationnel. En érigeant cette protection collective face à un risque de la collectivité, les législateurs ont imposé la solidarité entre les générations (A) et le critère de l'âge est alors apparu comme un élément déterminant des rouages de ce pacte (B).

A. Une protection collective

270. La solidarité prend la forme d'une protection collective, réunissant un ensemble d'individus établi dans le champ d'application territorial ou personnel d'une législation déterminée. Cette protection collective contre un risque identifié, favorise la création et la conservation d'un lien social, unissant chaque membre de cet ensemble. L'origine de ce lien social se révèle importante dans le cadre de l'évolution de la saisie du risque vieillesse par le Droit, car sa source doit être prise en compte dans les orientations possibles offertes au législateur (1), puisque indéniablement, la solidarité intergénérationnelle au cœur du régime par répartition puise ses racines dans une doctrine spécifique, le solidarisme (2).

[1] v. *supra*, n°44 et s.

1. Le solidarisme, fondement du lien social

271. Communément, la solidarité désigne à la fois « *la dépendance mutuelle entre les hommes* », mais également le simple « *sentiment qui pousse les hommes à s'accorder une aide mutuelle* »[1]. La solidarité est une notion protéiforme[2], source de nombreux débats dès la fin du XIX[e] siècle, donnant même naissance à une doctrine spécifique, le solidarisme.

Au préalable, il convient de préciser que selon le philosophe et sociologue Emile DURKHEIM, la solidarité peut être mécanique ou organique[3]. La solidarité mécanique désigne « *la solidarité par similitude* », propre aux sociétés traditionnelles. Les individus sont alors « *peu différenciés les uns des autres, partagent les mêmes sentiments, obéissent aux mêmes croyances et adhèrent aux mêmes valeurs* »[4]. En revanche, la solidarité organique, spécifique aux sociétés modernes, se caractérise par une « *interdépendance des fonctions* », accordant à chaque individu, « *aussi différent soi[t]-il[…], une position sociale précise* ». La solidarité mécanique est ainsi une société où l'intégration de l'individu se fait seulement en raison de la similitude, tandis que dans la solidarité organique, l'individu est intégré, indépendamment de sa différence. Le lien social unissant les êtres est alors plus fort dans la seconde hypothèse.

272. La doctrine solidariste s'est inspirée de cette distinction[5]. Selon Léon BOURGEOIS, homme politique français du siècle dernier, la solidarité n'est que « *la résultante de deux forces longtemps étrangères l'une à l'autre : la méthode scientifique et l'idée morale* » [6]. Les avancées scientifiques ont en effet permis de redonner à l'homme son statut d'être vivant, en

[1] *Le petit Larousse.*

[2] Pour une étude exhaustive : M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993, p. 95-115.

[3] E. DURKHEIM (1893), *De la division du travail social*, Paris, Coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, PUF,8ème éd, 1967, Livre I, Chapitre VI, p. 161-176.

[4] S. PAUGAM, *Le lien social*, Que sais-je, 2013, p.8.

[5] L.-E. CAMAJI, *La personne dans la protection sociale, Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008, n°183-184.

[6] L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 3ème éd., Paris, Armand Colin, 1901, p. 21.

A propos du solidarisme : A. NIESS, Léon Bourgeois, juriste et ange de la paix, *Revue Parlement[s]*, 2009, n°11, p. 138-139 ; O. AMIEL, Le solidarisme, une doctrine juridique et politique française de Léon Bourgeois à la V[e] République, *Revue Parlement[s]*, 2009, n°11, p. 151-157.

le libérant des explications religieuses de l'existence de l'être humain, dont la vie même repose sur la solidarité des fonctions[1].

L'autre facteur de cette combinaison réside dans l'idée morale. Celle-ci fait directement référence aux aspirations d'une société humaine évoluée. Dans un état de nature, l'homme est en concurrence perpétuelle, afin de remporter la lutte pour sa propre survie journalière. L'auteur expliquait d'ailleurs que l'indifférence économique dont est adepte la doctrine libérale, « *n'est […] que la justification de la force ; [car] dans la libre lutte pour l'existence, le fort détruit le faible : c'est le spectacle que nous offre l'indifférence naturelle* ». L'auteur concluait en se demandant si cela correspondait à l'objectif de la société humaine[2]. Cette *concurrence vitale* ne permettait pas selon cet auteur de placer « *l'individu […] dans un état durable de prospérité, de sécurité, voire d'existence* » [3]. Ce n'est que par le biais de la loi de solidarité des actions individuelles que l'état de civilisation peut jaillir[4], permettant tant « *l'accroissement de la vie individuelle [que] l'accroissement de la vie sociale* »[5] . La construction de ce lien social impose la prise en considération « *de la nature et du but de la société humaine, des conditions dans lesquelles chacun y entre à son tour, des avantages communs dont le bénéfice lui sera assuré et des charges communes auxquelles il se trouvera soumis* »[6]. Ce faisant, le lien social aspire « *au développement de la liberté et la puissance de l'individu dans l'action commune, librement consentie par chacun* »[7] . C'est donc à travers un quasi-contrat social que cet auteur édifie la notion de lien social. Ce lien n'existe que grâce à la reconnaissance d'une dette de l'homme envers la société. Cette dette contractée du seul fait de la naissance, engage l'homme tant vers ses ancêtres que vers ses contemporains, voire

[1] La rupture de ce lien entre les fonctions vitales est tout simplement synonyme de la mort de l'être, qui sera rattaché à une nouvelle combinaison. C. GIDE, cité par L. BOURGEOIS, *op.cit*., p. 44-45.

[2] L. BOURGEOIS, *ibid*., p. 21 et p. 40-41.

[3] L. BOURGEOIS, *ibid*., p. 62.

[4] L. BOURGEOIS, *ibid*., p. 63-64.

[5] Léon Bourgeois (*ibid*., p. 64) cite alors le philosophe Alfred FOUILLÉE (*La science sociale contemporaine*, 2e éd., 1885, Paris, Hachette, p. 1-2). Ce philosophe a écrit que la caractéristique des sociétés antiques était la crainte d'une dépossession des richesses au profit d'un tiers et au détriment de celui qui y renonce. La société moderne serait quant à elle, marquée par la conscience de la transmission d'un héritage, dont l'organisation repose sur des lois morales déterminées et indispensables pour en assurer l'effectivité.

[6] L. BOURGEOIS, *op.cit*., p.94.

[7] L.BOURGEOIS, *ibid*., p. 96.

même au-delà, incluant ainsi les générations futures[1]. En effet, l'individu n'a pas seulement le droit de « *pren[dre] sa part dans un héritage accumulé par les ancêtres de lui- même et de tous* », il a en outre la charge de transmettre ce capital enrichi des fruits issus de son parcours de vie[2]. Ainsi, chaque génération a la charge d'accroître continuellement le bien commun issu de l'association des êtres, donnant naissance à la loi du contrat entre générations successives. Léon BOURGEOIS expliquait que « *tout homme au lendemain de sa naissance, en entrant en possession de cet état d'humanité meilleur que lui ont préparé ses ancêtres, contracte, à moins de faillir à la loi d'évolution qui est la loi même de sa vie et de la vie de son espèce, l'obligation de concourir, par son propre effet, non seulement au maintien de la civilisation dont il va prendre sa part, mais encore au développement ultérieur de cette civilisation* »[3]. La loi de l'évolution impose donc à l'individu d'œuvrer dans le sens non seulement de la conservation de l'héritage transmis, mais également dans son amélioration. À défaut, il sera qualifié de traître, par deux fois[4].

La doctrine solidariste faisait ainsi de la solidarité, un lien social reposant sur un collectif. Elle s'impose à l'individu du fait de sa seule appartenance à la civilisation humaine, faisant de lui tout à la fois le dépositaire et le débiteur du bien commun construit par ses ancêtres. Elle renvoie à l'existence d'une solidarité non seulement intergénérationnelle, liant les générations antérieures et futures, mais aussi intragénérationnelle, unissant l'individu à ses contemporains.

273. Cette doctrine s'est heurtée à celle défendue par Jean-Jacques ROUSSEAU. Au cours des développements dédiés à l'étude des fondements philosophiques de l'égalité[5], nous avons retenu que selon cet auteur, l'homme est naturellement bon à l'état de nature. Il a été perverti par la société moderne. Le désir de possession inspirant des pensées et des actes bien souvent belliqueux chez les individus, la force de l'homme mise en œuvre pour sa propre

---

[1] « *L'homme ne devient pas seulement le débiteur de ses contemporains ; dès le jour même de sa naissance, il est un obligé. L'homme naît débiteur de l'association humaine* », L. BOURGEOIS, *ibid*., p. 116.

[2] « *Chaque âge a ajouté quelque chose aux legs de l'âge précédent* », L. BOURGEOIS, *ibid*., p. 125.

[3] L. BOURGEOIS, *ibid*., p. 128.

[4] Pour illustrer ses propos, Léon BOURGEOIS cite (ibid., p. 129) un poète français, Sully PRUDHOMME (Veille n°9, la dignité, la justice in Justice, 1878) :

« *Traître à la descendance avant qu'elle ne respire,*

Car héritier du mieux, il lui laisse le pire,

Félon deux fois, à l'idéal ».

[5] v. *supra*, n°196 et s.

conservation atteint rapidement ses limites. « *Comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir et diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen pour se conserver que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert* » [1], donnant ainsi naissance au célèbre pacte social. Supplantant la liberté naturelle par une liberté conventionnelle, ce pacte impose « *une aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à la communauté* », aboutissant à la formation d'un corps moral et collectif, nommé notamment État. Cet état de société accorde aux individus la faculté de s'élever au-delà des limites de ses capacités et de se libérer de ses instincts[2]. Conséquemment, le lien social doit être appréhendé comme étant la résultante de cette association des volontés individuelles afin d'assurer sa propre conservation, voire même l'élévation de l'être humain. La dette ne peut être antérieure à l'individu, s'opposant ainsi à un quasi-contrat obéissant à la doctrine solidariste.

274. Ces doctrines bien que partant d'un postulat distinct à propos de l'état de nature, ont le mérite de se préoccuper de la notion de lien social ainsi que des éléments constitutifs de la solidarité. Au cœur de ce lien, siège un même impératif, celui de répondre aux besoins de sécurité de l'être, aussi bien économique que civile, dont la continuité peut être menacée par le jeu de la loi de l'évolution ou de la nouvelle loi de l'état de nature pervertie[3].

275. Il convient de préciser que pour certains, ce qui unit les hommes, ce sont simplement les échanges économiques afin de satisfaire les nécessités vitales. Cela correspond notamment à la pensée d'Adam SMITH[4], concevant le contrat social dans la réciprocité des échanges entre les individus. Hors de l'état de nature, l'homme a « *[d]ans une société civilisée, […] besoin à tout moment de l'assistance et du concours d'une multitude d'hommes […]. [...]*

---

[1] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Les classiques Hatier de la philosophie, 1999, Livre 1, chapitre VI, p. 20-21.

[2] « *Ce passage de l'état de nature à l'état civil produit dans l'homme un changement très remarquable, en substituant dans sa conduite la justice à l'instinct, et donnant à ses actions la moralité qui leur manquait avant. C'est alors seulement que la voix du devoir succédant à l'impulsion physique et le droit à l'appétit, l'homme qui jusque-là n'avait regardé que lui-même, se voit forcé d'agir sur d'autres principes, et de consulter sa raison avant d'écouter ses penchants* », J.-J. ROUSSEAU, *ibid.* , Livre I, chapitre VIII, p. 26.

[3] Ou pour parvenir à la société civilisée… V. *supra*., n°196 et s.

[4] A. SMITH, *La richesse des nations*, Collection Le Monde, Flammarion, Paris, 2009, p. 29-30.

l'homme a presque continuellement besoin du secours de ses semblables, et c'est en vain qu'il l'attendrait de leur seule bienveillance. Il sera bien plus sûr de réussir, s'il s'adresse à leur intérêt personnel et s'il leur persuade que leur propre avantage leur commande de faire ce qu'il souhaite d'eux. C'est ce que fait celui qui propose à un autre un marché quelconque; le sens de sa proposition est ceci : Donnez-moi ce dont j'ai besoin, et vous aurez de moi ce dont vous avez besoin vous-même; et la plus grande partie de ces bons offices qui nous sont si nécessaires, s'obtient de cette façon. Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière ou du boulanger, que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts. Nous ne nous adressons pas à leur humanité, mais à leur égoïsme; et ce n'est jamais de nos besoins que nous leur parlons, c'est toujours de leur avantage. […]La plus grande partie de ses besoins du moment se trouve satisfait comme ceux des autres hommes, par traité, par échange et par achat ».

276. Mais le lien social unissant les hommes ne peut se résumer aux simples échanges économiques. Il dépasse ces considérations, puisque c'est grâce à lui que la société atteint l'état de civilisation. Indéniablement, la doctrine solidariste a imprégné la sécurité sociale française et notamment le régime légal des pensions de vieillesse.

2. Le solidarisme, fondement de la protection de la vieillesse

277. La solidarité intergénérationnelle constitue en effet le fondement du système de sécurité sociale français, comme le rappelle l'article L. 111-1 du Code de la sécurité sociale[1] et plus fortement encore, son article L. 161-17 A[2] énonçant que « *La Nation réaffirme solennellement le choix de la retraite par répartition au cœur du pacte social qui unit les générations* ». Conformément à l'esprit du solidarisme, il existe un lien entre toutes les générations, toutes unies face à la nécessité de conserver l'indépendance économique des anciens.

[1] L'alinéa 1er énonce « *L'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale* ».

[2]Cet article a été inséré par la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010. Le principe avait toutefois déjà été affirmé par l'article 1er de la loi n°2003-775 du 21 août 2003.

Le projet de loi garantissant l'avenir et la justice des retraites, adopté en premier lecture par l'Assemblée nationale, le 15 octobre 2013, retient l'abrogation de cet article. Sa disposition serait insérée au sein de l'article 111-2-1 du Code de la sécurité sociale, par le biais d'un II. Disponible sur le site de l'Assemblée nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0223.asp

Ce n'est pas le fait de verser les cotisations, contribuant ainsi au financement du régime, qui permet le moment venu de bénéficier ultérieurement des prestations, mais c'est l'appartenance à la collectivité. Cette dernière suffit, comme l'énonce l'article L. 111-1 précité[1] et comme le prévoit le préambule de la Constitution de 1946, c'est la Nation, la collectivité qui a la charge de garantir « *la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* »[2]. Ce « *sens de l'appel à la collectivité* »[3] repose financièrement sur les épaules des travailleurs, mais comme le souligne Mme Laure-Emmanuelle CAMAJI[4], « *d'un point de vue juridique [c'est] la collectivité nationale qui assume par cette modalité (le prélèvement sur le revenu du travail) la protection sociale de l'ensemble de la population* ».

L'auteur explique d'ailleurs que la sécurité sociale s'appuie fondamentalement sur la dimension collective pour garantir des protections contre les risques relevant de sa compétence. Il s'agit en effet d'une « *protection de la collectivité par la collectivité* »[5].

278. La polysémie de la notion de solidarité existe également en droit de la sécurité sociale[6]. Elle peut être considérée comme une simple technique et dans cette hypothèse, appréhendée dans son sens faible, ce mécanisme d'interdépendance entre les membres illustre l'incarnation de la prise en charge socialisée des risques ou des besoins. Mais la solidarité s'élève aussi au rang de principe, comme le démontre le choix du législateur de placer en tête

---

[1] L'alinéa 2 énonce que « [la solidarité nationale] *garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité, de paternité et les charges de famille* ».

Cela fait d'ailleurs l'objet d'une étude approfondie dans la thèse de Mme Laure-Emmanuelle CAMAJI, *la personne dans la protection sociale, op.cit.*, p. 89-117.

[2] L'alinéa 11 du préambule dispose qu'« *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

Pour une analyse détaillée, Cf. Laure CAMAJI, *ibid.*, p. 98-99 (n°166 *spéc*).

Sur l'alinéa 11 : X. PRETOT, « Alinéa 11 », in G. CONAC, X. PRETOT, G. TEBOUL, *Le préambule de la Constitution de 1946*, Dalloz Coll. Thèmes et commentaires, 2001, p.262-282 (not. p.272).

[3] Expression empruntée à Mme Laure-Emmanuelle CAMAJI, *op.cit.*, p.98.

[4] L.-E. CAMAJI, *ibid.*, p.99.

[5] L.-E. CAMAJI, *ibid.*, p.89-100, n°149-168.

[6] L.-E. CAMAJI, *ibid.*, p.108-109 (n°188-189).

du Code de la sécurité sociale ou des lois, revêtant les habits du sens fort, ceux du principe-règle[1].

En matière de retraite, la solidarité inclut également[2] celle existant face aux aléas de la carrière, permettant d'admettre la reconnaissance de trimestres assimilés. La solidarité peut existe en outre entre les régimes de pension, via le mécanisme de la compensation inter-régime[3], ce qui constitue un moyen de pallier au déficit démographique de l'un des régimes. La solidarité se matérialise à travers la collectivité nationale, par la collecte d'impôts et taxes diverses. En matière de retraite, le recours à la solidarité est utilisé afin de financer le minimum vieillesse, la validation des périodes assimilées ainsi que les majorations versées au titre de l'éducation des enfants ou du conjoint à charge. De multiples financements[4] sont recueillis par le Fonds de solidarité vieillesse[5], dont notamment la contribution sociale généralisée.

Mais la première des solidarités au sens de celle communément admise en matière de retraite, reste la solidarité intergénérationnelle. Elle est au cœur du système par répartition adoptée par la sécurité sociale. Le législateur allemand fut le premier à la substituer à la technique par capitalisation, aux lendemains de la 1ère Guerre Mondiale. L'inflation avait ruiné le patrimoine constitué[6] et l'impérieuse nécessité de verser les prestations sans recourir

---

[1] C'est ainsi comme l'explique Mme Laure-Emmanuelle CAMAJI, que le choix de la retraite par répartition fait de la solidarité, « *une norme qui a vocation à surplomber l'ensemble des dispositions du Code de la sécurité sociale et des lois qu'elle chapeaute* », *préc*., p.111 (n°193).

[2] J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17ème éd., 2011, n°778, p.571-572 ; COR, *Retraites : fiches pour l'information et le débat*, mai 2013, Fiche n°10, Les droits à la retraite au titre de la solidarité et au décès du conjoint.

[3] J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *op.cit*., n°778.

[4] Dont des transferts de la Caisse Nationales des Allocations familiales (pour les majorations de pensions pour enfants), d'un prélèvement sur les revenus des capitaux, d'une partie de la contribution sociale de solidarité des sociétés à laquelle s'ajoute une contribution additionnelle etc…. Source : site du Fonds de Solidarité Vieillesse, http://www.fsv.fr

[5] Créé en 1993, par la loi n°93-936 du 22 juillet 1993 relative aux pensions de retraite et à la sauvegarde de la protection sociale, *JORF* du 23 juillet 1993, p.10374 ; R. RUELLAN, « Retraites : l'impossible réforme est-elle achevée ? », *Dr. soc.* 1993, p. 911-929 ; J.-F. CHADELAT, « Le Fonds de solidarité vieillesse », *Dr. soc*. 1994, p. 727-733 ; P. CHENILLET et F. KESSLER, « Retraites : entre la réforme de structure et replâtrage », *RDSS* 1994, p. 167-178.

[6] Constitué essentiellement d'emprunts de guerre. D. ZÖLLNER, « La République fédérale d'Allemagne », *in Un siècle de sécurité sociale, 1881-1981, op.cit.,*.70-71.

à une hausse des cotisations imposa la mise en œuvre de la technique par répartition de manière officieuse. Son adoption officielle n'eut lieu qu'en 1957[1].

Après une première expérience de la répartition sous le régime de Vichy[2], c'est par le biais de l'ordonnance du 4 octobre 1945 que fût mis en place le système par répartition en France. Le financement de ce système repose sur trois sources, les cotisations des travailleurs, celles des employeurs et des subventions publiques. Ainsi, « *les cotisations versées par les actifs sont immédiatement affectées au financement des pensions des retraités* »[3].

279. C'est d'ailleurs la même logique qui guide la solidarité allemande. Bien que cela ne soit pas expressément énoncé dans le *Sozialgesetzbuch*, ni dans la partie consacrée aux dispositions générales (S.G.B. I) ou celle dédiée aux pensions (S.G.B. VI), la Loi fondamentale fait référence à la dimension sociale de l'État[4]. Le défaut de cette mention expresse à la solidarité entre les générations finançant les régimes de pension et ses bénéficiaires n'est point une lacune législative, car c'est la Loi fondamentale qui impose à l'État, en tant que Nation, de garantir cette solidarité notamment par la mise en œuvre des réformes nécessaires[5].

280. Cette solidarité prend appui sur le rapport entre les cotisants et les pensionnés, car les bénéficiaires des prestations de retraite ne peuvent en obtenir le versement qu'en raison des cotisations de la population active relevant du champ d'application du régime. Désigné couramment comme étant le « contrat *entre les générations* », le lien unissant les générations n'est pas véritablement contractuel, comme le souligne le Professeur Alain SUPIOT. Cela correspond davantage à un échange entre les générations, constitué par un « *enchaînement*

---

[1] D. ZÖLLNER, *préc.*

[2] L'article 9 §1 de la loi du 14 mars 1941 énonçait « *les retraites et les pensions vieillesse des assurances sociales sont constituées sous le régime de la répartition* ». P. LECLERC, dir. M. LAGRAVE, « La protection sociale sous Vichy », *in Histoire de la sécurité sociale, Tome II, 1870-1945*, Association pour l'étude de l'Histoire de la sécurité sociale, Paris, 1996, *op.cit.*, p.692-699, spéc. p. 697 ; Ph.-J. HESSE, J.-P. LE CROM, *La protection sociale en France sous le régime de Vichy*, Presse Université de Rennes, mai 2001, p. 66-74.

[3] A. EUZÉBY, « Protection sociale et économie nationale », *Dr. Soc*. 1984, p. 199 ; J.-P. CHAUCHARD, *Droit de la sécurité sociale*, *op.cit.*, n°449-471, p. 361-384.

[4] Art. 20 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)* du 23 mai 1949: « la République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social », soit en langue allemande : « *Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat* ».

[5] V. *Sozialstaatsprinzip* (principe d'État social), O. KAUFMANN, *Wörterbuch..., op.cit.,* p. 196.

archaïque des obligations de donner, de recevoir et de rendre »[1]. L'archaïsme de cet échange est dû à son fonctionnement même, reposant sur une certaine interprétation du modèle de la transmission de la vie. M. le Professeur Alain SUPIOT dit en effet qu'« *À la chaîne des créances et des dettes à l'œuvre dans la filiation (recevoir la vie de la génération précédente, la donner à la génération suivante, et en la donnant, la rendre à la génération précédente), la retraite par répartition fait correspondre une chaîne en sens inverse : donner pour la génération précédente, recevoir de la génération suivante qui rend ainsi ce qui a été donné* »[2].

M. Alfred SAUVY le résumait ainsi « *C'est l'effort des adultes qui nourrit, habille, chauffe la population âgée* »[3] faisant de la retraite par répartition, une chaîne inversée de la transmission de la vie. Cela renvoie à l'une des idées du sociologue Marcel MAUSS, énonçant « *que l'on doit rendre ce qu'on a reçu, et que le fait de rendre [permet] de recevoir à son tour* »[4]. Cette réciprocité indirecte[5] est contraignante, car elle lie les générations dans la

---

[1] A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Ed. du Seuil, 2005, p. 149.

Pour d'autres, la retraite repose sur la capitalisation humaine. Partant de la relation unissant le créancier et son débiteur, l'auteur explique que la société procure un ensemble de capacités physiques, intellectuelles et relationnelles à l'individu, lui permettant ensuite de s'insérer professionnellement. Il a ainsi une dette envers la société, ce qui fera de lui un débiteur, qualité dont il se libérera par son travail (cotisations). Le problème réside en ce que les organismes de retraite, en contrepartie de ces droits sur le capital humain, « *laisse croire […] que le […] droit à la retraite [est] la contrepartie de leurs cotisations vieillesse ; et que les impôts et cotisations « famille » ne servent à rien en la matière* », J. BICHOT et N. EPARVIER, « Les retraites à la lumière des compensations démographiques », *Dr. soc*. 1986, p. 345-353 (*spéc*. p. 350-351).

[2] A. SUPIOT, *préc.*, p. 149-150. Dans un essai ultérieur, l'auteur explique que pour désigner ce lien unissant les générations, il ne faudrait pas employer le terme de contrat, car « *les générations ne sont pas des sujets de droit susceptibles de passer contrat et celles à venir sont déjà liées par le système avant même d'être venues au monde* ». Imaginer que les régimes par répartition se reposent sur un contrat entre les générations, n'est pas seulement « *une erreur […], mais une profonde incompréhension de la nature de ces institutions* » ; A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Ed. du Seuil, janvier 2010, p. 161.

[3] A. SAUVY, *Revue Française du Travail*, 1946, 203. Cité par Paul DURAND, *op.cit*., p.166.

[4] Citation reprise par Jean-Baptiste de FOUCAULD, in *Retraites: équité et solidarité entre les générations*, Colloque du COR, du 23 novembre 2006, La Documentation française, Paris, 2007, p.10.

[5] Comme le résumait le philosophe John RAWLS, cela consiste « *pour une génération, de suivre le principe adopté par la génération précédente, en escomptant que la génération suivante l'applique également* ». Cité par A. MASSON, L'équité intergénérationnelle : un concept opérationnel ?, in *Retraites: équité et solidarité entre les générations*, *op.cit..*, p. 22.

poursuite de ce pacte[1]. La mise en œuvre d'une réciprocité ascendante garantissant le financement des pensions versées s'accompagne d'une réciprocité indirecte descendante, assurant l'éducation et le développement des capacités du futur travailleur cotisant[2]. La définition de la dette sociale chère à Léon BOURGEOIS, se trouve ainsi confortée. Le débiteur n'a d'autres choix que de participer au financement de cette chaîne dont il a bénéficié des fruits lors de son enfance, pour espérer le temps venu, obtenir une vieillesse financée.

B. L'âge dans l'organisation de la solidarité

281. Le financement de la branche vieillesse de la sécurité sociale peut s'effectuer par le biais soit de la répartition, soit de la capitalisation.

Au préalable, précisons la notion de répartition. La référence en la matière[3] énonce qu'il s'agit d'« *un système de financement des institutions de sécurité sociale, en particulier du régime de retraites, dans lequel […] les prestations servies aux membres inactifs du groupe ne sont que le produit de la division des cotisations versées par les membres actifs de celui-ci* » .

La capitalisation est une « *technique pouvant être utilisée en matière de sécurité sociale […] et consistant à déposer les cotisations versées par chaque assuré (ou par son employeur) à un compte ouvert à son nom afin de constituer, avec ses sommes et les intérêts produits, un capital qui sera le moment venu transformé en pension* ».

En fonction du système de financement retenu, le rôle de l'âge s'avère plus ou moins prononcé. Dans le cadre d'un régime de retraite reposant sur la répartition, le critère de l'âge joue un rôle important dans l'organisation du pacte intergénérationnel, en déterminant les différents protagonistes (1). En revanche, dans le cadre d'un régime de retraite ayant recours à la capitalisation, nulle trace de solidarité, aussi l'âge remplit une autre fonction (2).

[1] Elle maintient sous son emprise, trois générations, celle qui donne pour les aînés et qui le temps venu, recevra de la génération lui succédant. L'économiste André MASSON compare ce lien à une chaîne de l'amitié et une chaîne de prison, diffusant concurremment l'amour et la générosité, mais aussi domination et coercition. A. MASSON, « L'équité intergénérationnelle : un concept opérationnel ? », *préc.*, p. 13.

[2] Complémentarité soulignée par André MASSON, *préc*., p.22 ; A propos de la traduction financière du cycle de vie : J. BICHOT, « Fonder un autre système de sécurité sociale sur un nouveau principe de justice commutative », *Dr. soc*. 1982, p. 658-659.

[3] G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* v° Répartition, v° Capitalisation.

1. L'âge au soutien de la solidarité

282. Dans le cadre du pacte intergénérationnel, le critère de l'âge a un double rôle.

En premier lieu, il constitue un seuil d'âge conditionnant et limitant les demandes de liquidation de la pension. La demande de liquidation de la pension en raison de la vieillesse ne peut s'effectuer que si le travailleur satisfait une condition d'âge.

En second lieu, ce critère participe concurremment à la détermination des populations cotisantes (travailleurs actifs) et les pensionnés. Il définit ainsi les acteurs des rouages de la solidarité. Il convient toutefois de préciser que le fait d'atteindre le seuil d'âge d'ouverture des droits ou le seuil d'âge légal de la retraite n'entraîne pas automatiquement le basculement dans le régime de pensionnés. De même, le fait d'être pensionné ne signifie pas pour autant échapper aux cotisations. En effet, dans le cadre du dispositif cumul emploi-retraite français, le pensionné qui cumule pension et revenu d'activité, est soumis à l'obligation de cotisation sans que cela n'affecte le niveau de sa pension définitivement liquidé.

En raison de la solidarité intergénérationnelle, la détermination de la population active cotisante est d'une importance non négligeable, car la présence d'un déséquilibre dans le rapport entre les cotisants (ceux qui financent le régime de pension) et les pensionnés (bénéficiaires en raison de leur âge) a des effets sur le montant des cotisations ou des pensions. Et bien que la France se distingue de l'Allemagne en raison de l'existence d'un double seuil d'âge[1] permettant à l'individu de demander la liquidation de sa retraite et pas nécessairement à taux plein, ces seuils constituent une restriction ayant pour objet d'encadrer les demandes.

2. L'âge dans la capitalisation

283. Le système par capitalisation repose sur le fait que « *chaque assuré cotise pour sa propre pension de retraite* »[2]. La solidarité entre les générations est conséquemment absente de ce système. En revanche, le critère de l'âge a toujours vocation à jouer un rôle. En effet, la

[1] v. *infra*, n°353 et s.

[2] A. EUZÉBY, *op.cit.* ; T. TAURAN, *JCl Protection sociale Traité*, Fasc. n°436, Régime général : assurance vieillesse-généralités, n°20-22.

Citons également les articles (3 parties) sur les différents dispositifs existants d'Alice PEZARD, « La retraite par capitalisation », *LPA* du 9-10-11 février 2000, n°28, n°29 et n°30 ; V. TOUZÉ, « Quelle place pour la retraite par capitalisation en France ? », *Revue Banque* du 1er juin 2013, p. 20-22.

fixation d'un seuil d'âge à partir duquel la liquidation de la pension s'impose, car c'est une condition à remplir pour l'assuré désireux de liquider sa pension. Aussi, la détermination de l'âge à partir duquel la liquidation de la pension a toujours été source de polémiques. Songeons par exemple à l'âge retenu par la loi relative aux retraites ouvrières et paysannes en 1910. L'âge s'élevait alors 65 ans. Le système retenu était celui de la capitalisation, ce qui signifiait que les cotisations du salarié, celles de l'employeur versées sur un compte individuel ouvert auprès d'une caisse constituaient un capital bonifié par un taux d'intérêt des placements déterminé par cette même caisse et « *provisoirement d'après la table de mortalité de la caisse nationale des retraites pour la vieillesse* »[1] .

Les sommes recueillies faisaient l'objet de divers placements[2] gérés par la caisse des dépôts et consignations, notamment en valeurs de l'État, en prêts aux départements, communes, colonies (…), voire même dans l'acquisition de terrains non cultivés à reboiser et sous certaines conditions en prêts hypothécaires sur des habitations ouvrières….

Le travailleur légalement assujetti à ces cotisations obligatoires (en raison du montant de ses revenus annuels inférieurs au plafond) ne pouvait augmenter sa future pension qu'en différant le moment où sa pension était liquidée. Une demande de liquidation anticipée affectait corrélativement le montant de la rente, puisque cela signifiait moins de cotisations et corrélativement un capital moins élevé, tout en déclenchant une sanction pécuniaire de l'État, par une diminution du montant de sa contribution[3].

Dans le système par capitalisation, le critère de l'âge représente simplement une condition à remplir pour obtenir la liquidation de la pension. Cela a constitué la première voie choisie par les régimes de pensions élaborés en France en 1910. L'âge fixé à l'époque avait suscité des protestations, portant notamment sur la faible chance de parvenir à ce seuil[4]. Cette technique a également été privilégiée par le chancelier BISMARCK, dès 1889, en faveur des travailleurs[5]. Celle-ci fut ensuite écartée, pour privilégier la voie de la répartition[6].

---

[1] Article 12 de la loi n°10/04 du 5 avril 1910, *op.cit.*

[2] Article 15 de la loi n°10/04 du 5 avril 1910, *préc.*

[3] Article 4 de la loi n°10/04 du 5 avril 1910, *préc.*

[4] Il suffit simplement de rappeler les critiques de la C.G.T. désignant la loi sur les retraites ouvrières et paysannes comme étant une retraite pour les morts.

[5] D. ZÖLLNER, *op.cit.*, p. 49.

Le régime mis en place était professionnel, dédié aux ouvriers dont les revenus n'excédaient pas un certain plafond. Un régime de pension concernant spécifiquement les employés fut par la suite créé.

[6] v. *supra*, n°282.

Malgré une opposition courante au système fonctionnant par répartition, leur complémentarité s'impose progressivement dans les faits. Il en est ainsi du régime des retraites complémentaires allemandes[1].

283 bis. Le critère de l'âge joue donc un rôle différent en fonction du système choisi. Il obéit alors à des logiques qui lui sont propres, pouvant unir dans un même ensemble les individus ou isoler les êtres et les laisser seuls face à leur destin.

Dans un système par répartition, chaque génération est intimement persuadée du lien entre cotisation et prestation, reposant sur l'idée du « *je cotise, j'ai droit*[2] ». Pourtant, la force de ce système des régimes légaux de retraite réside dans la confiance dans la pérennité même du régime. C'est cette confiance qui garantit, que le moment venu, l'assuré pourra bénéficier de prestations financées par la génération en activité et qui signifie simplement que lui aussi, bénéficiera de la solidarité. Or, le système par répartition repose sur un certain équilibre entre les cotisants et les pensionnés, pouvant être bouleversé par l'allongement de la durée de vie en situation de retraite, mais aussi par la hausse des effectifs des pensionnés[3]. C'est dans ce contexte que surgissent les notions d'équité et d'égalité dans le pacte intergénérationnel.

§2. Le pacte intergénérationnel face à l'allongement de la durée de la vie des pensionnés

284. Le 18 septembre 2013, le projet de loi n°1376 garantissant l'avenir et la justice des retraites a été enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale. Ce projet présenté au nom du Premier ministre par le Ministre des affaires sociales et de la santé a pour objectif de « *rétablir la confiance dans l'avenir de notre système de retraite* »[4]. Pour ce faire, il propose

[1] v. *infra*, n°303 et s.

[2] « *Chacune doit être persuadée que la condition nécessaire pour recevoir une pension est d'en verser d'abord une à la précédente (sans échappatoire possible) … et qu'il en est de même pour toutes les générations à venir* », A. MASSON, *L'équité intergénérationnelle…*, *op.cit.*, p. 22.

[3] A. EUZÉBY, *op.cit.*, p.199.

[4] A propos du contexte : Rapport pour la Commission pour l'avenir des retraites, *Nos retraites demain : équilibre financier et justice*, prés. par Y. MOREAU, La Documentation française, juin 2013, 197 p. ; Conseil d'Orientation des retraites (COR), *Retraites : un état des lieux du système*, La Documentation française, janvier 2013, 174 p. ; (COR) *Retraite perspective 2020-2040-2060*, 11e rapport du COR, La Documentation française, décembre 2012, 148 p. ; Consolidé par *Compléments aux perspectives de régimes de retraite en 2020, 2040 et*

une réforme structurelle, guidée par trois orientations spécifiques. Il s'agit ainsi de prendre en considération la « *réalité incontournable qu'est l'allongement de l'espérance de vie dans notre société* », de « *partage[r] équitablement les efforts entre toutes les mains* » et d' « *accorde[r] enfin à certaines catégories de travailleurs les droits qui leur avaient été refusés lors des précédentes réformes* ». Le texte a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, le 15 octobre 2013, contient diverses mesures tendant à la réalisation des objectifs fixés. Parmi les mesures retenues, il y a notamment la hausse du nombre de trimestres, une hausse du taux de cotisations, le report de la revalorisation des pensions liquidées de quelques mois…Ce faisant, le gouvernement ambitionne d'actionner certains leviers pour rétablir la confiance. Le problème réside dans le rejet du texte en première lecture par le Sénat[1]. Une Commission mixte paritaire devrait prochainement se réunir.

Le déséquilibre du rapport entre les cotisants et les pensionnés peut constituer une menace sur l'existence même du lien social unissant les générations[2]. Pour conserver et faire perdurer ce pacte intergénérationnel, les législateurs ont toujours actionné différents leviers, dont notamment l'âge. Le rôle essentiel du critère de l'âge en faveur du maintien de la solidarité est alors révélé.

Ces mesures sont dites paramétriques, car elles ne font que modifier par petites touches successives, les conditions encadrant la liquidation de la pension en incorporant l'allongement de l'espérance de vie (A). Malgré les différentes mesures adoptées, celles-ci apparaissent insuffisantes aux yeux de la Commission Européenne. Il fut un temps où le législateur français avait pour ambition de mettre en œuvre d'une réforme plus profonde du régime de pension légal. Le changement de majorité a manifestement mis un terme à cette éventualité (B).

A. Des réajustements paramétriques au soutien de la solidarité

285. Le risque dans un système par répartition réside dans le déséquilibre pouvant exister entre les générations cotisantes et bénéficiaires des prestations. Par le passé, cela s'est déjà produit en défaveur des pensionnés. Lors de l'instauration du régime de pension de base en

2060 : les projections régime par régime, réunion du Conseil du COR, du 26 mars 2013, disponible sur le site du COR.

[1] Seuls quatre textes ont été adoptés.

[2] A. MASSON, « Les transferts entre les générations : transferts publics et privés entre les générations », *Futuribles* Mars 2013, p. 20-22.

1945, le besoin de main d'œuvre dans un État français en reconstruction était conséquent au point de requérir le développement de l'immigration. En outre, face à une population vieillissante, l'essor de la natalité a été privilégié, ce qui a justifié la création de la branche famille au sein de la sécurité sociale. C'est ainsi que le risque vieillesse fût encadré, afin de ne faire point peser le fardeau d'une population inactive sur les épaules des travailleurs adultes[1]. Cette crainte a justifié les diverses conditions restreignant la liquidation de la pension à taux plein, telles que le choix du seuil d'âge de 65 ans, la limite des 40% du salaire de référence, l'exigence des 30 années de cotisations.

Le déséquilibre dans le financement des pensions est de nature à bouleverser l'égalité entre les générations, pouvant porter sur l'effort des cotisants ou le sacrifice des pensionnés. Pour accroître le financement et donc conserver le niveau des pensions versées, le législateur peut décider d'augmenter les taux de cotisations. Il peut également retenir la diminution du taux de remplacement des revenus d'activité ou du niveau des pensions afin de ne pas peser une charge déraisonnable sur les épaules des actifs[2]. Le législateur allemand a été très tôt sensible à ces questions, dès 1989. Ce n'est que plus tardivement que le législateur français s'est emparé de ces problématiques.

Diverses mesures ont été adoptées organisant notamment le relèvement des seuils d'âge de liquidation de la pension. Mais ces modifications par petites touches successives concernent en outre, le taux de remplacement du salaire (1), l'encadrement de l'indexation des pensions (2) et l'augmentation de la durée d'assurance de l'effort contributif pour obtenir une pension vieillesse à taux plein(3).

---

[1] P. LAROQUE, « De l'assurance à la sécurité sociale : l'expérience française », *Revue Internationale du Travail*, 1948, 57, p.628-630 ; Cité par N. KERSCHEN, « L'influence du rapport Beveridge sur le plan de sécurité sociale de 1945 », *Revue française de Science politique*, 1995, VoL. 45, n°4, p. 577 ; V. aussi, A. BARJOT, *La sécurité sociale, son histoire à travers les textes, Tome 3*, Comité d'histoire de la sécurité sociale, 1998, p. 59 et p. 697.

[2] C.O.R., *Retraites : équité et solidarité…., op. cit.*, p. 6 ; *Nos retraites demain : équilibre financier et justice*, prés. par Y. MOREAU, juin 2013, La Documentation française, 2013.

1. Un taux de remplacement du salaire en baisse

286. Outre les mesures tenant au relèvement de l'âge légal de la retraite[1], le législateur allemand a retenu la diminution du taux de remplacement du salaire net garanti[2]. En 1989, le niveau minimum de taux de remplacement s'élevait à 70% du dernier salaire net moyen après imposition pour un travailleur comptabilisant 45 ans d'assurance. En 1997, le législateur y mit un terme pour lui substituer une diminution progressive qui aurait atteint les 64% entre 2010 et 2030. De nos jours, le plancher du taux de remplacement retenu se fonde sur le salaire net moyen avant imposition[3] et la tendance dessinée en 1997 s'est accentuée. Le montant de la pension en sera sérieusement affecté, puisqu'en 2020, le plancher de remplacement net après imposition s'élèverait à 55% (soit 42,8% avant imposition). Or, en 2004, il était de 70% (soit 53% avant imposition)[4]. Des ressources complémentaires s'avèreront indispensables pour maintenir un niveau de pension suffisant[5].

2. L'encadrement de l'indexation des pensions

287. Une des autres options pour encadrer le niveau des pensions, consiste notamment à réviser les modalités d'indexation des pensions. Cette voie a été privilégiée par le législateur allemand, qui pour empêcher le montant des pensions de baisser a introduit l'élément Riester et le facteur de la viabilité[6] .

---

[1] Cela fera l'objet de développements spécifiques portant sur la détermination légale du seuil de la vieillesse, v. *infra*, n°367 et s.

[2]COR, *Retraites état des lieux…, op.cit.,* p. 90-95 ; F. CHARPENTIER, *Les retraites en France et dans le monde : Nouvelles problématiques*, Economica 2009, p.165 ; Rapport d'information n°673, *Les retraites en Allemagne : des enseignements à tirer ?*, A. VASSELLE, C. DEMONTÈS et A. LARDEUX, au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale et de la commission des affaires sociales, juillet 2010, disponible sur le site du Sénat : http://www.senat.fr/notice-rapport/2009/r09-673-notice.html

[3]Rapport d'information n°673, *ibid* (notamment le I-D-1, relatif à la diminution des pensions).

[4] Rapport d'information n°673, *ibid.*

[5] O. KAUFMANN, « Les retraites professionnelles d'entreprise en Allemagne », *in Gouvernance des retraites professionnelles…, op.cit.*, p. 190.

[6] §68 SGB VI. Sur le facteur Riester : § 68 Abs. 3 et à propos du facteur viabilité : §68 Abs. 4
Rapport d'information n°673, *ibid.*, not. I.B relatif aux mécanismes automatiques de maîtrise des dépenses.

Depuis 2001[1], la revalorisation des pensions s'effectue en fonction de l'évolution du salaire brut moyen. Pour atténuer sa progression, le législateur s'est appuyé sur la réforme Riester, instauré en 2001. Il prend en compte à la fois l'évolution des cotisations et celle des contributions des assurés auprès d'institutions de prévoyance facultatives, lesquels peuvent décider d'y placer une fraction de leur salaire. Ce facteur a pour objectif de promouvoir les placements individuels et permettre de mettre fin, voire de réduire, la hausse des cotisations finançant le régime légal de base. Le législateur avait fixé un calendrier entre 2003 et 2012, fixant dans un premier temps le taux de contribution individuel à 0,5% et finalement à 4%[2] du salaire brut. Naturellement, la hausse de ce taux affecte le niveau de la pension légale, puisque l'objectif consiste à promouvoir le poids des régimes complémentaires. Ces diminutions ne concernent que les personnes ayant choisi une retraite Riester.

En 2005[3], un autre facteur a été institué, celui de la viabilité (*Nachhaltigkeitsfaktor*)[4]. Il repose sur le ratio démographique. Ce facteur a pour objectif d'adapter le niveau des pensions en fonction du rapport de dépendance, qui s'appuie sur le rapport entre les retraités et les cotisants. Tout déséquilibre affectera nécessairement la revalorisation des pensions et donc leur montant.

288. En France, l'indexation des pensions a également fait l'objet d'une modification par le législateur en 1993. L'abandon de l'indexation sur les salaires a été retenu pour lui préférer celle sur les prix[5]. Cela signifie que lors de la demande de liquidation de la pension, il faut

[1] O. KAUFMANN, « Réforme des retraites complémentaires : l'interdépendance des retraites de base et des retraites complémentaires », in Chronique Protection sociale d'entreprise, *JCP E* 2007, 2530, (spéc. n°6) ; Du même auteur, *Sem. soc. Lamy*, du 21 mai 2001, n°1029, « La réforme des retraites en Allemagne » ; et aussi : « La structure du système allemand de protection sociale », *Folio* juin 2013, n°13, p. 13.

[2] Postérieurement à 2012, aucun taux n'a été arrêté. R. WALTERMANN, *Sozialrecht*, 9 Auflage, CF. Müller Schwerpunktbereich, 2011, München, p. 183-184, n°379.

[3] Loi sur la consolidation des bases de financement durable de l'assurance pension (*Gesetz zur Sicherung der nachhaltigen Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung*) du 21 juillet 2004 (*BGBl*, I, 1791); O. KAUFMANN, « Réforme des retraites complémentaires », *op.cit*., n°6.

[4] Appelé également facteur de soutenabilité, incluant parmi les cotisants, les personnes en situation de chômage. Dans l'hypothèse d'un rapport démographique en défaveur des actifs, la valorisation de la pension sera inférieur à l'évolution du salaire moyen, ce qui n'est pas le cas actuellement. L'effectif des actifs est en effet supérieur à celui des pensionnés.

COR, « Les mécanismes de stabilisation automatique », Dossier du participant, Fiche 4, in *Les systèmes de retraite face à la crise en France et à l'étranger*, La Documentation française, 2009, p.118

[5] En droit positif, cela renvoie aux articles L. 351-11 et L. 161-23-1 du Code de la sécurité sociale.

prendre en compte un salaire de référence des 25 meilleures années. Or, lors de la demande, ce salaire de l'une des 25 meilleures années peut se révéler particulièrement faible par rapport au niveau de salaire actuellement versé. Deux modes de revalorisation des salaires sont possibles, soit en fonction de l'évolution du salaire moyen, soit en fonction de l'évolution des prix. La première option offre l'avantage « *de maintenir dans le temps le niveau de vie des retraités par rapport à celui des actifs* » et la seconde tend à maintenir le niveau de vie des retraités et leur capacité de consommer[1].

3. Le nombre d'annuités requis en hausse

289. Parmi les mesures retenues par le projet de loi de 2013[2], figure la hausse du nombre de trimestres requis pour obtenir une retraite à taux plein. Cela se concrétiserait par l'insertion de l'article L.161-17-3 au sein du Code de la sécurité sociale qui prévoit une augmentation progressive d'un trimestre pour une catégorie déterminée d'individus. Il prévoit que la génération née en 1973 devra réunir 173 trimestres pour obtenir une pension à taux plein (soit en 2035).

290. Ce faisant, il remettra définitivement en cause le mécanisme de modulation retenu par le précédent gouvernement sous la présidence de N. SARKOZY. Même si ce dispositif est

---

Loi n°93-936 du 22 juillet 1993 relative aux pensions de retraite et à la sauvegarde de la protection sociale, *JORF* du 23 juillet 1993, p.10374 ; P. CHENILLET et F. KESSLER, « Retraites : entre la réforme de structure et replâtrage », *op.cit.* ; C. BOUDINEAU, « La réforme des retraites », *LPA* du 22 décembre 1993, n°153, p.17-20.
A. RÉMOND, *Les retraites en question*, La Documentation française, 2009, p.73.
Selon le Professeur Bernard FRIOT, cela participe au changement de dénomination sémantique, réduisant les cotisations à des charges sociales. Entérinant le lien entre cotisation et prestation, la pension devient « *un droit acquis au titre du travail passé coagulé dans un stock de cotisations [dont l'objectif serait le] maintien du pouvoir d'achat […]* » et non plus « *un droit de tirage sur les richesses produites par le flux de travail des actifs, droit de tirage légitimé par le travail passé* » in B. FRIOT, *Et la cotisation sociale créera l'emploi*, La Dispute, 1999, p.40 ; Cité par Antoine RÉMOND, *op.cit.*, p.73.

[1] COR, *Document du Conseil, Prospective des retraites et inégalités : régime général, indexation, prélèvements sociaux et fiscaux des actifs et des retraités*, Indexation des pensions, note de problématique générale et premiers éléments de chiffrage, mars 2002.

[2] ROSSI E. , « Réformes des retraites : des mesures tout en mesure », *op.cit.*

amené à disparaître[1], il convient de signaler qu'il offre une perspective intéressante, en ce qu'il permet de prendre en considération l'allongement de l'espérance de vie de la génération.

Car lorsque le législateur français intervient en matière de retraite, il le fait à travers une série de mesures paramétriques destinées à ajuster le rapport démographique. Cela s'est traduit par le passé et encore à l'heure actuelle, par une augmentation du nombre d'annuités nécessaires (160 trimestres soit 40 annuités et à l'avenir 173 pour la génération née en 1973) pour obtenir le taux plein, l'allongement de la période de référence (des 10 aux 25 meilleures années pour les générations nées à partir de 1948). Cela s'est ensuivi en 2003 d'une planification de la hausse du nombre d'annuités nécessaires[2] laquelle a été précisée par décret pour les générations nées après 1955 permettant de répercuter l'allongement de l'espérance sur la durée d'activité[3]. L'idée est que l'équité intergénérationnelle pourrait être maintenue en obéissant à une règle, le ratio 2/3 et 1/3, soit 2/3 de vie active et 1/3 de vie à la retraite[4]. Le

---

[1] Il est prévu que ce dispositif disparaisse lors de l'entrée en vigueur du projet de loi en cours, soit en 2017 (Petite loi adoptée par l'Assemblée nationale le 15 octobre 2013, art. 2, II.).

[2] L'objectif était d'atteindre 42 ans en 2020. Le projet de loi a prévu d'accélérer ce processus, conformément aux préconisations du rapport MOREAU, *op.cit.*, p. 94-95. L'autre proposition portait sur le relèvement de l'âge légal à 63 ans (ouverture des droits) et 68 ans (âge d'obtention automatique du taux plein).

A propos de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, *JORF* du 22 août 2003, p.14310 ; Y. MOREAU, « La réforme des retraites du 21 août 2003 : une étape importante dans un processus de long terme », *Dr. soc.* 2003, p.909-913 ; A.-M. BROCAS et G. DECISIER, « La réforme des retraites d'août 2003 : un processus engagé pour 15 ans qui suppose d'importants changements dans le champ de l'emploi », *RDSS* 2004, p.507 ; C. WILLMANN, « Tour d'horizon de la loi portant réforme générale des retraites », *Lexbase hebdo éd. social*, 11 septembre 2003, n° 85.

[3]166 trimestres sont nécessaires, soit 41,5 annuités, ce qui représente 1 trimestre supplémentaire (41 ans et 6 mois).

Décret n°2011-916 du 1er août 2011 portant application de l'article 17 de la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites relatif à la durée d'assurance nécessaire pour bénéficier d'une pension de retraite à taux plein et à la durée des services et bonifications nécessaires pour obtenir le pourcentage maximum d'une pension civile ou militaire de retraite applicable aux assurés nés en 1955, *JORF* du 2 août 2011, p. 13125.

[4] L'article 5 §1 de la loi est dédié au partage entre la durée de service requis pour une retraite à taux plein et la durée moyenne de la retraite. A propos de cette dernière, le législateur a précisé qu'il s'agit «*pour une année civile donnée, de l'espérance de vie à l'âge de soixante ans telle qu'estimée cinq ans auparavant, dont est retranché l'écart existant entre la durée d'assurance ou la durée des services et bonifications […] pour l'année considérée et celle de cent soixante trimestres résultant des dispositions de la présente loi pour l'année 2008* ».

V. *Rapport sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2012, Tome V, la vieillesse*, n°74 du 2 novembre 2011, par la sénatrice Mme Christiane DEMONTÈS, disponible sur le site du Sénat : http://www.senat.fr/rap/l11-074-5/l11-074-513.html

lien entre l'effort contributif et le bénéfice de la pension est alors considérablement accru par l'introduction et le maintien de cet élément saisissant l'allongement de l'espérance de vie. Pour une illustration, cela signifie que pour l'année 2010, l'estimation de la durée de vie après 60 ans de la génération née en 1955 a été calculée par l'Insee. Ce chiffre saisi, il a permis de fixer par décret le nombre de trimestres nécessaires pour obtenir une retraite à taux plein. Le législateur voulait retenir l'année 2003 comme étalon pour fixer le ratio à conserver au minimum dans les années à venir[1]. La règle de calcul impose de soustraire à la durée d'assurance, la durée de l'espérance de vie après 60 ans. Le total est ensuite ôté de la durée d'assurance étalon (à savoir 40 années en 2003), aboutissant ainsi à la durée moyenne de la retraite.

La décision de rehausser le nombre de trimestres requis pour liquider la pension à taux plein repose entièrement sur le ratio entre la durée d'assurance et la durée moyenne de la retraite. Pour conserver le ratio fixé par le législateur, il est (encore) prévu que le décret augmente le nombre d'annuités requises pour obtenir le taux plein. Par cette réforme de l'une des conditions limitant la liquidation des pensions de retraite, le législateur avait intégré le facteur de l'allongement de l'espérance de vie. Ce faisant, il pouvait moduler au fil des progrès de l'espérance de vie après 60 ans, la durée de l'activité, permettant ainsi de respecter le ratio répartissant la durée de la vie active et la durée de vie pensionnée[2].

291. En agissant sur l'ensemble de ces paramètres, les législateurs ont essayé de parvenir au maintien et la perpétuation du pacte intergénérationnel, permettant d'offrir une protection collective face à la vieillesse.

L'intervention du législateur français sur le seuil d'âge délimitant l'entrée dans la vieillesse ou l'accès à la pension de retraite française n'a été finalement que très tardive, voire même envisagée comme l'ultime mesure par le passé. À la lecture du projet de loi adopté en première lecture, il apparaît manifestement que le législateur souhaite renouer avec des pratiques anciennes. En revanche, le législateur allemand s'est empressé d'actionner les différents leviers (âge de liquidation, montant des pensions, plafonnement des cotisations) afin de maintenir la viabilité financière des régimes de pensions.

[1] *Rapport de la Cour des Comptes de la sécurité sociale, Résultats 2010, Prévisions 2011 et 2012*, septembre 2011, p. 166-167.

[2] Sans pour autant tenir de la différence d'espérance de vie entre les hommes et les femmes, puisque cela s'appuie uniquement sur les projections masculines.

B. L'équité au soutien du pacte intergénérationnel

292. Dans un contexte de déséquilibre du rapport entre les cotisants et les pensionnés, le pacte liant les générations peut être menacé par l'iniquité, issue des mesures destinées à pallier aux insuffisances de ressources du financement de la branche vieillesse. C'est ainsi que le législateur s'est emparé de la problématique de l'équité (1), imposant nécessairement la caractérisation de l'équité (2). Malgré les mesures retenues par le législateur, une nouvelle voie en faveur de l'équité se dessine à l'horizon, celle de la réforme systémique (3).

1. L'équité du pacte recherchée

293. Ce déséquilibre du rapport entre cotisants et pensionnés suscite une nouvelle difficulté au sein de la solidarité, celle de garantir l'équité. La perte de l'équité constitue une menace ancienne, pesant sur la pérennité même du pacte intergénérationnel, tant sur un plan social que financier[1]. Dans le contexte actuel, l'évolution du rapport démographique et l'allongement de la durée de vie ont entraîné la dénonciation du système de retraite au nom de l'équité[2]. En annexant cette notion au pacte intergénérationnel, trois sources d'injustice peuvent être détectées.

La première est relative au transfert entre les générations et porte sur le montant des cotisations de la population active ou sur le montant des pensions versées.

[1] Problématique soulevée de manière récurrente depuis plus d'une décennie. Sur ce point, V. not. *Retraites : État des lieux du système, op.cit*., p. 88-96. v. aussi : Rapports sur les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale et les objectifs qui déterminent les conditions générales de l'équilibre financier, annexé aux LFSS et ce, à partir de la loi n°98-1194 du 23 décembre 1998 (*JORF*. du 27 décembre 1998, p. 19646) puis celui de 1999, toujours en annexe à la Loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2000, loi n°99-140 du 29 décembre 1999 (*JORF* du 30 décembre 1999, p. 19706), celui annexé à LFSS pour 2004, loi n°2003-1199 du 18 décembre 2003 (*JORF* du 19 décembre 2003, p. 21641) ou celui annexé à la LFSS pour 2005, loi n°2004-1370 du 20 décembre 2004 (*JORF* du 21 décembre 2004, p. 21649)….
Autre exemple, le rapport n°90 (2009-2010) de M. Dominique LECLERC, à propos du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 (assurance vieillesse) spéc. Repenser le pacte social.

[2] Plus précisément, Arnauld d'YVOIRE dit : « *Fondé sur une conception de l'équité, le système de retraite est dénoncé au nom de l'équité* » in « Comment respecter l'équité entre les générations », *Encyclopédie de la protection sociale, Quelle refondation ?*, dir. F. CHARPENTIER, Paris, Economica, 2000, p. 373.

La deuxième est en lien direct avec les trajectoires de vie des individus (insertion professionnelle tardive, chômage, emploi précaire…), ce qui a des conséquences sur le niveau de pension (nombre d'annuités moindre…).

Enfin, la dernière source réside dans l'héritage transmis aux générations suivantes, lesquelles peuvent subir les effets d'un rapport démographique défavorable[1].

294. Face à ces menaces à l'encontre de la viabilité et la pérennité des régimes de pension, les législateurs se sont penchés à multiples reprises sur les mesures destinées à en contrecarrer les effets de l'iniquité[2]. Cet impératif d'équité dans le pacte intergénérationnel, apparaît explicitement au sein même du Code de la sécurité sociale français. Le législateur français en consacrant les objectifs de l'assurance vieillesse, par la création de l'article L. 161-17A, a rappelé à l'alinéa 1er que « *[l]a Nation réaffirme solennellement le choix de la retraite par répartition au cœur du pacte social qui unit les générations* », tout en faisant part de la nécessaire préoccupation sociétale de l'équité de ce pacte. En effet, l'alinéa 3 de ce même article énonce que « *[l]es assurés doivent pouvoir bénéficier d'un traitement équitable au regard de la retraite, quels que soient leur sexe, leurs activités professionnelles passées et le ou les régimes dont ils relèvent* ». L'alinéa 4 dispose que « *[l]e système de retraite par répartition poursuit les objectifs de maintien d'un niveau de vie satisfaisant des retraités, de lisibilité, de transparence, d'équité intergénérationnelle, de solidarité intragénérationnelle, de pérennité financière, de progression du taux d'emploi des personnes de plus de cinquante-cinq ans et de réduction des écarts de pension entre les hommes et les femmes* ».

Bien que dépourvues de force normative[3], ces dispositions doivent être saluées dans le sens où elles affirment l'attachement des régimes de pensions de base à la technique de la

[1] « *Le bien être des générations à venir dépendra de la qualité et de la quantité de capital humain, productif, et social qu'elles recevront* », A. MASSON, *op.cit.*, p.18. L'auteur insiste d'ailleurs sur le nécessaire maintien des programmes familiaux et éducatifs, indispensable pour préserver et développer la productivité de ces futurs travailleurs et cotisants de demain. Du même auteur, « Les atouts de la solidarité générationnelle », in *Encyclopédie Protection sociale : quelle refondation*…, *op.cit*., p. 362-364.

[2] Le maréchal PÉTAIN employa ce terme dans un discours relatif à l'allocation aux vieux travailleurs salariés, expliquant que par le recours à la solidarité des âges, *« la France va entreprendre un grand geste de sollicitude et d'équité* » en faveur des travailleurs âgés, financièrement touchés par les crises. Cité par Arnauld d'YVOIRE, p.376.

[3] Etant donné que l'article L. 161-17 A du Code de la sécurité sociale reprend les dispositions des trois articles de la loi du 21 août 2003, dont le défaut de valeur normative avait déjà été relevé par le Conseil Constitutionnel,

répartition, tout en soulignant (notamment) l'impérativité de l'objectif du maintien de l'équité intergénérationnelle. Les mesures adoptées précédemment exposées, doivent être appréhendées comme des moyens de parvenir à la réalisation de ces objectifs.

295. Ce faisant, le législateur français a introduit la problématique de l'équité au sein même du pacte intergénérationnel. La technique de la répartition doit donc être exécutée dans le respect de l'équité. Selon le secrétaire général de l'Observatoire des Retraites, Arnauld d'YVOIRE[1], « *[v]ouloir l'équité entre les générations, c'est vouloir des rapports justes entre elles et ce dans une vision collective, politique de la justice et de l'organisation sociale. C'est aussi, éventuellement remettre en cause la situation existante au nom de cette vision de la justice* ».

L'équité reste toutefois une notion polysémique[2], susceptible de revêtir plusieurs sens en droit social. L'équité peut ainsi prendre corps à travers la justice distributive, la loi naturelle. En étant soumise aux règles de la morale[3], la société est en charge d'une mission, celle d'« *assurer à chaque être humain un certain niveau de ressources, en prélevant sur celles des plus riches pour permettre aux plus pauvres d'atteindre le minimum social* »[4].

---

il en va de même pour les dispositions ajoutées par le législateur en 2010. Rappelons en outre que le projet de loi actuellement débattu, prévoit de le modifier (v. *supra*, note de bas de page n°2, p.329).

A propos de l'article 3 de la loi de 2003, V. décision n°2003-483 DC, du 14 août 2003, considérant n°4, (*Rec.* p. 430) : « *Considérant que l'article 3 se borne à exposer le motif d'équité qui inspire plusieurs des dispositions particulières figurant dans le texte déféré ; […]; que l'article 3, dépourvu par lui-même de valeur normative, ne saurait être utilement argué d'inconstitutionnalité* » ; X. PRETOT, *op.cit.*, p. 253-254.

[1] A. d'YVOIRE, « Comment respecter l'équité entre les générations », *Encyclopédie de la Protection sociale, op.cit*., p. 373.

[2] Pouvant faire naître de « *l'embarras chez le juriste* » comme le notent Charles JARROSSON et François-Xavier TESTU, in le *Dictionnaire de la culture juridique*, ss dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige, Lamy, PUF, 2003, V. Equité.

L'équité revêt deux autres dimensions. Son appréhension subjective désigne « *ce que le for intérieur considère dans un cas particulier, comme conforme à la justice* ». Elle peut s'imprégner de considérations objectives et devenir « *le moyen légitime de compléter les règles juridiques ou de corriger l'application particulière d'une règle*».

[3] Gouverné par la raison, le Droit n'est que la saisie de la morale pour l'adepte du stoïcisme.

[4] Définition de Jacques BICHOT, « Fonder un autre système de sécurité sociale sur un nouveau principe de justice commutative », *Dr. soc*. 1982, p.659.

Face à la définition distributive de l'équité, s'oppose la justice commutative. Cette dernière renvoie à l'étymologie latine du mot[1], *aequitas, aequus*, l'égal. Dans cette hypothèse, cela renvoie « *à la justice fondée sur l'égalité ; [au] devoir de rendre à chacun le sien ; [au] principe qui commande de traiter également des choses égales* ». La justice commutative désigne le fait de rendre à « *chacun son dû* » ou « *l'échange équitable dans lequel chaque partie reçoit l'équivalent de ce qu'elle apporte* »[2]. Appliquée aux régimes légaux de pension fonctionnant selon les règles de la répartition, il s'agit de veiller à la bonne redistribution des échanges financiers en fonction de l'effort contributif passé. Plus précisément, en décidant de raviver la problématique de l'équité, le législateur évoque non pas la justice distributive, mais la justice commutative[3], à savoir l'équité dans l'effort de financement des régimes de pension.

2. La caractérisation de l'équité

296. En évoquant l'équité, la délimitation de l'objet et du champ de la comparaison s'impose, tout comme le choix des indicateurs[4] permettant de mesurer l'effacement de l'iniquité. Mais la sélection des indicateurs n'est pas neutre, puisque certains sont de nature à affecter directement les racines solidaristes du pacte intergénérationnel. Ce travail a été confié à une institution, le Comité de pilotage des régimes de retraite[5] (appelé aussi COPILOR), ayant le soin de préparer l'avènement d'une réforme d'envergure du régime légal de pension. Chargé d'examiner l'adaptation des régimes à l'allongement de la durée de vie, ce Comité s'est de prime abord hâté à la détermination des indicateurs lui permettant d'exécuter sa mission telle que définit l'article 16 de la loi n°2010-1330[6] « (II) *[e]n s'appuyant sur un rapport préparé par le Conseil d'orientation des retraites, le Comité de pilotage des régimes de retraite remet au Parlement et au Gouvernement les conclusions de cette réflexion dans le*

[1] V°. Equité in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU.

[2] J. BICHOT, *op.cit.*, p. 659.

[3] Cette nouvelle conception de la protection sociale avait déjà été évoquée par Jacques BICHOT dans son article, *ibid*., p.661-669.

[4] L'économiste André MASSON avait déjà travaillé sur cette question, définissant 4 indicateurs possibles tels que le critère de bien-être (sur l'ensemble du cycle de vie ou le niveau de vie des cohortes au même âge), ou encore, celui instantané de la parité des ressources (actif-cotisant). Il y a également le critère rétrospectif du respect des droits acquis (niveau de la pension garanti) ou le critère prospectif de rendement (privilégiant l'effort contributif). *Encyclopédie de protection sociale*…p.361

[5] CSS. art. L.114-4-2.

[6] Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, *op.cit.*

respect des principes de pérennité financière, de lisibilité, de transparence, d'équité intergénérationnelle et de solidarité intragénérationnelle ».

Constituée de représentants de l'État, de parlementaires membres du COR, de représentants des régimes de retraite obligatoire, mais également de représentants des organisations syndicales des salariés et du patronat, ainsi que personnalités[1], cette nouvelle institution doit mesurer le respect (entre autres) du maintien de l'équité intergénérationnelle. S'appuyant sur les travaux du COR[2], le groupe de travail du COPILOR se heurta à quelques difficultés dans cette tâche, sans toutefois renoncer à explorer certaines pistes. Ainsi, dans l'attente d'un approfondissement du COR sur les dimensions de l'équité intergénérationnelle[3], le COPILOR s'est penché sur les différentes options envisageables, n'écartant pas l'éventuelle composition d'une batterie d'indicateurs[4].

Il y a notamment celui tenant à l'évolution du montant de la pension des assurés de chaque génération. Face à la difficulté suscitée par cet indicateur, mesurable seulement pour les assurés ayant liquidé leur pension, le COPILOR a envisagé de le compléter par l'évolution du taux de prélèvements sociaux acquitté. Complexe en raison des données à recueillir (non seulement la rémunération année par année, mais en outre le taux de prélèvement), un autre indicateur se profile, celui de la durée d'assurance cotisée, préférée à la durée d'assurance validée[5], car elle se révèle plus illustratrice de l'effort contributif des assurés.

Parmi les indicateurs étudiés, figure également la durée moyenne de retraite. Liée à des facteurs exogènes au régime de pension, l'incertitude marque cet indicateur, fluctuant en fonction de la santé de la population, difficilement saisissable en raison du parcours de

---

[1]T. TAURAN, *JCl Protection sociale Traité*, Fasc. 435, Régime général, assurance vieillesse, réforme des retraites, n°9.

[2]V. *Retraites : équité et solidarité entre les générations, op.cit.*

[3]V. Document du Conseil, *Contribution aux travaux du COPILOR sur les indicateurs : taux de remplacement et équité entre les générations*, Réunion du COR du 15 février 2012, disponible sur le site du COR : http://www.cor-retraites.fr/article399.html

[4] Le groupe de travail du COPILOR a étudié les indicateurs envisageables pour chacun de ses objectifs. Sur l'équité, V. spé. le document n°2, p.7-8 ; le document n°3, p.7-8 ; le document n°10.

[5] La durée d'assurance cotisée se caractérise par le versement de cotisations prélevées sur les rémunérations.
En revanche, pour une durée d'assurance validée, cela inclut les durées d'assurance cotisée ainsi que les durées d'assurance assimilées. Lors de ces périodes, la personne bien que n'exerçant pas d'activité professionnelle soit en raison de la maternité, l'invalidité, du chômage ou de la maladie, obtient l'assimilation à une durée cotisée.

certains assurés[1]. Par conséquent, la substitution par l'espérance de vie à 60 ans ou à l'âge légal de la retraite lui est préférée.

Trois autres indicateurs peuvent encore être utilisés pour garantir le maintien de l'équité, tous étrangers à la logique de solidarité.

Il en est ainsi du taux de rendement interne, qui représente une estimation du niveau du taux d'intérêt auquel les cotisations acquittées par l'assuré au cours de sa vie professionnelle auraient été placées afin d'obtenir un niveau de pension similaire à celui obtenu par l'intéressé lors de la liquidation.

Il y a en outre le taux et le délai de récupération des cotisations par pension. Le premier repose sur le rapport entre l'ensemble des pensions perçues après la liquidation et l'ensemble des cotisations versées, tandis que le second s'attache à mesurer le rapport entre le montant de la pension annuelle et l'ensemble des cotisations versées, révélant ainsi le temps nécessaire pour l'assuré de récupérer son effort contributif.

296 bis. Soulignant l'introduction de notions assurantielles au sein du régime par répartition, le COPILOR rejette ces trois derniers indicateurs et accorde ses faveurs aux quatre indicateurs suivants. Afin de garantir le maintien de l'équité au sein du régime légal par répartition, il est préférable d'opter pour la mesure du taux de remplacement[2], combiné à la durée de retraite[3] et la durée d'activité[4], tout en prenant en compte le taux de prélèvement[1].

[1] Tel que le polypensionné, qui est une personne percevant des retraites de différents régimes de base (comme par exemple, en raison de son activité de travailleur salarié et de son activité agricole durant sa vie professionnelle).

[2] Ecartant la simple prise en compte de l'évolution du montant en raison de l'évolution des besoins et notamment l'avancée en âge qui peut requérir des moyens financiers conséquents (dépendance), le secrétariat du COR privilégie le taux de remplacement net, à savoir le rapport entre le montant net de la pension à la liquidation et celui du salaire net de fin de carrière. Sous réserve de mesurer le risque lié à l'évolution des salaires à la fin de la vie active pour chaque génération, cela révèle la variation du revenu lors du passage de la vie active à la retraite. Le secrétariat note toutefois qu'en raison du mode d'indexation des pensions, il serait plus pertinent de retenir dans la mesure de ce taux, le montant de la retraite après un certain nombre d'année de liquidation. Document du Conseil, *Contribution aux travaux du COPILOR…, op.cit.*, spéc. le document n°10, p.9-10.

[3] Pour obtenir la durée moyenne de retraite d'une génération, il suffit d'ajouter 60 et l'espérance de vie à 60 ans d'une génération et enfin, d'y soustraire l'âge moyen de départ à la retraite de cette génération.
Le secrétariat général du COR souligne que cet indicateur doit être tempéré par la prise en compte de l'état de santé. Document du Conseil, *Contribution aux travaux du COPILOR…*, spéc. le document n°10, *ibid.*, p. 5-6.

[4] La durée d'activité s'entend alors comme étant la durée entre l'âge moyen de départ à la retraite (ou de cessation définitive d'activité) et l'âge moyen de fin d'études (ou celui du premier emploi ou celui de première

Ces quatre indicateurs composent également les quatre leviers d'action s'offrant au législateur (aussi bien allemand que français) et confortent la prise en compte de la dimension de justice commutative de l'équité, imposant le *« devoir de rendre à chacun le sien »*. L'adoption des réformes paramétriques évoquées précédemment était entre autre destinée à conserver l'équité entre les générations au sein du régime légal par répartition français et allemand. Mais corrélativement à ces efforts, le législateur français annonçait l'exploration d'une réforme d'envergure, une réforme systémique du régime légal de pension, s'orientant ainsi une solidarité biaisée par l'insertion de davantage d'individualisme.

3. L'effort contributif individuel, la voie de l'équité ?

297. L'État allemand fut le premier à mettre en œuvre une réforme structurelle, aboutissant à l'adoption d'un régime à cotisations définies. L'encadrement des dépenses s'accompagne alors du plafonnement du niveau des cotisations. En 2001, la stabilisation des cotisations a été amorcée par la Loi complémentaire de 2001[2] s'appuyant sur le principe du plafonnement des cotisations : 20% en 2020, 22 % en 2030. À défaut d'intervention, le taux de cotisation aurait atteint près de 25,5% en 2030. Le défi consiste à respecter un plafond de cotisation tout en conservant un certain niveau de prestation[3], ce qui impose la recherche de compléments. Le nouveau report de l'âge légal de la retraite entrepris par la loi de 2007

validation d'un droit à la retraite). En revanche, sont écartées les durées cotisées, validées et ainsi que le nombre d'annuités requis pour obtenir une retraite à taux plein. En effet, la faiblesse de la durée cotisée ne représente pas nécessairement un avantage pour une génération (période sans emploi, préretraite subie…). En ce qui concerne la durée validée, cela correspond davantage à l'évolution législative (prise en compte des temps consacrés aux enfants, ce qui n'a pas toujours été le cas…). Enfin, s'appuyer sur un indicateur relatif au nombre d'annuités requis afin d'obtenir une retraite à taux plein n'est pas satisfaisant à l'égard des assurés ayant atteint le nombre d'annuités nécessaires avant l'âge d'ouverture des droits (longues carrières).

Document du Conseil, *Contribution aux travaux du COPILOR …*, spéc. le document n°10, *ibid.*, p.7-8.

[1]Cela permettrait de saisir le poids des cotisations salariales et patronales et le montant du salaire net (uniquement à productivité comparable). Pour obtenir une mesure plus précise, cela imposerait la prise en compte des prélèvements non contributifs aussi bien pour les travailleurs que les pensionnés, ce qui se révèle complexe en dehors de la Contribution Sociale Généralisée. Document du Conseil, *Contribution aux travaux du COPILOR …*, spéc. le document n°10, *ibid.*, p. 8-9.

[2] W. SCHMÄHL, *The 2001 pension reform in Germany. A paradigm shift and its effects*, ZeS-Arbeitspapier, 2002, 11, p.15.

[3] A titre de rappel, précisons simplement que le projet de loi de 2013 adopté par l'Assemblée nationale et rejeté par le Sénat, prévoit une hausse étalée sur 4 années du taux de cotisations.

conforta cet effort de plafonnement. Le seul reproche de la Commission effectué à l'encontre des réformes allemandes tient au risque d'affaiblissement du montant de la pension[1]. La mise en place de ce système contributif impose plus que jamais le concours de financements autres pour assurer un niveau de pension vieillesse suffisant.

298. En revanche, il en est tout autre du cas français. L'État membre a d'ailleurs fait l'objet d'une recommandation de la Commission le 29 mai 2013[2], lui préconisant assez fortement une réforme. Pourtant le législateur français avait annoncé la mise en place d'axes de réflexion autour de l'évolution des régimes légaux de pension, par le biais de la loi n°2010-1330. Le législateur français avait même inscrit au sein de ce texte l'examen futur d'une réforme d'une importance conséquente, désignée comme étant une réforme systémique. Malgré les dispositions textuelles, ce projet n'a pas abouti. Il prévoyait la tenue d'axe de réflexion sur les objectifs et caractéristiques d'une réforme systémique du traitement de la vieillesse. Des axes de réflexion[3] avaient été arrêtés, portant notamment sur les conditions d'une plus grande équité entre les régimes de retraite légalement obligatoires. La mise en place d'un régime universel par points ou en comptes notionnels, dans le respect du principe de répartition au cœur du pacte social unissant les générations avait même été évoquée, tout comme la question du libre choix par les assurés du moment et des conditions de leur cessation d'activité.

299. M. Thierry TAURAN[4] avait envisagé les possibles chemins que pourrait adopter la réforme. Deux options se profilaient alors. L'une aurait consisté à fusionner l'ensemble des régimes de retraite en un unique régime s'adressant à l'ensemble des cotisants, tel que le laisse songer l'adjectif universel. La seconde option aurait pu se traduire par un transfert de la gestion non seulement des régimes légaux de retraite, mais également complémentaires et

[1] V. les observations de la Commission, Annexe 3, Départ à la retraite, retraites complémentaires, recommandations par pays et réformes les plus récentes dans les États membres de l'UE, *Livre blanc, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, op.cit.*, p. 29.

[2] Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2013 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour la période 2012-2017, du 29 mai 2013, *op. cit. ;* à comparer avec celle destinée à l'Allemagne, *op. cit.*

[3] Article 16 de la loi n°2010-1330.

[4] T. TAURAN, *JCl Protection sociale Traité*, Fasc. 435, Régime général, assurance vieillesse, réforme des retraites, n°5-12.

supplémentaires à des institutions financières, puisqu'il s'agit de réfléchir à un système plus équitable. L'une et l'autre comportait des inconvénients. La première voie aurait pu se heurter à l'hostilité des assurés des régimes spéciaux, des non-salariés et des professions agricoles désirant maintenir leur spécificité. Quant à la seconde, elle aurait signifié la fin de la précieuse solidarité intergénérationnelle, pièce maîtresse du système par répartition pour lui préférer la capitalisation[1].

De surcroît, cette réforme systémique aurait pu aboutir à l'adoption d'un régime par point[2], à l'image de celui existant pour les régimes de pension complémentaires.

300. Toutefois en évoquant la réforme systémique et les axes de réflexion retenus par le législateur, il est difficile de ne pas faire le rapprochement avec la réforme effectuée en Suède en 1998 et 2001. Le législateur français a retenu comme piste de réflexion, « *[l]es conditions de mise en place d'un régime universel par points ou en comptes notionnels*[3]*, dans le respect du principe de répartition au cœur du pacte social qui unit les générations* ».

Or, le régime légal de pension suédois (le 1er pilier) est un régime en comptes notionnels, accordant une place majeure à la technique de la répartition (86%), tout en laissant la capitalisation jouer un rôle complément indispensable (14%).

Antérieurement, le régime de pension suédois fonctionnait de manière très similaire aux régimes français et allemand. La liquidation de la pension à taux plein était soumise aux conditions de durée d'assurance (30 années) et d'âge (64 ans)[4]. De nos jours, la retraite suédoise (le 1er pilier)[5] se distingue de celle des autres États membres en raison de l'introduction d'un coefficient actuariel permettant d'accroître la flexibilité de l'âge de la retraite. Le travailleur se voit offrir la faculté de prendre sa retraite dès 61 ans. Sa pension est calculée à partir de la combinaison d'un coefficient actuariel prenant en compte l'espérance

[1] Il suffit de lire le livre de MM. Jacques GARELLO et George LANE pour en être persuadé. *Futur des retraites et retraites du futur*, VoL. 1, Le futur de la retraite par répartition, Institution de Recherches Economiques et Fiscales et Contribuables associés, Aix-en Provence, 2008.

[2] Solution privilégiée par M. Jacques BICHOT, « Retraites : à quand la fin des annuités ? » *Futuribles* 1999, p. 5-31 (not. p. 24 s.).

[3] C'est nous qui le soulignons.

[4] V. les documents de travail du COR, en préparation de la réunion du Conseil du 18 mars 2009 intitulée *le pilotage des régimes de retraite selon les différents modes d'acquisition des droits à la retraite et les exemples à l'étranger* et plus précisément, le doc. 4.10 Suède : http://www.cor-retraites.fr/article346.html

[5] F. CHARPENTIER, *op.cit.*, p. 215-218 ; Mais aussi le site du Ministère de la Santé et des Affaires Sociales, rubrique pension (anglais) : http://www.pensionsmyndigheten.se

de vie et d'un compte notionnel, lequel permet au travailleur de réunir dans un compte, les cotisations de son employeur et lui-même. Avant la liquidation, le travailleur cumule les cotisations sur un compte virtuel. Le solde de ce compte réunit l'ensemble des cotisations de l'année écoulée ainsi que « *le solde de l'année précédente multiplié par le taux de rendement du capital virtuel* »[1], c'est-à-dire le taux de croissance du salaire réel moyen par tête.

Lors de la liquidation, ce compte notionnel est converti en numéraire tout en prenant en considération l'espérance de vie à ce moment[2]. Par conséquent, le calcul de la rente est directement lié à l'ensemble de la carrière personnelle de l'assuré. Un tel système permet à l'individu de choisir la date de son départ en retraite, seulement cette décision le responsabilise, car il renonce à une pension plus importante en mettant fin simultanément à son activité et à l'accumulation de cotisations sur son compte notionnel. Par la suite, la revalorisation des pensions en cours de paiement s'effectuera en fonction du taux de croissance du salaire moyen par tête[3].

Le régime légal des pensions fonctionne en alliant les deux techniques, répartition et capitalisation. Les cotisations bien que gelées par le législateur, s'élèvent à 18,5% (soit 17,21% du salaire brut) et sont réparties à 16% pour la partie répartition et à 2,5% pour la partie capitalisation. Ainsi, les cotisations versées au titre de la répartition financent le versement des *inkomstpension* et la part dédiée à la capitalisation alimente un fonds de pension. Il faut noter que la cotisation est toujours financée par l'employeur pour une part plus conséquente (10,21% du salaire brut) et le salarié (7% du salaire brut).

Toutefois, cela n'a pas entraîné le renoncement aux mesures d'ajustement, puisque le législateur suédois a décidé en 2001 de conserver un mécanisme d'équilibrage automatique des comptes[4]. Cela répond à un double objectif, celui de stabiliser le taux de cotisation et obtenir automatique l'équilibre comptable sans modifier une nouvelle fois l'un des paramètres.

---

[1] Les mécanismes de stabilisation automatique, Dossier du participant, Fiche 4, in *Les systèmes de retraite face à la crise en France et à l'étranger*, COR, La Documentation française, 2009, p.114.

[2] Réévalué chaque année entre 61 et 65 ans afin de tenir de l'évolution de l'espérance de vie. Le seuil des 65 ans marque le figement définitif du coefficient actuariel. Ce faisant, le législateur suédois ne prend pas en compte l'évolution de l'espérance de vie à 65 ans comme le souligne le Secrétariat général du COR ; v. Les mécanismes…, *ibid.*, p.115-117.

[3] Sauf lorsque l'évolution du taux est constante (soit 1,6%). Les pensions sont alors indexées sur l'évolution de l'indice des prix.v. Les mécanismes…, *ibid.*, p.114.

[4] *Le pilotage des régimes de retraite selon les différents modes d'acquisition des droits à la retraite…, op.cit.* p. 3.

C'est seulement lorsque le ratio d'équilibre[1] révèle un déficit que le mécanisme s'enclenche, entraînant une réduction non seulement du taux de rendement du capital virtuel (avant liquidation), mais également lors de la conversion en numéraire. Cela se manifeste par la substitution d'un indice d'équilibre au lieu du recours à la voie traditionnelle de revalorisation (le taux de croissance du salaire réel moyen par tête). Pour obtenir cet indice, il suffit de multiplier le ratio d'équilibre (l'indice de solvabilité financière) et le taux de croissance du salaire réel moyen par tête. Ainsi, la variable d'ajustement repose simplement sur le montant de la pension future (le capital accumulé) et la pension liquidée, ce qui permet le partage des « *coûts d'ajustement entre les générations puisque les salariés et les retraités sont touchés* »[2].

En parallèle, le législateur suédois a maintenu l'existence d'un filet de sécurité, une pension minimum (*garantipension*)[3], laquelle peut être versée à partir de 65 ans. Celle-ci concerne les travailleurs dont le montant des cotisations est faible, voire même absent en raison de périodes d'inactivité. Son bénéfice est soumis au respect d'une condition de résidence de trois ans minimum. Pour obtenir une pension à taux plein, il est nécessaire d'avoir résidé pendant 40 ans en Suède entre 16 et 64 ans. Son montant prend en compte l'ensemble des pensions versées au titre du régime général, excluant les pensions issues de l'épargne-retraite individuelle.

En conclusion, le régime légal de pension suédois est un régime à cotisations définies (définitivement arrêtées par le législateur), alliant répartition et capitalisation, intégrant le facteur de l'évolution de l'espérance de vie, promoteur de l'effort individuel et de la poursuite de celui-ci. La flexibilité de l'âge légal de la retraite permet au travailleur de choisir librement le moment venu pour demander sa liquidation, tout en ayant pleinement conscience des effets

[1] Ce ratio est obtenu en comptabilisant l'ensemble des réserves accumulées additionné à l'ensemble des cotisations à venir des assurés pour l'année T. Cette somme (actif) est ensuite divisée par le passif, réunissant l'ensemble des pensions liquidées pour l'année T ainsi que le montant prévisionnel à verser aux retraités de cette même année. Il est calculé sur 3 ans.

[2] Les mécanismes de stabilisation automatique, Dossier du participant, Fiche 4, in *Les systèmes de retraite face à la crise en France et à l'étranger*, COR, La Documentation française, 2009, p. 115-116.

[3] P. A. KÖHLER, « Die Reform der gesetzlichen Rentenversicherung in Schweden », *Die Angestellten Versicherung*, Februar 1999, Jahrgang 46, Heft 2, p. 86.

de cette demande[1]. C'est ainsi une véritable réforme systémique qui a été engagée, puisque le législateur n'est plus (en principe) amené à ajuster les paramètres au fil du temps[2].

301. À l'issue de ce développement, il convient de réaffirmer l'importance du rôle de l'âge dans le fonctionnement du pacte intergénérationnel. L'âge répond au besoin d'identification des acteurs du système par répartition. Ce pacte, créateur du lien social unissant les générations, permet aux êtres vivant au sein d'un même ensemble de constituer une société et de ne pas être seulement une collection d'individus juxtaposés les uns à côté des autres, ayant de brefs contacts lors d'échanges commerciaux. Loin de se limiter à la seule émergence d'une solidarité organique, ce pacte intergénérationnel a indéniablement concouru à l'amélioration du niveau de vie des pensionnés en leur garantissant le maintien d'une indépendance économique pouvant leur faire cruellement défaut à partir d'un âge avancé[3].

---

[1] Les assurés sont informés chaque année de l'évolution de leur pension par l'enveloppe orange.

[2] Comme le souligne le sociologue Bernard FRIOT, « *Par exemple, la réforme Raffarin de 2003, avec ses rendez-vous réguliers pour réexaminer le paramètre « durée de cotisation » est le type même de réforme déconseillée par les instances de l'Union européenne parce qu'appelée à être indéfiniment remise sur le tapis. Au contraire, c'est définitivement que la réforme suédoise fixe le taux de cotisation en répartition et qu'elle intègre la hausse de l'espérance de vie puisque le lien entre espérance de vie et durée de vie active est assuré de manière systémique, sans qu'il soit besoin de changer un paramètre. Le débat politique, la négociation collective interprofessionnelle ont fait place à un dispositif technique* », in *L'enjeu des retraites*, Travail et salariat, La Dispute, 2010, p.53-54.

En faveur de l'adaptation du système suédois : A. BOZO et T. PIKETTY, *Pour un nouveau système de retraite, des comptes individuels de cotisations financés par répartition*, éd. de la Rue d'Ulm, 2008, 98 p.

A l'encontre de ce projet : B.FRIOT, *op.cit*., p. 54-57.

L'économiste Jacques BICHOT souligne que le problème du régime suédois réside dans le risque de confusion entre la valeur réelle de l'unité monétaire en vigueur (la couronne suédoise) et la somme des cotisations accumulées sur le compte notionnel (couronne notionnelle). Cette somme est pourtant virtuelle, puisque les cotisations amassées sont immédiatement utilisées pour approvisionner les pensions en cours. En appliquant ce modèle au régime français, cela pourrait susciter de l'incompréhension chez les assurés, en raison du décalage entre la somme déposée et le montant de la pension. Jacques BICHOT l'illustre par l'inévitable comparaison (qui serait effectuée par certains) entre 300 000 euros de cotisations sur le compte notionnel et 300 000 euros sur le compte bancaire. J. BICHOT, *Retraites, le dictionnaire de la réforme*, Sauvegarde des Retraites, L'Harmattan, 2010, Paris, p.212-213 (Suède).

[3] « *Ce système a permis de faire reculer la pauvreté, mais également d'unir les individus à partir d'un grand projet dans un cadre national. Il a rendu les individus moins dépendants de leurs attaches traditionnelles* », S. PAUGAM, *op.cit*., p. 105.

302. Actuellement, les régimes légaux de pension traversent une zone de turbulence causée par l'allongement de la période de vie en qualité de pensionné. Dans un contexte de rapport démographique défavorable aux cotisants, la préoccupation de l'équité dans l'effort entre les générations surgit. Pour certains, le point de salut résiderait dans le développement de l'effort individuel des générations actives. Pourtant, avant même d'envisager cette voie, en contradiction avec la doctrine solidariste guidant les régimes légaux de sécurité sociale, une autre voie collective demeure, celle des retraites offertes dans le cadre de la relation de travail.

Section 2 : L'anticipation collective face à la vieillesse

303. Les développements qui vont suivre n'ont pas vocation à explorer dans le détail les régimes de retraite professionnelle. Il s'agit plus exactement de les appréhender à la lumière de l'âge. Partant de la démonstration retenue à propos du vieillissement de l'intégrité physique et psychique[1] du travailleur et le rôle de l'employeur, il convient d'adopter une démarche semblable en la matière. Le vieillissement n'étant que le lent cheminement vers la vieillesse, il apparaît pertinent de l'anticiper au même titre que l'obligation d'adaptation à l'emploi et puisqu'il s'agit d'une démarche effectuée dans le cadre de l'entreprise, elle doit être collective. Cette anticipation collective est importante, car la liquidation de la pension vieillesse d'un travailleur concerne au moins trois acteurs, le travailleur, l'employeur et l'État. Le départ à la retraite du travailleur représente en effet un moyen d'évincer un travailleur âgé de l'entreprise, qui avait atteint une forme de point ultime du vieillissement. En ces domaines, l'anticipation demeure le maître mot, car à défaut, cela pourrait conduire le travailleur à une impasse professionnelle, en raison de la survenance d'une invalidité ou de l'obsolescence des compétences.

304. Cette prise en considération de la vieillesse future du travailleur, doit être appréciée au regard de l'apport de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013[2]. Le législateur a fait part d'une ambition nouvelle, tenant au développement de la protection sociale complémentaire des salariés. Il y a quelques mois, la concertation des partenaires sociaux a abouti à la création de nouveaux droits au profit des travailleurs. Cet accord national interprofessionnel du 11 janvier

[1]v. *supra*, n°1121 et s.

[2]Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ; v. *supra*, note de bas de pages n°3, p .172 (références bibliographiques).

2013 a été repris par le législateur à travers la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi[1]. Ce texte de loi constitue une avancée importante en matière de complémentaire santé. Le progrès réside dans la généralisation de la couverture à l'ensemble des salariés. Cette opération doit s'effectuer en priorité par le biais de la négociation collective de branche, par convention ou accord[2]. Cette généralisation de la couverture obligatoire peut prendre la forme d'une couverture minimale dont l'étendue est définie par le législateur, avant le 1er janvier 2016. Enfin, en termes de financement, il convient de noter que l'employeur y contribue à hauteur de 50 %.

L'objectif de ce texte consiste simplement à garantir à tous les travailleurs salariés une protection d'origine professionnelle face au risque maladie. En faisant le parallèle avec l'objectif poursuivi par la loi n°2010-1330, qui est de maintenir entre les assurés « *un traitement équitable au regard de la retraite, quels que soient leur sexe, leurs activités professionnelles passées et le ou les régimes dont ils relèvent* »[3], la voie de la généralisation d'une couverture obligatoire à l'ensemble des salariés se présente comme un bon moyen pour y parvenir. Ainsi, l'ensemble des travailleurs salariés serait couvert en raison de la relation de travail au même titre que la maladie, dont l'effectivité n'est possible qu'en raison de la participation financière de l'employeur. Cela permettrait non seulement la diffusion de la problématique de l'anticipation de la vieillesse, mais également le développement du champ d'application personnel. Pour l'employeur, cette uniformisation signifierait la perte de la faculté de déterminer à la fois les bénéficiaires du régime professionnel et les modalités de

[1]ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels ; Commentée dans un dossier spécial intitulé « la loi de sécurisation de l'emploi ; Créer de nouveaux droits aux salariés ; 1ère partie », in *Droit social*, septembre 2013, p. 664-747 et plus spéc. les articles relatifs à la généralisation de la couverture maladie : J. BARTHELEMY, « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L.1 du code du travail et à la décision des sages du 13 juin 2013 », *ibid*., p. 673-679 ; D. ROUSSEAU et D. RIGAUD, « Généralisation de la prévoyance complémentaire », *ibid*., p. 680-686. V aussi : « Protection sociale complémentaire : quelle généralisation ? », *RDT* 2013, p. 303-306, A.-S. GINON.

[2] Si la négociation de branche n'aboutit pas, celle-ci sera menée au niveau de l'entreprise. À défaut de délégué syndical, cette généralisation résultera de la décision unilatérale de l'employeur.

[3] Il s'agit de l'article 1er de la loi. Cette question de l'équité au sein des régimes supplémentaires avait d'ailleurs été évoquée par le Professeur Marion DEL SOL ; « Dispositions portant sur l'épargne retraite et les retraites supplémentaires d'entreprise (art. 107 à 117 de la loi) », *Lexbase hebdo, éd. sociale*, 2 décembre 2010, n°419 (spéc. la conclusion).

fonctionnement de ce régime. Mais en contrepartie, l'effort de l'employeur pourrait être identique pour tous les salariés[1].

305. Mais en attendant 2016, il faut tout de même noter que certaines entreprises avaient déjà manifesté de l'intérêt pour ces questions. Face aux difficultés de la branche vieillesse et aux insuffisantes réformes menées par les gouvernements français successifs[2], la protection collective édifiée en 1945 a trouvé un nouveau souffle à travers un soutien à la fois efficace, fidèle à l'effort contributif et respectueux de la conception moderne de la retraite. L'anticipation durant la vie active surgit alors comme une évidence. Calquée sur les autres modèles de l'anticipation imposée par le législateur, l'anticipation de l'ultime étape du vieillissement pourrait pour chaque travailleur, s'effectuer dans le cadre de l'entreprise. Cela préoccupe déjà certaines entreprises françaises et allemandes, qui ont mis en place des dispositifs de retraites professionnelles (§1). Cette anticipation de la vieillesse bien loin d'être une solidarité pleine et entière de tous les travailleurs de l'entreprise[3], demeure une solidarité atomisée, au profit de quelques uns. Or, s'il s'agit de procurer à ce régime complémentaire (Allemagne) ou supplémentaire (France), un rôle certain dans l'anticipation de la vieillesse. La clé siège très probablement dans la généralisation de ces régimes, accordant ainsi à tous les travailleurs, une protection supplémentaire, collectivement organisée et fidèle à l'effort du travailleur (§2).

[1] Cette problématique de l'inégalité entre les salariés a été abordée par le Professeur DEL SOL. Les inégalités peuvent être multiples. La première inégalité réside dans l'accès à un régime d'entreprise, lequel requiert l'appartenance aux travailleurs salariés. L'inégalité siège également dans les droits constitués, lesquels peuvent être distinct en fonction des salariés, non seulement en raison de leur rémunération, mais aussi, en raison du champ d'application personnel retenu par l'employeur. Enfin, certains dispositifs mis en place reposent sur la participation du salarié et par le seul exercice de la volonté du travailleur, cette anticipation peut être plus moins conséquente. Naturellement, les inégalités existant durant la vie active se révèlent plus flagrantes encore au moment de la liquidation de la pension et ce, au détriment des groupes de travailleurs les plus vulnérables.
M. DEL SOL, « Risques et limites du développement des retraites professionnelles en Europe », in *Vers un modèle social européen* ?, dir. S. MARTENS et J.-P. REVAUGER, coll. Perspectives européennes, P.U.B., p. 161 -165 (spéc. p.162-163) ; du même auteur, « Les faux semblants des retraites d'entreprise », *RDSS* 1/2008, p. 43.

[2] J. BARTHELEMY, « L'impact de la réforme des retraites sur la protection sociale non légale », *Dr. soc*. 2011, p.321 ; B. SERIZAY, « La retraite supplémentaire, vecteur d'équité sociale », *Sem. Soc. Lamy* 2009, n°1411.

[3] Situation temporaire pour la France depuis la loi n°2013-504.

§1. L'anticipation de la vieillesse dans la relation de travail

306. Par le passé, la prévoyance d'entreprise constituait la première protection collective face au risque lié à la vieillesse[1]. Toujours d'actualité en Allemagne, cette protection collective connaît un renouveau en France. Destinée à l'avenir à compléter la pension légale et la pension complémentaire versée par l'un des organismes de retraite complémentaire français (voire plusieurs, en fonction du parcours professionnel de l'assuré) et indispensable supplément à la pension de base allemande, la retraite d'entreprise née lors de la relation de travail, a pour particularité de perdurer au-delà de l'existence de ce lien (A). Simple libéralité offerte à l'employeur, son exercice reste encadré par les législateurs en raison de l'importance des intérêts en présence (B).

A. Une garantie collective professionnelle

307. Dans le cadre de l'exercice de son pouvoir normatif ou à l'issue d'une négociation collective, l'employeur peut mettre en place, librement ou parfois sous la contrainte d'une convention collective, un avantage social au profit de ses salariés et anciens salariés (1). Ces garanties professionnelles doivent être considérées comme collectives, en raison de la spécificité de leur organisation (2).

1. Un avantage différé

308. Cette anticipation de la vieillesse au sein même de la relation de travail fait référence aux régimes supplémentaires ou sur-complémentaires[2] existants en France, désignant l'« *ensemble des garanties collectives de prévoyance instituées par les entreprises au profit de tout ou partie de leur personnel, afin de compléter les régimes de base et complémentaires légalement obligatoires* »[3]. Conformément à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, ces garanties « *[…] ont notamment pour objet de prévoir, au profit des salariés [et] anciens*

[1] Ph. MARTIN, « Epargne salariale et retraite : les avatars de la protection sociale d'entreprise en Europe », *Dr. soc*. 2003, p.202-204 ; Y.SAINT-JOURS, « Les retraites supplémentaires par capitalisation : côté pile et côté face », *Dr. soc*. 1996, p. 627-628 et « La protection sociale complémentaire d'entreprise », *Dr. soc*. 1992, p. 141.

[2] M. D'ALLENDE, *La protection sociale complémentaire d'entreprise*, Lamy, Wolters Kluwers France, 2012, n°40-96.

[3] M. D'ALLENDE, *ibid*., n°1, p.10.

salariés […] la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière ». Il s'agit ainsi d'offrir au salarié, un complément de prestation, venant s'ajouter au versement de la pension légale et complémentaire. Indubitablement, ce régime supplémentaire « *matérialise un engagement de l'entreprise au profit de ses salariés* ». Mais cette garantie est appelée à jouer un rôle après la rupture de la relation de travail[1] et comme le dit un auteur[2], « *l'engagement pris par l'entreprise transcende la mesure temporelle habituelle de la relation de travail. L'engagement de retraite peut couvrir des dizaines d'années, alors que le contrat de travail n'aura hypothétiquement vécu que quelques années. L'engagement de la retraite […] peut subsister alors même que l'entreprise, elle-même, aura disparu* ».

Par conséquent, cette garantie doit être considérée comme « un avantage différé sous forme de futur complément de pension »[3].

309. En Allemagne, la retraite professionnelle représente un engagement pour l'employeur au profit des travailleurs. L'intitulé du §1 (*Zusage des Arbeitgebers auf betriebliche Altersvorsorge***)** de la loi relative à l'amélioration des retraites professionnelles[4] fait de cet engagement, une promesse de l'employeur, consistant à faire bénéficier le travailleur d'une prestation d'un montant déterminé, en raison de sa présence au sein de l'entreprise[5].

310. En droit de l'Union, cet avantage correspond à une rémunération au sens de l'article 157 du TFUE, qui intègre le salaire, traitement et tous les autres avantages payés directement ou indirectement, en espèce ou en nature, par l'employeur au travailleur. Cela a été reconnu depuis 1986, lors de l'affaire Bilka.

---

[1] « […] *l'avantage de [la protection sociale complémentaire] bénéficie […] après la rupture [du contrat], à une époque où il n'existe plus de lien juridique direct entre l'entreprise et le bénéfice de l'avantage* », B. SERIZAY, in *La protection sociale complémentaire en questions*, dir. Ph. COURSIER et B. SERIZAY, Litec Professionnels, Paris, 2011 n°48.

[2] B. SERIZAY, *ibid.*, n° 48.

[3] M. DEL SOL, « Les dispositions relatives aux régimes de retraite supplémentaire à cotisations définies et à prestations définies », *JCP E* 2011, n°1163.

[4] *Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG)* du 19 décembre 1974 (*BGBl*. I, p. 3610), dont la dernière modification a été réalisée par la loi du 21 décembre 2008 (*BGBl*. I, p. 2940)

[5] Ph. MARTIN, *op.cit*., p. 204.

Quinze ans auparavant[1], la Cour a retenu que la pension de vieillesse issue du régime légal de sécurité sociale, malgré des liens très étroits avec la notion de rémunération, ne peut être identifiée comme étant une rémunération, puisque cette pension était « *directement réglée par la loi* », excluant « *tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle* ». En outre, cette protection bénéficie « *obligatoirement à une catégorie générale de travailleurs* »[2].

311. En revanche, en matière de retraite professionnelle, il en est tout autre. Partant de l'apport de la jurisprudence de 1971, la Cour retient qu'en l'espèce, ce régime issu d'un accord entre l'entreprise et le conseil d'entreprise (représentant les employés), a « *pour effet de compléter les prestations sociales [du régime légal] par des prestations dont le financement est supporté uniquement par l'employeur* ». Elle ajoute que ce régime « *fait partie intégrante des contrats de travail* » unissant l'employeur et ses employés. À ce titre, le régime professionnel ne peut être assimilé à un régime légal de sécurité sociale. Conséquemment, l'avantage offert par ce régime constitue une rémunération[3].

Près d'une décennie plus tard[4], la Cour accorda une importance moindre au critère du financement patronal exclusif et celui de la nécessaire complémentarité de la pension professionnelle. La pension versée par un régime professionnel, doit être considérée comme étant une rémunération, en raison de son origine, de son financement, éventuellement partagé, des règles en assurant le fonctionnement et de la particularité du mode de détermination des

[1] CJCE, 25 mai 1971, Defrenne I, aff. 80/70, *Rec*. p. 45.

[2] Pt. 7 de l'aff. Defrenne.

[3] Et c'est ainsi que surgit la question de la conformité du dispositif professionnel au principe de l'égalité de traitement ente les hommes et les femmes…. L'apport de cette décision a d'ailleurs été intégré au sein de la directive n°86/378/CEE du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (*JOCE*, L 225 du 12 août 1986, p.40-42). Il a été conservé par la directive refonte, à savoir la directive n°2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (*JOUE*, L 204 du 26 juillet 2006, p.23-26).

[4] CJCE, 17 mai 1990, Barber, aff. C-262/88, *Rec*. p.I-1889 ; E. TRAVERSA, Jurisprudence communautaire en matière de politique sociale, *RTDE* 1991, p. 425, étude; P. MORVAN, « L'épargne retraite dans tous ses états », *Dr. soc*. 2006, p.179 et s.; S. HENNION-MOREAU, « L'impact du droit communautaire sur les retraites professionnelles d'entreprise », *in Les retraites professionnelles en Europe, Betriebliche Altersversorgung in Europa, Occupational pension schemes in Europe*, dir. S. HENNION - MOREAU et O. KAUFMANN, Bruylant, 2007, p. 20.

bénéficiaires potentiels[1]. La condition déterminante réside en effet dans le lien d'emploi unissant l'employeur au travailleur, fondant ainsi son versement à ce même travailleur. La Cour relève simplement que « *l'affiliation résulte nécessairement de la relation de travail avec un employeur déterminé* » [2]. La relation de travail peut ainsi donner accès une rémunération différée, collectivement édifiée.

2. Un avantage collectif

312. En matière de régime de retraites supplémentaires, *« l'organisation collective constitue un préalable indispensable* »[3]. À défaut, « *il ne s'agirait que d'une épargne de forme quelconque, par laquelle l'individu concerné décide de se constituer un avoir pour la retraite* ». Pour être considérée comme étant une garantie collective, la présence patronale est requise. Cela apparaît par exemple à travers l'article L. 143-1, 1° du Code des assurances énonçant que « *[les contrats d'assurance sur la vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle] sont souscrits : par un employeur ou un groupe d'employeur au profit de leurs salariés ou anciens salariés, ou par un groupe représentatif d'employeurs au profit des salariés ou anciens salariés de ceux-ci* », mais également à l'article L. 222-3 du Code de la Mutualité.

Le régime doit également être issu d'un processus de décision collectif ou par l'exercice du pouvoir normatif de l'employeur, décidant unilatéralement de mettre en place un tel dispositif[4]. Cela est d'ailleurs conforme au constat dressé par la CJCE notamment à l'occasion de l'affaire Barber, qui a retenu que ce régime se distingue du régime légal, car il résulte soit d'une concertation menée entre l'employeur et les représentants des travailleurs employés dans son entreprise, soit de sa seule volonté.

[1] Pts 25-26 de l'aff. Barber.

[2] Pt 26 de l'aff. Barber.

Un raisonnement similaire a été retenu en matière de pension de réversion dont les bénéfices sont offerts au conjoint ou au partenaire enregistré, de même sexe. CJCE, 1er avril 2008, Aff. C-267/06, *Tadao Maruko*, *Rec*. p. I-1757 ; *JCP S* 2008, 1416, J. CAVALLINI ; *Europe* mai 2008, comm. 150, L. DRIGUEZ.

[3] O. KAUFMANN, « La place des retraites professionnelles d'entreprise dans la protection de la vieillesse », *in Les retraites professionnelles en Europe, op.cit*., p. 12.

[4] CSS. art. L.911-1.

En ce qui concerne le financement d'un régime professionnel, les fonds peuvent être alimentés par le salarié ou l'employeur seul, voire par une contribution conjointe, à parts égales ou non.

La dimension collective imprègne les régimes professionnels. En offrant des garanties aux travailleurs ou à une catégorie déterminée de travailleurs, l'employeur accorde ainsi une protection collective, constituant un complément plus ou moins indispensable de la pension provenant du régime légal.

B. Une anticipation socialement organisée

313. L'anticipation de la survenance de la vieillesse chez le travailleur reste une simple faculté, dont les modalités de mise en œuvre demeurent librement déterminées par l'employeur. Deux voies s'offrent à l'employeur, le laissant maître dans le choix du régime à privilégier (1). En effectuant une telle démarche, l'employeur se saisit d'un avantage indéniable pour l'avenir de son entreprise, tout en offrant une garantie essentielle pour les futurs pensionnés (2).

1. Les options offertes aux employeurs

314. Dans le cadre de l'élaboration d'un régime professionnel, l'employeur est exposé à différents choix[1]. Le premier d'entre eux réside dans la détermination du régime en lui-même (a). Le second est lié au dispositif le mettant en œuvre (b).

a. Le libre choix du régime

315. Traditionnellement, les entreprises allemandes optaient pour le régime à prestation définies[2]. Reposant sur un engagement unilatéral de l'employeur, le travailleur pouvait tirer les avantages de ce régime, uniquement en accomplissant sa carrière professionnelle auprès de

[1] Enfin, pour les employeurs français, il ne s'agira bientôt plus d'un choix.

[2] Rapport final, dir. de Ph. MARTIN, *Le risque vieillesse en Europe : Quels droits, quelles protections ?*,*op.cit.*, p.212-214.

ce même employeur[1]. Dans ce régime à prestations définies, « *l'entreprise s'engage* » à verser un montant de retraite prédéterminé au salarié lors de la liquidation de sa pension. Cela peut prendre la forme d'un pourcentage du dernier salaire ou d'une moyenne des derniers salaires[2], voire d'un complément de la pension du régime légal[3]. Il s'agit par conséquent d'un engagement sur la durée, dont le poids financier peut se révéler particulièrement pesant pour l'employeur, surtout en période de difficultés économiques.

315 bis. La France n'est pas exempte de régimes à prestations définies, désignés également sous le nom de retraite chapeau ou de régimes « article 39 du Code général des impôts »[4]. Afin de bénéficier de ce régime, le travailleur n'a d'autre choix que d'achever sa carrière au sein de cette entreprise[5]. Présenté comme un régime à prestations définies à droits

---

[1] En 1974, le législateur allemand a garanti la pérennité des droits du travailleur à deux conditions : soit l'engagement de l'employeur avait duré au moins 10 ans ; soit la relation de travail unissant le travailleur et l'entreprise s'élevait au moins à 12 années et l'engagement de l'employeur était d'au moins 3 ans.

Dans les deux cas, le travailleur devait être âgé d'au moins 35 ans.

Depuis 2009, la législation en vigueur a abaissé cette condition à 25 ans et celle tenant à la durée de la relation a été réduite à 5 ans, comme l'énonce le §1 b de la loi relative aux régimes professionnels (*BetrAVG*).

Rapport final, dir. de Ph. MARTIN, *Le risque vieillesse en Europe, ibid.*, p. 213.

[2]M. D'ALLENDE, *préc.*, n°62 ; M. MARTINI, *Les retraites professionnelles*, *op.cit.*, n°59.

[3] Ces régimes à prestations définies peuvent adopter deux modes de calcul. Ils peuvent être différentiels et dans ce cas, ils ont pour objet de garantir un niveau de retraite global, reposant ainsi sur le montant versé au titre de la pension légale. Les régimes additionnels quant à eux, ont pour objectif de garantir un taux de retraite, déconnecté du montant de la pension légale. Enfin, il existe des régimes combinant ces deux modes de calcul.

P.-Y. VERKINDT, E. GRAUJEMAN, *op.cit.*, p.59.

[4] Cette appellation est liée au régime fiscal applicable pour les entreprises, permettant de déduire au sein des charges, les dépenses de personnel et notamment, celles correspondant aux contributions de l'employeur à un régime de prestations définies. Les primes versées par l'employeur sont exonérées de cotisations sociales, comme le prévoit l'article L.137-11 du Code de la sécurité sociale. Le paiement de contributions spécifiques est toutefois requis.

COR, « Présentation des dispositifs d'épargne retraite individuelle et collective », in *L'épargne retraite individuelle et collective*, Séance plénière du 16 juin 2010, document n°2, p.13 et 30.

[5] Soc., 17 juin 2009 (n°07-44.822 et n°07-44.823, non publié). En l'espèce, dans le cadre d'un accord collectif, un groupe avait institué un régime complémentaire à prestations définies, dont le financement était exclusivement patronal. Avant sa dénonciation, l'accord prévoyait que si le salarié perdait sa qualité de participant en raison d'une démission, licenciement ou révocation, il perdait corrélativement ses droits à prestation. Les salariés au cœur de ce litige, licenciés antérieurement à la dénonciation, considéraient avoir subi une différence de traitement non justifiée vis-à-vis de leurs collègues, qui pouvaient bénéficier des nouvelles stipulations. Les griefs n'ont pas été accueillis par la Chambre qui a retenu que ces salariés avaient perdu leur

aléatoires, cela signifie qu'antérieurement à sa demande de liquidation, le travailleur n'a aucun droit acquis sur ses futures prestations. L'existence de cet aléa au sein de ce régime a d'ailleurs été confortée par les juges[1].

Ce régime s'oppose aux régimes à cotisation définies, qui ont d'ailleurs le vent en poupe en raison de l'encadrement de la portée de l'engagement. En effet, le salarié bénéficie d'un versement de cotisations effectué par son employeur auprès d'un organisme assureur. Ces cotisations constituent un capital, qui sera converti en une rente lors de la demande de liquidation[2]. Contrairement au régime à prestations définies, les engagements de l'employeur ne portent pas sur le niveau de la pension professionnelle à garantir. L'incertitude se révèle grande pour le travailleur, puisque le niveau de la pension est lié à la rentabilité du placement (les intérêts) de ce capital, alimenté par les cotisations de l'employeur et ou du travailleur.

316. Enfin, il faut souligner qu'en Allemagne ces régimes à cotisations définies ont connu une amélioration, puisque depuis la réforme de 2001, il existe les régimes à cotisations définies avec un bénéfice minimum[3]. En effet, les deux régimes exposés précédemment, comportent des inconvénients pesant soit sur l'employeur (régime à prestations définies), soit sur le travailleur (régime à cotisations définies). Dans ce régime, l'employeur s'engage toujours à verser ses cotisations. Mais la différence siège lors de la liquidation du régime,

---

qualité de participants et surtout « *ne disposaient […] lors de la dénonciation de cet accord d'aucun des droits qu'il avait institués* » et n'étaient ainsi pas concernés par le régime complémentaire mis en place.

P.-Y. VERKINDT, E. GRAUJEMAN, *op.cit.*, p. 58-59.

[1]Ce régime est opposé au régime à prestations définies à droits certains, dont le financement peut concerner le salarié et à ce titre, il ne peut pas être un régime de l'article 39 C.G.I. La particularité de ce régime réside dans le procédé d'acquisition progressive des droits à pension par le travailleur tout au long de sa carrière, refusant ainsi une perte des droits consécutive à la mobilité du travailleur. Sous certaines conditions, les employeurs peuvent bénéficier du régime fiscal de l'article 83 C.G.I. et de l'exonération de cotisations sociales offertes aux contributions des employeurs prévue à l'alinéa 6 de l'article L.242-1 du Code de la sécurité sociale.

À défaut, les contributions sont intégrées parmi les rémunérations au sens de l'alinéa 1er de l'article L242-1 du Code de la sécurité sociale.

COR, « Présentation des dispositifs d'épargne retraite individuelle et collective », *op.cit.*, p.30.

[2] M. D'ALLENDE, *ibid.*, n°41 ; M. MARTINI, *Les retraites professionnelles*, *op.cit.*, n°66.

[3] H.-J. REINHARD, « Occupational pension schemes in Germany-Recent developpements and taxation » issues, in *Les retraites professionnelles en Europe*, *op.cit.*, p. 320.

puisque le pensionné est certain de percevoir au minimum la somme des cotisations et agrémentée éventuellement, des intérêts issus de leur placement.

Ainsi, les régimes mis en place par l'employeur peuvent être à cotisations définies, voire avec la garantie d'un bénéfice minimum ou à prestations définies. Mais la libéralité de l'employeur va au-delà du choix du régime, il concerne en outre le dispositif, obéissant à la règle de la capitalisation.

b. Le libre choix du dispositif

317. En Allemagne[1], l'engagement de l'employeur peut prendre plusieurs formes. Il peut ainsi s'agir d'un engagement direct (*Direktzusage*) dans lequel il supporte et finance la pension en constituant progressivement une épargne dont les intérêts seront versés le moment venu au pensionné[2].

L'employeur a également la faculté de s'engager auprès d'une caisse de pension d'entreprise ou de groupement d'entreprises (*Pensionkasse*). Personne morale distincte de l'entreprise, cette société d'assurance a pour seule vocation de gérer les pensions professionnelles[3]. Le financement résulte de l'effort des travailleurs et de l'employeur, à parts égales ou non.

Une autre option est envisageable, celle de l'assurance directe (*Direktversicherung*). Dans cette hypothèse, l'employeur s'engage à travers un contrat d'assurance dont le ou les bénéficiaires sont expressément précisés. L'employeur verse alors des primes, avec éventuellement une participation du travailleur.

---

[1]*Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG*) *op.cit.*; O. KAUFMANN, « Les retraites professionnelles d'entreprise en Allemagne », *in Gouvernance des retraites professionnelles en Europe*, p. 191-195; Rapport final, dir. de Ph. MARTIN, *Le risque vieillesse en Europe…, op.cit.*, p. 211-214 ; O. KAUFMANN, *Wörterbuch…*, V° Betriebliche Altersversorgung ; H.-J. REINHARD, *op.cit.*, p. 320-323 ; G. TAMBURI et Y. CHASSARD, *Fonds de pension – Comment font les autres pays*, Economica, Paris, 2002, p. 19-36 (pour l'Allemagne).

[2]L'insolvabilité de l'employeur représente un risque considérable pour le travailleur, qui le moment venu ne pourra bénéficier de la promesse de l'employeur. Aussi, l'employeur est obligé de se réassurer auprès de l'Association de la garantie des pensions (*Pensionssicherungsverein*). F. CHARPENTIER, « Fonds de pension : l'état du dossier », *Dr. soc*. 1996, p. 170

[3] Son activité est encadrée par une loi relative à la surveillance des sociétés d'assurance du 17 décembre 1992 (*Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)*, *BGbl* 1993, I, p. 2.). Sur ce point, v. les§ 118 a-118 d.

L'une des dernières options consiste à recourir à une caisse de secours (*Unterstützungkasse*). Création de l'entreprise, cette personne morale est chargée de la gestion de la retraite professionnelle. Les fonds destinés au régime de retraite professionnelle sont donc distingués de ceux de l'entreprise, mais l'employeur décide tout de même de leur placement et doit en répondre si les réserves se révèlent insuffisantes[1].

Enfin, les fonds de pension (*Pensionsfonds*) constituent la dernière option envisageable[2]. Ces fonds de pension effectuent des placements risqués dans le cadre de plans[3]. Réglementés et placés sous la vigilance de l'Autorité de surveillance financière fédérale, l'employeur y verse des contributions et le travailleur bénéficiera en temps voulu, d'une pension versée sous forme de rente viagère ou forfaitaire[4].

L'ensemble de ces dispositifs, hormis dans l'hypothèse d'une obligation découlant d'une convention collective liant l'employeur, est simplement offert à l'employeur, décidant ou non de sa mise en œuvre au sein de son entreprise. Pourtant, le législateur allemand a en 2001, admis que le travailleur a la faculté de dédier une partie de son salaire au financement de sa future pension professionnelle[5]. Si ce droit légal à une conversion de salaire en retraite d'entreprise (*Entgeltumwandlung*) ne contraint pas l'employeur à participer au financement, cela ne correspond pas à un nouveau régime professionnel, mais plutôt à une mesure incitative en faveur de l'anticipation de la vieillesse par tous les salariés. D'ailleurs cette mesure peut être intégrée dans le dispositif mis en place par l'employeur ou à défaut, elle impose à l'employeur d'en organiser au moins les modalités de fonctionnement et par là même, de choisir le dispositif. Cette anticipation individuelle peut toutefois être prohibée par les stipulations de la convention collective applicable, privilégiant ainsi la démarche collective empruntée par les employeurs et les partenaires sociaux.

---

[1] H.-J. REINHARD, *op.cit*., p. 321.

[2]Créés par la loi du 26 juin 2001, portant constitution d'un patrimoine pour la vieillesse (*Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (AvmG) BGBl* I, p. 1310).

[3] Et à ce titre, ce fonds doit se réassurer auprès de l'Association de la garantie des pensions.

[4] Loi relative à la surveillance des sociétés d'assurance *(VAG*) *op.cit.*), plus précisément le titre VII dédié aux institutions de retraite professionnelle, dont la première section concerne les fonds de pension, §112-118.

[5]A hauteur de 4% du salaire plafonné du régime légal de pension (*BetrAVG*, §1 a.).

318. Comme certains auteurs l'ont relevé, pour dynamiser la retraite professionnelle, le législateur allemand est également intervenu à travers l'épargne retraite[1]. Désignée sous l'appellation de retraite Riester[2] (*Riesterrente*), cette mesure constitue une incitation à l'épargne en vue de la retraite. Cette démarche peut être initiée de manière individuelle ou par le biais de l'entreprise, fréquemment dans le cadre d'un accord collectif. L'effort contributif du travailleur est alors encouragé via une subvention étatique sous forme d'un forfait[3] ou d'un avantage fiscal. Les cotisations et abondements étatiques alimentent un régime à cotisations définies (avec un minimum de bénéfices) dont la gestion doit nécessairement être confiée à l'un des trois dispositifs suivants, un fonds de pension, une caisse d'entreprise ou une assurance directe. Le versement de la subvention est toutefois conditionné à la conclusion d'un contrat conforme à une procédure de certification.

Avec le concours des facteurs précédemment évoqués[4], l'objectif poursuivi consiste indéniablement à compléter la pension de base.

319. La France[5] comporte également ses propres dispositifs de retraites professionnelles. Contrairement à la limpidité des dispositifs allemands, dont le système des régimes professionnels est organisé au sein de textes spécifiques, les dispositifs français ne bénéficient pas du même traitement[6]. À l'image du système allemand, la gestion peut être interne à

---

[1] Il s'agit de la loi du 26 juin 2001 (*AVmG*) ; F. KESSLER, « La réforme des retraites en Allemagne », *Liaisons sociales Europe*, n°34/2001, p.5 ; Ph. MARTIN, « Epargne salariale et retraite… », *op.cit.*, p.209.

[2]CJUE, 10 septembre 2009, Commission des Communautés européennes c/ Allemagne, C-269/07, *Rec*. p. I-7811, *JCP E* 2010, 1597 (spéc. n°9) note O. KAUFMANN. En l'espèce, les travailleurs transfrontaliers ne pouvaient bénéficier de la prime d'épargne-pension accordée par le régime légal allemand, en raison du défaut d'assujettissement intégral de son bénéficiaire à l'imposition allemande. La Cour a considéré qu'il s'agissait d'une discrimination indirecte.

[3] Dans la limite de 4% du salaire annuel plafonné. Rapport final, dir. de Ph. MARTIN, *Le risque vieillesse en Europe, op. cit.*, p.232.

[4] v. *supra*, .n°284 et s.

[5] P.-Y. VERKINDT, E. GRAUJEMAN, *op. cit*., p. 69-80; M. D'ALLENDE, *op.cit*., n°40-96.

[6] De nombreux auteurs relèvent que la question de la retraite professionnelle n'est abordée qu'à titre subsidiaire, lors des réformes du régime général de pension… De plus, la dissémination des dispositions dédiées aux retraites professionnelles à travers plusieurs Codes (Code des assurances, Code de la mutualité, Code général des Impôts, Code de la sécurité sociale, Code du travail) ne permet pas réellement aux principaux intéressés employeurs et salariés compris, d'en maîtriser les rouages. Pour certains, la clé résiderait dans la constitution d'un Code unique. M. MARTINI, *op.cit*., n°566 ; J. BARTHELEMY, « Impact de la réforme des retraites sur la protection sociale non légale », *Dr. soc. 2011*, p. 324.

l'entreprise ou externalisée auprès de l'un des nombreux gestionnaires : assureur, institut de prévoyance, mutuelle et organisme de placement collectif en valeur mobilière (Perco).

Outre le régime dit de l'article 39 C.G.I., il existe plusieurs dispositifs relevant des régimes à cotisations définies, auxquels il faut ajouter ceux tenant au développement de l'épargne retraite. Comme le souligne la doctrine[1], depuis la loi du 9 novembre 2010[2], le législateur a pris le temps de poser une définition de l'épargne retraite, qui intègre à la fois les dispositifs d'épargne d'origine légale et ceux des régimes supplémentaires d'origine conventionnelle, mais tendant tout deux, à la constitution de revenus complémentaires à la pension de retraite du régime général.

L'employeur peut ainsi adopter un régime à cotisations définies en imposant à ses salariés, la conclusion d'un contrat « article 83 C.G.I. »[3]. Après avoir déterminé le champ d'application personnel de cette protection collective, en désignant l'ensemble des salariés ou une catégorie objectivement définie, l'employeur contraint les bénéficiaires à adhérer au dispositif. Financées par l'employeur et parfois avec le concours du salarié, ces cotisations sont versées sur un compte individuel qui, lors de la liquidation de la pension du régime légal, est converti en une rente viagère.

Une des autres options s'offrant à l'employeur consiste en l'adoption d'un plan d'épargne retraite entreprise (PERE). Très similaire au contrat « article 83 C.G.I. », le législateur lui avait accordé une spécificité en matière de financement, puisque les salariés pouvaient participer au financement, ce qui est désormais possible pour le contrat précité[4].

Face à ces dispositifs imposant une adhésion obligatoire aux travailleurs, l'employeur peut également opter pour un contrat « article 82 C.G.I. ». Même si ce dispositif n'est pas dédié

---

[1] P.-Y. VERKINDT, E. GRAUJEMAN, *op.cit.* ; J. BARTHELEMY, « Impact... », *op.cit.*, p.322.

[2] Art. 107 de la loi n°2010-1330 portant réforme des retraites (*JORF* du 10 novembre 2010, p. 20034) :

« *L'épargne retraite, qui vise à compléter les pensions dues au titre des régimes de retraite par répartition légalement obligatoires, permet de disposer, à partir du départ à la retraite, de ressources provenant d'une épargne constituée individuellement ou collectivement à partir de versements sur une base volontaire ou obligatoire réalisés à titre privé ou lors de l'activité professionnelle* ».

[3] Cela fait référence à l'article 83.2° du Code général des impôts, qui prévoit une exonération d'impôt sur le revenu, certains contrats relatifs à la retraite sous certaines conditions. Les exonérations de cotisations sociales constituent le second avantage.

[4] A ce propos : M. DEL SOL, « Dispositions portant sur l'épargne retraite et les retraites supplémentaires d'entreprise », *Lexbase Hebdo éd. sociale*, n°419, du 2 décembre 2010 et du même auteur, « Les dispositions relatives aux régimes de retraite supplémentaires à cotisations définies et à prestations définies », *JCP E* 2011, 1163 (spéc. n°6-11).

uniquement à l'anticipation de la vieillesse, l'employeur peut décider d'offrir le financement d'un contrat au profit d'un ou plusieurs salariés. L'employeur verse ainsi des cotisations[1], correspondant à un sur-salaire pour le salarié et à ce titre, intégré dans le calcul du revenu imposable. Par le jeu de la capitalisation, le salarié bénéficiera lors la liquidation de sa pension légale, d'une pension sous forme d'une rente viagère ou d'un capital.

Enfin, l'employeur peut décider d'instituer un plan d'épargne pour la retraite collectif (Perco)[2]. L'objectif du Perco est de permettre au salarié de se constituer une épargne destinée à la retraite[3], via un portefeuille de valeurs mobilières. L'employeur informe ses salariés de la mise en place de ce plan et notamment les modalités d'adhésion volontaire et parfois, par défaut[4]. Alimenté principalement par le salarié[5], l'employeur a la faculté d'y contribuer et même se limiter au coût des frais de gestion. En fonction des termes du plan, le salarié aura soit la faculté de choisir entre une rente viagère ou un capital, soit se verra imposer le bénéfice d'une rente viagère.

2. Une anticipation avantageuse

320. En présence d'une garantie assise sur la relation de travail, il convient d'expliciter les avantages suscités par la mise en place d'un régime professionnel permettant d'organiser collectivement l'anticipation de la survenance de la vieillesse.

[1] Pour les entreprises, ce régime se révèle moins avantageux que celui de l'article « 83 C.G.I. », puisqu'elles ne peuvent notamment plus bénéficier de l'exonération des cotisations sociales prévues à l'article L. 242-11 du Code de la sécurité sociale.

[2] C. trav. art. L. 3334-1 à L. 3335-2 ; N. CUZACQ, « Les dispositions relatives au Perco », *JCP E* 2011, 1164.

[3] Sauf en présence de l'une des conditions de déblocage anticipé autorisé (C. trav. art. R. 3334-4) : décès, invalidité, surendettement, expiration des droits à l'assurance chômage et acquisition ou remise en état après catastrophe naturelle de la résidence principale.

[4] C. trav. art. L. 3334-5-1.

[5] Différentes options s'offrent à lui. Le législateur admet que le versement puisse résulter des sommes liées à l'intéressement, la participation aux résultats de l'entreprise, les droits du compte épargne temps, des versements volontaires et même, les sommes correspondant aux jours de repos non pris.

A propos de l'alimentation de ce plan et de ses modalités : C. trav. art. L. 3334-6 à L. 3334-10.

Le Professeur Marion DEL SOL souligne d'ailleurs que ce dispositif n'est pas entièrement « collectif », puisque l'alimentation de ce plan varie en fonction des bénéficiaires. A propos de la dose d'individualité dans le PERCO : « Les dispositions relatives aux régimes de retraite supplémentaire à cotisations définies et à prestations définies », *JCP E* 2011, 1163 (n°3-5).

Dans le milieu professionnel, l'institution d'un régime de retraite professionnelle représente une technique managériale précieuse pour l'entreprise, car il s'agit d'un atout vis-à-vis de ses concurrents, lui permettant d'attirer et fidéliser les travailleurs ayant un haut potentiel, notamment en mettant en place un régime à prestations définies à droits aléatoires. Utilisés comme des outils de gestion des carrières à long terme[1], ces dispositifs bénéficient bien souvent aux salariés relativement intégrés, remplissant une condition d'ancienneté au sein de la structure. En raison des dispositions fiscales et sociales applicables, cela constitue également un moyen d'accorder un avantage au profit des travailleurs, distinct de la rémunération[2].

Pour les travailleurs[3], la dimension collective permet une uniformisation des comportements. Il peut s'agir d'un atout en termes de négociation. L'effectif de l'entreprise représentant un volume plus conséquent, la négociation avec une société d'assurance peut s'avérer plus fructueuse et moins coûteuse qu'une négociation individuelle. En outre, il offre l'avantage de proposer ou d'imposer une gestion plus sécurisée des placements opérés[4].

Enfin, certaines entreprises ont conscience que les pensionnés représentent potentiellement une future clientèle et qu'à ce titre, il est judicieux de leur procurer un complément de revenu, lequel s'avèrera très certainement indispensable pour améliorer le montant de la pension des régimes légaux.

---

[1] Constituant ainsi un avantage réservé. Rapport final, dir. de Ph. MARTIN, *Le risque vieillesse en Europe…*, *op.cit.*, p. 207-208.

[2] Selon le praticien Bruno SERIZAY, il ne faut pas considérer que cela constitue un avantage. Au contraire, l'assujettissement aux cotisations sociales et à l'impôt correspondrait à une pénalité infligée à l'entreprise mettant en œuvre une telle politique sociale ; B. SERIZAY, « La réforme des retraites et l'impact sur les retraites supplémentaires », *JCP E* 2010, 1527 (spéc. n°14).

Cela peut représenter un moyen d'améliorer le montant de la rémunération des travailleurs sans véritablement affecter la rémunération (évitant ainsi les effets sur les cotisations sociales), mais plutôt en lui procurant un avantage pour l'avenir. Dans ce sens : Centre technique des institutions de prévoyance, *la retraite supplémentaire collective des salariés*, Les guides pratiques de la prévoyance collective, 2011, disponible sur le site : http://ctip.asso.fr

Selon le Professeur Jean-Pierre CHAUCHARD, cela peut s'assimiler à une stratégie d'évitement du salaire par substitution. Une partie du salaire est affectée à l'alimentation de la protection sociale d'entreprise, complétant les « *désengagements répétés de la sécurité sociale* », in « L'évitement du salaire », *Dr. soc.* 2011, p. 36-39.

[3] B. SERIZAY, « Les retraites supplémentaires », Capstan TV, 17 janvier 2012.

[4] La prudence reste mère de sûreté : O. KAUFMANN, « Gouvernance des retraites…. », *op.cit.*, p. 17-18 (crise et bonnes pratiques).

Mais il convient de nuancer ces propos. Le modèle actuel de l'anticipation collective souffre de nombreux défauts, ne permettant pas de lui reconnaître la qualité de solution miracle, pour contribuer au maintien du niveau des pensions et soutenir la pérennité des régimes légaux de sécurité sociale.

§2 : L'anticipation collective au soutien des régimes légaux de pension

321. Pour accorder véritablement un rôle complémentaire aux régimes professionnel de retraite, leur dimension collective doit être étendue. Cette question de la diffusion de l'accès aux régimes d'entreprise génère ainsi une autre interrogation portant elle, sur l'étendue de l'obligation des employeurs dans le cadre de l'anticipation de la vieillesse (A).

Actuellement, l'anticipation de la vieillesse produit d'importants flux financiers et il est indéniable qu'une diffusion à un plus grand nombre de salariés entraînera un accroissement de ces flux, ce qui pourrait susciter et décupler les convoitises de certains. Aussi, pour confier la gestion de cette protection complémentaire, les États membres et bien souvent les partenaires sociaux, ont recours aux clauses de désignation, sélectionnant ainsi le prestataire chargé de l'accomplissement de cette mission. Bien qu'une telle clause soit susceptible de porter atteinte aux règles de la concurrence (B), cela n'est qu'une des préoccupations du droit de l'Union, également soucieux de garantir la sécurité de ces régimes professionnels (C).

A. Une anticipation collective à diffuser

322. Hormis dans l'hypothèse de la conversion de salaire accueillie par le législateur allemand, l'anticipation de la vieillesse constitue une simple faculté pour l'employeur, sous réserve de ne pas y avoir été contraint par une convention collective. Libre de déterminer le régime, le dispositif et ses modalités, l'employeur a en outre la faculté de déterminer les bénéficiaires de cette promesse ou garantie collective, en précisant les contours des catégories concernées. De nombreux auteurs soulignent d'ailleurs les effets de ce défaut de régime professionnel de retraite obligatoire en Allemagne[1]. Dans cet État membre, seulement 2/3 des travailleurs salariés bénéficient d'un régime professionnel de retraite[2].

[1] O. KAUFMANN, « Réforme des retraites complémentaires en Allemagne…. », *op.cit.*, n°5.

[2] O. KAUFMANN, « Les retraites professionnelles dans la crise », in *Gouvernance des retraites…, op.cit.,* p.19. Il faut mentionner que pour certains employeurs, il s'agit d'une obligation, tel le BTP ou la fonction publique.

Si à l'avenir les chiffres pour la France se révèleront plus flatteurs, ils sont pour le moment assez faibles, notamment en raison de l'importance des pensions des régimes légaux dans le revenu des pensionnés. En 2011, 33% des employeurs déclaraient avoir mis en place un dispositif d'épargne retraite dans leur entreprise[1].

Or, pour accorder un rôle important à l'anticipation collective dans le maintien du niveau des pensions, il apparaît indispensable d'accroître son champ d'application personnel. D'ailleurs, le législateur français[2] a adopté une démarche en ce sens, en retenant que la création d'un régime à prestations définies en faveur de certains travailleurs, impose à l'employeur d'instituer un Perco ou un régime supplémentaire à adhésion obligatoire dans l'intérêt de tous les salariés ou d'une catégorie objectivement identifiée. Malgré les éventuels effets dissuasifs d'une telle contrainte[3], il convient d'y lire le souhait d'une « *contagion positive* » selon les termes de M. SERIZAY[4].

Le développement des régimes supplémentaires français ou complémentaires allemands pourrait s'inspirer de certaines dispositions légales relatives au vieillissement dans le cadre des relations de travail. Partant du raisonnement emprunté à l'anticipation du vieillissement par l'employeur, un auteur[5] est favorable à la voie du droit négocié, ce qui pourrait se traduire par l'institution d'une obligation triennale de négocier, à l'image de celle existant pour la GPEC. Cela permettrait la diffusion de la problématique de l'anticipation de la vieillesse au sein des entreprises de la manière la plus souple. Pourtant, le Code du travail contient déjà une

---

[1] Baromètre CTIP/ Crédoc 2011.

Entre 2010 et 2011, une légère hausse du nombre d'entreprises signataires d'un PERCO a été constatée (de 123 000 à 148 000) ; DREES, *Les retraités et les retraites*, éd. 2013, coll. Etudes et Statistiques, Dossier n°20, p.116.

[2] Art. 111 de la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites ; P.-Y. VERKINDT et E. GRAUJEMAN, *Réforme des retraites et emploi des seniors, Le nouveau droit de la retraite après la loi du 9 novembre 2010*, éd. Liaisons, 2011, p. 64-65.

[3] M. DEL SOL, « Les dispositions relatives aux régimes de retraite supplémentaire à cotisations définies et à prestations définies », *op.cit.*, n°14-16.

[4] B. SERIZAY, « La réforme des retraites et l'impact sur les retraites supplémentaires », *JCP S* 2010, 1527.

[5] Le praticien Bruno SERIZAY énonce ainsi l'idée d'une obligation triennale de négocier sur le thème des régimes supplémentaires à destination des entreprises dépourvues d'un régime couvrant au moins 50% de l'effectif *in* « Enjeux et mutations en matière de retraites extra-légales », *JCP S* 2010, 1323 (spéc. n°24).

Le Professeur DEL SOL ouvre le débat à propos de l'instauration d'une obligation de la mise en place d'un régime professionnel ; (« Les systèmes de retraite au révélateur de la crise financière », *Gouvernance des retraites professionnelles*… op.cit., p.281-282).

obligation de négociation annuelle pour les entreprises dont les travailleurs ne sont pas couverts par un plan d'épargne collectif[1].

Mais c'est indéniablement par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi que ces régimes prendront leur envol.

323. En matière de régimes professionnels, la question de la répartition de l'effort contributif a fait l'objet de critiques en Allemagne. En effet, étant donné que les régimes professionnels vont être amenés dans le futur, à jouer un rôle grandissant dans le maintien du niveau de vie des pensionnés, l'effort contributif doit faire l'objet d'un partage équitable. Or, les mesures adoptées par le législateur tendent à promouvoir l'effort des travailleurs pour l'avenir de leur propre pension. Il en est ainsi de la conversion de salaire et de la réforme Riester. En parallèle, le législateur allemand a bloqué le niveau des cotisations sociales et revu les modalités d'indexation des pensions[2]. Mais comme le souligne un auteur[3], la reconnaissance du rôle grandissant des régimes professionnels en matière de vieillesse, n'a pas été accompagnée par la mise en place d'une obligation de financement, ni même de couverture de l'ensemble des travailleurs salariés. En effet, il revient « *aux salariés de construire avec leur argent* » leur pension de retraite versée au titre d'un régime professionnel[4], puisque dans certains dispositifs, l'employeur n'a aucune obligation d'y contribuer[5]. Telle est la voie retenue pour le développement du régime d'entreprise. L'employeur doit simplement répondre favorablement au travailleur soucieux de sa pension future, en mettant en œuvre l'un des dispositifs existants et notamment, ceux conformes à la rente Riester. Et aux côtés de ces salariés ayant opté pour une conversion de salaire, il y a ceux dont l'employeur participe et parfois seul, au financement de leur retraite professionnelle.

---

[1] Notamment le Perco…. Cette obligation concerne également les entreprises dont les salariés ne bénéficient pas d'un plan d'épargne d'entreprise, accord d'intéressement ou un accord de participation, ni même un accord de branche sur l'un des ces points ; C. trav. art L. 2242-12 aL. 1er.

La violation de cette obligation est sanctionnée par l'article L. 2243-2 du Code du travail.

[2] v. *infra*, n°287-288.

[3] H.-J. REINHARD, *op.cit*., p. 327-328.

[4] «… *the employee uses his own money to built up an occupational pension scheme* », H.-J. REINHARD, *préc*.

[5] Le Professeur REINHARD conclut son article en insistant sur le fait que cette réforme constitue un présent à l'attention des employeurs, qui ont ainsi échappé à une hausse des cotisations destinée à financer le régime légal de pension (*préc*.) ; H. STAPF-FINE, « Les retraites professionnelles d'entreprise : zone d'ombre et de lumière », *Gouvernance des retraites..., op.cit.,* p.381-383

De l'expérience allemande, il faut retenir que cette anticipation du vieillissement doit reposer à la fois sur les épaules des travailleurs et celles des employeurs. L'effort contributif ne saurait résulter du seul salarié, qui serait amené à renoncer à une partie de son salaire pour financer ce gain d'espérance de vie.

Ainsi, pour admettre le développement de l'anticipation de la vieillesse, en tant que complément de la pension de base (versée par le ou les régimes légaux et complémentaires), la problématique de la diffusion ne doit pas être écartée. L'exemple allemand démontre que le législateur a reporté une partie du risque vieillesse sur les épaules des travailleurs, sans pour autant imposer une obligation d'instauration d'un régime professionnel au bénéfice de tous les salariés. Or, la diffusion des régimes professionnels de retraite se révèle indispensable pour envisager de lui confier un rôle plus conséquent.

La dimension collective doit également demeurer dans le financement de cette retraite professionnelle. L'effort ne saurait résulter du seul salarié, car à défaut, il sera le seul à connaître des effets de l'allongement de la durée de la vie, tant à travers le montant de la pension de base que celle versée au titre du régime professionnel. En effet, à défaut de contribution de l'employeur, certains dispositifs mis en place auraient très probablement un fondement collectif, avec un champ d'application personnel élargi, mais il s'agirait de l'organisation collective d'une épargne individuelle.

B. Un service économique d'intérêt général en latence

324. En attribuant le rôle de 2ème pilier aux retraites d'entreprise dans son intégralité par une diffusion à l'ensemble des travailleurs, il convient de se poser la question de la désignation des organismes chargés de gérer cette anticipation collective de la vieillesse. Il est indéniable qu'en présence d'une diffusion des régimes d'entreprise, cela ne fera que décupler les appétits de quelques organismes désireux de contribuer à l'efficience de ce complément aux pensions légales[1].

[1] Tout comme la perspective de manipuler ses flux financiers…
Cela s'est déjà réalisé par le passé à propos des régimes complémentaires ARRCO et AGIRC, antérieurement à leur assimilation au régime légal de pension. Les assureurs évoquaient alors le défaut de conformité des clauses de désignation au principe communautaire de libre concurrence. J.-J. DUPEYROUX, « Sur les régimes de retraite complémentaires, bref rappel de quelques données de base », *Dr. soc.* 2000, p.409 (spéc. p.412).

Ainsi, dans l'hypothèse d'une diffusion à une plus grande échelle, deux options sont envisageables. La première accorde aux employeurs le libre choix du prestataire de service, tandis que la seconde tend à imposer aux employeurs l'adhésion auprès d'un prestataire déterminé, selon la volonté des partenaires sociaux ou celle du législateur. Ce faisant, le législateur ou les partenaires sociaux instituent une obligation d'affiliation au profit des travailleurs, qui bénéficieraient d'une couverture vieillesse collectivement organisée.

325. Partant du droit de l'Union et plus précisément du principe de la libre prestation des services[1], la première option serait privilégiée. Condamnant toutes les restrictions à ce principe, tout prestataire de service établi dans un État membre doit avoir la possibilité de proposer ses services aux ressortissants établis sur le territoire d'un autre État membre.

Cela se confirme à la lecture des règles de libre concurrence, s'opposant aux accords ou décisions entre entreprises destinées à évincer le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. Elles condamnent également l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur[2]. Or, en matière de protection sociale, les situations monopolistiques ou oligopolistiques des organismes de sécurité sociale sont légion. C'est ainsi que le juge de l'Union a été amené à se prononcer sur la conformité de ces monopoles au droit de l'Union.

326. Mais au préalable, la Cour de Justice de l'Union opère la distinction, désormais classique[3], entre les organismes de sécurité sociale et les entreprises. Cette différenciation est essentielle, car elle a des effets sur la détermination des règles applicables. Ainsi, depuis la célèbre affaire Poucet et Pistre du 17 février 1993[4], la Cour considère qu'une caisse de sécurité sociale n'est pas une entreprise soumise au droit de la concurrence, mais simplement

[1] Art. 56 et 57 du traité TFUE.

[2] Il s'agit respectivement des articles 101 et 102 du traité TFUE.

[3] A propos de ce contrôle classique de la qualification, v. par exemple : CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband et a.*, C-264/01, C-306/01, C-345/01 et C-355/01, *Rec.* p. I-2493 ; CJCE 22 janvier 2002, *Cisal*, C-218/00, *Rec*. p. I-691 (Pts 31-46) ; CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International*, C-67/96, *Rec*. I-5751 (Pts 71-84) ; CJCE 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*, C-244/94, *Rec*. I-4013 (Pts 14-21)…

S. HENNION, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Dr. soc.* 2001, p. 957.

[4] CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91, *Rec*. p. I-637 ; LAIGRE Ph., « Les organismes de sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Dr. Soc.* 1993, p.488 ; J.-J. DUPEYROUX, « Les organismes de sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Dr. soc*. 1993, p.494 ; Ph. CHENILLET, « Assurance vieillesse, Communauté européenne et libre concurrence », *RDSS.* 1993, p. 554.

un organisme exerçant une fonction à caractère social, dépourvue de tout but lucratif. Pour justifier cette qualification, la Cour s'appuie sur deux éléments caractéristiques de ces organismes contribuant à la gestion du service public de la sécurité sociale, la solidarité nationale et le défaut de lien entre les cotisations acquittées et les prestations versées. En effet, la seule poursuite d'un objectif social se révèle insuffisante pour exclure la qualification d'entreprise.

Ainsi, après avoir apprécié aux vues des éléments qui lui ont été rapportés par la juridiction de renvoi, l'objectif social consistant à garantir à un ensemble de personnes une couverture des risques maladie, vieillesse, décès et invalidité « *indépendamment de leur condition de fortune et de leur état de santé lors de l'affiliation* »[1], la Cour s'est attelée à définir les caractéristiques des organismes concourant à la gestion de la sécurité sociale. La première d'entre elles est la solidarité entre les travailleurs et les pensionnés, fonctionnant sur l'immédiateté de l'affectation des cotisations acquittées aux pensions en cours de liquidation[2]. Cette solidarité va même au-delà, puisque la Cour a relevé que des droits à pension sont reconnus même à défaut de cotisation et qu'il n'y a pas de proportionnalité entre les cotisations et les pensions[3]. Cette solidarité ne se limite pas à celle existant entre les cotisants et les bénéficiaires, mais également entre les régimes excédentaires et ceux en difficulté, ce qui justifie l'instauration d'une obligation d'affiliation[4]. En revanche, malgré le constat de la forte présence étatique dans la gestion de ces régimes, la Cour ne retient (alors) pas explicitement ce dernier élément pour qualifier lesdites caisses[5]. S'appuyant sur la définition de l'entreprise au sens du droit communautaire, entendue comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »[6], la Cour retient que les caisses au cœur de ce litige ne sauraient être

[1] Pt. 9 de l'aff. C-159/91 et C-160/91.

[2] Pt. 11 de l'aff. C-159/91 et C-160/91: « *Dans le régime d'assurance vieillesse, la solidarité s'exprime par la circonstance que ce sont les cotisations versées par les travailleurs en activité qui permettent de financer les pensions des travailleurs retraités* ».

[3] Pt 11 de l'aff. C-159/91 et C-160/91.

[4] Pts 12 et 13 de l'aff. C-159/91 et C-160/91.

[5] Par la suite, ce critère a pris de l'ampleur, pour finalement être érigé comme l'une des conditions permettant d'exclure la qualification d'entreprise.

[6] Pt. 17 de l'aff. C-159/91 et C-160/91.

La Cour fait référence à la décision du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, *Rec*. p. I-1979, (pt 21).

v. aussi : CJUE, 3 octobre 2013, BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV., aff. C-59/12, non encore publiée.

considérées comme des entreprises, car elles ne poursuivent pas un objectif économique, mais un but exclusivement social, obéissant aux règles de la solidarité et détaché de l'impératif de proportionnalité des prestations aux cotisations acquittées.

Ainsi, un organisme contribuant à la gestion d'un service public de sécurité sociale reposant sur la solidarité peut instituer une obligation d'affiliation à l'égard de toutes les personnes entrant dans son champ d'application personnel. Toutefois si la Cour admet l'existence de tels régimes, cela ne les dispense pas de respecter le droit de l'Union, notamment le principe de libre prestation des services comme l'illustre une décision très controversée du 5 mars 2009, Kattner[1].

327. Mais ces décisions ne répondent que partiellement à la question de la diffusion de l'anticipation collective de la vieillesse, puisque la gestion de ce service peut également être confiée à une ou plusieurs entreprises. Or, ériger une obligation d'affiliation des employeurs auprès d'un assureur, d'une mutuelle ou un fonds de pension ne peut se réaliser qu'en respectant le droit de la concurrence. La Cour a été saisie de cette problématique à l'occasion de deux affaires[2], opposant toute deux, une entreprise à une société chargée de la gestion de la couverture d'un risque en vertu d'une disposition légale ou conventionnelle. Ce fut l'affaire Albany qui a apporté les premiers éclaircissements. En l'espèce, cette entreprise était affiliée au fonds sectoriel de l'industrie textile. Mais le niveau de pension garanti par cette affiliation obligatoire en faveur des travailleurs, ne satisfaisait pas l'entreprise, qui a ainsi décidé de leur faire bénéficier d'un régime plus avantageux auprès d'un assureur privé. Quelques années

[1] CJUE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau GmbH contre Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft*, aff. C-350/07, *Rec*. p. I-1513; Europe 2009, comm. 198, note L. IDOT.

[2] CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International*, C-67/96, Rec. I-5751 ; CJUE, 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et Fils SARL*, *Rec*. p. I-973.

A propos de l'affaire Albany : X. PRETOT, « La *CJCE* et les fonds de pension néerlandais », *Dr. soc.* 2000, p. 106 ; J.-Ph. LHERNOULD, « Le monopole des organismes de protection sociale (encore) à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence », *JCP* 2000, II, 10325.

A propos de l'affaire AG2R : J.-Ph. LHERNOULD, « Le monopole des régimes de protection sociale à l'épreuve de la jurisprudence récente de la CJUE », *Dr. soc.* 2011, p.1265-1267 ; S.BEAL, M. HALLOPEAU et P. KLEIN, « Validité et exercice des clauses de désignation avec obligation de migration des accords de prévoyance », *JCP S* 2011, 1146 ; L. IDOT, « Notion d'entreprise et affiliation à un régime complémentaire de soins de santé », *Europe* 2011, comm. 180.

Mais aussi : P. KLEIN, *L'opération de prévoyance*, Paris II Panthéon-Assas, 2011, n°216-218 ; J.-B. BLAISE, *RTDE* 2011, p.829-831.

plus tard, le niveau de pension garanti du régime complémentaire est amélioré et porté au même niveau que celui de l'assureur. Déjà assurée à cette hauteur, la société Albany a sollicité une dispense d'affiliation, ce qui lui a été refusé.

Dans la perspective d'une diffusion des régimes d'entreprise, cette décision se révèle importante sur plusieurs points. En premier lieu, la Cour est amenée à se prononcer sur l'instauration par voie conventionnelle d'une obligation d'affiliation à un fonds sectoriel.

Partant de l'article 101 TFUE (ex-art. 81 CE et ex-art. 85 §1 du Traité) relatif à la condamnation des ententes entre les entreprises, la Cour a considéré que la demande des pouvoirs publics à l'égard des partenaires sociaux relevait de l'exception. Cette exclusion est justifiée par l'objectif de politique sociale poursuivi par les partenaires sociaux lors de l'élaboration de la norme[1]. Le mode d'instauration de cette obligation est également approuvé par la Cour, qui conforte son appréciation en s'appuyant sur la promotion du dialogue social par l'Union[2]. Ainsi, tant par sa nature que son objet, une convention collective instituant une obligation d'affiliation auprès d'un prestataire déterminé est conforme au droit communautaire et notamment aux règles de la concurrence.

Cela fut confirmé par l'affaire AG2R. L'exception en faveur des conventions et accords collectifs instaurant une obligation d'affiliation auprès d'un prestataire de service déterminé, fut affirmée. En l'espèce, une société avait contracté auprès d'un assureur une couverture complémentaire santé. Mais la convention collective de la boulangerie contenait une clause désignant un organisme d'affiliation obligatoire, l'assureur AG2R. Procédant à un examen similaire à celui retenu dans l'affaire Albany, la Cour se penche également sur la nature et l'objet de cet accord, pour justifier l'exclusion de l'application des règles de libre concurrence[3]. En l'espèce, la nature de cet accord est conforme au dispositif dérogatoire, puisqu'il est issu du droit négocié. L'affiliation obligatoire à un régime géré par un prestataire de service déterminé est respectueuse du droit de l'Union, seulement si cette norme provient

[1] La Cour insiste d'ailleurs sur la double dimension de l'Union européenne, à la fois économique (lutter contre les entraves à la libre concurrence) et sociale (« [*promouvoir] un niveau d'emploi et de protection sociale élevé* » (Pts 54 de l'aff. Albany).

[2] Pts 55-57 de l'aff. Albany.

Mais seulement dans le cadre d'une négociation collective entre les partenaires sociaux, comme le précisera la Cour dans sa décision du 12 septembre 2000, Pavel Pavlov (CJCE, 12 septembre 2000, Pavel Pavlov, C-180/98 à C-184/98, *Rec*. p.I-6451), à propos d'un fonds complémentaire de retraite en faveur des médecins libéraux.

J.- Ph. LHERNOULD, « Nouvelles directives libérales de la CJCE en matière de retraite complémentaire », *Dr. soc*. 2000, p. 1114.

[3] Pts 30-38 de l'aff. AG2R.

de la négociation des partenaires sociaux. Quant à son objet, il tend effectivement à l'amélioration des conditions de travail, en accordant des remboursements complémentaires des frais de santé. Enfin, la Cour considère que l'exigence d'une affiliation obligatoire, ne souffrant d'aucune dérogation, n'entre pas en conflit avec le droit de la concurrence.

Il est tout à fait possible pour des partenaires sociaux d'instituer une affiliation obligatoire auprès d'un prestataire privé au titre d'un régime d'entreprise. Mais si une telle norme se révèle conforme au droit de l'Union, l'exclusivité du marché dont bénéficie ce prestataire privé, qui reste une entreprise, doit correspondre à un service économique d'intérêt général. À défaut, ce monopole ou oligopole constituera une atteinte injustifiée à l'article 102 du traité TFUE relatif à la prohibition des abus de position dominante sur le marché. L'abus est notamment constitué lorsqu'une entreprise manifestement dans l'impossibilité de satisfaire tous les demandes présentes sur le marché, s'est vue confier l'exercice exclusif de cette activité[1]. Dans l'affaire Albany, l'affiliation obligatoire des entreprises entrant dans le champ d'application matériel de la convention collective, avait pour objet de garantir 70% du dernier salaire, ce qui correspond au niveau de la norme en vigueur dans cet État membre pour un travailleur remplissant la condition d'assurance à son maximum. La Cour a bien relevé le grief de la société Albany, qui souhaitait aller au-delà de ce maximum par le biais de son assureur, en revanche, elle se révéla moins sensible aux arguments de la société Beaudout, selon lesquels les entreprises d'assurance offriraient des garanties supérieures aux prestations d'AG2R.

Pour contrôler la proportionnalité de cette atteinte au droit de la concurrence, la Cour exige que la mesure, c'est-à-dire l'affiliation obligatoire auprès de ce prestataire, soit justifiée pour atteindre l'objectif poursuivi. Faisant preuve d'une certaine compréhension[2], elle admet

[1] Pt. 95-97 de l'aff. Albany et Pt. 69 de l'aff. AG2R

[2] « Protection sociale complémentaire : la CJUE : un juge libéral ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Janv. 2011, dossier n°6. Mme Laurence LAUTRETTE considère que les démarches de la Cour démontrent sa volonté de mettre tout en œuvre pour garantir la survie des régimes professionnels.

v. aussi : « *[…] la CJUE ne contraint absolument pas les États membres à privatiser leurs systèmes de protection sociale mais les laisse libres de choisir entre un système concurrentiel et l'organisation d'un système fondé sur la solidarité et le contrôle de l'État* », R. PELLET, « L'Europe et « la privatisation des États providence » », (*Dr. soc*. 2011, p. 203-204) en réponse à l'essai d'Alain SUPIOT, (*L'esprit de Philadelphie…*, *op.cit.*, p. 159-170). L'auteur expose non seulement les menaces du marché à l'encontre de la solidarité, mais il propose en outre une évolution de la prise en compte de la solidarité dans les relations économiques, par exemple en élargissant le cercle de bénéficiaires ou en soumettant ces relations à la hiérarchie des moyens et des fins au sens de la Déclaration de Philadelphie concernant les buts et objectifs de l'OIT.

que ces entreprises puissent bénéficier d'une position dominante sur le marché afin de pouvoir accomplir sa mission de service économique d'intérêt général dans des conditions économiques acceptables. Tel ne serait pas le cas, si l'obligation d'affiliation faisait défaut. En effet, en laissant jouer les règles de la concurrence, cela permettrait certes à certaines entreprises de négocier les modalités des cotisations et prestations, éventuellement plus avantageuses, mais cela exposerait d'autres entreprises à de réelles difficultés en termes de négociation, en raison par exemple de leur forte concentration de mauvais risque au sein de leur effectif. Dans un contexte de couverture obligatoire, mais laissant le libre choix de l'affiliation auprès d'un prestataire désigné, cela pourrait susciter une hausse des coûts pour garantir un niveau de couverture acceptable. Cela est notamment vrai pour l'affaire Albany. Pour exclure l'hypothèse d'un abus de position dominante, la Cour a retenu que «*le régime complémentaire […] remplit une fonction sociale essentielle dans le système de pension aux Pays-Bas en raison du montant réduit de la pension légale…* », tout en soulignant l'importance du bon accomplissement des missions particulières confiées à cette entreprise. Or, en remettant en cause l'affiliation obligatoire auprès de ce prestataire, cela entraînerait une concentration des mauvais risques au sein de ce fonds sectoriel, ce qui serait fortement préjudiciable pour les petites et moyennes entreprises, dont les travailleurs âgés exercent des activités dangereuses[1].

Le droit de l'Union admet donc que les États membres confient à leurs partenaires sociaux le soin d'instaurer un régime d'entreprise, complétant les régimes légaux de pension. Les acteurs du dialogue social peuvent également instituer une obligation d'affiliation auprès d'un prestataire désigné, confiant ainsi la gestion d'un service économique d'intérêt général.

La juridiction de renvoi française à l'origine de la question préjudicielle dans l'affaire AG2R adhéra à la solution de la CJUE[2]. Pourtant, le Conseil Constitutionnel a récemment condamné les clauses de désignation en déclarant l'inconstitutionnalité non seulement de l'article 1 §2 de la loi de sécurisation de l'emploi, mais également de l'article L.912-1 du Code de la sécurité sociale, qui permettait d'imposer le choix de l'organisme complémentaire

[1] Pts 102-111 de l'aff. Albany.

La Cour a appliqué un raisonnement identique dans sa décision AG2R (pts 74-80).

[2] Soc. 21 novembre 2012, pourvoi n° 10-21.254 à 10-21.257, *non publié* ; M. DELUMEAU, « Clause de désignation d'organisme assureur », *in* Chronique de protection sociale d'entreprise, *SSL* 4 mars 2013, n°1574, p.5-6.

par la voie de la négociation de branche[1]. Les Sages ont en effet considéré que ces clauses imposant aussi bien les modalités de fonctionnement, le tarif que l'organisme, constituaient une atteinte à la liberté contractuelle des entreprises. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a accordé aux entreprises la liberté de choisir leur cocontractant en matière de régime professionnel.

C. Une anticipation collective à sécuriser

328. La diffusion des régimes de retraite professionnelle impose la prise en considération de deux autres problématiques, celle de la sécurité des droits du travailleur, mais également celle de la sécurisation des fonds de pension.

329. En droit de l'Union, la mobilité doit comporter un élément d'extranéité. Il s'agit de l'exemple du ressortissant d'un État membre qui décide de poursuivre son activité professionnelle dans un autre État membre. Le règlement n°883/2004/CE[2] a pour objectif de garantir la coordination des régimes légaux de sécurité sociale et d'éviter que le travailleur exerçant sa liberté de circulation, soit exposé à une moindre protection simplement en raison de celle-ci. Le champ d'application matériel du règlement ne concerne toutefois que les régimes légaux de sécurité sociale et évince de ce fait, les régimes professionnels de son champ d'application matériel. Or, cette exclusion est susceptible de générer des entraves à la libre circulation des travailleurs et c'est ainsi que naquit la directive n°98/49/CE relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire[3]. Par son article 4, la directive impose aux

[1] Cons. const., décision n°2013-672 DC du 13 juin 2013, *JORF* du 16 juin 2013, p. 9958 ; *JCP G* 929, note J. GHESTIN ; B. SERIZAY, « Protection sociale complémentaire : l'espoir », *JCP E* 2013, 1395 ; **A**.-S. GINON N. JEAN-MARIE, F.WISMER, « Protection sociale complémentaire : quelle généralisation ? », *RDT* 2013, p.303-306 ; M. DEL SOL, « Commentaire de l'article 1er de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 », *Lexbase Hebdo éd. soc*., n°534 du 4 juillet 2013.

Les clauses de désignations suscitaient déjà le mécontentement des différents organismes et intermédiaires en matière de couverture santé. J. BARTHELEMY, « Source et nature des engagements d'un organisme assureur désigné par une convention collective pour gérer les garanties collectives de prévoyance dans la branche », *Dr. soc.* 2010, p. 1203-1204.

[2] Cela était déjà le cas sous l'empire du règlement n°1408/71/CE.

[3] Directive n°98/49/CE du Conseil du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et des non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JOCE* n° L 209 du 25 juillet 1998, p.46-49.

États membres d'assurer le maintien des droits acquis des affiliés exerçant leur liberté de circuler dans un autre État membre, indépendamment de la mise en œuvre de celle-ci[1]. Omettant la question de la transférabilité des droits, la portabilité des droits acquis suscita par deux fois, l'intérêt de la Commission, mais en laissa malheureusement un goût d'inachevé[2].

330. Cependant la portabilité des droits dépasse les seules hypothèses de mobilité intra-européenne et se pose également dans le cadre d'une mobilité professionnelle interne. En la matière, le droit de chaque État membre organise avec plus ou moins de succès ce maintien, voire parfois la transférabilité des droits acquis.

331. Dans les régimes professionnels traditionnels ou les régimes à prestations définies, il n'y a pas lieu d'évoquer la question de la portabilité des droits à pension. Le travailleur ne les acquiert qu'au jour de la demande de liquidation de sa pension, car il fait partie de l'effectif de l'entreprise[3]. Le législateur allemand a toutefois apporté une garantie aux futurs pensionnés d'un régime professionnel, par la mise en place de protection dans l'acquisition de ces droits, depuis 1974[4].

---

v. aussi : Commission européenne, Livre vert du 7 juillet 2010, *Vers des systèmes de retraite adéquats, viables et sûrs en Europe*, COM(2010) 365 final .

[1] A l'exclusion de l'accent mis sur le développement d'une information adéquate auprès des affiliés, les deux mesures retenues par la directive concernent les travailleurs transfrontaliers et les travailleurs détachés.

HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international*, *op.cit*., p. 202-205.

[2] La première proposition de directive relative à l'amélioration de la portabilité des droits à pension complémentaire (COM 2005, 507) fût remplacée par la moins ambitieuse proposition de directive relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire (COM 2007, 603), qui elle-même n'a pas abouti.

H. LOURDELLE, « Le développement des régimes de pension complémentaires européen : frein à la mobilité des travailleurs ou risque pour le développement des régimes de pension de sécurité sociale », *RDSS* 1/2008, p.29.

[3] Ce qui peut constituer une éventuelle restriction à l'exercice de la liberté de circulation. J. BARTHELEMY, « Impact de la réforme des retraites sur la protection sociale non légale », *Dr. soc.* 2011, p. 324.

[4] V. *infra*, note de bas de page n°1, p.365.

332. La règle a pendant longtemps été celle du salarié « *captif* »[1]. Modèle inadapté aux évolutions des relations salariales[2], les régimes à cotisations définies ou les dispositifs d'épargne salariale ont des beaux jours devant eux[3], ce qui ne signifie pas pour autant une sécurité pour le travailleur. Placé non seulement dans l'impossibilité d'estimer le montant de sa pension future en raison du caractère imprévisible des résultats des investissements, le travailleur peut également connaître une mobilité professionnelle qui affectera nécessairement sa future pension de retraite professionnelle. Ne faisant plus partie de l'effectif de l'entreprise ou de la catégorie bénéficiaire, le travailleur ne relève plus du dispositif mis en place par l'entreprise et en principe, ces droits en cours demeureront ainsi jusqu'à la liquidation[4] sauf revalorisation. Pour contrer cet effet de droits dormants, le législateur français a prévu leur possible transfert à tout moment pour approvisionner un régime professionnel de même nature[5].

333. En Allemagne, le transfert n'est pas véritablement garanti, car lors de la reprise des droits acquis sous le précédent régime par le nouveau, les droits du travailleur peuvent faire l'objet d'une évaluation[6].

---

[1] Expression empruntée à Ph. MARTIN, « Portabilité des retraites et mobilité salariale », in *Les retraites professionnelles en Europe*, *op.cit*., p. 136-157, *spéc*. p. 137.

[2] Selon une étude de l'Insee paru en décembre 2009, plus de 52% des actifs occupés ont connu un changement de poste en cinq ans. A l'exclusion des mobilités internes, il s'agit pour les ¾ de ces actifs, d'une mobilité externe, synonyme soit d'un nouvel emploi auprès d'un autre employeur (33%), soit de période de chômage (près de 30%) ou d'invalidité (environ 10%). Cette mobilité professionnelle est en outre décroissante avec l'avancée en âge.

A. DUPRAY et I. RECOTILLET, « Mobilités professionnelles et cycle de vie », *Economie et Statistique*, 2009, n°423, p.36.

[3] Ph. MARTIN, « Portabilité des retraites…. », *préc*.

[4] Ph. COURSIER, « La sortie individuelle du régime de protection sociale complémentaires», *in La protection sociale complémentaire en questions*, *op.cit*., n°619-621 ; Il faut noter que la loi relative à la sécurisation de l'emploi a changé la donne en la matière : *Sem. soc. Lamy* du 14 octobre 2013, n°1601, M. DELUMEAU.

[5] Cela est prévu aux articles L. 143-2 al.2 du Code des assurances, L. 3335-2 aL. 1er du Code du travail et L. 222-4 aL. 2 du Code de la mutualité.

A défaut de pouvoir le transférer, le travailleur conserve les droits acquis. Il aura la faculté d'approvisionner son Perco, seul ; M. DEL SOL, « Les faux semblants de la retraite d'entreprise », *op.cit*., p.46.

[6] Ph. MARTIN, Portabilité des retraites…, *op.cit.*, p.150.

L'incertitude liée à l'avenir professionnel (et à la présence d'un régime) représente donc une menace dans la continuité de la constitution des droits de retraite complémentaire. Véritable obstacle à l'édification de ce 2ème pilier en France, l'exigence de sécurité impose une réelle portabilité, possible uniquement en présence d'une diffusion des régimes d'entreprise.

334. Outre l'imprévisibilité liée aux évolutions de la norme négociée à l'origine de l'instauration du régime[1], la sécurisation de l'anticipation collective est cruciale pour le fonds en lui-même. La pluralité des acteurs présents sur le marché des retraites professionnelles entraînent également une pluralité de normes, bien souvent spécifique à chacun[2]. Mais l'impératif de bonne gouvernance des institutions de retraite professionnelle s'est imposé à travers la directive 2003/41/CE concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle[3], énonçant des règles prudentielles de placement des actifs. Pourtant certains auteurs[4] soulignent que la sécurité financière des retraites professionnelles n'est pas encore garantie. Le travailleur salarié, ayant prévu d'accroître sa pension légale par ce complément d'origine professionnelle, est parfois victime d'une grave déconvenue en raison

---

En ce qui concerne les régimes surcomplémentaires français, l'auteur considère que l'instauration d'un régime professionnel par le biais de la négociation de branche est à privilégier, car elle permettrait contrairement à la négociation d'entreprise, de prendre en considération la mobilité professionnelle.

[1] M. DEL SOL, Les faux semblants de la retraite d'entreprise, *op.cit*., p. 47-48.

[2] A propos des dispositions applicables aux gestionnaires allemands (O. KAUFMANN, « Les retraites professionnelles en Allemagne », in *Gouvernance des retraites professionnelles…*, *op.cit.*, p. 198-199) et français (M. DEL SOL, « Les systèmes de retraite au révélateur de la crise financière : quels enseignements pour les retraites d'entreprise en France », in *Gouvernance des retraites professionnelles…*, *op.cit.*, p. 277-281).

[3] Directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil, du 3 juin 2003, concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, *JOUE* n°L235 du 3 septembre 2003, p.10-21, modifiée par la directive 2009/138/CE (*JOUE* n°L335 du 17 décembre 2009, p.153-307), la directive 2010/78/UE (*JOUE* n°L 331 du 15 décembre 2010, p. 277-318) et la directive 2011/61/UE (*JOUE* n°L174 du 1er juillet 2011, p.1-73).

Commentée par le Professeur Sylvie HENNION, « Retraites professionnelles d'entreprise et libertés économiques », in *Gouvernance des retraites professionnelles en Europe…*, *op.cit.*, p.39-56 (spéc. p. 39-50) ; F. MULLER, « Le régime professionnel dans la directive 2003/41 », in *Les retraites professionnelles en Europe…*, *op.cit.*, p.105-131.

[4] S. HENNION, *ibid*., p. 54-56 ; F. MULLER, « Quelle sécurité pour l'épargne retraite professionnelle? L'exemple des régimes de retraite à prestations définies », *RDSS* 1/2008, p.15-28.

de l'insolvabilité de l'employeur, comme l'illustre l'affaire Carol Marylin Robin[1]. Les travailleurs étaient affiliés à un fonds d'entreprise, organisant un régime à prestations définies. Mais la liquidation de l'entreprise a entraîné une sévère diminution des droits à prestations (de 80 à 51% des prestations futures). Les affiliés avaient alors assigné l'État membre (le Royaume-Uni) afin d'obtenir une réparation en se fondant sur la violation de l'article 8 de la directive 80/987/CEE[2]. Cet article imposait aux États membres de prendre des mesures en faveur des travailleurs afin de protéger leurs droits acquis et ceux en cours d'acquisition au titre de prestations vieillesse des régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels distincts des régimes légaux.

Dans un premier temps, la Cour a souligné que les États membres disposent d'une marge d'appréciation quant au choix de la mesure, qui peut se traduire par l'instauration d'une institution de garantie, une obligation d'assurance ou un financement des pouvoirs publics. Mais le niveau minimum de protection imposée n'exige pas des États membres, une garantie s'élevant à la hauteur de l'intégralité des droits. Cela n'est ni expressément, ni implicitement prévu par le législateur[3]. Ensuite, la Cour étudie le niveau minimal de protection au sens de l'article 8 de la directive, qui est exigé des États membres. Constatant qu'un certain nombre de travailleurs ont subi de graves amputations de leurs droits à prestations, la Cour considère qu'une législation admettant une perte de plus de 50% des droits, « *n'assure pas la protection [minimale] prévue par la directive et [réalise] une transposition incorrecte de la directive* »[4]. Toutefois, la Cour fit preuve d'une certaine indulgence à l'égard de l'État membre en admettant qu'il était dans l'impossibilité de connaître le niveau minimum de protection. Ce faisant, elle prononce l'absence de recours des affiliés. Il en sera tout autre dans l'affaire Hogan[5]. S'appuyant sur l'apport de la jurisprudence Robin, la Cour précise que la conformité

[1] CJCE, 25 janvier 2007, Carol Marilyn Robin et a. c/ Secretary of State for Work and Pension, C-278/05, *Rec.* p.I-1053.

[2] Directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *JOCE* n°L283 du 28 octobre 1980, p. 23-27.

[3] Pts 36-45 de l'aff. Robin.

Les conclusions de l'avocat général Julianne Kokott étaient toutes autres. En raison de l'objectif poursuivi par cet article, à savoir protéger les intérêts des travailleurs, cette protection devrait s'étendre à l'intégralité des droits. Conclusions présentées le 13 juillet 2006 (Pts 52-72).

[4] Pts 54-62 de l'aff. Robin.

[5] CJUE, 25 avril 2013, Aff. Hogan et a. C/ Minister for Social and Family Affairs, Ireland et Attorney General, C-398/11, non publié; *Sem. Soc. Lamy* 21 octobre 2013, n°1602, « Chronique de protection sociale d'entreprise,

à l'article 8 de la directive 2008/94/CE[1] s'apprécie seulement pour la prestation vieillesse au titre du régime complémentaire, excluant ainsi le montant de la pension légale[2]. Puis, elle condamne la disposition légale arrêtant le niveau minimal de protection à moins de la moitié des droits[3] et considère que l'État membre ayant connaissance de l'apport de l'affaire Robin à ce propos, a violé les obligations qu'il lui incombait[4].

Des filets de protection doivent donc être prévus par les États membres, permettant aux travailleurs de conserver au moins 50 % de ces droits, ce qui peut laisser les travailleurs bien songeurs face à l'incertitude quant au montant future de leur pension….

Le critère de l'âge est bien présent dans les régimes de retraite professionnelle. Il apparaît certainement en sa qualité de curseur, conditionnant l'accès aux prestations, mais il est appréhendé sous une acception plus large, le vieillissement du salarié. Sous couvert de l'anticipation de ce phénomène naturel, émerge une exigence de sécurité, qui se manifeste tant par les modalités de financement, que dans l'institution choisie. Conséquemment, tous les éléments évoqués concourent à une appréhension pleine et complète du vieillissement du travailleur dans une dimension collective.

Seconde partie », par S. HENNION. Les travailleurs affiliés obligatoirement lors de l'embauche au régime à prestations définies de l'entreprise, avaient estimé avoir subi de sévères diminutions de leurs droits (de 18 à 28%).

[1] Dont l'énoncé est strictement identique à celui de l'article 8 de la directive antérieurement en vigueur.

Directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *JOUE* n° L 283 du 28 octobre 2008, p.36-42.

[2] Pts 29-33 de l'aff. Hogan.

[3] Pts 42-46 de l'aff. Hogan.

[4] Pts 51-53 de l'aff. Hogan.

Conclusion du chapitre 1

335. Le critère de l'âge joue un rôle essentiel dans le système par répartition. Elément décisif, sélectionnant les bénéficiaires des pensions de vieillesse, il s'inscrit véritablement au cœur du pacte intergénérationnel. Ce pacte exposé à des menaces d'iniquité tend à être complété par des ressources pour financer l'allongement de la durée de la vie du pensionné.

Dans le cadre des régimes professionnels, la problématique revêt une dimension plus étendue, puisque c'est une forme d'anticipation de la survenance un jour ou l'autre, de la vieillesse.

Cela génère également certaines interrogations quant à la place des régimes légaux et notamment de la solidarité. La diffusion de cette protection complémentaire en faveur de tous les travailleurs accorderait enfin la place de deuxième pilier aux régimes de retraite d'entreprise et attribuerait à l'entreprise, le rôle d' « *interface* » entre l'offre et la demande, entre les organismes et les assurés[1]. En effet, il ne s'agirait plus d'octroyer un avantage à certains salariés, mais d'en faire bénéficier le plus grand nombre, ce qui modifierait le rôle de l'entreprise, qui ne serait plus une « *source ou un espace autonome de protection* »[2], mais véritablement un partenaire de l'anticipation collective. L'Allemagne dispose déjà de dispositifs offerts au bon vouloir de l'employeur ou des partenaires sociaux. Toutefois, le renouveau des retraites professionnelles allemandes initié par la réforme Riester, consiste à concentrer l'effort contributif sur les épaules du travailleur salarié. Or, cette anticipation collective de la vieillesse doit s'effectuer par un effort commun, mobilisant tant le travailleur que l'employeur.

En revanche, le mouvement de généralisation initié par le législateur doit être encouragé, en ce qu'il permettra de traiter la personne du travailleur et à l'avenir, de son vieillissement, sous réserve de garantir la sécurisation de ses droits.

[1] Expression empruntée à Ph. MARTIN, « Epargne salariale et retraite : les avatars de la protection sociale d'entreprise en Europe », *Dr. soc*. 2003, p.214

[2] Ph. MARTIN, *préc*.

Chapitre 2. La détermination du seuil d'âge

336. Le critère de l'âge se révèle être un instrument précieux contribuant à réglementer l'accès à la prestation vieillesse. La fonction purement mathématique de ce curseur, simplement destiné à comptabiliser le nombre d'années écoulées prend de l'ampleur à l'approche de la fin de la vie professionnelle du travailleur. Il est au centre même de l'institution mise en place pour traiter la vieillesse, les pensions de retraite. Toutefois, une certaine difficulté apparaît. Il faut se poser la question de la justification de l'avènement de ce seuil, plutôt qu'un autre (d'un mois, deux ans ou dix ans de plus).

À l'image du choix opéré par le législateur dans la détermination du seuil de la majorité, la définition de l'âge de la vieillesse semble obéir de l'arbitraire des hommes investis des charges gouvernementales. Mais la délicate et sensible question des prestations de vieillesse est imprégnée du poids du passé, notamment de son difficile, voire inaccessible bénéfice aux travailleurs usés par des dures années de labeur, placés dans l'impossibilité de subvenir à leurs besoins par la mise en œuvre de leur force de travail. En outre, l'obtention par le pensionné de son versement ne lui garantissait pas nécessairement un montant suffisant pour satisfaire ses besoins, car cette pension de remplacement des revenus d'activité pouvait être vraiment très faible. Malgré tout, les législateurs ont œuvré dans la détermination du seuil de la vieillesse, forgeant progressivement l'idée d'un droit à la retraite en raison du franchissement d'un seuil d'âge. La vieillesse était née.

Cette construction de la vieillesse s'est développée en faveur de la socialisation du risque vieillesse. Œuvre législative progressive, le critère de l'âge s'est imposé comme étant l'un des éléments déterminants, marquant d'une pierre blanche, le seuil d'âge à partir duquel le travailleur salarié ou indépendant peut bénéficier d'une rente en raison du nombre d'années écoulées (SECTION 1). Le critère de l'âge reste malgré tout un levier du législateur, qui peut moduler les conditions permettant d'accueillir la demande de liquidation d'une pension. Face à l'allongement de la durée de vie du pensionné, les législateurs se sont emparés de ce levier afin de rééquilibrer la durée de l'activité professionnelle dans le cycle de vie de l'individu, ce qui n'est pas sans susciter des protestations, révélatrices du poids de l'attachement culturel à une certaine définition sociale des âges (SECTION 2).

Section 1 : La détermination de l'âge légal de la vieillesse

337. Le financement de la vieillesse est directement relié à la durée de la période postérieure à la cessation de l'activité professionnelle. Même si la prudence s'impose lors de l'emploi du terme de « cessation de l'activité professionnelle », il convient de noter qu'à une certaine époque, le travailleur pouvait être exposé au risque de perdre sa faculté de pourvoir seul à ses besoins par la mise en œuvre de sa force de travail. Cet événement perturbateur, aléatoire dans le moment de sa survenance, avait de fortes chances de se réaliser lorsque le travailleur, usé non seulement par la mobilisation de sa force de travail, connaissait un âge, plus ou moins avancé.

La gestion de ce risque était à l'origine individuelle, ce qui impliquait de mobiliser sur son revenu disponible journalier (à une certaine époque) de l'épargne en prévision des vieux jours, éventuellement avec le concours des institutions existantes (§1). Fort heureusement, cette prévoyance individuelle a progressivement laissé place à une gestion collective de ce risque, ce qui a nécessité la détermination de l'âge de sa survenance par le législateur (§2).

§1. Le temps du défaut d'âge légal

338. « *Peu de choses ont aussi profondément marqué un changement dans la vie des hommes que la survenance et l'extension, depuis le début du XXe siècle, des systèmes de pensions [vieillesse]* »[1]. Libéré de l'insécurité liée à la survenance du risque vieillesse, le travailleur en franchissant un seuil d'âge déterminé, a acquis « *le privilège de la classe possédante* »[2] , lui accordant la faculté de devenir un rentier, bénéficiant du versement d'un revenu sans pour autant recourir à sa force de travail. Ce risque vieillesse a progressivement délaissé sa principale caractéristique, à savoir son critère aléatoire. Il est ainsi devenu une certitude pour un grand nombre de travailleurs de bénéficier de son versement du fait de la durée de vie après 60 ans. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. À une certaine époque, la vieillesse, non déterminée par le législateur, représentait un risque réel, puisqu'il exposait le travailleur à l'éventuelle impossibilité de subvenir seul à ses besoins, laissant subsister des

[1]Conseil de l'Europe, Division des affaires sociales, *La flexibilité de l'âge de la retraite*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989, p.7

[2] Conseil de l'Europe, *ibid*., p.7

menaces de vieillesse miséreuse. Seuls pouvaient être à l'abri quelques privilégiés, fervents serviteurs ou habiles courtisans du Roi (A).

Constatant le déficit de prévoyance de l'individu, le législateur a œuvré dans la promotion des dispositifs de prévoyance, bien décidé à offrir au travailleur, les moyens d'anticiper l'éventuelle réalisation de ce risque. À défaut d'avoir rencontré un vif succès, cette préoccupation du législateur eut au moins le mérite de mettre en lumière l'existence d'une présomption d'incapacité de travail en raison de l'âge (B).

A. L'âge, un risque individuel de perte d'indépendance économique

339. À une certaine époque, l'âge avancé représentait un risque, car selon la définition communément admise, le risque est un fait comportant un aléa dans sa réalisation même, dont la survenance portera involontairement atteinte à la situation économique d'une personne[1]. Or, en matière d'âge, la population a été plus ou moins exposée à ce risque liée à la prolongation de la durée de vie. Mais l'évolution favorable de l'espérance de vie a fait de l'avancée en âge, un risque pour un nombre de plus en plus conséquent d'individus.

À titre liminaire, il convient de rappeler qu'en 1750, les nouveau-nés français et françaises avaient en moyenne une espérance de vie d'environ 25 années[2]. Cela ne signifiait pas pour autant que les individus de l'époque ne pouvaient pas dépasser les 25 ans, mais simplement que le taux de mortalité était tel que la probabilité de décéder avant cet âge était très forte. Une fois les premiers obstacles de la vie surmontés[3], à l'âge de 25 ans, la durée de vie était

[1] Développements inspirés de l'article du Professeur Jean-Pierre CHAUCHARD, « Les nécessaires mutations de l'État Providence : du risque social à l'émergence d'un droit besoin », *Dr. Soc.* 2012, p.135-136

[2] D'après le tableau présent (évolution de l'espérance de vie à la naissance en France de 1740 à 2004) dans le document de G. PISON, « France 2004 : l'espérance de vie franchit le seuil de 80 ans », *Population et Sociétés* 2005, n°410, p.1.

[3] La mortalité de l'enfant dans la première année suivant la naissance était un phénomène courant. Selon l'INED, entre 1780 et 1800, la mortalité infantile a fortement diminué notamment grâce aux vaccins contre la variole. Sur 1000 naissances, le risque de décéder dans la 1ère année suivant la naissance s'élevait à 275 contre 185 et ce, seulement vingt ans plus tard en 1800. V. figure n°2 relative à l'évolution de la mortalité infantile en France de 1740 à 2004, G. PISON, *ibid.*, p.2.

La mortalité infantile a depuis considérablement chuté, puisqu'en 2010, le risque est de 3,6 pour mille naissances vivantes pour la France et de 3,4 pour l'Allemagne. Source Eurostat, chiffres 2010.

estimée à une trentaine d'année pour les deux sexes[1]. L'écart se creusait légèrement lors du franchissement du seuil des 40 années, puisque la durée de vie masculine était inférieure à 24 années tandis que la durée de vie féminine s'élevait à plus de 25 ans.

Malgré quelques diminutions dues essentiellement aux périodes de crises et de conflits, la longévité humaine a crû progressivement. En effet, un siècle plus tard, l'espérance de vie à la naissance frôlait les 40 ans. Entre les deux guerres mondiales, celle-ci atteignait les 50 années.

340. À cette amélioration de l'espérance de vie à la naissance, s'ajoute l'allongement de la durée de vie, permettant aux individus d'atteindre progressivement des âges de plus en plus avancés. Cette progression de la durée de vie, un phénomène positif en soi, s'accompagnait nécessairement de la recrudescence de la survenance du risque vieillesse. La probabilité d'atteindre un âge avancé représentait à l'époque un risque non négligeable, car elle entraînait déjà la question du financement de cette période de la vie. Or l'Ancien Régime était caractérisé par l'extrême dureté des conditions de vie et de travail, le risque vieillesse résidait dans la perte de la faculté de subvenir seul à ses besoins par sa force de travail, résultant bien souvent de l'invalidité du travailleur.

341. L'élaboration du régime des pensions est par conséquent, indubitablement reliée à la survenance de l'invalidité. Il en a été ainsi dès l'instauration des mortes-payes versées aux soldats invalides à cause d'une blessure assénée lors d'une bataille[2]. Privilège adressé aux militaires et aux matelots, soumis aux règles de l'arbitraire, le bénéfice de la pension a été également admis pour certains fonctionnaires civils chargés de collecter les impôts. Cela a été

[1] Pour la génération née entre 1750-1759, l'espérance de vie à 25 ans s'élevait à 33 ans pour les hommes et 34 pour les femmes. Tableaux n°15 et 16 présents in La mortalité en France de 1740 à 1829, *Population* 1975, n°1, p.141, Y. BLAYO.

[2] Initié par FRANÇOIS 1er par son édit du 24 juillet 1534 relatif à l'organisation de l'armée permanente, ce mouvement s'est ensuite poursuivi sous le règne de Louis XIV notamment par la construction de l'Hôtel des Invalides.

G. MICHEL, *La loi 14 avril 1924 et la réforme du régime des pensions de retraite*, Thèse, Université de Montpellier, 1925, p.6 ; A. REMOND, *Les retraites en question*, la Documentation française, Paris, 2009, p.11 ; M. PIGENET, « Exigences de loyauté et contraintes professionnelles : aux origines des régimes spéciaux de retraite », in *Retraites : une histoire des régimes spéciaux*, ESF éd., 2008, p.11-14 ; F. NETTER, « Les retraites en France avant le XXe Siècle », *Dr. Soc*. 1963, p.358 ; Y. SAINT-JOURS, *Traité de sécurité sociale, Tome 1, le Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 1980, p.15.

possible par la création de la Caisse de retraite de la Ferme général en 1768[1]. Elle est destinée à procurer un secours à l'employé de grade inférieur du Fermier général placé dans l'impossibilité de poursuivre son activité en raison d'une invalidité due à son âge ou une blessure survenue lors de la collecte de la gabelle par exemple. Alimenté par des retenues sur le traitement versé aux employés, les fermiers généraux subventionnaient également le régime.

Sous l'Ancien Régime, seul le souverain pouvait accorder des pensions. Le privilège d'être pensionné n'était obtenu qu'en forme de récompense pour service rendu à l'État ou à la Cour[2]. Attribué au fonctionnaire zélé ou à l'habile courtisan, le bénéfice de la pension était soumis aux règles de l'arbitraire.

Bien qu'il faille émettre une certaine réserve en raison de l'aléa pesant sur le montant des sommes versées, les destinataires potentiels de ces pensions, soumis à la seule discrétion du souverain, étaient exposés de moindre façon à l'idéologie libérale[3]. Les exclus de ces régimes de pension ou de faveur n'avaient par conséquent pas d'autre choix que de se procurer seuls les moyens de subvenir à leurs besoins, voire de solliciter partiellement ou complètement la solidarité familiale et/ou locale, ainsi que la charité des institutions religieuses[4]. La dernière protection rapprochée[5] dont pouvait éventuellement bénéficier l'individu, reposait sur l'entraide professionnelle via les corporations et les jurandes[6].

L'âge était alors assimilé à l'invalidité, car il en produisait les effets, privant l'individu de sa capacité de subvenir à ses besoins par la mise en œuvre de sa force de travail. Face à cette

---

[1] G. MICHEL, *op.cit*., p.7 ; F. NETTER, *op.cit.*, p.359.

[2] G. MICHEL, *ibid*., p.5

[3]A. PROST, Le cas de la France in *Un siècle de protection sociale en Europe*, Comité d'histoire de la sécurité sociale, 2001, Paris, p.28

[4] F. NETTER, *La sécurité sociale et ses principes*, Dalloz, éd. 2005, p.14.

La charité pouvait également être de l'œuvre des plus fortunés, tel le souverain, comme l'illustre le tableau de Louis HERSENT, *Louis XVI distribuant des aumônes aux pauvres de Versailles pendant l'hiver 1788.* La scène représente l'offrande royale d'une pièce d'or en faveur d'une famille, réunissant un vieux couple, usé par la vie et leur fille, seul soutien physique (représentation symbolique de son soutien matériel) de son père, ancien soldat.

[5] R. CASTEL, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, coll. La République des Idées, 2003.

[6] Ayant un rôle essentiel depuis le Moyen-Âge, ces institutions encadraient l'ordre économique et social, métier par métier. J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, 2004, p.122.

privation de l'indépendance économique, l'individu n'avait d'autres choix que de privilégier la solidarité mécanique (famille, corporation, église)[1].

342. La Révolution française remit en cause cette solidarité, en favorisant l'individualisme. Le libéralisme garanti par le Droit[2], prohibe toute restriction de la liberté de l'être, justifiant l'interdiction des corporations par la loi Le Chapelier du 14 et 17 juin 1791[3]. Restituant à l'individu sa liberté, cette dernière ne peut être assurée que si l'individu œuvre lui-même à sa sécurité. Il avait le devoir de se protéger seul contre les risques liés à l'existence, dont notamment la vieillesse. L'entraide familiale demeurait malgré tout un précieux soutien face aux coups du sort.

Adolphe THIERS disait que « *le principe fondamental de toute société, c'est que chaque homme est chargé de pourvoir lui-même à ses besoins et à ceux de sa famille, par ses ressources acquises ou transmises. Sans ce principe toute activité cesserait dans une société, car si l'homme pouvait compter sur un autre travail que le sien pour subsister, il s'en reposerait volontiers sur autrui des soins et difficultés de la vie* » [4]. Chargé de mettre en œuvre sa force de travail pour cultiver ses terres ou de la tenir à la disposition d'un patron afin de subvenir à ses besoins, l'individu doit non seulement les satisfaire, mais en outre se prémunir contre les aléas de l'existence. Un auteur souligne que « la cause du mal est toujours morale : elle tient à la démoralisation des individus »[5]. La pauvreté résultait de la seule imprévoyance de l'individu, hormis l'éventuelle survenance d'un événement mis sur le

[1] v . *supra*, n°270 et s..

[2]Parmi les droits naturels inaliénables et sacrés de l'Homme consacrés au sein de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, figurent notamment l'égalité et la liberté individuelle. L'article 1er dispose que «*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». L'article 4 énonce que « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits [..]* ».

[3] Pour saisir le poids des structures traditionnelles sous l'Ancien Régime, R. *CASTEL, Les métamorphoses de la question sociale*, p.180-186.

[4] F. EWALD, *Histoire de l'État Providence*, Biblio Essai, Grasset, 1986, p.32

[5] F. EWALD, *ibid.*, p.33

compte de la mauvaise fortune, la malchance ou le destin[1]. La prévoyance était érigée au rang des vertus fondatrices du libéralisme juridique[2].

Toutefois, malgré son défaut de prévoyance, l'individu vieillissant n'était pas privé de tout secours, car « *si la prévoyance est bien la vertu fondamentale […] la bienfaisance est la première vertu sociale*»[3] . Réunissant « *ceux que l'intérêt divise*»[4] , plus précisément ceux assumant leur devoir de prévoyance et ceux exposés à l'imprévoyance[5], la bienfaisance se révélait être la clé indispensable pour mettre un terme à ce cycle d'imprévoyance, permettant de restituer à l'individu sa qualité de sujet[6].

D'ailleurs à partir des travaux du Comité de Mendicité, lequel exigeait entre autres la reconnaissance d'un droit à la subsistance en faveur de chaque homme, fut instituée la dette inviolable et sacrée de la société dans la Constitution du 24 juin 1793[7]. Le Comité se fondait sur un critère essentiel, celui de la faculté de production. Excluant le malheureux, oisif, ayant la faculté de travailler, les secours ne s'adressaient qu'à « *ceux auxquels l'âge ne permet pas encore, ou ne permet plus de travailler*» [8] . Cela aurait dû se traduire par la reconnaissance d'un principe de secours obligatoire en faveur des vieillards démunis, se caractérisant par l'octroi d'une pension variant selon l'âge[9].

---

[1] Les hypothèses étaient restreintes, puisque cela désignait les vols, incendies, inondations, naufrages ou épidémies. François Ewald a souligné le lien existant entre la survenance de ces risques et le rapport fondamental de l'homme avec la nature. (F. EWALD, préc., p.35).

[2] « *La prévoyance est cette vertu, corrélative de la liberté, par laquelle l'homme cesse de vivre au jour le jour, connaît l'avenir et sort de l'immédiateté de l'état de nature. […] Aussi, assurer sa sécurité ne saurait être l'affaire que de chacun* » ; François EWALD poursuit en expliquant que «[…] *l'institution ne donne l'occasion à personne de se décharger sur elle de son devoir de prévoyance* ». Extraits, p.36.

[3] F. EWALD, *ibid*., p.40

[4] F. EWALD, *ibid*., p.41

[5] Dont ceux touchés par « *la vieillesse, l'infirmité physique et morale* » selon le Baron de GÉRANDO dans son Traité de la Bienfaisance publique de 1839, cité par François EWALD, *ibid*., p.

[6] F. EWALD, *préc*.

[7] Art. 21 de la Constitution du 24 juin 1793 « *Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler* ».

[8] Ils concernent les catégories classiquement désignées par le critère de l' « *handicapologie* », en incluant notamment les infirmes. R. CASTEL, *op.cit.*, p.297

[9] Mais les intérêts de la bourgeoisie n'ont pas permis la réalisation de ce dessein, aboutissant seulement à la création de bureaux de bienfaisance par la loi du 7 frumaire an V, faisant ainsi primer son idéologie individualiste. V. *Le risque vieillesse en Europe : Quels droits, quelles protections ?* Rapport final, projet sous

Le malheureux valide, lui n'avait point d'autre choix que d'exercer une activité afin de pourvoir seul à ses besoins, ce qui n'était possible comme le soulignait le Comité de Mendicité de l'Assemblée constituante qu'en abolissant les restrictions au libre accès au travail[1]. Cela fut chose faite via la Loi du 14 et 17 juin 1791.

Ainsi, à la fin du XVIII[e] siècle, l'âge ne constituait pas une justification suffisante pour admettre le droit de cesser toute activité professionnelle. L'individu seul face à son besoin de prévoyance, ne devait son salut que par son effort individuel continu ou prévisionnel, via le travail et l'épargne[2].

B. L'âge, un risque potentiellement protégé

343. Progressivement, des protections collectives contre le risque de perte d'indépendance économique en raison de l'âge, se sont édifiées. Pourtant les répressions de l'État à l'encontre des regroupements ouvriers[3]demeuraient, car ils étaient suspectés d'être les héritiers des corporations prohibées en 1791. Le besoin de prévoyance, en expansion dans un contexte de Révolution industrielle, a favorisé l'apparition de diverses structures, telles que les sociétés de secours mutuels, les caisses de retraite, les associations[4] et les caisses d'épargne. Ces régimes de prévoyance libre fonctionnaient selon une règle très simple, accordant au bénéficiaire en contrepartie de son obligation de cotisation, un droit à pension. Cela pouvait s'effectuer via

---

la responsabilité de Ph. MARTIN, Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Paris, 2005, p.30 ; R. CHARVIN, Droit de la protection sociale, Ed. L'Harmattan, 2007, p. 194. Sur le débat idéologique : J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17ème éd., n°15-18 ; H. HATZFELD, *Du paupérisme à la sécurité sociale, 1850-1940, Essai sur les origines de la sécurité sociale en France*, Espace social, Presses Universitaire de Nancy, 1989, p.279.

[1] R. CASTEL, *op.cit*., p.300-305.

[2] F. NETTER, « Les retraites en France avant le XX[e] Siècle », *op.cit.*, p.359.

[3] F. NETTER, La sécurité sociale et ses principes, *op.cit.*, p.14-15.

«*Plusieurs personnes ont cherché à recréer les corporations anéanties en formant des assemblées d'arts et métiers […]. Le but de ces assemblées est de forcer les entreprises de travaux, les-ci devant maîtres, à augmenter le prix de la journée de travail, d'empêcher les ouvriers et particuliers qui les occupent dans leurs ateliers de faire entre eux des conventions à l'amiable… […] »* Extrait du rapport Le Chapelier, condamnant les corporations ouvrières informelles, cité par Jacques LE GOFF *op.cit.*, p.125.

[4] Telles que celles fondées par le Baron TAYLOR, regroupant les artistes ou les inventeurs ; F. NETTER, « Les retraites en France avant le XX[e] Siècle », *op.cit*., p. 372-373.

une institution (caisse de retraite), certaines d'origine ouvrière, d'autres patronale[1], mais également via un assureur privé.

Les sociétés de secours mutuels, désignées également comme les sociétés de prévoyance ou de bienfaisance mutuelle, reposaient sur des statuts ou des règlements, lesquels précisaient l'objet poursuivi par l'institution, naturellement étranger à toute considération politique[2]. La tolérance étatique à leur égard s'est traduite par de multiples législations, leur attribuant un statut, encadrant leurs activités[3].

Fonctionnant notamment grâce aux versements effectués par des membres honoraires, non-bénéficiaires des avantages offerts par la société, les membres participants contribuaient financièrement par le biais de cotisations. La retraite ne représentait qu'un service accessoire, car les fonds étaient affectés en priorité aux dépenses liées à la maladie[4]. Le concours des membres honoraires s'avérait indispensable pour la mise en place de ces rentes[5].

En outre, toutes les sociétés de secours mutuels ne pouvaient se dévouer dans la protection contre ce risque. Seules les sociétés reconnues d'intérêts publiques ou approuvées, toutes deux placées sous la surveillance étatique, s'étaient vues accordées la faculté de mettre en place des retraites via trois mécanismes, soit un fonds commun, soit un livret individuel auprès d'un fonds autonome ou en dernière option, adopter le système retenu par la Caisse Nationale des Retraites pour la Vieillesse.

La première option consistait à créer un fonds commun inaliénable géré par la Caisse des dépôts et consignations. Les avantages résidaient dans l'inaliénabilité des intérêts non

---

[1] F. NETTER, *La sécurité sociale et ses principes*, *op.cit*., p. 7 ; Du même auteur, « Les retraites en France au cours de la période 1895-1945 », *op.cit*., p. 450.

[2] Extraits des statuts de la Société fraternelle et industrielle des ouvriers serruriers et mécaniciens en général du département de la Seine du 1er mai 1848, not. le 2° : « *venir en aide à tous ses membres par tous les moyens qui sont en notre pouvoir depuis leur admission jusque et y compris leur inhumation* », R. GOSSEZ, Les *ouvriers de Paris. Tome 1, L'Organisation, 1848-1851*, Imprimerie Centrale de l'Ouest, 1968, p.213 ; Cité par Jacques LE GOFF, op.cit., p.129.

[3] F. NETTER, *La sécurité sociale et ses principes, op.cit.,* p.15.

[4] F. NETTER, « Les retraites en France avant le XXe Siècle », *op.cit*., p.370-371.

[5] A propos de l'intérêt des philanthropes, H. HATZFELD, « La mutualité et ses bienfaiteurs », in *Du paupérisme à la sécurité sociale…*, op.cit., p.189 s. Extraits tirés de la page 202, « *Tous déplorent les détestables habitudes de beuveries qui compromettent de si louables initiatives. Boire la cagnotte à la fin de l'année, voilà où git le mal. C'est la prévoyance qu'il convient d'enseigner à ces âmes frustres mais bien intentionnées. […] la prévoyance est associée à d'autres vertus. L'ouvrier peut épargner s'il en a le courage, s'il est sobre, « rangé ». […] L'ouvrier prévoyant c'est l'ouvrier rallié à tout un système de valeurs qui sont celles des bienfaiteurs en place* ».

consommés ainsi que l'impossibilité pour la société de consommer le capital[1]. Les bénéficiaires des pensions sont déterminés par la société, tout comme le montant des pensions financées par les intérêts du fonds. L'inconvénient majeur résidait dans les limites mêmes des intérêts du fonds commun. Des intérêts insuffisants avaient pour conséquence de rendre impossible le bénéfice de ces pensions en faveur de nouveaux pensionnaires, ne se voyant d'autre choix que celui d'attendre patiemment leur tour.

Les deux dernières options comportaient des similitudes, puisque toutes deux exigeaient la création d'un livret individuel, soit auprès d'un fonds autonome, soit auprès la Caisse Nationale des Retraites pour la Vieillesse créée en 1850 par le législateur afin de promouvoir l'effort de libre prévoyance individuel. La société (collecte) ou l'ouvrier (effort individuel) pouvait effectuer des versements sur un livret individuel. Le déposant fixait l'âge à partir duquel le bénéfice de la rente viagère s'avérait possible. En franchissant ce seuil, le bénéficiaire se voyait accorder le versement d'une rente viagère dont le montant s'élevait à la totalité des rentes inscrites sur son livret. Mais cette libre prévoyance offerte aux ouvriers se révéla limitée, car ce mécanisme fut utilisé par les plus aisés comme forme de placement[2].

Enfin, les régimes de pension pouvaient également être d'origine patronale. Cette initiative ne répondait pas à des aspirations entièrement désintéressées. Guidée par la nécessité de fidéliser la main d'œuvre, surtout lors de la seconde moitié du XIX[e3], tout en éduquant les ouvriers aux principes moraux, le patron pouvait instituer seul ou contracter via une institution, un régime de protection sociale, versant une rente viagère lors de la survenance du risque vieillesse. Elles étaient financées par des contributions patronales et parfois des cotisations ouvrières[4]. L'assujettissement de l'ouvrier était renforcé par le défaut de portabilité des cotisations versées, car si *« l'ouvrier peut contribuer à un financement par*

---

[1] F. NETTER, « Les retraites en France au cours de la période 1895-1945 », *op.cit.*, p.452 et du même auteur, « Les retraites en France avant le XX[e] Siècle », *op.cit.*, p.370-371.

[2] F. NETTER, *préc.* p. 372 et du même auteur, « Les problèmes posés par les régimes complémentaires de retraites », *Revue économique* 1967, VoL. 18, n°2, p. 293.

292-316.

[3] Cela était notamment vrai pour les industries imposant de forts investissements, comme le secteur de l'énergie et des transports. Exposés à des conditions de travail pénibles, voire dangereuses, les ouvriers des hauts fourneaux de la sidérurgie dont la continuité du processus de production supportait peu les interruptions, se sont vus offrir cet avantage destiné à compenser la pénibilité et fidéliser la main d'œuvre. A. RÉMOND, *Les retraites en question*, *op.cit.*, p.12-13.

La sédentarité constituait la clé de voûte de l'ensemble, comme le décrit François Ewald, *op.cit.*, p.93.

[4] F. NETTER, « Les retraites en France au cours de la période 1895-1945 », *op.cit.*, p.522-523.

une retenue sur son salaire, il n'en acquiert pour autant aucun droit aux secours qu'il pourrait faire valoir contre l'entreprise ». « *L'ouvrier peut avoir cotisé des années à une caisse de retraite patronale, s'il vient à quitter l'entreprise ou à être renvoyé, il perd tous ses droits* »[1]. À défaut d'institution, le patrimoine de l'entreprise se confondait avec les fonds de ce régime professionnel de pension, ce qui pouvait priver les ouvriers du bénéfice de toute rente[2].

343 bis. En reposant sur la libre prévoyance, laissant toute la latitude aux ouvriers de se prémunir seuls face à l'âge, le système dessiné par l'État français au XIX^e^, se révéla insuffisant, notamment en raison de la faiblesse du montant de rentes, liées aux cotisations versées, pondérés par un taux d'intérêt déterminé. La protection professionnelle était une faculté accordée par le patron, relevant de son entière discrétion, offrant des rentes pour les vieux jours seulement à certains ouvriers, non seulement fidèles mais ayant réussi à conserver leur place au sein de l'entreprise, ayant en outre échappés au risque d'une éventuelle confusion des patrimoines. Progressivement, les employeurs saisissaient l'intérêt de l'âge, permettant de poursuivre un objectif de fidélisation et d'éviction des travailleurs trop âgés.

À la fin du XIX^e^ siècle en France, l'avancée en âge commençait à être perçue comme une présomption d'invalidité, ou plus exactement d'incapacité de travail. Face à ce risque de privation de l'indépendance économique, des dispositifs de protection ont été mis en place, mais l'adhésion à ces derniers demeurait de la seule volonté individuelle, faisant supporter le poids de ce risque par l'individu seul. L'individu était libre de décider du moyen le plus opportun pour couvrir ce risque, même s'il convient de garder en mémoire que les capacités d'épargne restaient relativement limitées, excluant ceux ne pouvant participer au système. C'est seulement au début du XX^e^ siècle que l'assimilation entre un âge avancé et l'incapacité de travail s'institua véritablement en France.

§2. L'édification de l'âge légal de la vieillesse

344. En élaborant les régimes de pension, les législateurs ont été contraints de préciser le champ d'application personnel des assurances sociales. Pour ce faire, les législateurs disposaient et disposent toujours de plusieurs options, telles que la délimitation de la durée

[1]F. EWALD, *op.cit.*, p. 93.

[2] Francis NETTER soulignait les difficultés qui pouvaient surgir lors de la faillite de l'entreprise ; F. NETTER, « Les problèmes posés par les régimes complémentaires de retraites », *op.cit.*, p. 293

d'assurance (ou de stage) requise, d'un plafond d'affiliation obligatoire, voire par la désignation des catégories socioprofessionnelles concernées. Mais il y a un des critères qui s'est imposé, celui de l'âge légal de liquidation de la pension. Le législateur devait poser ce seuil conditionnant toute demande de liquidation de la pension pour cause de vieillesse. Le législateur allemand fut le premier à trancher la question (A). Le législateur français se pencha plus tardivement sur le problème de l'indépendance économique des travailleurs usés par l'âge. En précisant l'âge à partir duquel la liquidation de la pension vieillesse était envisageable, le législateur français définissait certes l'âge de la vieillesse, mais il s'attira également les foudres des organisations syndicales (B).

A. L'appréciation bismarkienne de l'âge de la vieillesse

345. En France, bien que l'indigence des personnes d'un âge avancé ait déjà été soulignée à la fin du XVIII^{e} siècle, la question de l'assistance ressurgissait dès la fin du XIX^{e} siècle. Conscients des difficultés auxquelles étaient exposés les vieux ouvriers[1], comme le révélaient les déclarations du député Léon MIRMAN[2], le législateur décida de mettre en place une assistance pour les vieillards, infirmes et incurables, par la loi du 14 juillet 1905. Mais à lui seul, l'âge ne constituait pas une justification possible de la mise en œuvre des dispositifs de l'assistance. L'article 1er énonçait que « *[t]out Français privé de ressources, incapable de subvenir par son travail aux nécessités de l'existence et soit âgé de plus de 70 ans, soit atteint d'une infirmité ou d'une maladie reconnue incurable reçoit, [...] l'assistance instituée par la présente loi* ».

Etait ainsi privilégiée la poursuite de l'effort individuel, se manifestant à travers la continuité de l'activité professionnelle, suppléée ou non par la prévoyance. L'assistance

[1] M. MERCAT-BRUN, *Vieillissement et Droit à la lumière du droit français et du droit américain*, Thèse publiée LGDJ, 2001, p.35 ; F. NETTER, « Les retraites en France au cours de la période 1895-1945 », *Dr. soc.* 1965, p.454-455.

V. aussi : E. FELLER, relatant la construction d'établissement à Lyon pour abriter les personnes âgées. Bien que l'âge d'admission fût de 55 ans, l'essentiel des pensionnaires était âgé de 66 à 74 ans. In *Histoire de la vieillesse en France. 1900-1960*, Ed. Seli Arslan, 2005, p.64 et du même auteur, « L'hospice des vieux (1900-1970). De la construction à l'écroulement d'un idéal de prise en charge de la vieillesse », in *Regards croisés sur la protection sociale de la vieillesse*, E. FELLER et F. CRIBIER, Comité d'histoire de la sécurité sociale, La Documentation française, 2005, p. 43-82.

[2] « *Les vieux ouvriers ne pourront plus pourvoir par leur travail à leur propre subsistance* » lors de la séance du 4 juin 1901 (J.O. Débats parlementaires du 5 juin 1901, p.1248) citation de M. MERCAT-BRUN, *préc.*

constituait un remède à la perte de la faculté de subvenir seul à ses besoins, résultant soit de l'invalidité physique de l'ouvrier, soit de l'invalidité en raison de l'âge très avancé de l'ouvrier[1].

346. Si l'État français peu enclin à instituer un régime de retraite obligatoire, laissait aux individus le soin de prendre seuls les dispositions nécessaires pour se prémunir contre les aléas de l'existence, il en était tout autre en Allemagne. Certes, ce choix ne résultait pas simplement des aspirations humanistes de son créateur[2], mais il permettait de répondre aux diverses menaces de l'époque[3]. C'est ainsi que sous l'impulsion du chancelier Otto von BISMARCK, la loi relative à l'assurance invalidité et à la vieillesse a été promulguée le 22 juin 1889[4]. Celle-ci s'adressait aux ouvriers salariés de l'industrie et à partir de 1911[1], aux

[1] Rapport *Le risque vieillesse en Europe : Quels droits, quelles protections ? op. cit.,* p.30 ; G. de SAINT AUBERT, *L'assurance contre l'invalidité et la vieillesse en Allemagne*, Thèse, Université de Paris, 1900, p.25-298.

[2] Même s'il convient de relever les initiatives antérieures en matière de régime d'entreprise par *Siemens, Baden-Anilin und Soda Fabrik (BASF).* F. CHARPENTIER, *Les retraites en France et dans le monde. op. cit.* , p.158.

[3] Les dangers potentiels de la classe ouvrière, exposée à une crise importante en 1874, ne possédant que sa seule force de travail afin de satisfaire ses besoins constituaient l'une des raisons. En outre, il s'agissait également de contrer l'influence du parti social-démocrate et les syndicats socialistes, aussi bien sur le plan politique qu'idéologique. Enfin, juridiquement des précédents prussiens avaient déjà ouvert la voie.

G. A. RITTER, « La sécurité sociale en Allemagne de Bismark à nos jours », in *Un siècle de protection sociale en Europe. Colloque des 24, 25, 26 octobre 1996 à l'occasion du cinquantenaire de la sécurité sociale*, Comité d'histoire de la sécurité sociale et l'Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, la Documentation française, 2001, p.8-9 ; D. ZÖLLNER in *Un siècle de sécurité sociale, 1881-1981. L'évolution en Allemagne, France, Grande-Bretagne, Autriche et Suisse, op.cit.,* p.21-30 ; P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, rééd. 2005, p.54-58; v. aussi : O. KAUFMANN, «L'assurance invalidité : de ses débuts en Allemagne et en France jusqu'aux relations internationales», Actes du 114e congrès national des sociétés savantes, Colloque sur l'histoire de la sécurité sociale, Chambéry, 1991, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, Paris, 1992, p.124-128.

[4] *Das Gesetz betreffend die Invaliditäts und Altersversicherung* du 22 juin 1889, entrée en vigueur en 1891 (*RGBl 1889*, I, 97). Antérieurement, deux lois avaient été promulguées, l'une relative à l'assurance maladie (1883) et l'autre à l'assurance accidents du travail (1884). L'ensemble fût ensuite codifié au sein du Code de l'assurance sociale en 1911 (*Reichsversicherungsordnung (RVO*) *RGBl* 1911, p.509); J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *op.cit.*, n°25-29 ; Ph. MARTIN, Rapport *Le risque vieillesse en Europe : Quels droits, quelles protections ? op. cit.,* p.14-15 ; J.-P. CHAUCHARD, *Droit de la sécurité sociale, op.cit.,* n°24 ; J. KERSCHBAUMER, *Das Recht der Gesetzlichen Rentenversicherung und die Deutsche Einheit,* Verlag für Sozialwissen, Wiesbaden, 2011, p.28.

employés subalternes. Le champ d'application personnel dépendait d'une condition de revenu, lequel devait être inférieur à un plafond déterminé (2000 mark par an). Contrairement au système français, les assurances sociales allemandes ne se contentaient pas d'énoncer que la prévoyance était une vertu, elles imposaient une affiliation obligatoire, palliant par conséquent au risque d'imprévoyance individuelle.

Le financement était mixte, puisque la cotisation proportionnelle aux salaires des affiliés, relevait à la fois de l'ouvrier et de son employeur[2]. L'Empire participait au financement en versant une subvention annuelle de 50 mark par salaire. Reposant sur le versement de cotisations par les employeurs et les salariés, complété par des subventions étatiques, il était possible d'être le bénéficiaire d'une pension vieillesse seulement à partir de l'âge de 70 ans et 30 années de cotisations[3]. C'est seulement à partir de ce seuil d'âge que la vieillesse constituait une invalidité remettant en cause la capacité du travailleur de subvenir à son indépendance économique. Assimilée à la vieillesse[4], l'invalidité représentait simplement la survenance prématurée de ce risque lié à l'âge, privant le travailleur de sa capacité de travail. Le bénéfice de la pension invalidité n'était ouvert qu'aux ouvriers employés depuis au moins 5 ans (soit 200 cotisations hebdomadaires), affectés par une invalidité aux deux tiers. Le travailleur ne pouvait être bénéficiaire de cette prestation que si son incapacité ne lui permettait pas d'obtenir 1/6ème du salaire journalier local normal et 1/6ème du salaire annuel moyen de la classe de salaire dont il relevait[5].

La pension vieillesse-invalidité n'était ainsi dédiée qu'à la compensation de la perte de la capacité de se procurer seul son gain, en raison de son âge ou d'un handicap. Il existait une pension minimum, s'élevant au montant de la subvention étatique, soit 50 mark. La pension fixe s'élevait à 60 mark, à laquelle pouvait s'ajouter un supplément lié aux cotisations versées par le pensionné, fluctuant selon la classe de salaire ainsi que la durée de cotisations. Le montant demeurait relativement faible, car il ne représentait qu'environ 18% du salaire annuel

---

[1] *Versicherungsgesetz für Angestellte* du 20 décembre 1911 (*RGBl* 1911, p.989) *;* Ph. MARTIN, Rapport *Le risque vieillesse en Europe… préc.*.

[2] En moyenne, le taux de cotisation était de 1,7%. Il faut souligner que le taux de cotisation était déterminé par l'appartenance à certaines classe de salaire. Pour les classes de salaire les plus faibles, le taux s'élevait au-delà de 2% ; D. ZÖLLNER, *op.cit.*, p.49.

[3] Soit 1200 cotisations hebdomadaires. Sur les conditions d'octroi des prestations d'assurance pension, D. ZÖLLNER, *ibid.*, p.48.

[4] P. DURAND, *op.cit.*, p.187-188, spéc. n°80.

[5] D. ZÖLLNER, *préc.*

moyen du travailleur. Or, le plafond de revenus annuels imposant l'affiliation obligatoire correspondait à 3 fois le revenu annuel moyen, soit en deçà de 667 mark annuel. Par conséquent, la pension de vieillesse était perçue par le travailleur, comme « *une prestation complémentaire de ses gains diminués ou d'autres revenus* »[1].

Cette prestation s'adressait aux ouvriers et employés subalternes, mais les employés ayant un revenu annuel supérieur au plafond ne furent pas pour autant délaissés. Par une loi de 1911[2], en vigueur en janvier 1913, les employés dont le revenu annuel était compris entre 2000 et 5000 mark, obtinrent leur régime de pension vieillesse-invalidité, qui intégrait les employés subalternes bénéficiaires du régime obligatoire créé par le chancelier Bismarck en 1889[3]. Distinct de ce premier régime obligatoire[4], le financement n'était supporté que par l'employeur et le salarié, par des cotisations plus conséquentes que celles du régime ouvrier. Pour la catégorie inférieure des salaires, la cotisation était de 7% et de 8% pour la catégorie supérieure. Le seuil d'âge réglementant le droit à la liquidation de la pension était moins élevé, puisqu'à partir de 65 ans, l'employé pouvait mettre en œuvre cette faculté. En outre, les employés bénéficiaient d'une meilleure garantie contre le risque invalidité, qui exigeait seulement une perte de la capacité de gain de 50%, ce qui ne correspondait pas au 2/3 requis dans le régime de pension ouvrier.

347. À l'origine, le législateur allemand avait donc retenu le seuil des 70 ans, en tant qu'âge de la vieillesse pour les ouvriers. Les employés franchissaient plus précocement le seuil de la vieillesse, puisque celui-ci avait été arrêté à 65 ans. C'est seulement à partir de ces seuils que la vieillesse constituait une invalidité justifiant le bénéfice d'une pension.

Pourtant l'espérance de vie à la naissance en 1900, n'était que de 43 ans et 7 mois[5]. À 60 ans, un allemand pouvait espérer vivre 13 années et 4 mois. Mais à cette époque, très peu d'individus atteignaient cet âge respectable, notamment en raison de la forte mortalité infantile[6]. Le risque vieillesse, assimilé à celui de l'invalidité, intervenait non seulement très

---

[1] Comme le souligne Detlev ZÖLLNER, (*préc.* p.51) en citant G. SCHMOLLER, *Die soziale Frage und der preussische Statt*, Preussische Jahrbücher, 1874, VoL. 3, n°4, (note 20), p.411.

[2] *Versicherungsgesetz für Angestellte du 28 décembre 1911* (*RGBl* 1911, p.989).

[3] Bénéficiant par conséquent d'une double affiliation, laquelle ne cessa qu'en 1923 ; D. ZÖLLNER, *op.cit.*, p.64.

[4] Notamment par la création d'un organisme de gestion spécifique, l'Office impérial des assurances.

[5] J.-C. CASTELAND, « Évolution générale de la mortalité en Europe occidentale de 1900 à 1950 », *Populatio*n 1960, vol.15, p.70.

[6] Sur 1000 naissances vivantes, 207 se soldaient par le décès de l'enfant. J.-C. CASTELAND, *ibid.*

tardivement, mais il comportait un aléa dans son éventuelle réalisation[1]. Ainsi, en 1913, 10% des 1,2 millions des pensions versées correspondaient à la réalisation du risque vieillesse[2]. En 1916[3], l'âge d'ouverture des droits à pension fut abaissé à 65 ans, entraînant corrélativement un ajustement du seuil d'âge d'accès à la faculté de liquidation de la pension ainsi qu'une hausse du nombre de pensionnés.

B. L'appréciation française de l'âge de la vieillesse

348. En France, la saisie de la vieillesse, en tant que risque paralysant la capacité de production et donc l'indépendance économique, s'est longtemps effectuée à travers l'assistance[4]. Le législateur a toutefois essayé de promouvoir les assurances sociales en 1910[5]. La loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes s'adressait à la fois aux salariés et aux salariées de l'industrie, du commerce, des professions libérales et de l'agriculture, des serviteurs à gages, des salariés de l'État ne relevant pas du régime des pensions civiles ou militaires ainsi que les salariés des départements et communes. Ces salariés relevaient de l'assurance obligatoire, seulement si la rémunération annuelle n'était pas supérieure à 3000 francs. Au delà de ce plafond et jusqu'à 5000 francs, il était possible d'adhérer à l'assurance facultative[6].

---

[1] « *Pour certains, mieux valait disait-on, supprimer purement et simplement la rente de la vieillesse, plutôt que de l'accorder à cet âge dérisoire [70 ans]* ». Bien que *rigoureuse*, la pension avait une utilité, car « *à cet âge, la présence de l'aïeul [est] souvent un fardeau et là, [il] deviendra une ressource […] au sein de l'unité familiale améliorée* ». Or, « *en avançant de cinq ans, l'âge de la rente vieillesse, on augmente dans de grandes proportions, le nombre d'assurés jouissant de la rente vieillesse* », révélant la préoccupation ancienne de la santé budgétaire des institutions en charge de la gestion de ce risque. G. de SAINT-AUBERT, *op.cit.*, p.62.

[2] D. ZÖLLNER, *op.cit., p.58*.

[3] Loi du 12 juin 1916 (*RGBl* 1916, p.525).

[4]Il suffit de s'arrêter quelques instants sur l'évolution du nombre de bénéficiaires des dispositions de la loi de 1905. 15% de la population âgée de plus de 70 ans bénéficiaient, soit 353 581 personnes au 31 décembre 1908. Seulement 157 965 infirmes et incurables étaient bénéficiaires.

Ces chiffres sont extraits de l'article de Francis NETTER, « Les retraites en France au cours de la période 1895-1945 », *op.cit.*, p. 455.

[5]*JORF* du 6 avril 1910. Disponible sur le site du Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé : http://www.travail-emploi-sante.gouv.fr/le-ministere,149/le-comite-d-histoire,430/1906-2006-un-siecle-d-engagement,1387/la-creation-et-l-evolution-du,1427/legislation-du-travail,1835/la-loi-du-5-avril-1910-sur-les,12152.html ; F. NETTER, Les retraites en France au cours de la période 1895-1945, *op.cit.*, p.514.

[6] F. NETTER, *préc.*

Ce régime de pension était financé par les cotisations des salariés, prélevées sur le salaire par l'employeur lors de la paye. Ces prélèvements alimentaient un compte individuel de retraite, lequel permettait de se constituer une rente, améliorée par une allocation viagère versée par l'État. Le salarié pouvait bénéficier de cette rente seulement à l'âge de 65 ans. Le législateur a admis une dérogation à ce seuil d'âge, puisqu'il était possible de solliciter de manière anticipée le bénéfice de la pension à partir de 55 ans. En contrepartie, le pensionné subissait une pénalité, se manifestant par le report du bénéfice de l'allocation viagère de l'État ainsi qu'« *une réduction en conséquence*[1] ». Cet âge a été très sévèrement critiqué par les organisations syndicales, si bien que l'âge fut abaissé à 60 ans en 1912[2]. Mais ce système de pension obligatoire se heurta à une limite. Fonctionnant selon le principe d'une carte annuelle, sur laquelle étaient apposés des timbres attestant de l'effectivité du versement des cotisations, l'employeur pouvait arguer du défaut de présentation de la carte annuelle afin de ne pas retenir les cotisations sur le salaire de son employé[3].

S'adressant à plus de 18 millions de français, dont près de 12 millions d'assurés obligatoires, seulement 7 600 000 personnes étaient assujetties en 1912 et parmi elles, il n'y

[1] Art. 5 de la loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes.

[2] Par la loi du 27 février 1912. Les tracts de la Confédération Générale du Travail dénonçaient l'escroquerie des retraites ouvrières, n'instaurant que « *des retraites pour les morts* » ; M. DREYFUS, « Autour des régimes spéciaux : retour sur l'évolution de la protection sociale en France », in *Retraite. Une histoire des régimes spéciaux*, *op.cit*., p.27-28 ; J.-P. CHAUCHARD, « Sur un malentendu tenace : « la retraite à 60 ans » », *Dr. Soc.* 2011, p. 246 ; M. LECLERC, *La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes*, T. II, 1870-1945, Comité d'histoire de la sécurité sociale, p.187 et s. ; V. aussi l'affiche dénonçant l'escroquerie des retraites, en note de bas de page de l'ouvrage de H. HATZFELD, *Du paupérisme à la sécurité sociale*, *op.cit*., p.236-237.

[3] C'est ainsi que la chambre civile de la Cour de Cassation décida que le défaut de présentation de la carte par le salarié dispensait l'employeur d'effectuer ce prélèvement (Civ. 1er décembre 1911). La Chambre criminelle de cette même Cour a par un arrêt du 22 juin 1912, exonéré de toute responsabilité pénale, l'employeur placé dans l'impossibilité d'accomplir cette tâche en raison de la faute du salarié, constituée par le défaut de présentation de cette carte annuelle. Cela ne respectait pas véritablement l'esprit et la lettre du texte de la loi du 5 avril 1910, car l'article 23 énonçait non seulement que « *L'employeur ou l'assuré par la faute duquel l'apposition des timbres […] n'aura pas eu lieu sera passible d'une amende égale aux versements omis, prononcée par le juge de simple police […]* » (aL. 1), mais aussi que « *L'employeur qui a été dans l'impossibilité d'apposer le timbre prescrit pourra se libérer de la somme à sa charge, en la versant à la fin de chaque mois, directement ou par la poste, au greffier de la justice de paix ou à l'organisme, reconnu par la loi, auquel serait affilié l'assuré* » (al.2) ; F. NETTER, « Les retraites en France au cours de la période 1895-1945 », *op.cit*., p.514.

avait que 2 281 000 de cotisants effectifs[1]. Le nombre de pensionnés était important durant la jeunesse de la loi, avec un pic à 707 000 bénéficiaires en 1913, mais progressivement ce chiffre chuta pour atteindre 40 000 bénéficiaires en 1930.

349. Malgré les faiblesses de ce régime de retraite, l'instauration de la cotisation obligatoire pour se prémunir contre ce risque vieillesse a permis de faire reconnaître l'éventuelle survenance de ce risque pour chaque travailleur, indépendamment de son statut professionnel et de son sexe[2]. En franchissant ce seuil d'âge, le travailleur était exposé au risque de perdre les moyens d'assurer son indépendance économique. L'édification de ces seuils (65 ans, puis 60 ans en France et 70 en Allemagne), a permis au législateur de saisir un élément physiologique pour l'intégrer au sein de la règle de droit. C'est ainsi que les législateurs confièrent à ce critère, le rôle de limiter l'accès à la jouissance du droit à pension en raison de la vieillesse. Emancipé du joug de l'assistance, le vieil âge devint une étape du cycle de vie du travailleur et non plus seulement, une erreur due à l'imprévoyance de l'individu, imposant une action corrective de la collectivité en vertu de la dette sacrée[3].

En 1928, le régime français a de nouveau été remis en question après le rattachement de l'Alsace-Lorraine, où les travailleurs relevaient du régime imposé par le chancelier BISMARCK. S'inspirant des assurances sociales instituées en Allemagne, le législateur a promulgué la loi du 5 avril 1928[4], imposant l'assurance obligatoire pour les risques maladie, maternité, invalidité et vieillesse pour les travailleurs titulaires d'un contrat de travail. Aucun déplacement du seuil d'âge conditionnant l'accès à la prestation vieillesse ne fut effectué, ni même dans les lois qui lui succédèrent[5]. En effet, l'article 3 paragraphe 1 de la loi du 5 avril

[1] M. DREYFUS, *op.cit*. p.28 ; Francis NETTER expose les principaux chiffres du rapport sur l'application de la législation des retraites ouvrières et paysannes, in « Les retraites en France au cours de la période 1895-1945 », *op.cit*., p.515.

[2] Même s'il convient de noter que le plafond de revenus accordait à certains la faculté de se dispenser de cotiser.

[3] D'ailleurs l'article 7 de la loi 5 avril 1910 étendit le champ personnel d'application de la loi du 14 juillet 1905, pour y inclure les personnes âgées de 65 à 69 ans, admissibles aux allocations prévues par la loi relative à l'assistance. F. NETTER, « Les retraites en France au cours de la période 1895-1945 », *op.cit*., p.455.

[4] Loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales, *JORF* du 12 avril 1928, reprise dans l'ouvrage de P. LECLERC, *La sécurité sociale, son histoire à travers les textes, Tome II, 1870-1945*, Comité d'Histoire de la sécurité sociale, Paris, 1996, p.261-276 (spéc. p.266-267)

[5] Toutes relatives à l'assurance sociale obligatoire instituée. A propos du développement des assurances sociales : P. LECLERC, *op.cit*., p. 435-555.

1928[1], l'article 13 de la loi du 30 avril 1930[2] et le paragraphe 1 de l'article 11 décret-loi du 28 octobre 1935[3], fixèrent l'âge d'ouverture de la liquidation des droits à la pension vieillesse à 60 ans, tout en admettant un accès anticipé à 55 ans, pour les travailleurs ayant cotisé pendant 25 années dès l'âge de 16 ans[4]. Le report constituait une option envisageable, récompensée financièrement, offrant la faculté à l'assuré de suspendre sa demande de liquidation jusqu'à l'âge de 65 ans.

À l'image de ce qui avait été mis en place par la loi relative aux retraites ouvrières et paysannes, un plafond d'affiliation obligatoire fut arrêté. Celui-ci s'élevait à 15 000 francs annuels[5]. Le champ d'application personnel fut étendu par le décret-loi de 1935, incluant non plus uniquement les travailleurs en situation de dépendance économique, mais plus largement ceux œuvrant dans le cadre d'un lien de subordination[6].

C'est ainsi que le législateur français accorda aux travailleurs, le bénéfice d'une pension en raison du franchissement du seuil de la vieillesse. Cette condition d'âge s'accompagna d'un critère lié à une durée d'assurance cotisée. Ouvert à partir de 60 ans et 30 ans de cotisations, l'assuré pouvait demander le bénéfice d'une pension en raison de son âge.

350. Les premières législations d'assurance sociale, ambitieuses, tendaient à libérer le travailleur pauvre de la nécessité de rester perpétuellement en activité ou d'être particulièrement soucieux de son épargne en prévision de ses vieux jours en faisant le choix de renoncer à la satisfaction de ses besoins vitaux immédiats. Malgré les limites du régime légal français, relatives au champ d'application *ratione personae* réduisant la protection aux travailleurs ayant des revenus modestes, champ beaucoup plus étendu dans le régime légal

---

[1] L'article 3 modifié énonçait que « *L'assujettissement obligatoire aux assurances sociales cesse à l'âge de soixante ans. Le salarié a la faculté d'ajourner, d'année en année, la liquidation de ses droits à la retraite […]* ».

[2] Loi modifiant et complétant la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales, du 30 avril 1930, *JORF* du 1er mai 1930, p.4819-4833.

[3]« *L'assurance vieillesse garantit une pension de retraite à l'assuré qui a atteint l'âge de soixante ans* ».
Extrait du décret-loi du 28 octobre 1935 : P. LECLERC, *op.cit.*, p. 540-555 (pour l'assurance vieillesse : p.548-549).

[4] Art 17 de la loi du 30 avril 1930 modifiant l'art.17 de la loi du 5 avril 1928 ; F. NETTER, « Les retraites en France au cours de la période 1895-1945 », *op.cit.*, p.515.

[5] Des aménagements avaient toutefois apportés ; F. NETTER, « Les retraites en France au cours de la période 1895-1945 », *op.cit.*, p.516.

[6] Francis NETTER, *préc*.

allemand[1], ces législations ont permis la construction juridique et sociétale de la vieillesse en l'incorporant parmi les risques faisant l'objet d'une protection par les assurances sociales[2]. Les législateurs ont indéniablement contribué à la détermination de l'âge légal de la vieillesse, avec une unité plus ou moins relative.

Ainsi, à la fin des années 30, il existe un âge légal de la vieillesse. Même si celui-ci n'est pas commun pour la France et l'Allemagne en raison d'une différence de cinq années dans la survenance de la vieillesse, les législateurs ont déterminé un seuil à partir duquel il est admissible qu'un travailleur puisse bénéficier d'une pension pour compenser seul la perte de la capacité de maintenir son indépendance économique. La détermination de l'âge légal de la retraite guidée par des aspirations humanistes, répondait à l'objectif de garantir l'indépendance économique du travailleur (pauvre) pénalisée par son âge. La vieillesse représentait une atteinte éventuelle à l'indépendance économique et à ce titre, il fallait prévoir un dispositif correcteur, la pension. Cette appréciation de la vieillesse sera par la suite, toute autre.

Section 2. La délimitation contemporaine de l'âge légal de la vieillesse

351. La seconde moitié du XXe siècle est marquée par l'affirmation de la saisie de la vieillesse par le législateur en matière sociale. La retraite prend le pas sur la vieillesse, accordant à chaque assuré l'acquisition d'un autre temps dans la vie professionnelle, celui du retrait. Le bénéfice de ce repos bien mérité et financé s'adresse au plus grand nombre en raison de la généralisation menée. Pour déterminer l'entrée dans cet autre temps postérieur à la vie active, le législateur a eu recours à un critère chronologique, l'âge. En réglementant l'accès à la pension, le législateur a ainsi participé à la construction sociétale moderne de cet âge de la vie, le versant moderne de la vieillesse, le temps de la retraite (§1).

L'édification de ces régimes de retraite repose sur une combinaison de critères cumulatifs, réunissant la durée d'assurance et l'âge de liquidation. Or, face à l'allongement de l'espérance de vie et plus précisément de l'allongement de la période pensionnée, les deux dernières décennies se sont manifestées par un réajustement de ce critère d'âge conditionnant la faculté

[1] Simplement en raison du plafond de revenus annuels, dont le niveau était conséquent dans le régime bismarckien.

[2] Les articles 1 paragraphe 1er des lois du 5 avril 1928 et du 30 avril 1930 disposaient que « *Les assurances sociales couvrent les risques maladie, invalidité prématurée, vieillesse, décès et comportent une participation aux charges de famille et de maternité dans les conditions déterminées par la présente loi* »

de liquider la pension. Ce report progressif de l'âge légal de la retraite est une tendance normative générale, gagnant la plupart des pensions, confortant ou gommant les fondements distincts. Ce faisant, les législateurs modèlent une nouvelle définition de la retraite, ce qui ne se fait pas sans heurts (§2).

§1. L'âge légal d'accès à un temps de repos

352. Les législateurs sont à l'origine de la conception de ce droit à la retraite, désigné comme un temps de repos. Ce droit se fonde sur la reconnaissance d'une présomption d'inaptitude en raison de l'âge, déconnectée de tout contrôle de la survenance réelle d'un amoindrissement physique ou autre, menaçant la force de travail. C'est une acquisition récente pour l'ensemble des travailleurs et la détermination de l'âge légal de liquidation de cette pension est synonyme de fin de la vie active et du départ pour une vie ensoleillée et sereine sur une île des Caraïbes[1]. Pourtant lors de l'élaboration du régime légal, organisant le régime de pension de base, le législateur français avait conservé ses anciens curseurs, arrêtés au seuil des 60 et 65 ans. Il s'employa avec plus ou moins de succès immédiat à généraliser la protection contre le risque vieillesse sans pour autant et au grand dam des organisations syndicales, revoir l'âge légal de liquidation de la retraite à taux plein, arrêté à 65 ans. Quelques décennies plus tard, leur vœu fut accueilli par le législateur, qui édifia un âge légal de la retraite (A).

Le législateur allemand s'était également fondé sur son ancien curseur, délimitant la survenance de la vieillesse à l'âge de 65 ans. Mais afin de laisser place à une vie de loisir, tout en libérant des places dans la vie active, le législateur allemand a assoupli les conditions restreignant l'accès à certaines pensions en faveur de divers publics bénéficiaires et a intégré de la flexibilité dans l'âge de la retraite respectant ainsi le choix du travailleur de se retirer de la vie active pour se consacrer à d'autres activités (B).

[1] Description de la retraite par G.S. FIELDS et O.S. MITCHELL, *Retirement Pensions and Social Security*, Cambridge, 1984 : « *Suppose that at age 65 you leave your belong job, accept an employer-provided pension, begin to collect social security benefits, leave the labour forcen and depart for a life of sunshine and tranquility on a Caribbean island* ». Reprise par A.B. ATKINSON and H. SUTHERLAND, Two nations in early retirement? The case of Britain, in *Age, work and social security*, ed. A.B. ATKINSON and M. REIN, St-Martin Press, 1993, New-York, p.140.

A. L'avènement d'un âge légal de repos en France

353. La naissance de cette dernière période de la vie professionnelle fut progressive. Se saisissant de la question de la vieillesse, la première intervention du législateur correspond à la reconnaissance de l'existence de cette période du cycle pour tous (1). La généralisation effectuée, le législateur s'empara une nouvelle fois de la question de l'âge d'accès à la pension pour cause de vieillesse. C'est cette seconde intervention qui éleva cette dernière période au rang de temps de repos bien mérité (2).

1. La généralisation française de l'âge de la retraite

354. À la fin de la Seconde Guerre Mondiale, le législateur français se pencha de nouveau sur l'épineuse question du maintien de l'indépendance économique lors de la cessation de la vie professionnelle en raison de l'âge. L'âge légal de la retraite avait déjà été pensé et arrêté à 60 ans offrant simplement la faculté à certains travailleurs dont les revenus étaient inférieurs à un plafond légalement déterminé, de compenser la perte d'un gain obtenu auparavant pleinement par leur force de travail. Comme le souligne un auteur[1], « *avant le plan de 1945, peu d'efforts sont réalisés pour identifier les bénéficiaires du droit à la retraite et son fondement précis*». L'appréhension de la vieillesse par les assurances sociales, n'était pas éloignée des considérations d'assistance en raison de la limitation du bénéfice des pensions aux seuls travailleurs de l'industrie ayant des revenus inférieurs à un plafond déterminé. Son fondement était par conséquent très vague, pouvant être perçu comme l'avènement d'un droit au repos mérité après une dure vie de labeur pleine d'incertitudes financières, érigé par le bienveillant législateur ou simplement comme étant la mise en place de nouveaux dispositifs afin de prémunir le travailleur modeste contre une vieillesse miséreuse. Cette oscillation entre la récompense et l'assistance fut progressivement balayée lors de l'avènement et du développement de la sécurité sociale.

Aux lendemains de la Seconde Guerre Mondiale, le Plan français de sécurité sociale est en « *rupture avec les législations antérieures* »[2], notamment en raison de l'influence du rapport de William Beveridge[3]. Son auteur était favorable à un système généralisé d'assurances

[1] M. MERCAT-BRUNS, *op.cit.*, p.38 n°35.

[2] Expression empruntée à M. Francis NETTER, *La sécurité sociale et ses principes*, *op.cit.*, p.26-29.

[3] Le *Social Insurance and allied Services. Report presented to Parliament by command of his Majesty* de William BEVERIDGE publié en anglais a fait l'objet de nombreux commentaires et publications, V not. : G. de

sociales bénéficiant à tous les citoyens[1], reposant sur une cotisation forfaitaire unique finançant des prestations forfaitaires déconnectées du revenu. Imprégné de l'esprit de ce rapport, le Conseil national de la Résistance fit figurer au sein de son programme d'action du 5 mai 1944 portant sur les réformes sociales indispensables postérieures à la Libération, un plan complet de sécurité sociale destiné à garantir à tous les citoyens des moyens d'existence placés dans l'incapacité de se les obtenir par leur travail. Le Conseil national de la Résistance soulignait en outre la nécessité d'instituer une « *retraite permettant aux vieux travailleurs de finir dignement leurs jours* », répondant ainsi à l'une des préoccupations françaises, à savoir la sécurité financière pendant la vieillesse[2]. M. Pierre Laroque mit en œuvre le Plan de sécurité sociale par l'ordonnance du 4 octobre 1945[3], dont l'ambition d'ériger une protection à l'ensemble des citoyens ne fut point dès l'origine entièrement satisfaite[4].

355. Destiné à protéger les salariés de l'industrie et du commerce contre l'un des risques sociaux de l'existence et notamment la vieillesse, le régime de sécurité sociale a toutefois étendu son champ d'application personnel en se détachant de tout plafond de revenus limitant

---

LAGARDE, « Le rapport Beveridge : technique et méthodes des assurances anglaises », Ed. Martin-Mamy, Crouan et Rocques, 1945, 88 p. ; R. SERVOISE, *Le 1er plan Beveridge. Réalités d'aujourd'hui et de demain*, Ed. Domat Montchestien, 1946, 46 p.; J.-J. DUPEYROUX, *Evolution et tendances des systèmes de sécurité sociale des pays membres des Communautés Européennes et de la Grande-Bretagne*, Rapport pour la CECA, 1966, Luxembourg, p.67-72.

[1] Désigné dans le langage courant comme étant le système des 3 U : Universalité (tous les citoyens sont concernés), Unité (la gestion était confiée à une administration) et Uniformité (en raison de la prestation).

J.-P. CHAUCHARD, *Droit de la sécurité sociale*, 4ème éd., LGDJ, 2005, n°32-34 ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *op.cit.*, n°47-52 ; P. DURAND, *op.cit.*, p.104-114.

[2] P. DURAND, *ibid.*, p. 124 (à propos de l'originalité du système français) et p. 170-171 (vieillissement de la population).La natalité était la seconde préoccupation, tandis qu'au Royaume-Uni, le problème du chômage était également souligné.

[3] Ordonnance n°45/10 portant organisation de la sécurité sociale du 4 octobre 1945, *JORF* du 6 octobre 1945 ; *La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes, Tome 3, 1945-1981*, A. BARJOT, p.37-42.

[4] Notamment en raison du souhait des travailleurs indépendants de conserver leur autonomie dans la protection contre ce risque, aboutissant à l'échec de la loi relative à la généralisation de la sécurité sociale du 22 mai 1946. Y. SAINT-JOURS, *op.cit.*, p.28-29 ; A. BARJOT, *op.cit.*, p.75 s.; J.-J. DUPEYROUX, *op.cit.*, n° 330 ; J.-P. CHAUCHARD, *op.cit.*, p.35 ; GRESLE, « Les travailleurs indépendants et la protection sociale », *Dr. soc.* 1983, p.259-268.

Le maintien de l'existence de certains régimes spéciaux propres à des professions déterminées, désireuses de conserver leurs avantages privilégiés y a également contribué.

l'obligation d'affiliation. Pour ses travailleurs, le risque vieillesse pouvait survenir à partir d'un même âge, 60 ans et cette situation de fait s'affirmait dès l'âge de 65 ans. Dissociée de la perte d'une aptitude quelconque, l'entrée dans la vieillesse n'était pas due à une infirmité physique, mais simplement une présomption d'inaptitude au travail en raison de l'écoulement du temps. Comme l'explique un auteur [1], l'individu âgé doit être considéré comme étant celui n'ayant plus vocation à travailler et ce, indépendamment de la perte ou non de ses capacités. De cette première présomption en découle une seconde, celle du droit à l'acquisition d'une pension, d'une rente pour les vieux jours. La combinaison de ces 2 présomptions a favorisé l'élaboration d'un droit au repos mérité en raison de l'effort fourni par l'individu lors de sa vie active. La règle de droit aboutit ainsi à la construction sociétale d'une nouvelle tranche de vie dans le parcours professionnel, la retraite. Le premier pas vers l'édification de cette nouvelle période du cycle de la vie professionnelle, a été effectué lors de l'institution de la sécurité sociale et plus précisément, de sa branche vieillesse.

356. L'ordonnance du 19 octobre 1945[2] organisa le régime des pensions vieillesse, dont la liquidation imposa des conditions d'âge et de durée d'assurance. Selon le paragraphe 1 de l'article 63 de l'ordonnance, « *l'assurance vieillesse garantit une pension de retraite à l'assuré qui atteint l'âge de 60 ans* ». En se limitant à cette disposition, il serait aisé d'en conclure que l'âge légal de la retraite a toujours été de 60 ans depuis l'avènement du régime de sécurité sociale. Or, une telle conclusion serait bien hâtive, puisque déjà, le travailleur ayant atteint ce seuil d'âge et faisant le choix de liquider sa pension, en subissait quelques désagréments. En retenant une telle option et sous réserve de remplir la condition des 30 années d'assurance, la pension s'élevait à 20% du salaire annuel de base[3]. L'article 71 de l'ordonnance retenait deux modes de calcul pour déterminer ce salaire annuel de base servant à fixer le montant de la pension, soit il s'agissait de se reposer sur « *le salaire annuel moyen correspondant aux cotisations versées au cours des dix dernières années d'assurance accomplies avant l'âge de soixante ans* » ou de lui préférer le salaire annuel moyen perçu au cours des dix dernières années d'assurance à partir de la décision de liquidation de la pension.

[1] G. LYON-CAEN, « Une vieillesse sans droit », *D.*1991, chron. 21, p.111

[2] Ordonnance n°45/2454 du 19 octobre 1945 fixant le régime des Assurances sociales applicables aux assurés des professions non agricoles, *JORF* du 20 octobre 1945, p.6721 ; F. MERCEREAU, « La retraite à 60 ans », *Dr. Soc.* 1982, p.452-464 ; J.-P. CHAUCHARD, « Sur un malentendu tenace : la retraite à 60 ans », *op.cit.*, p.247 ; *La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes, Tome 3, 1945-1981,* A. BARJOT, *op.cit.*, p.58-60.

[3] Paragraphe 2 de l'article 63 de l'ordonnance 45/2454.

Le choix entre les deux modes de calcul obéissait à un seul critère, celui de la règle de calcul la plus avantageuse pour le travailleur assuré.

Afin d'obtenir une pension un peu plus satisfaisante, le travailleur assuré avait la faculté de différer sa demande de liquidation, lui permettant d'obtenir une majoration de 4% du taux de pension, ce qui signifiait poursuivre son activité professionnelle au-delà de 60 ans[1]. Ainsi, par une hausse de 4 % par année de report, tout en ayant une durée d'assurance suffisante, l'assuré pouvait obtenir une pension s'élevant à 40 % du salaire annuel de base à partir de 65 ans.

Le législateur n'omettait pas l'hypothèse d'une demande de liquidation anticipée, puisqu'il avait la volonté d'offrir la faculté de liquider la pension de manière anticipée en faveur des travailleurs ayant exercé des activités pénibles[2], leur accordant une pension s'élevant à 40% du salaire annuel de base.

En revanche, à défaut de satisfaire pleinement la condition tenant à la durée d'assurance, il était nécessaire de distinguer 3 situations.

Face à une durée d'assurance supérieure à 15 ans, la pension de l'assuré était affectée par le mode de calcul retenu, car elle était composée en autant de trentième que la durée accomplie[3], ne permettant pas d'atteindre les 20% de revenus annuels de la pension que pouvait espérer un assuré satisfaisant la double condition d'âge et d'assurance.

Dans l'hypothèse où la durée d'assurance était comprise entre 5 et 15 ans, l'assuré avait la faculté d'obtenir le bénéfice d'une pension proportionnelle au montant des cotisations versées à partir de l'âge de 65 ans seulement[4]. Elle était composée d'un pourcentage du montant global des cotisations versées entre le 1er juillet 1930 et le 31 décembre 1935 (10%) et de la moitié des cotisations réglées à partir de 1936.

Enfin, si l'assuré avait cotisé moins de 5 années[5], il obtenait une fraction du remboursement des cotisations versées.

---

[1] Paragraphe 3 de l'article 63 de l'ordonnance *préc.*

[2] L'article 64 s'adressait plus précisément à ceux comptabilisant 30 ans d'assurance et ayant accompli « *pendant au moins vingt années une activité particulièrement pénible de nature à provoquer l'usure prématurée de l'organisme ou reconnus inaptes au travail par la caisse d'assurance vieillesse* ».

[3] Article 65 de l'ordonnance *préc.*

[4] Article 66 de l'ordonnance *préc.*

[5] Article 67 de l'ordonnance *préc.*

357. Comme le relève le Professeur Jean-Pierre CHAUCHARD[1], « *c'est avec [cette] ordonnance […] que l'ambiguïté s'est installée* ». Il est en effet difficile de considérer que l'âge légal de la retraite est arrêté à 60 ans depuis la création de la sécurité sociale, tout en sachant que le montant de la pension était particulièrement modeste. Cela a simplement contribué à la délimitation de l'entrée dans l'âge de la vieillesse, sans toutefois signifier un retrait définitif d'activité, puisque le législateur n'avait pas conditionné la demande de liquidation à la cessation de toute activité[2]. Ces 60 ans délimitaient le seuil à partir duquel l'assuré avait la faculté de liquider son droit à pension, tout en en acceptant le prix. Cela correspondait à l'âge d'ouverture des droits et ne garantissait aucunement l'obtention d'une pension de retraite à taux plein.

Malgré tout, le législateur a tenu à ce que l'assuré puisse se retirer avec une pension sans remplir cette condition d'assurance. En effet, si à l'âge de 65 ans, le travailleur avait une durée d'assurance inférieure à 5 années, il obtenait la faculté de liquider sa pension. En instituant ce second seuil, le législateur garantissait pour tout travailleur, une forme de droit au repos. En raison de la modestie des sommes versées, cela représentait davantage à un amoindrissement de la charge de subvenir à ses besoins, se justifiant par l'âge de l'assuré. Le travailleur pouvait ainsi bénéficier d'un complément de ses revenus issus de sa vie active.

358. Quelques années plus tard, par le biais de la loi du 17 janvier 1948[3] finalisée en 1952[4], les réticences des professions indépendantes dans la mise en place d'un régime obligatoire cédèrent, permettant aux non salariés de bénéficier d'une pension de retraite. Les artisans, les professions libérales les commerçants et industriels ainsi que les exploitants agricoles ne furent pas délaissés. Ayant la faculté de liquider leur droit à pension à l'âge de 65 ans, exception faite en cas d'inaptitude (dès 60 ans), les assurés pouvaient bénéficier d'une pension s'élevant à la moitié de l'allocation versée au vieux travailleur salarié, sous réserve d'avoir exercé pendant 15 ans au moins, une activité relevant du champ d'application de la

[1] J.-P. CHAUCHARD, *op.cit.*, p.247.

[2] Aucune disposition de l'ordonnance ne l'exigeait.

[3] Notamment par la consécration de l'autonomie des caisses gérant le versement de cette allocation.
Loi n° 48/101 instituant une allocation vieillesse pour les non salariés du 17 janvier 1948, *JORF* du 18 janvier 1948, p. 562-564 ; A. BARJOT, *op.cit.*, p.95-98 et p.294 s.

[4] Loi n° 52-799 du 10 juillet 1952 assurant la mise en œuvre du régime de l'allocation vieillesse des personnes non salariées et la substitution de ce régime à celui de l'allocation temporaire, *JORF* du 11 juillet 1952, p. 6939-6943.

loi. Ce faisant, le législateur français avait par la généralisation de la sécurité sociale et notamment par les dispositions relatives au risque vieillesse, institutionnalisé un droit au repos[1] pour l'ensemble de la population active. Un seuil d'âge à partir duquel les travailleurs salariés ou indépendants, pouvaient choisir de mettre fin partiellement ou non, à leur activité professionnelle avait été légalement défini et il accordait le bénéfice d'un salaire différé, financé par les cotisations : la pension.

2. La consécration légale d'un âge de repos

359. Mais la généralisation de la protection face à la vieillesse n'a pas suffi à garantir l'édification de ce nouveau temps de la vie professionnelle. Un décalage existait entre la conception de la retraite défendue par la sécurité sociale et son effectivité. Il était en effet difficile de considérer ce droit à la retraite, comme le droit à une oisiveté pensionnée du fait du montant des pensions[2]. Des revendications syndicales ont émergé, militant en faveur d'un abaissement de l'âge légal de la retraite et d'une amélioration des pensions. La définition de la retraite en a été affectée. Un auteur[3] a relaté les différentes acceptions de la retraite en 1948. Face à l'impossible amélioration des conditions de travail[4], voire leur simple adaptation à l'âge des travailleurs, les organisations syndicales concevaient le droit à la retraite, comme un « *droit au repos en fin de vie acquis au nom du travail accompli* ». Les employeurs qui – au passage - mettaient à nouveau en œuvre leur faculté d'instituer des régimes d'entreprise, considéraient la pension de retraite légale, comme un droit minimal d'existence et étaient favorables à un droit à la retraite segmentée, « *modulable en fonction des capacités économiques des entreprises, de leurs impératifs en matière de politique salariale ou d'emploi, de considérations tactiques* ». La rencontre de ces deux acceptions a notamment

[1] G. LYON-CAEN, *préc.*

Selon la sociologue Anne-Marie GUILLEMARD, « *un nouvel espace du cycle de vie a été désigné, avec l'émergence de la nouvelle définition économique du travail âgé, par laquelle on est jugé vieux sur le marché du travail avant d'être décrépit* », in *Le déclin du social*, PUF, 1986, p.113.

[2] A.-M. GUILLEMARD, *ibid.*, p. 87 : « *Droit au repos ou droit à la misère ?* ».

[3] A.-M. GUILLEMARD, *ibid.*, p.93 (syndicats) et p. 105 (patronat).

[4] A propos d'une enquête menée dans des entreprises: « *Nulle part n'est signalé le fait que des aménagements particuliers d'horaires et de cadences aient été prévus pour les plus âgés ; tout au plus quelques postes, « plus doux » de gardiens, de concierges […] permettent à certains de conserver un emploi, en acceptant une rémunération plus faible* », E. FELLER, *Histoire de la vieillesse…, op.cit.*, p. 68.

abouti à la création des régimes complémentaires[1]. Mais cela imprégna également des accords conclus postérieurement, préparant un environnement propice à un affinage de la notion de retraite par le législateur. Deux accords interprofessionnels conclus respectivement en 1972 et en 1977 ont posé les jalons de ce que certains craignaient déjà comme une menace sur les « *droits de travailleurs retraitables*[2] ». Le premier accord avait pour objectif de faciliter les licenciements des travailleurs âgés d'au moins 60 ans. En contrepartie, ils percevaient une garantie de ressources jusqu'à l'âge de 65 ans. Ce dispositif reposant sur l'âge permet aux entreprises de « *dédramatis[er] la situation du travailleur mis au chômage* », tout en accordant à l'employeur des licenciements sélectifs. Quant au second accord, il avait élargi le champ d'application personnel de cette garantie de ressources, en intégrant les travailleurs âgés de plus de 60 ans démissionnaires. La retraite à 60 ans était alors devenue possible, sous réserve de n'exercer aucune activité professionnelle.

Cela représentait une véritable évolution de la notion de la vieillesse. À l'origine conçue comme un droit au repos de tout un chacun, elle s'est transformée par le biais des négociations entre les partenaires sociaux, en un « *renoncement total et définitif à toute activité professionnelle »*[3]. Cette nouvelle définition de la retraite en tant que contrepartie d'une cessation quasi-obligatoire de la vie professionnelle a été accueillie par le législateur, lors de l'abaissement de l'âge légal de la retraite à 60 ans en 1982.

Alors que la Commission Européenne se penchait sur l'introduction et le développement de la flexibilité de l'âge conditionnant la faculté de liquidation de la pension[4], le législateur français réalisait le vœu très attendu de réduire l'âge de pension à taux plein[5]. Par

[1] Il s'agit de l'AGIRC créée par la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 (….) et de l'ARRCO instaurée par un accord national du 8 décembre 1961.

[2] Expression empruntée à Y. HARFF, « Droit au repos et droit au travail, retraite de crise et marginalisation des travailleurs âgés », *RFAS* 1982, p.19-38.

[3] Surtout pour les travailleurs démissionnaires ; Y. HARFF, *ibid.,* p. 26. L'auteur en concluait que le droit au repos, un progrès en soi, s'était développé au détriment du droit au travail.

[4] V. Recommandation n°82/857/CEE du Conseil du 10 décembre 1982 relative aux principes d'une politique communautaire de l'âge de la retraite, *JOCE* L 357 du 18 décembre 1982, p.27-28.

[5]Plusieurs organisations syndicales représentatives des travailleurs demandaient depuis 1946-1947, l'amélioration des dispositions relative au risque vieillesse. Par exemple, la Confédération Générale du Travail était favorable à l'abaissement de l'âge de liquidation de la pension retraite à taux plein dès 60 ans (représentant 50% du salaire moyen calculé sur les 10 meilleures années). La Confédération Française des Travailleurs Chrétiens partageait également l'idée d'un abaissement du seuil d'âge d'ouverture des droits en faveur des

l'ordonnance de 1982[1], l'assuré se voyait reconnaître la faculté de liquider sa pension à taux plein[2] dès l'âge de 60 ans, sous réserve de remplir la condition tenant à la durée d'assurance s'élevant à 150 trimestres soit 37 ans et demi[3]. La pension était calculée à partir du salaire moyen annuel des 10 meilleures années[4] auquel était appliqué un taux variant selon l'âge du futur pensionné, pouvant atteindre au maximum 50%. À défaut de comptabiliser un nombre d'années d'assurance suffisant, l'assuré âgé de 60 ans se voyait tout de même offrir la faculté de liquider sa pension, minorée par trimestre manquant.

L'ordonnance améliora en outre la situation des assurés ne satisfaisant pas la durée d'assurance requise. En franchissant le seuil des 65 ans et indépendamment de la durée d'assurance, le travailleur salarié assuré obtenait automatiquement une pension de retraite à taux plein.

Le régime français de pension antérieur, connut une nette amélioration, puisque le législateur offrait à l'ensemble des travailleurs et non plus seulement à ceux touchés par l'inaptitude, la faculté de prendre leur retraite dès 60 ans à taux plein (ou réduit), abaissant l'âge d'ouverture des droits de cinq années. Cela offrait la faculté à l'assuré d'obtenir le bénéfice d'une pension à taux plein sans attendre les 65 ans requis, âge fixé lors de l'instauration de la sécurité sociale en 1945. Véritable progrès social pour l'ensemble des travailleurs salariés, le législateur consacra l'existence de cette nouvelle période du cycle de vie professionnelle, financée par un salaire différé, dont le fonctionnement repose sur la solidarité intergénérationnelle. Marquant son refus d'une retraite segmentée[5], le législateur

---

femmes, ce qui fut accueilli par la loi n°77-774 du 12 juillet 1977 (*JORF* du 13 juillet 1977, p.3710). Positions exposées par Alain BARJOT, *op.cit.*, p.107-126.

[1] Ordonnance n°82-270 du 26 mars 1982 relative à l'abaissement de l'âge de la retraite des assurés du régime général et du régime des assurances sociales agricoles, *JORF* du 28 mars 1982, p. 951-953 ; « La retraite à 60 ans », *Dr. Soc*. 1983, p. 269-280.

[2] Il faut noter que le taux plein ne s'élevait plus à 20 et 40 %, mais à 25% à l'âge de 60 ans et 50% à 65 ans et ce, depuis le décret n°72-78 du 28 janvier 1972 modifiant et complétant le décret n°45-0179 du 29 décembre 1945 relatif à l'application des dispositions du livre III du Code de la sécurité sociale en ce qui concerne le régime des pensions vieillesse (*JORF* du 29 janvier 1972, p.1170-1171, spéc. art.70).

[3] Et ce depuis la loi n°71-1132 du 31 décembre 1971 portant amélioration des pensions de vieillesse du régime général de sécurité sociale et du régime des travailleurs agricoles, *JORF* du 5 janvier 1972, p.140- 141.

[4] Amélioration apportée par la loi citée précédemment, désignée comme étant la loi Boulin, du nom du ministre du Travail de l'époque.

[5] Considérant n°3 de l'ordonnance: « *Ni ces retraites anticipées, ni ces « préretraites » souhaitées ou subies qui ne garantissent aucun droit durable à ceux qui sont susceptibles d'en bénéficier ne concernent la totalité des*

adhéra implicitement à la définition de la retraite synonyme de cessation de la vie professionnelle, en refusant l'amélioration de la pension au-delà du taux plein ou des compléments liés à l'activité[1]. C'est également au nom de la cohérence de l'ensemble que le législateur invita les partenaires sociaux à adopter le critère d'âge d'ouverture des droits au titre des régimes complémentaires[2]. Cet âge d'ouverture à droit, généralisant le taux plein dès 60 ans sous réserve de respecter la condition d'assurance, rajeunit ainsi la norme d'âge de la vieillesse sociale[3], pour les salariés mais également pour les personnes non salariées des professions agricoles[4].

B. Les assouplissements de l'âge légal pour l'obtention de la pension allemande

360. Après le rapprochement des seuils d'âge conditionnant l'ouverture des droits à pension en 1916, l'Allemagne traversa deux crises économiques importantes. La première héritée de la 1ère Guerre Mondiale et du cher prix de la défaite entraînèrent une forte inflation, accompagnée de chômage. S'ensuivit une période intermédiaire marquée notamment par la recodification des assurances sociales et la création de l'assurance chômage[5]. La seconde crise économique s'accomplissait lors du krach boursier du 24 octobre 1929. L'inflation a affecté le niveau des pensions versées à cette époque, imposant diverses mesures destinées à sauvegarder le régime des pensions[6].

---

salariés. Elles ne peuvent tenir lieu du véritable droit au repos que les travailleurs sont fondés à revendiquer en contrepartie des services rendus à la collectivité à l'issue d'une durée de carrière normale ».

[1] L'article L.161-22 du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction en vigueur à l'époque, imposait pour les salariés une « *rupture définitive de tout lien professionnel avec l'employeur* » et aux indépendants « *la cessation définitive de cette activité* ».

Ordonnance n°82-290 du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumuls entre pensions de retraite et revenus d'activités, *JORF* du 31 mars 1982, p. 983 ; v. *infra*, n°460 et s. .

[2] Considérant n°16 de l'ordonnance. Cela a été réalisé par l'accord du 4 février 1983.

[3] V. GOURDON, « Vieillesse, vieillesses : un regard historique », in *Le vieillissement en Europe, Aspects biologiques, économiques et sociaux*, dir. T. BARNAY et C. SERMET, Coll. Etudes, La Documentation française, 2007, p.23.

[4] Loi n°86-19 du 6 janvier 1986 relative à l'abaissement à soixante ans de l'âge de la retraite des personnes non salariées des professions agricoles, *JORF* du 8 janvier 1986, p. 386.

[5] D. ZÖLLNER , *op.cit.*, p.66-68

[6] D. ZÖLLNER (*préc.*, p.72) : les prévisions de l'époque étaient peut être trop pessimistes, car bien que la pension fut diminuée, les ressources financières étaient plus que conséquentes.

Pourtant, le législateur a poursuivi son œuvre de protection contre le risque vieillesse-invalidité, en accordant successivement la faculté à tous les citoyens de s'assurer volontairement en 1937 et en imposant l'affiliation des artisans à l'assurance pension des employés en 1938[1]. En 1949, par le biais de la loi d'adaptation des assurances sociales[2], le législateur de la République Fédérale d'Allemagne mit en place une pension minimum de 50 deutschmarks et porta la condition relative au seuil d'invalidité exigé pour obtenir le versement de la pension invalidité ouvrière à celle des employés, soit 50% de perte de capacité de gain.

361. À partir de 1957, le régime de l'assurance pension connut une importante réforme dont l'objectif était de dynamiser les rentes. Le mode de calcul du montant de la pension fut modifié, mettant ainsi en œuvre le système par annuité[3]. Pour déterminer le montant de l'assiette personnelle, lors de la liquidation de la pension, il fallait prendre en compte l'ensemble des salaires bruts acquis par l'assuré (soumis à un plafond déterminé annuellement), le tout divisé par le salaire moyen brut de l'ensemble des assurés (l'année de la liquidation). Le total était ensuite multiplié par un taux d'annuité fixe 1,5% couplé au salaire moyen de la vie professionnelle de l'assuré.

La pension annuelle correspondait au pourcentage du salaire annuel moyen de l'ensemble de la carrière intégrant le nombre d'années de cotisations et l'évolution des salaires. Ce faisant, le montant de la pension était valorisé par cette indexation sur le salaire moyen. La pension était en outre personnalisée, puisqu'elle reflétait le parcours professionnel de l'assuré et sa contribution au financement du régime[4].

---

[1] En étaient dispensés les artisans versant des primes d'assurance-vie dont le montant était similaire à la cotisation exigée. Cette faculté de choisir entre assurance privée et régime obligatoire prit fin en 1960.
Gesetz über die Altersversorgung für das Deutsche Handwerk du 21 décembre 1938 (*RGBl* 1938, I, p.1900).

[2] *Gesetz über die Anpassung von Leistungen der Sozialversicherung an das veränderte Lohn und Preisgefüge und über ihre finanzielle Sicherstellung* du 17 juin 1949.

[3] L. APROBERTS, « Les points dans le régime de base allemand », *La lettre de l'Observatoire des retraites*, n°14, mars 2005 accessible sur : http://www.observatoire-retraites.org/index.php?id=179 ; Cité par le Conseil d'Orientation des Retraites (C.O.R.), dans son 7ème rapport en date du 27 janvier 2010, intitulé *Retraites : annuités, points ou comptes notionnels ? Options et modalités techniques*, disponible sur le site du COR à la rubrique les rapports.

[4] Désigné comme étant la mise en œuvre du principe d'équivalence ; O. KAUFMANN, P. A. KÖHLER, *L'assurance pension en Allemagne*, Verband Deutscher Rentenversicherungträger, 1ère éd., Francfort, 1992, p. 40-41.

En 1957, un seuil d'âge fut également introduit en faveur des femmes, leur accordant la faculté de liquider la pension à partir de 60 ans sous réserve de comptabiliser au moins 10 années de cotisations sur les 15 années d'assurance requises depuis l'âge de 40 ans[1].

En outre, un dispositif d'aide sociale en faveur des exploitants agricoles âgés fut institué. Elle était accordée à la condition de transmettre par exemple à ses héritiers, l'exploitation familiale[2]. Enfin, c'est au cours de cette période qu'est introduite la faculté de liquider la pension vieillesse dès 60 ans pour les travailleurs en situation de chômage depuis une année[3].

361 bis. L'âge légal de la retraite ne connut une nouvelle modification qu'en 1972. Par le biais de la loi du 16 octobre 1972, le législateur a inséré de la flexibilité dans le seuil d'âge d'ouverture des droits[4]. Il a ainsi offert la faculté à l'assuré de liquider sa pension dès l'âge de 63 ans, à la seule condition de totaliser 35 années d'assurance. Pour l'assuré de longue durée (*langjährig Versicherte*), cela signifiait néanmoins obtenir une pension diminuée, puisque le total des salaires acquis en était nécessairement affecté. Six ans plus tard, la flexibilité fut introduite dans le régime de pension vieillesse-invalidité des handicapés, admettant l'ouverture des droits à pension dès l'âge de 60 ans[5].

Le législateur allemand a ainsi apporté une certaine souplesse à l'âge conditionnant l'obtention des pensions vieillesse. Ces assouplissements ont modifié la perception de la vieillesse. Devenue une des étapes du cycle de vie professionnelle, la pension de vieillesse ne répond plus exactement à l'objectif de reconnaître une invalidité liée à l'âge[6]. L'abaissement de l'âge légal de la retraite en faveur de certains travailleurs ne signifie également pas que la vieillesse survient plus précocement. En réalité, à l'image du droit de la sécurité sociale

---

[1] La durée d'assurance a par la suite été allongée de 5 années, offrant 5 années supplémentaires aux travailleuses pour satisfaire la durée de cotisations exigée. O. KAUFMANN, P. A. KÖHLER,*ibid.*, p.37.

[2] D. ZÖLLNER, *op.cit.*, p.97.

[3]D. ZÖLLNER, *op.cit*., p. 95; A. LECHEVALIER, « La réforme des retraites publiques en Allemagne », *Revue de l'Observatoire Français des Conjonctures Economiques*, n°68, 1999, p.99.

[4]*Gesetz zur weiteren Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und über die fünfzehnte Anpasssung der Renten aus den gesetzlichen Rentenversicherung sowie überr die Anpassung der Geldleistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung* (appelé aussi *Rentenreformgesetz*) du 16 octobre 1972, *BGBl* 1972, I, p. 1965; D. ZÖLLNER, *op.cit.*, p.107; L. CRIJNS, « Les pensions de vieillesse et les problèmes y afférents dans les 10 États membres de la Communauté Européenne », *Dr. soc.* 1984, p.579 ;

[5] D. ZÖLLNER, *op.cit*., p.112.

[6] La vieillesse est devenue un « *troisième temps de la vie dont peuvent jouir les retraités […] ; un genre de droit à congé de fin de carrière, simplement acquis par l'activité passée et détaché de toute idée d'incapacité* », Rapport final, dir. de Ph. MARTIN, *Le risque vieillesse en Europe .. ., op.cit.*, p. 84.

français, le législateur allemand considère que la retraite correspond à un droit au repos bien mérité, notamment pour les travailleurs ayant une durée d'assurance longue. Mais cet âge représente également un moyen d'éviction des travailleurs âgés du marché du travail.

Mais le vieillissement prévisible de la population allemande, dû corrélativement à la diminution du taux de fécondité et à la hausse du poids démographique des plus âgés, n'allait pas tarder à entraîner la nécessité de repréciser le seuil marquant l'entrée dans cette nouvelle période de la vie du travailleur.

362. À l'origine, la vieillesse représentait un risque, justifiant la création d'un dispositif venant compléter la perte de la capacité de travailler en raison de son âge avancé. Puis progressivement, la vieillesse s'est socialisée. La généralisation de son traitement a accentué ce phénomène, tout comme la détermination d'un âge légal conditionnant les demandes de liquidation de pension.

Déconnectée de sa dimension physiologique, parfois rajeunie, la vieillesse s'est transformée. Devenue le temps du repos bien mérité, elle n'est plus la vieillesse, mais la dernière période de la vie professionnelle clôturant la carrière de tout travailleur : la retraite. Or, la généralisation de l'accès de ce temps à tous les travailleurs, suscite une interrogation : que reste-t-il du risque vieillesse ? À l'origine, la vieillesse s'est imposée parmi les risques à assurer, car il existait un aléa. L'incertitude régnait quant à la durée de la vie d'un individu et par malchance, il pouvait être victime de la durée de sa propre existence[1]. De nos jours, cet aléa a disparu. Sauf accident interrompant prématurément sa vie, chaque individu sera amené dans un avenir prévisible à entrer dans cette dernière période du cycle de vie professionnelle et à jouir d'une retraite pensionnée. Concurremment, le développement de la retraite a permis de « dédramatiser » les évictions des travailleurs âgés, qui étaient appelés à profiter de ce nouveau temps du cycle de vie, s'intercalant entre la vie active et le terme de l'existence.

[1] « *Le vieillard est […] celui qui a perdu la faculté d'effectuer un travail suffisant pour le faire vivre, et qui risque d'être à la charge de ses enfants, de la collectivité* », E. FELLER, *L'histoire de la vieillesse..., op. cit.*, p.64 ; « *La vieillesse est l'éventualité de la survie au-delà d'un certain âge* », F. NETTER, *La sécurité sociale et ses principes, op.cit.*, p. 190.

§2. L'avènement d'un âge européen de la vieillesse ?

363. Ce droit au repos consécutif au labeur et à l'effort contributif connaît actuellement certains tumultes liés à l'allongement de la durée de vie, car progressivement, la vieillesse a perdu sa qualité de risque pour lui préférer celle d'une nouvelle période du cycle de la vie professionnelle. Transformé en un droit à la retraite, ouvrant des perspectives d'avenir pensionné à chacun, la question du maintien de la vieillesse parmi les risques assurés par les régimes légaux de pension, surgit. Pourtant les législateurs demeurent fortement attachés à ce critère d'âge, procédant avec discernement à l'adaptation des bornes érigées (A).

Cette tendance n'est pas seulement le fruit des inspirations du législateur. L'Union européenne exerce une pression croissante sur les États membres afin de les inciter à procéder aux réajustements nécessaires. Palliant son défaut de compétence en matière de sécurité sociale par un astucieux moyen, l'Union européenne impose progressivement l'adoption d'une nouvelle norme d'âge, un nouveau curseur, propice à la convergence des âges vers un âge européen de la retraite (B).

A. Le refus du défaut d'âge légal

364. Le critère de l'âge légal de la retraite constitue le pilier sur lequel les fondations du régime de la pension vieillesse sont assises. À défaut d'âge, comment serait-il possible de justifier l'instauration (ou le maintien) d'un retrait de la vie active pensionnée ?

Fondement des régimes légaux de pension, mais également des régimes complémentaires français (1), l'âge constitue en outre un curseur, connaissant actuellement diverses adaptations destinées à accroître la durée d'activité dans le cycle de vie professionnelle (2).

1. L'âge, pilier du régime légal de pension

365. Les législateurs ont au cours de la seconde moitié du XXe siècle, transformé la pension vieillesse. Le marqueur de l'âge ne constituant plus une présomption chronologiquement mesurable d'une incapacité d'exercer une activité professionnelle, il demeure malgré tout une condition d'accès limitant l'accès à la pension de vieillesse, ou plus précisément de retraite. Chacun étant amené à connaître cet état, l'aléa s'en trouve

conséquemment supprimé[1]. À défaut d'aléa, surgit la question du maintien de la vieillesse en tant que risque. Un tel raisonnement remettrait en cause l'existence même de la pension. Pourtant, un aléa demeure. L'âge représente en effet un risque potentiel sur la pérennité de l'emploi du travailleur. Corrélativement, le travailleur y a gagné un nouveau temps, celui de la retraite. Cet aléa portant sur l'éviction du travailleur du marché du travail, n'est pas un risque au sens juridique du terme. D'origine assurantielle, la notion de risque correspond à un événement futur dont la réalisation est elle-même incertaine[2]. Mais cela ne correspond pas à la définition du risque au sens de la sécurité sociale, car comme la doctrine le souligne[3], toutes les activités humaines comportent une part de risque. Une protection permettant de faire face à tous les événements menaçant la sécurité économique de l'individu (et ils sont nombreux) dépasserait l'objectif de la sécurité sociale. Tous les risques auxquels s'expose l'individu ne font donc pas l'objet d'une garantie collective. Seuls les risques sociaux sont concernés. Ces risques listés au sein de divers instruments normatifs[4], n'ont été définis ni par le constituant, ni le législateur français[5]. La définition du risque social d'origine doctrinale, désigne « *celui*

[1] « *Le risque est un événement aléatoire qui fait surgir un besoin .[..] Un risque est assurable d'abord s'il est non réalisé et fortuit. Ensuite, s'il se prête à une compensation statistique : il doit être rare, sa fréquence ne doit pas être trop grande et ses effets doivent être dispersés. La catastrophe serait que le risque frappe tout le monde à la fois ou son intensité soit illimitée* », F. NETTER, *La sécurité sociale et ses principes*, *op. cit.*, p. 190.

[2] La notion de risque est apparue avec le commerce maritime. Pour faire face aux aléas liés aux infortunes de la mer et les effets financiers conséquents, les premières assurances ont été créées ; J.-P. HESSE, « Autour de l'histoire de la notion de risque », in Les nouveaux risques sociaux, *Annuaire de l'Institut européen de sécurité sociale*, 1996, p.5.

[3] J.-P. CHAUCHARD, « De la définition du risque social », *Revue Travail et Protection sociale*, juin 2000, n°10, p. 5 ; F. KESSLER, « Qu'est ce qu'un risque social ? », in *Encyclopédie de la protection sociale, Quelle refondation ?*, dir. F. CHARPENTIER, Paris, Economica, 2000, n°25, p. 245-250 ; E. ALFANDARI, « L'évolution de la notion de risque social », les rapports de l'économie et du social, *Revue Internationale de Droit Economique* 1997, n°1, p.9 ;P. DURAND, *La politique contemporaine de la sécurité sociale*, Dalloz 1953, rééd. 2005, p. 14-24 ; V. aussi les exemples du Professeur Patrick MORVAN dans son manuel *Droit de la protection sociale*, *Lexis Nexis*, 5e éd., n°2-3.

Sur la dépendance : J.-P. CHAUCHARD, « Les métamorphoses du risque social. Éléments de réflexion », *Comptrasec-WorkingPapers*, 2013/2, mars 2013.

[4] Signalons entre autres, la convention OIT n°102 du 28 juin 1952, le règlement n°1408/71/CE et le règlement n°883/2004/CE actuellement en vigueur, intégrant chacun la vieillesse parmi les risques assurés par la sécurité sociale…

[5] Tout au plus, l'alinéa 2 de l'article L.111-1 du Code de la sécurité sociale énonce : « *[la sécurité sociale] garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou supprimer leur capacité de gain […]* ».

qui est susceptible d'empêcher totalement ou partiellement l'exercice de l'activité professionnelle ou de diminuer la capacité de gain ». Le risque social désigne aussi « *l'événement qui engendre des charges tellement lourdes à supporter qu'elles conduisent à une diminution, considérées excessives du niveau de vie d'un individu qu'il mérite d'être protégé*[1] ». La gravité des effets de cet événement sur la vie de l'individu est telle, que cela requiert l'intervention de la collectivité. C'est seulement ainsi que le risque se socialise. Ce phénomène de socialisation du risque s'est réalisé progressivement avec l'apparition du salariat, à la fin du XIX^{e} siècle[2]. C'est ainsi que s'est produit la socialisation du risque vieillesse, initialement supporté par le seul individu prévoyant ou non, avec le concours indispensable de la solidarité mécanique (la famille notamment). L'individu n'était plus seul à assumer les effets de cette *malchance* de la poursuite de son existence.

Or, de nos jours, la vieillesse demeure parmi les risques protégés par la collectivité, malgré son caractère durable. L'incertitude a également disparu. La réalisation de ce risque à l'origine fortuite, se révèle fréquent, voire même plus. Le hasard est devenu la norme au sens commun du terme. Chacun est, sauf accident de parcours, amené à connaître ce retrait de la vie active pensionnée[3]. Ces dernières considérations doivent être rapprochées de l'âge légal de la retraite pour apprécier la pertinence de son maintien de la vieillesse parmi les risques sociaux.

---

[1] F. KESSLER, *op.cit.*, p.248

Générateur d'un désordre social, la collectivité doit répondre et seconder l'individu qui ne peut gérer seul cet événement. Cela impose la « *reconnaissance collective du caractère inacceptable de la situation [affectant] un nombre significatif d'individus dans la collectivité* » (élément physiologique) et la traduction de cette situation en numéraire (dimension économique du risque), F. KESSLER, « La notion de risque social » in *Droit de la protection sociale*, 4^{e} éd., Dalloz, 2012, p.5-11.

[2] Émergeant pas à pas, comme le révèle la section 1 de ce présent chapitre.

[3] Denis KESSLER propose à ce titre, une modernisation de la prise en charge de ces risques, qualifiés de risques de l'existence. Le risque social a changé de nature (couverture de l'ensemble de la population) ainsi que de fréquence (l'aléa a disparu) et en parallèle, les progrès de la médecine notamment, ont contribué à l'émergence de nouveaux besoins (développer la prévention en mettant l'accent sur la responsabilité individuelle). La mise en œuvre de quatre principes (compétitivité, responsabilité, justice et efficacité) permettrait de moderniser les organismes chargés de la gestion de ces risques ; D. KESSLER, « L'avenir de la protection sociale », *Commentaires*, n°87, automne 1999, p. 619-632 ; Pour une critique : J.-P. CHAUCHARD, « De la définition… », *op.cit.*, p. 5-6.

Sur l'évolution du risque au besoin : J.-P. CHAUCHARD, « Les nécessaires mutations de l'État providence : du risque social à l'émergence d'un droit besoin », *Dr soc*. 2012, p. 135-139.

La protection collective a permis à l'être de s'émanciper des solidarités mécaniques, faisant de lui un individu libre disposant d'un nouvelle période dans l'existence[1]. Mais l'accès à la retraite est limité par une condition d'âge, vestige du risque vieillesse. L'âge légal de la retraite marque ainsi le seuil de la porte de ce nouvel espace temporel. D'après nos développements précédemment, le risque social justifie l'intervention de la collectivité. Aussi polémique soit-elle, il convient de se poser la question de savoir, comment justifier le maintien de la retraite parmi les risques assurés par la collectivité. Le risque serait-il lié à l'éventuelle perte de l'indépendance économique, dont la menace est croissante avec l'avancée en âge pour certains individus ou s'agit-il d'offrir une compensation à l'éviction du marché du travail ? Dans les deux cas, le niveau de vie économique de l'individu est au cœur du système de pension, mais chacune repose sur une appréciation distincte de l'avancée en âge. L'âge peut ainsi porter atteinte à la capacité de l'individu de poursuivre son activité, réduisant conséquemment l'intensité de son activité et ses revenus[2]. Cette acception est assez proche de la définition originelle de la vieillesse. La seconde acception fait écho à la position défendue par le patronat en 1948 et l'âge est alors perçu comme un instrument d'éviction de l'entreprise, potentiellement au profit de plus jeunes travailleurs. L'éventuelle réalisation de ce risque ne constitue pas un risque social, car celui-ci n'est ni individuel, ni aléatoire. S'il en était ainsi, « *le législateur […] génère[rait] la survenance du risque* » en édifiant lui-même un seuil d'âge limitant la faculté de se maintenir en activité[3].

366. Ces considérations nous amènent à admettre l'ambivalence du critère de l'âge dans la détermination des bénéficiaires éligibles à pension. Pourtant, ce critère se révèle indispensable pour limiter l'accès à la pension et justifier une cessation plus ou moins définitive de la vie

[1]« *La création des retraites a fait de l'individu l'unité de base de la vie sociale. Elle l'a inscrit dans une temporalité longue. Les retraites ont aidé à créer un contexte différent de celui de la société préindustrielle. Dans cette dernière, la famille et le patrimoine détenaient seuls un avenir. Les individus n'avaient pas d'avenir propre. Ils mourraient jeunes. L'avènement des retraites, qui s'effectue dans le cadre de l'allongement de l'espérance de vie, s'est accompagné d'une individualisation et d'une temporalisation du parcours de vie […]. En conséquence, la retraite a aidé à passer d'une société de statut transmis […] à une société de statut acquis […] dans laquelle l'individu a de l'avenir et où sa sécurité est désormais fondée sur son travail […]* », A.-M. GUILLEMARD, *L'âge de l'emploi, Les sociétés à l'épreuve du vieillissement*, Armand Colin, 2003, p. 201.

[2] Amenant ainsi la vieillesse a délaissé sa qualification de risque social pour celle de risque lié à la condition humaine, « *affectant chacun indépendamment de la vie en société* », J.-P. CHAUCHARD, Les nécessaires mutations de l'État providence…, *op.cit.*, p. 137.

[3] Rapport final, dir. de Ph. MARTIN, *Le risque vieillesse en Europe…*, *op.cit*., p. 85.

professionnelle. Le Conseil constitutionnel s'est d'ailleurs déjà prononcé sur l'âge légal de la retraite[1]. Saisi de la question de la compétence du pouvoir réglementaire de modifier ce seuil, le Conseil établit la distinction entre l'âge, à la fois levier (l'âge fixé, curseur) et principe fondamental de la sécurité sociale[2]. Cette différenciation quelque peu « *inconsistante* »[3], a au moins le mérite d'insister sur la nécessité de l'existence d'un âge légal de la retraite, qui est à la fois, une condition et « *l'élément essentiel qui conditionne le tout dont il est indissociable* ». Il est donc tout à fait envisageable pour le législateur de prévoir la modification de ce seuil, dont les modalités seront définies par le pouvoir réglementaire, en vertu de l'article 34 de la Constitution[4]. En revanche, il lui est impossible de l'anéantir, car cela entraînerait la fin des régimes légaux de pension. Le Conseil constitutionnel par cette distinction, reconnaissait ainsi la double dimension de l'âge.

Les assurés peuvent donc être rassurés. Il existera toujours un âge conditionnant la liquidation de la pension de vieillesse, car il participe à la détermination des personnes éligibles à pension, ce qui correspond à un principe fondamental de la sécurité sociale[5]. La

---

[1] Décision DC n°65-34 L du 2 juillet. 1965, *Rec*. p.65 ; Décision DC n°75-85 L du 19 janvier 1975, *Rec*. p. 40 ; Décision DC n°84-136 L du 28 février 1984, *Rec*. p. 111 ; Y. SAINT-JOURS, « L'âge de la retraite ne constitue-t-il pas un principe fondamental du droit de la sécurité sociale ? », *RDSS* 1987, p.136-138.

[2] Au 5ème considérant, le Conseil dit « *[…] il y a lieu de ranger au nombre des principes fondamentaux de la sécurité sociale, et qui comme tels relèvent du domaine de la loi, l'existence même d'un régime […] ainsi que les principes fondamentaux d'un tel régime, la détermination des prestations et des catégories de bénéficiaires ainsi que la définition de la nature des conditions exigées pour l'attribution des prestations, et notamment l'exigence de conditions d'âge et d'ancienneté de services »*. Le Conseil poursuit (considérant 6) : « *il appartient au pouvoir réglementaire, sauf à ne pas dénaturer lesdites conditions d'en préciser les éléments tels que l'âge et la durée des services* », in décision n°65-34, *préc*.

[3] Y. SAINT-JOURS, *ibid*., p. 138.

Plus récemment : X. PRETOT, « L'âge légal de la retraite relève-t-il de la loi ? », *Dr. soc*. 2010, p. 250-255 (à propos de la loi n°2010-1330. Relevant que le législateur a de lui-même, modifié les seuils de l'âge de la retraite, en lieu et place du pouvoir réglementaire, l'auteur constate que le législateur « *a empiété sur le domaine que la Constitution réserve au pouvoir réglementaire [en édictant] des mesures qui ne touchent pas aux principes fondamentaux de la sécurité sociale* » (spéc. p. 255).

[4] L'alinéa 3, 6ème tiret de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *la loi détermine les principes fondamentaux […] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* ».

Ainsi, « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* », selon l'alinéa 1er de l'article 37 de la Constitution.

[5] X. PRETOT, *préc*., p. 253.

modernisation de la retraite par l'avènement d'une société sans âge n'est pas d'actualité[1]. Mais une question reste en suspens, celle du curseur déplacé. Le législateur en agissant sur l'âge légal et ou sur les autres paramètres, modifie les aspirations des assurés, qui peuvent décider de reporter ou anticiper leur demande de liquidation. De tels réajustements par le législateur sont dans l'ère du temps, en réponse à une problématique particulièrement ardue, portant sur la conciliation de la durée de cette période pensionnée et la durée de l'activité, source de financement.

2. Les modifications de l'âge légal de la pension vieillesse

367. L'âge représente un levier et parfois, celui-ci doit être réajusté. L'allongement de la durée de la vie et le rapport démographique ont ainsi imposé une nouvelle fixation du seuil d'âge limitant l'accès à la pension. Le législateur allemand fut le précurseur en matière de report de l'âge légal de la retraite, soucieux de la problématique du vieillissement de la population dès 1989, mais la Communauté européenne partageait cette préoccupation (a). Quelques années plus tard, le législateur français s'engagea également sur le tumultueux chemin de l'adaptation de l'âge conditionnant les demandes de liquidation de la pension (b).

a. L'adaptation des seuils d'âge pour l'obtention des pensions allemandes.

368. Le législateur allemand fut le précurseur en la matière. Dès la fin des années 80, la République Fédérale d'Allemagne se préoccupa de l'adaptation des seuils d'âge, démarche mise en œuvre postérieurement à la réunification avec la République Démocratique d'Allemagne. Cent ans après l'avènement de la prise en charge du risque vieillesse, la loi de 1989[2] entrée en vigueur en 1992 décidait de revenir progressivement sur l'âge d'ouverture des droits et déplaçait ce seuil jusqu'aux 65 ans dès 2001. La loi planifiait le relèvement

[1] « *La suppression de ce critère [l'âge] un idéal de liberté individuelle face à une règle sociale imposée de façon uniforme, et un idéal de justice face à l'âge-couperet, doublé d'une incitation au dynamisme personnel et à la responsabilité citoyenne* ». L'auteur poursuit : « *L'idée d'un homo economicus sans âge peut être séduisante pour certains, mais bute sur la réalité. L'organisation du parcours de vie est marquée par trois frontières : 55 ans, 60 ans et 65 ans. Ces seuils correspondent à des mesures sociales collectives […]* » in *Le temps des retraites, Les mutations de la société salariale*, de X. GAULLIER, La République des Idées, Le Seuil, 2003, p. 49.

[2] Loi portant modification de l'assurance pension, *Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung (Rentenreformgesetz 1992)* du 18 décembre 1989 (*BGBl. 1*989, I, p. 2261)

progressif s'effectuant par 3 mois dans un premier temps (jusqu'en 2005), puis dans un second temps, par période de 6 mois afin d'atteindre 65 en 2012.

Aux termes de cette réforme, l'obtention de la pension normale[1] (*Regelaltersrente*) ne se révélait possible qu'à la condition pour l'assuré de remplir 2 critères, l'un tenant à la durée d'assurance (5 ans), l'autre relatif à l'âge légal de la retraite fixé à 65 ans. Ce faisant, le législateur ne laissait d'autre choix au travailleur assuré de poursuivre son activité jusqu'à l'âge légal de la retraite. Ce relèvement progressif de l'âge légal de la retraite pour la pension normale concernait également les femmes. Ces dernières bénéficiaient grâce à la législation antérieure d'un régime assoupli vis-à-vis de leurs homologues masculins. La législation de 1989 sonna la fin de cette dérogation, puisqu'elle annonçait le relèvement progressif dès 2001 pour atteindre 65 ans en 2012.

Le législateur fit également part de sa volonté de mettre fin en 2001 à certaines dispositions spécifiques destinées aux assurés de longue durée comptabilisant 35 années d'affiliation[2], dévoilant ainsi un réajustement progressif du seuil à hauteur de celui conditionnant toute demande de liquidation d'une pension normale. Il était ainsi prévu de laisser à l'assuré, sa faculté de se retirer dès 63 ans, mais étant donné que cette demande de liquidation était anticipée par rapport à l'âge légal de la retraite, le calcul de sa pension incluait une sanction, se manifestant par une décote[3].

En revanche, la retraite à taux plein dès l'âge de 60 ans en faveur des travailleurs handicapés et ceux en incapacité de travail a été maintenue[4]. De même, le législateur a conservé le dispositif à l'égard des travailleurs âgés en situation de chômage[5].

---

[1] O. KAUFMANN, P. A. KÖHLER, *op.cit.*, p.34-36.

[2] O. KAUFMANN, P. A. KÖHLER,*ibid.*, p.37.

[3] v. *infra*, .n°404 et s.

[4]Demeuraient également inchangés les dispositions spécifiques à l'égard des mineurs ; V. O. KAUFMANN, P. A. KÖHLER, *ibid*., p.36-37

[5] Le bénéfice de la pension pour cause de chômage ne s'avérait possible que si lors de la demande de liquidation, l'assuré comptabilisait une durée d'assurance de 15 ans dont au moins 8 de cotisations sur les 10 dernières années. A cela s'ajoutait un critère particulier tenant à la durée et la survenance de la période de chômage. Le législateur a prévu la disparition définitive de ce dispositif en 2014. La génération née en 1951 en sera la dernière bénéficiaire (liquidation possible dès 63 ans).

O. KAUFMANN, P. A. KÖHLER, *ibid.*, p.36-37 ; F. CHARPENTIER, *op.cit.*, p.160; Source *Deutsche Rentenversicherung*, site : www.deutsche-rentenversicherung.de

369. L'âge légal de la retraite connut une nouvelle modification en 2007, par le biais de la loi « *sur l'adaptation de l'âge légal de la retraite à l'évolution démographique et sur la consolidation des fondements financiers de l'assurance retraite* légale»[1]. Le législateur décida de mettre en place un relèvement progressif de l'âge légal, qui pas à pas atteindra 67 en 2029. Conservant la durée d'affiliation minimum de 5 ans, le report a été amorcé dès l'année 2012, au rythme d'un mois par an. À partir de 2024, le rythme s'accélérera, exigeant deux mois supplémentaires jusqu'en 2029. La génération née en 1946 a été la dernière à se voir offrir la faculté de demander la liquidation de se retraite à l'âge de 65 ans, tandis que celle née en 1964 devra atteindre l'âge de 67 ans pour demander la liquidation de se pension[2].

L'âge légal conditionnant la demande de liquidation de la pension normale n'est pas le seul à faire l'objet de modification. Le législateur s'est également penché sur les autres pensions, prononçant le report progressif pour chacune, tout en conservant pour certains assurés, une porte de sortie anticipée. La durée de cotisation doit être particulièrement longue *(Altersrente für besonders langjährig Versicherte)* soit 45 années[3], portant l'âge légal a seulement 65 ans.

370. Par le passé, certaines pensions comportaient des dispositions admettant le départ anticipé de l'assuré. Le droit positif accorde toujours cette faculté, réajusté à l'allongement de l'espérance de vie, mais elle comporte un inconvénient non négligeable, l'application d'un coefficient de minoration de la pension. La pension *Altersrente für langjährig Versicherte* permettait à un travailleur de se retirer dès 63 ans sans déduction, à condition d'avoir une longue période d'assurance (35 ans). Ce dispositif a été maintenu, mais cet âge s'aligne sur celui de l'âge légal de la retraite[4]. Il est donc toujours possible de liquider sa pension à 63 ans, mais l'assuré sera alors pénalisé financièrement, puisque sa pension subira une décote de 14,4%. Il en est de même pour la pension pour les personnes gravement handicapées (*Altersrente für schwerbehinderte Menschen*) dont la liquidation pouvait être demandée sans minoration dès 63 ans. Bien que le report progressif de l'âge de liquidation de la pension ait

[1] *Gesetz zur Anpassung der Regelaltersgrenze an die demographische Entwicklung und zur Stärkung der Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz)* du 20 avril 2007 (BGBl. 2007, I, s. 554).

[2] Source *Deutsche Rentenversicherung, op.cit.*

[3] §38 Sozialgeseztbuch VI (désigné aussi SGB VI)

[4] §36 SGB VI

été affirmé[1] (pour atteindre 65 ans en 2029[2]), le législateur a malgré tout conservé la faculté de liquider cette pension par anticipation dès l'âge de 62 ans (en 2029) affectant conséquemment le montant de la pension, minoré de 10,8%.

Le relèvement progressif concerne également la pension des mineurs (*Altersrente für langjährig unter Tage beschäftigte Bergleute*), se démarquant par l'absence d'un coefficient de minoration[3]. En 2026, un mineur né le 1er janvier 1964, comptabilisant 25 années d'assurance pourra demander la liquidation de sa pension à l'âge de 62 ans.

Ayant donné lieu à des controverses[4] au sein des partis politiques et des organisations syndicales, l'annonce du réajustement de l'âge légal de la retraite à l'allongement de l'espérance de vie a entraîné quelques manifestations soulignant l'inefficience d'un tel relèvement à défaut de dispositions permettant le maintien dans l'emploi du travailleur âgé[5].

Le durcissement des conditions d'accès à cette période de la vie pensionnée constitue la réponse du législateur allemand à la recherche de la conciliation entre la hausse de la durée de la dernière période de la vie professionnelle et la durée de la vie active.

b. L'adaptation française de l'âge légal de la retraite

371. Ce n'est qu'à partir de 2010 que le législateur français renoua avec les problématiques de la détermination de l'âge légal de la retraite et de la fixation de l'âge d'ouverture des droits. Avant de modifier cette simple modalité conditionnant l'ouverture des droits, le législateur avait déjà mis en œuvre une hausse du nombre d'annuités de cotisations nécessaires[6].

Les controverses allemandes émergeant à propos de ce réajustement de l'âge légal de la retraite à l'allongement de l'espérance de vie ont également été présentes en France où les assurés et les assurées comptabilisant 162 trimestres, soit 40 et demi années d'assurance, pouvaient dès l'âge de 60 ans demander la liquidation de leur pension à taux plein depuis la

[1] §37 SGB VI

[2] Source : *Deustche Rentenversicherung*.

[3] §40 SGB VI

[4] M. VEIL, « Retraite à 67 ans : baisse des pensions ou nouvelle culture du travail dans la vieillesse », *Chronique internationale de l'IRES*, n°105, mars 2007, p.3.

[5] Et concurremment, la crainte d'une diminution de la pension. A propos d'une manifestation des salariés syndiqués de Volkswagen dans l'article du *Spiegel*, paru le 31 janvier 2007, « *Proteste gegen Rente mit 67* », accessible sur le Spiegel.online.

[6] v. *supra* n °285 et s.

réforme de 1982. Le réajustement opéré par le législateur a non seulement été très mal accueilli par la population française[1], mais a également suscité de multiples divergences[2], motivant la décision du gouvernement de retenir une procédure accélérée[3] afin de finaliser la réforme considérée comme fondamentale.

Par la loi du 9 novembre 2010[4], la spécificité française d'un âge légal d'ouverture des droits distinct de l'âge légal de la retraite a fait l'objet d'un réajustement, se manifestant par le report de 60 à 62 ans[5]. Ce report toujours en cours, est à l'image de celui effectué en

---

[1] De nombreux mouvements d'opposition se sont dressés pendant quelques mois pour combattre le report de l'âge d'ouverture des droits. V. par exemple, l'article du 29 octobre 2010, « Retraites : 62 ans, trois millions de manifestants, 26% de popularité pour Sarkozy », *Le Monde*.

[2] Plus de 650 amendements ont été déposés.

[3] Le texte de loi dans sa version définitive est le fruit de l'examen et du vote successifs de 2 assemblées, l'Assemblée Nationale et le Sénat. Cette procédure législative repose sur la navette parlementaire (succession des lectures), consistant à transmettre le texte adopté par l'autre, afin de parvenir à l'adoption d'une loi dans des termes identiques. A défaut d'accord lors des 2 premières lectures, une commission mixte paritaire peut intervenir pour éventuellement aboutir à un texte de compromis, lequel peut également être rejeté par chacune des assemblées. Dans ce cas, le gouvernement a la faculté de soumettre le texte à une ultime lecture des 2 assemblées pour finalement le donner en lecture définitive à l'Assemblée nationale.

En l'espèce, le gouvernement a opté pour une procédure dérogatoire, la procédure accélérée. Après une première lecture du Parlement, le 1er ministre a la faculté de composer une commission mixte paritaire. Cette commission a élaboré un texte de compromis, lequel a été adopté le 26 octobre 2010 au Sénat et le lendemain à l'Assemblée nationale.

X. PRÉTOT, « L'âge de la retraite relève-t-il de la loi ? », *Dr. soc.* 2010, p. 250-255 (réflexion autour du défaut de compétence du législateur dans cette matière réglementaire).

[4] Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, *JORF* du 10 novembre 2010, p.20034 et son décret n° 2010-1734 du 30 décembre 2010 précisant les différentes étapes de ce relèvement, *JORF* du 31 décembre 2010, p.23496 ; P.-Y. VERKINDT, E. GRAUJEMAN, *Réforme des retraites et emploi des seniors. Le nouveau droit de la retraite après la loi du 9 novembre 2010*, *op.cit.*, 215 p.

Cette loi a fait le sujet de nombreux articles, signalons en premier lieu le numéro spécial de la revue Droit social de mars 2011, dédié à la réforme des retraites dont not. celui de P.-Y. VERKINDT, « La réforme des retraites, Entre le clair et l'obscur », *Dr. Soc*. 2011, p.256-261 ; F. KESSLER, « La réforme des retraites et l'allongement de la durée d'activité », *JCP S* 2010, 1522 ; C. WILLMANN, « Réforme de l'assurance vieillesse et des politiques de vieillissement actif. La loi du 9 novembre 2010, entre solidarité et égalité », *RDSS* 2011, p.340 ; C. WINDAL et A. SAURET, « La réforme des retraites : à la recherche d'un nouvel équilibre ? », *LPA* du 7 février 2011, n°26, p. 6.

[5] Source Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse (CNAV) sur : www.lassuranceretraite.fr

Mais aussi le site du Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé et plus particulièrement : www.retraites.gouv.fr

Allemagne, se marquant par sa progressivité. La génération née à partir du 1er janvier 1956 devait être la première à se voir offrir la faculté de liquider sa pension (à taux plein ou non), à l'âge de 62 ans en 2018, mais finalement, ce sera la génération née en 1955, qui sera la première bénéficiaire de ces nouvelles dispositions dès 2017[1]. Pour obtenir une pension à taux plein, l'assuré devra en outre comptabiliser un nombre déterminé de trimestres.

Pour l'année 2015, un assuré né en 1954, a la faculté de prendre sa retraite à l'âge de 61 ans et 7 mois. Pour obtenir une retraite à taux plein, il doit réunir 165 trimestres soit 41 annuités et un trimestre de cotisations. En combinant les deux critères (âge et durée d'assurance), cela signifie que l'assuré a débuté sa vie professionnelle à l'âge de 20 ans sans interruption. Dans l'hypothèse d'une vie active amorcée plus tardivement, l'assuré n'a pas la faculté de bénéficier de ce taux plein dès l'âge de 60 ans et 9 mois. Cela aurait été d'ailleurs de plus en plus en compromis en raison de la hausse progressive du nombre de trimestres requis afin d'obtenir le taux plein, telle que l'a fixé le législateur dans son calendrier. Ainsi, pour la génération née en 1948, la durée d'assurance s'élevait à 40 années (soit 160 trimestres). Celle ayant vu le jour quatre ans plus tard, doit comptabiliser 41 annuités. Pour les générations suivantes, le législateur a décidé de faire perdurer le réajustement en s'appuyant sur un seuil d'âge. Il a retenu qu'à partir de la génération née en 1955, la durée d'assurance sera fixée par décret pour chaque tranche d'âge atteignant les 56 ans[2].

L'obtention d'une pension à taux plein dès l'âge d'ouverture des droits se révèle de plus en plus incertaine. À défaut de pouvoir bénéficier du taux plein aux alentours de cet âge, l'assuré n'a pas d'autre choix que celui d'atteindre l'âge légal de la retraite. Cela correspond à l'âge à partir duquel un travailleur ou un salarié du régime général, peut prendre sa retraite en remplissant automatiquement les conditions d'une retraite à taux plein, indépendamment de la durée d'assurance. Conformément aux aspirations du gouvernement de l'époque[3], l'âge

---

D. LECLERC, Rapport relatif au projet de loi de réforme des retraites, n°733, p.110 disponible sur le site du Sénat : www.senat.fr

[1] Le rythme a été accéléré lors de l'adoption du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2012 (art. 88, I). Loi n°2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012, *JORF* du 22 décembre 2011, p. 21682.

[2] Enfin jusqu'en 2017, comme le prévoit le projet de loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraite actuellement en débat. Ensuite, ce seront des hausses progressives du nombre de trimestres requis pour obtenir une retraite à taux plein.

[3] Et au souhait du Président de la République de l'époque, M. Nicolas SARKOZY, qui déclarait lors d'un point presse à Deauville en présence de la chancelière Mme Angela MERKEL, le 18 octobre 2010 : « *Cette réforme*

s'élèvera progressivement de 65 à 67 ans. L'individu pourra alors se retirer sans pour autant avoir remplir la condition d'assurance, sans être pénaliser[1] . En atteignant ce seuil, cela met également fin à toute décote[2]. La dernière génération pouvant bénéficier d'une retraite à taux plein à 65 ans, sera celle née avant le 1er janvier 1953. S'ensuivra une hausse progressive de l'âge légal[3], qui atteindra 66 ans pour la génération née en 1953 (en janvier 2019) et culminera à 67 ans au 1er janvier 2020, pour l'ensemble des générations nées à partir de 1955.

372. La forte mobilisation ayant accompagné cette réforme de 2010, révélait le fort attachement des travailleurs français à l'âge symbolique des 60 ans, malgré sa déconnexion avec le bénéfice d'une pension de retraite à taux plein, illustrant la rupture entre la culture de l'âge et la norme juridique. Face à ces divergences, le gouvernement, en 2011, fraîchement arrivé au pouvoir, s'est attelé à la tâche de modifier la réforme mise en œuvre par leur prédécesseur conformément à l'un des soixante engagements du Président de la République, prévoyant le départ à 60 ans à taux plein pour les assurés ayant commencé une activité professionnelle à 18 ans. L'intervention du législateur français se révèle très tardive. Employé en dernier recours, le réajustement de l'âge de la retraite (âge légal et celui d'ouverture des droits) s'est révélé difficile[4], illustrant l'attachement de la population à ce seuil, qui ne fait que démontrer l'intégration culturelle de cette norme d'âge.

---

est assurée, la France s'y est engagée, la France la mettra en œuvre comme nos amis allemands ont mis en œuvre, il y a quelques années, la réforme des retraites ». Extraits du *Ouest France*, 19 octobre 2010.

[1] Il existe un certain nombre d'exception, puisqu'à partir de 2016, pourront se retirer avec une retraite à taux plein à 65 ans (au lieu de 65 ans et quelques mois, puis 66 ans), les personnes nées entre le 1er juillet 1951 et le 31 décembre 1955 ayant eu ou élevé au moins 3 enfants (réduction d'activité pour l'éducation, validation d'un nombre minimum de trimestres), ceux ayant interrompu leur activité professionnelle pour la charge d'aidant familial, ceux ayant validé au moins un trimestre au titre majoration de durée d'assurance pour enfant handicapé, les assurés handicapés…

Décret n°2011-620 du 31 mai 2011 relatif aux conditions du maintien de la retraite à taux plein à 65 ans, dans certains cas définis, *JORF* du 2 juin 2011, p.9566.

[2] V. *infra*., n°404 et s.

[3] Ayant également fait l'objet d'une accélération par la loi n°2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012, *op.cit.*

[4] Le retour de la « retraite à 60 ans » est vœu très souvent exprimé par certaines organisations syndicales ; v. par ex : G. FILOCHE, J.-J. CHAVIGNE, *Une vraie retraite à 60 ans c'est possible*, Gawsewitch éd., 2010, 222 p. Ainsi, le glossaire nous informe que l'âge légal de la retraite à taux plein est un âge butoir et l'âge d'ouverture des droits correspond à l'âge légal de la retraite (p.195-196) ; *contra. :* J. BICHOT, « La retraite entre passé et avenir », *Dr. soc. 2010*, p.425-427.

Il convient de préciser que le projet de loi actuellement en débat ne fait aucune référence à un report des âges de la retraite. En revanche, l'un des articles[1] adoptés par l'Assemblée nationale prévoit que : « *[l]e Gouvernement remet un rapport au Parlement, avant le 1er mars 2015, visant à étudier l'opportunité de ramener l'âge de départ à taux plein de 67 à 65 ans et de réduire le coefficient de minoration appliqué par trimestre. Ce rapport examine en particulier les conséquences pour les femmes de la mise en place du taux minoré et du déplacement par la réforme des retraites de 2010 de la borne d'âge de 65 à 67 ans* ».

B. L'âge légal de la retraite sous surveillance européenne

373. Depuis plus de trois décennies, l'Union européenne manifeste son intérêt à l'égard de l'âge légal de la retraite, malgré son défaut de compétence en la matière. Cet attrait pour l'âge s'est accru considérablement au fil du temps (1) entraînant progressivement une convergence en matière d'âge légal de la retraite (2).

1. La légitimité de l'attrait des institutions européennes

374. L'Union européenne est dépourvue de compétence en matière de retraite. Malgré la compétence exclusive des États membres (a), l'Union européenne est parvenue à trouver un palliatif lui permettant d'être présente (b) et plus en plus pressante (c).

[1] Art. 2 bis du texte de loi adopté n°223 du 15 octobre 2013. Disponible sur le site de l'Assemblée nationale.

a. Le défaut de compétence en matière de régime légal

375 L'attrait de l'Union européenne pour l'âge légal de la retraite est ancien[1]. Il se manifeste dès 1979, lors de l'adoption d'une résolution relative à l'aménagement du temps de travail[2]. Le Conseil des Communautés Européennes adopte une recommandation portant sur les principes d'une politique communautaire de l'âge de la retraite[3] sous l'impulsion de la Commission Européenne. Soulignant la nécessité d'accorder aux assurés la faculté de choisir le moment de la liquidation de leur pension, le Conseil a élevé la flexibilité de la retraite au rang d'objectif de la politique sociale des États membres. Favorable à la détermination d'un double seuil d'âge, l'un désigné comme étant le seuil d'âge prescrit et le second, le seuil d'âge limite, les États membres restaient toutefois libres de conserver un seuil d'âge prescrit, sous réserve de prévoir des dispositions de liquidation anticipée, mais également de report. Le

[1] Et l'on pourrait ajouter « constant » . En ce sens : Livre blanc de la Commission Européenne, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, COM 2012, 55 final ; Economic and Policy Committee (EPC) and European Commission *The 2012 Ageing Report: Underlying Assumptions and Projection Methodologies*, European Economy, 4/2011, European Union, 2011, 309 p. ; Livre vert de la Commission européenne, *Vers des systèmes de retraite adéquats, viables et sûrs en Europe*, COM 2010, 365 final ; Economic and Policy Committee (EPC) and European Commission *2009 Ageing report : Economic and budgetary projections for the EU-27 Members States (2008-2060)*, 2/2009, , 2009, Luxembourg, 444 p. ;Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Viabilité à long terme des finances publiques dans l'UE, COM 2006, 574 final ; Economic and Policy Committee (EPC) and European Commission, *The impact of ageing on public expenditure: projections for the EU25 Members States on pensions, health care, longterm care, education und unemployment transfers (2004-2050) ;* Rapport conjoint de la Commission et du Conseil sur des pensions viables et adéquates (7165/03) du 10 mars 2003 ; Rapport conjoint du Comité de la protection sociale et du Comité de politique économique de novembre 2001 sur les objectifs et méthodes de travail dans le domaine des pensions : application de la méthode ouverte de coordination ; communication de la Commission du 11 octobre 2000, *L'évolution à venir de la protection sociale dans une perspective à long terme, Des pensions sûres et viables*, COM 2000,622 final ; Livre vert de 1997 de la Commission sur *les retraites complémentaires dans le marché unique*, COM 97, 283 ; Livre blanc de la Commission, *Politique sociale européenne. Une voie à suivre pour l'Union*, COM 94, 333 ; Livre blanc de la Commission, *Croissance compétitivité, emploi. Les défis et les pistes pour entrer dans le XXIème siècle*, COM 93, 700 ; Recommandation n°82/857/CEE du Conseil du 10 décembre 1982 relative aux principes d'une politique communautaire de l'âge de la retraite, *JOCE* L 357 du 18 décembre 1982, p.27-28 ; Résolution du Conseil du 18 décembre 1979 concernant l'aménagement du temps de travail, *JOCE* C 2 du 4 janvier 1980, p. 1-3.

[2] Résolution du Conseil du 18 décembre 1979 concernant l'aménagement du temps de travail, *JOCE* C 2 du 4 janvier 1980, p. 1-3.

[3]Recommandation n°82/857/CEE du Conseil du 10 décembre 1982 relative aux principes d'une politique communautaire de l'âge de la retraite, *JOCE* L 357 du 18 décembre 1982, p. 27-28.

Conseil admettait en outre que la modulation de l'âge de liquidation reposa sur l'ancienneté de la durée d'assurance. Les législations de la République Fédérale d'Allemagne et de la France étaient conformes aux attentes du droit communautaire[1], car la flexibilité de l'âge normal de la retraite avait déjà été introduite, accordant à certains travailleurs la faculté de liquider leur pension par anticipation.

376. Or, la réforme des retraites ne relève point du champ de compétence du législateur de l'Union. La lecture des différents instruments de l'Union nous conforte cette exclusion du champ de compétence. L'article 1er du Traité sur l'Union européenne énonce que « […] *les Hautes Parties Contractantes instituent entre elles une UNION EUROPÉENNE, ci-après dénommée «Union», à laquelle les États membres attribuent des compétences pour atteindre leurs objectifs communs* ». Les compétences du législateur de l'Union concédées par les États membres ne sont toutefois pas absolues. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne détermine les domaines de compétence du législateur de l'Union. Il possède des compétences exclusives en matière d'élaboration des règles de concurrence ou de politique monétaire[2]… En revanche, il y a des domaines où le législateur ne dispose que d'une compétence partagée avec le législateur interne, notamment la politique sociale, toujours dans les limites énoncées par le Traité[3]. Respectant le principe de subsidiarité, le législateur de l'Union ne peut intervenir qu'en tant que soutien, voire en complément de l'action mise en œuvre par l'État membre si l'action commune est considérée comme plus efficiente[4]. Enfin, l'intervention du législateur de l'Union peut se limiter à des compétences d'appui, lui accordant la faculté de compléter ou coordonner l'action relevant de la compétence principale de l'État membre[5].

377. Le législateur de l'Union ne peut intervenir en matière de politique sociale que si cette action se révèle plus efficace sur le plan commun. L'intégration de la dimension sociale au sein des préoccupations européennes s'est renforcée progressivement, notamment par la

[1] Même s'il faut souligner l'absence de force obligatoire d'une recommandation communautaire, laquelle ne demeure qu'une incitation des États membres à adopter une démarche déterminée.

[2] Entre autre, V. article 3 TFUE.

[3] Entre autre, V. art. 4 TFUE.

[4] Notamment en matière de sécurité sociale et de protection sociale (art. 153 §1 sous c TFUE) et de modernisation des systèmes de protection sociale (art.153 §1 sous k TFUE).

[5] Art. 6 du Traité TFUE.

recherche de garantir l'effectivité de l'exercice de la liberté de circulation des travailleurs. C'est d'ailleurs à cette fin que fut mise en œuvre la coordination des systèmes de sécurité sociale par le règlement 1408/71/CE[1], comme l'exposait déjà le 1er considérant[2]. Le 4ème considérant confortait explicitement cet objectif, car il s'agissait « *de respecter les caractéristiques propres aux législations nationales de sécurité sociale et d'élaborer*

[1] Se substituant au règlement n°3 du 25 septembre 1958, *JOCE* 30 du 16 décembre 1958, p.516 et son règlement d'application (règlement n°4) du 25 septembre 1958, *JOCE* 30 du 16 décembre 1958, p. 597.

Règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO* L 149 du 5 juillet 1971 p. 2 –50 et son règlement d'application n°574/72 du 21 mars 1972, *JOCE* L 74 du 27 mars 1972, p. 1-83 ; Règlement n°883/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JOUE* n° L 166 du 30 avril 2004, p.1-123 et son règlement d'application n°987/2009 du 16 septembre 2009, *JOUE* L 284 du 30 octobre 2009, p. 1-42 ; Règlement (UE) n°1231/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 visant à étendre le règlement (CE) n°883/2004 et le règlement (CE) n ° 987/2009 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces règlements uniquement en raison de leur nationalité, *JOUE* L 284 du 30 octobre 2009, p. 213-242 ; Règlement (CE) n°988/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant le règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, et déterminant le contenu de ses annexes (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE et pour la Suisse), *JOUE* L 284 du 30 octobre 2009, p. 43-72 ; Règlement (UE) n°465/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 modifiant le règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le règlement (CE) n°987/2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n°883/2004 Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE et pour l'accord UE/Suisse, *JOUE* L 149, du 8 juin 2012, p. 4-10.

[2] « *Considérant que les règles de coordination des législations nationales de sécurité sociale s'inscrivent dans le cadre de la libre circulation des personnes et doivent contribuer à l'amélioration de leur niveau de vie et des conditions de d'emploi* ». Repris avec une légère modification au sein du nouveau règlement en vigueur, puisque le « doivent » a laissé place à davantage d'incertitude, par l'insertion du conditionnel présent.

Règlement n°883/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JOUE* L 166 du 30 avril 2004, p.1-123 et son règlement d'application n°987/2009 du 16 septembre 2009, *JOUE* L 284 du 30 octobre 2009, p.1-42) Le « doivent » a laissé place à davantage d'incertitude, par l'insertion du conditionnel présent.

Sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, V. l'ouvrage de S. HENNION, M. LE BARBIER- LE BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international*, *op.cit.*, p. 170-220; P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union Européenne*, *op.cit.*, n°582 s.

Quant aux articles, signalons celui de J.-Cl. SECHE, « L'organisation juridique de la mobilité et de la protection sociale », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 1991, n°344, p. 94-99 ; J.-Ph. LHERNOULD, « La coordination des régimes nationaux de sécurité sociale hors des règlements n°1408/71 et n°883/2004 : constat de faiblesse ou tremplin pour de nouvelles ambitions ? », *JCP S* 2009, 1449.

uniquement un système de coordination ». L'harmonisation des systèmes de sécurité sociale des États membres est d'ailleurs toujours refusée, comme l'explicite le considérant 4 du règlement 883/2004/CE actuellement en vigueur.

Le droit dérivé[1] a en outre conforté ce défaut de compétence du législateur de l'Union en matière de fixation d'âge légal de liquidation de la pension d'un régime légal, rassurant ainsi les États membres sur l'exclusivité de leur compétence en la matière.

b. La MOC, outil d'intervention de l'Union.

378. Malgré ce défaut de compétence, l'avenir des régimes légaux de sécurité sociale et notamment de la branche vieillesse, suscita l'intérêt croissant des institutions européennes, qui se matérialise à travers la création de l'Observatoire européen du vieillissement et des personnes âgées en 1990[2], la mise en place d'une année européenne de la vieillesse en 1993[3] et la production de livres blancs dédiés partiellement au risque lié au vieillissement de la population[4]… L'immixtion de l'Union européenne en matière de vieillissement actif s'est faite de plus en plus croissante et astucieuse, permettant ainsi de remédier au défaut de

[1] 14ème considérant de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*JOCE* du 2 décembre 2000 p. 16-22) : « *La présente directive ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite* ».

[2] *Les personnes âgées dans la vie active. Présentation d'actions pertinentes menées par les collectivités locales et régionales*, Comité des Régions, Communautés Européennes, 2002, Luxembourg, p.11.

[3] L'objectif de ce dispositif est de sensibiliser les dirigeants des États membres et les citoyens de l'Union, à une problématique déterminée. Mise en place depuis 1983, chaque année a son thème. L'attrait de l'Union pour l'âge est particulièrement intense, car elle a retenue par deux fois ce thème. Il y eut une première année européenne des personnes âgées et de la solidarité entre les générations en 1993 et une seconde année dédiée au vieillissement actif et de la solidarité intergénérationnelle en 2012.

[4] Livre blanc de la Commission, *Croissance compétitivité, emploi. Les défis et les pistes pour entrer dans le XXIème siècle*, COM 93, 700 (anglais), p. 128 (le risque de pression sur le budget des systèmes de sécurité sociale est abordé en une ligne) ; Livre blanc de la Commission, *Politique sociale européenne. Une voie à suivre pour l'Union*, COM 94, 333, p.37 (not. les chiffres relatant l'évolution de la répartition de la population par tranche d'âge).

Il convient également de relever la parution en juin 1997 du livre vert de la Commission sur *les retraites complémentaires dans le marché unique*, COM 97, 283.

compétence normative en matière de retraite[1]. Les ambitions de l'Union ont été explicitement dévoilées lors de la parution de la communication de la Commission, « *Vers une Europe pour tous les âges* »[2] . S'attelant à la difficile tâche de « *développer des politiques visant à continuer à moderniser et à améliorer la protection sociale* », la Commission relevait l'existence d'un « *nouveau processus de coopération dans le cadre duquel la Commission et les États membres examineront […] les solutions à apporter aux difficultés posées par le vieillissement* ». Ces réformes menées idéalement dans une dimension européenne[3] sont destinées à « *adapter les retraites et les pensions au vieillissement* », notamment par l'adaptation de « *l'âge de la retraite à l'allongement de la vie et à l'amélioration de la santé* », tout en « *dépass*[ant] *le débat sur la conception des retraites* », en privilégiant l'adoption d'un « *programme productif concernant la réforme des retraites* » et «*rendre les régimes de retraite moins sensibles à l'évolution démographique*…»[4] .

[1] Cela s'effectue par la mise en place de véritables stratégies normatives émergeant de la sollicitation des États membres sur des questions sociales, aboutissant à un consensus, lequel façonne le modèle social européen ; S. HENNION, « La force normative du droit social européen », *JCP S* 2009, 1091 (not. n°17-19).

A propos de l'influence en droit français : N. KERSCHEN, « La réforme française des retraites de 2010 : un exemple d'européanisation des politiques sociales », *Droit et Société* 2011/1, p. 87-108.

En droit allemand : P. LETZNER et V. SCHMITT, « La mise en œuvre de la méthode ouverte de coordination dans le secteur de l'assurance vieillesse en Allemagne : un processus d'harmonisation », *Retraite et Société* 2007/1, n°50, p. 234-242.

[2]Communication de la Commission des Communautés européennes, du 21 mai 1999, *Vers une Europe pour tous les âges, Promouvoir la prospérité et la solidarité entre les générations*, COM 1999, 221 final, 27 p.

[3]« *L'ampleur de la mutation démographique qui se profile à l'aube du XXIe siècle contraindra l'Union Européenne à repenser et à modifier ses pratiques et ses institutions obsolètes* » (*ibid*., p.6). Aux yeux de la Commission, la stratégie à mettre en œuvre face à ce défi démographique et commun aux États membres, ne peut aboutir favorablement qu'au niveau de l'Union européenne.

[4] Il s'agit des titres de la section 3 (*ibid*., p. 13-16).

A noter que la Commission n'omet pas de souligner le rôle des régimes de retraite complémentaire par capitalisation.

379. Faisant référence implicitement à la Méthode Ouverte de Coordination (MOC)[1], ce processus fut plus largement décrit lors du Sommet de Lisbonne du 23 et 24 mars 2000. Le Conseil européen ayant arrêté comme objectif la modernisation de la protection sociale, retint que celle-ci ne pourrait s'effectuer qu'en « *renfor[çant] la coopération entre les États membres par l'échange d'expériences et de meilleures pratiques, sur la base de réseaux d'information améliorés, qui sont les outils de base en la matière*»[2] . Aidé par le Comité de la protection sociale[3] et la contribution du Comité de politique économique[4], le Conseil décida de mettre en œuvre la MOC en matière de protection sociale. Cette méthode consiste à «*diffuser les meilleures pratiques et d'assurer une plus grande convergence au regard des principaux objectifs de l'UE. Conçue pour aider les États membres à développer progressivement leurs propres politiques* », elle repose sur la définition de lignes directrices pour l'Union et un échéancier rythmant cette modernisation progressive des systèmes de protection sociale. L'élaboration d'indicateurs bien que désignée comme facultative, se révèle indispensable pour en saisir les avancées notables. Il convient donc de déterminer « *des indicateurs quantitatifs et qualitatifs et des critères d'évaluation par rapport aux meilleurs performances mondiales […] de manière à pouvoir comparer les meilleures pratiques* ». Les lignes directrices de l'UE sont ensuite transposées au niveau de l'État, lequel peut ainsi les réajuster en fonction des spécificités internes. Mais la force et la particularité de la MOC consistent en ce que certains nomment le stress de convergence[5]. En cherchant à mesurer et souligner les bonnes pratiques mises en œuvre par les États, cela signifie que périodiquement celles-ci feront l'objet « *d'une évaluation et un examen par les pairs, ce qui permettra à chacun d'en tirer des enseignements* ».

---

[1] Substitut à une harmonisation par une gouvernance traditionnellement contraignante. Introduite par le Traité d'Amsterdam (art. 140 TCE, devenu l'art. 156 TFUE), la coordination des actions des États membres dans les domaines de la sécurité sociale et de l'emploi était déjà présente en 1997.

M. SCHMITT, « La dimension sociale du Traité de Lisbonne », *Dr. soc*. 2010, p. 691-692.

Pour une analyse détaillée et approfondie de la MOC : S. DE LA ROSA, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Travaux du CERIC, Bruylant, 2007, Bruxelles, 692 p.

[2] Pt 31 et 37. Conclusions de la présidence, disponibles sur le site du Conseil européen : http://consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00100-r1.f0.htm

[3] J.-Y. HOQUET, « Le Comité de la protection sociale (CPS) : une instance communautaire pour quoi faire ? », *Dr. soc*. 2005, p. 91-97.

[4] Une étude portant sur la viabilité des régimes de retraite jusqu'en 2020 avait été d'ailleurs menée à cet effet.

[5]Expression employée par Anne JOLIVET, in « La politique européenne en faveur du vieillissement actif », *Retraite et Société*, n°36, Juin 2002, p.144.

380. Le sommet de Göteborg du 15 et 16 juin 2001, permit au Conseil européen d'arrêter trois grands principes[1] en matière de retraite, imposant la « *préserv[ation] la capacité des régimes de retraite d'atteindre leurs objectifs sociaux, [le] maint[ien de] leur viabilité financière et répondre aux besoins changeants de la société* [2]». Au-delà de la fixation de ces trois grands principes ainsi que la méthodologie adoptée reposant sur la production de rapports, il est important de noter que le Conseil conclut en annonçant que leurs résultats « *seront intégrés dans les grandes orientations des politiques économiques* » [3]. Ce faisant, le Conseil annonçait le renforcement de la légitimité de l'intervention européenne en matière de régime de pension.

Inspiré par le rapport produit par le Comité de la protection sociale ainsi que le Comité de politique économique[4], le Conseil européen de Laeken de décembre 2001 conforta le recours à la MOC en matière de retraite[5] et précisa le contenu des trois grands principes en détaillant onze objectifs[6].

À l'origine, l'Union européenne n'avait aucune compétence en matière de retraite légale. Mais progressivement, les institutions sont parvenues à trouver un substitut au manque de compétence, la méthode ouverte de coordination. Le législateur de l'Union n'est pas appelé à

---

[1] En prenant appui sur la communication de la Commission du 11 octobre 2000, *L'évolution à venir de la protection sociale dans une perspective à long terme, Des pensions sûres et viables*, COM 2000,622 final.

[2] Point n°43 des conclusions de la Présidence disponible sur :
http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00200-r1.f1.pdf

[3]Ces Grandes Orientations de Politiques Economiques correspondent à des lignes directrices tendant à la réalisation d'un objectif commun pour les États membres. En 2001, le Sommet de Lisbonne avait arrêté l'objectif de faire de l'UE : « *l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale* ».

[4] Rapport conjoint du Comité de la protection sociale (CPS) et du Comité de politique économique (CPE) de novembre 2001 sur les objectifs et méthodes de travail dans le domaine des pensions : application de la méthode ouverte de coordination disponible à l'adresse suivante :
http://www.consilium.eu.int/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/misc/DOC.68839.pdf

[5]S. DE LA ROSA, *op.cit.*, n°122- 125, p. 105-107.

[6] Il s'agit de prévenir l'exclusion sociale, garantir le maintien du niveau de vie, promouvoir la solidarité, relever les niveaux d'emploi, allonger la durée de la vie active, sauvegarder la viabilité financière des régimes légaux de pension, assurer l'adéquation et la solidité financière des régimes privés, conserver l'équilibre entre le niveau des prestations et les cotisations, moderniser les systèmes de pension en insérant flexibilité et sécurité, parvenir à l'égalité entre les deux sexes et enfin, intégrer davantage de transparence et flexibilité aux systèmes de pension permettant un ajustement au contexte plus aisé.

intervenir. Les États membres conservent leur compétence exclusive en la matière, mais le développement de la MOC a favorisé l'émergence d'une contrainte plus conséquente à l'encontre des États membres : le contrôle par leurs pairs.

c. Le contrôle croissant de l'Union.

381. La mesure des progrès accomplis par les États membres imposait de plus en plus fortement l'adoption d'indicateurs[1]. Cette mission fut dévolue à des institutions spécifiques, le Comité de politique économique et le Comité de la protection sociale. Des sous-groupes furent ensuite créés et l'élaboration des instruments de mesure des 11 sous-objectifs fut répartie entre ces deux organismes.

Le sous-groupe indicateur du Comité de la protection sociale était chargé d'élaborer des instruments de mesure des progrès accomplis en matière d'adéquation des régimes et de leur modernisation. Il devait aussi déterminer les indicateurs de soutenabilité financière. Cela correspondait au domaine de recherche du groupe de travail du Comité de politique économique, chargé du volet de la viabilité financière des régimes[2].

Le sous-groupe « indicateur » du Comité de la protection sociale parvint à élaborer des indicateurs relatifs au contexte, exposant les variables démographiques ou la composition de la population par âge[3]. Il en fut de même en ce qui concerne l'objectif de lutte contre la pauvreté chez les personnes âgées.

Pour ce qui relève des indicateurs exposant les avancées en matière d'emploi, le consensus s'est également imposé, en retenant notamment le rapport entre les inactifs et les pensionnés (désigné comme le taux de dépendance économique) et le suivi du taux d'emploi.

---

[1] L. CAUSSAT et M. LELIEVRE, « Construire des indicateurs de pensions : une entreprise qui révèle les particularités nationales des systèmes de retraite », *DREES*, avril-juin 2004, Dossiers Solidarité et Santé, n° 2, p. 7-28.

[2] Aboutissant à la production d'*Ageing report*, comme par exemple : Economic and Policy Committee (EPC) and European Commission, *The impact of ageing on public expenditure: projections for the EU25 Members States on pensions, health care, longterm care, education und unemployment transfers (2004-2050)*, European Economy, Special Report 1/2006, European Communitie, Luxembourg, 386 p.; *2009 Ageing report : Economic and budgetary projections for the EU-27 Members States (2008-2060)*, 2/2009, , 2009, Luxembourg, 444 p.; *The 2012 Ageing Report: Underlying Assumptions and Projection Methodologies*, European Economy, 4/2011, European Union, 2011, 309 p.

[3] Plus précisément, leur mission concernait l'étude et la mesure des projections économiques à long terme et l'évolution des dépenses publiques en matière de vieillissement ; L. CAUSSAT et M. LELIEVRE, *op. cit.*, p. 10.

Néanmoins, ce travail de recherche du sous-groupe indicateur se heurta à quelques difficultés autour de la notion d'adéquation, révélant les conceptions spécifiques du rôle de la protection sociale selon les États membres. En effet, l'adéquation du régime légal de pensions signifie pour certains États, attachés au système bismarckien, le remplacement du revenu d'activité par la pension, tandis que d'autres, notamment nordiques, lui préfèrent une appréhension plus riche, incluant les services accordés aux personnes âgées[1].

En confiant ces missions d'élaboration des indicateurs à des organismes spécifiques, le contrôle à l'égard des États membres s'accentuait. Ces indicateurs permettent de mesurer le bon accomplissement des objectifs fixés par l'Union et de révéler les États membres les moins disciplinés. Par la suite, la pression exercée par le Conseil européen à l'encontre des États membres devient grandissante, notamment lors du sommet de Barcelone, où il fut rappelé la nécessité d'accélérer les réformes. L'impérativité d'un relèvement de l'âge réel de la retraite en corrélation avec l'allongement de l'espérance de vie fut d'ailleurs rappelé[2].

Lors de ce sommet, le Conseil européen intégra explicitement la réforme des régimes de pension comme élément participant à la réalisation des grandes orientations de politique économique et plus précisément de la politique budgétaire[3]. Car en adoptant une politique monétaire commune, les États membres ont accepté de se soumettre aux règles du Pacte de stabilité et de croissance[4], leur imposant la coordination de leur politique budgétaire et la maîtrise de leurs finances publiques. Or, la viabilité budgétaire peut être menacée par une flambée des déficits publics liés à la hausse des dépenses du régime légal de pension. L'immixtion européenne se fit plus croissante encore lors de la parution du 1er rapport de la Commission et du Conseil[5] portant sur l'évaluation des stratégies des États membres pour

[1]A noter que le Royaume-Uni considère que ce caractère adéquat doit simplement empêcher la survenance de la pauvreté chez les personnes âgées. Sur ces divergences, V. *ibid*., l'encadré n°2, p.15.

[2]Pt 10 et 25 des conclusions de la Présidence du Conseil européen de Barcelone du 15-16 mars 2002. Disponible sur http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/71026.pdf

[3] Pts 8 à 10, *ibid.*

[4]Adopté lors du Conseil européen d'Amsterdam du 17 juin 1997, le Pacte de stabilité et de croissance a acquis une valeur normative par les règlements n°1466/97/CE et n°1467/97/CE du 7 juillet 1997 (*JOCE* n° 209 du 2 août 1997, p.1 et 6). Ce pacte est destiné à favoriser le maintien de l'équilibre budgétaire, voire à tendre vers une situation excédentaire des comptes des États membres. Alliant prévention et sanction, un déficit supérieur à 3% du Produit Intérieur Brut signifie au préalable la production de recommandations pour finalement aboutir à une amende sanctionnant l'État membre défaillant.

[5]S'appuyant entre autre sur les travaux des groupes chargés de l'élaboration des indicateurs.

parvenir à la bonne réalisation des 11 objectifs arrêtés en 2001. Bien que réaffirmant le rôle subsidiaire de l'UE en la matière, la Commission et le Conseil justifiaient une nouvelle fois que la mise en œuvre de ces réformes dépasse le cadre national[1], rappelant les obligations des États membres de dévoiler « *leurs programmes de stabilité et de convergence* ». Concluant sur la richesse de la MOC, laquelle est « *loin d'imposer des contraintes aux responsables politiques nationaux* », simplement destinée à « *les rendr[e] plus aptes à apprécier les performances des uns et des autres, à prendre conscience des choix politiques d'autrui et à bien comprendre les mérites et les inconvénients des différentes options* »[2], ces deux institutions européennes soulignèrent l'effort de réforme entrepris par la République fédérale d'Allemagne en 2001, tout en énonçant que « *des efforts restent cependant nécessaires pour garantir la viabilité à long terme dans le cadre du processus permanent de modernisation et d'adaptation du système à l'évolution des circonstances* »[3]. L'examen de la stratégie française fut sévère, notamment en raison du flou entourant les mesures envisagées par le gouvernement en place[4], révélant néanmoins l'inquiétude de ces deux institutions dans l'accomplissement des objectifs. En revanche, l'examen de la stratégie suédoise plaçait cet État membre parmi les bons élèves de l'UE, parvenu à réformer son système de pension avec succès, en intégrant la dynamique démographique et économique[5].

382. La vigilance des institutions de l'Union ne se relâcha point. Le 23 et 24 mars 2006, après la relance de la stratégie de Lisbonne, le Conseil européen insatisfait de l'avancement de la modernisation des systèmes de protection sociale[6], insista sur la relation entre la viabilité

Rapport conjoint de la Commission et du Conseil sur des pensions viables et adéquates (7165/03) du 10 mars 2003. Disponible sur le site du Conseil :
http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/misc/75098.pdf

[1] *Ibid*., p. 10-11.

[2] *Ibid*., p. 11.

[3] *Ibid*., p. 141.

[4] « *Le financement du système de pension dans les décennies à venir n'est pas garanti. De nouvelles réformes de grande ampleur sont nécessaires. Le rapport de stratégie nationale prévoit une réforme d'envergure en 2003. Aucune mesure spécifique n'a été annoncée, mais on sait qu'elle ne modifiera pas l'architecture de base du système actuel. Etant la complexité de celui-ci, ces réformes nécessiteront un consensus politique puissant* », *ibid*., p. 157.

[5] *Ibid*., p. 200-202 (spéc.)

[6] « *Nombre d'États membres devront lancer de nouvelles réformes ambitieuses afin d'améliorer la viabilité de leurs systèmes de sécurité sociale et de faire face aux conséquences économiques et budgétaires du*

des finances publiques et le vieillissement démographique, invitant la Commission à exercer une surveillance accrue. Celle-ci s'exécuta, aboutissant à la naissance d'une communication évoquant le défi budgétaire du vieillissement et les effets dommageables pour l'ensemble des États membres dans l'hypothèse d'une mauvaise gestion[1]. En coopération avec le Conseil ECOFIN[2], la Commission effectua un classement des État selon leurs finances publiques[3]. Trois catégories ont été distinguées. La première rassemble les pays présentant un risque élevé, en raison de l'accroissement des dépenses liées au vieillissement. La deuxième concentre les pays présentant un risque moyen, regroupant ceux dont le budget paraît suffisamment solide, mais ayant néanmoins besoin de mesures pour limiter les dépenses, et ceux dont le poids financier du vieillissement est moins problématique grâce aux réformes mises en œuvre. Il convient de relever au passage que la France et l'Allemagne relevaient en 2006 de ce dernier groupe. Enfin, la dernière catégorie répertorie les pays présentant un risque faible, car ces derniers ont procédé à des réformes importantes pour intégrer le poids du vieillissement, permettant de conforter leur position budgétaire. Parmi ces pays, figure la Suède.

Le Comité de la protection sociale est également parvenu à affiner les indicateurs permettant de saisir les progrès accomplis par les États membres en matière de pension, en ayant recours à une combinaison d'indicateurs transversaux et thématiques. En matière de pension, le groupe de travail de ce comité en arrêta deux[4]. Le premier s'attache au caractère adéquat des pensions, permettant de révéler si la pension est suffisante pour répondre aux

---

vieillissement », Pt 53 des conclusions de la Présidence du Conseil européen de Bruxelles du 23 et 24 mars 2006 :
http://www.rpfrance.eu/IMG/CONSEIL_DE_LUNION_EUROPEENNECONCLUSIONS_DE_LA_PRESIDENCE.pdf

[1] Et ce, dès le 1er paragraphe (p.1). Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Viabilité à long terme des finances publiques dans l'UE*, COM 2006, 574 final.

[2] Le Conseil Affaires économiques et financières (dit ECOFIN) est constitué des ministres de l'économie et des finances des États membres ainsi que des ministres compétents en matière de budget. Il est compétent en matière de coordination de politiques économiques ou de contrôle de la politique budgétaire et des finances publiques des États membres….

[3] Classement hérité des évaluations effectuées dans le cadre du programme de stabilité (pour les États membres de la zone euro) et de convergence (ceux non membres de la zone euro) de 2005, entérinant davantage la relation entre les dépenses liées aux pensions et la santé des finances publiques d'un État membre. Communication de la Commission, *Viabilité à long terme des finances publiques dans l'UE, op.cit.*

[4] L. CAUSSAT et M. LELIEVRE, « Les indicateurs européens de cohésion sociale », *DRESS*, études et résultats, janvier 2007, n° 549 (spéc. le tableau p. 4 et p. 5-6)

besoins du pensionné. Cet indicateur reflète l'évolution du niveau de vie à la retraite, puisqu'il s'agit de comparer le niveau de vie des personnes de plus de 65 ans et celles âgées de 0 à 64 ans. Un second indicateur vient alors préciser ce premier constat, tenant cette fois, à la mesure du ratio entre la pension médiane perçue par les personnes âgées de 65 à 74 ans et le revenu d'activité médian des personnes de 50 à 59 ans.

Enfin, le second indicateur s'attache quant à lui à apprécier le taux d'emploi des 55-59 ans et ceux âgées de 60- 64 ans.

À l'issue de ce développement, il est difficile de considérer que l'Union européenne n'a toujours pas de compétence en matière de régime légal de pension. Parvenue à se saisir d'un remède fort utile (la MOC), le contrôle s'effectue par le biais des pairs, via un classement des différents États membres. Le stress de convergence est donc bien présent, car le défaut d'intervention de l'État membre est synonyme de péril pour l'ensemble des États membres. Les progrès des États membres sont mesurés, classés et commentés. L'étroitesse du contrôle devient plus grande encore par l'affinage des indicateurs. Ce faisant, il est indéniable que l'Union européenne participe à la redéfinition de la dernière période du cycle de vie professionnelle.

2. La modernisation de l'âge de la vieillesse

383 . Le relèvement de l'âge légal de la retraite opéré par les législateurs français et allemand s'inscrit dans une tendance générale dans l'Union européenne. Par exemple, les assurés du Royaume Uni sont également concernés par le report progressif de l'âge de la retraite. Le relèvement de l'âge permettant de bénéficier de la pension d'État de base (*basic State Pension*) s'effectuera en deux temps[1]. Le premier s'adresse aux assurées et l'objectif est de retenir qu'un seul et même âge pour les deux sexes, calqué sur celui de leurs alter ergo masculins. Mouvement mis en œuvre en avril 2010, ils s'adressaient pour la première fois aux femmes nées à partir du 6 avril 1950. En novembre 2018, le seuil d'âge légal de la retraite sera unique pour les assurés et les assurées et sera de 65 ans. Une fois ce seuil atteint, s'enclenchera un relèvement progressif pour les deux sexes, dès décembre 2018. En 2020, il sera possible de bénéficier de la *basic State Pension* à 66 ans. Le gouvernement n'a toutefois pas arrêté de calendrier pour le relèvement de l'âge de la retraite de 67 et de 68, laissant ainsi le champ libre pour l'avenir. À ce critère d'âge, s'ajoute celui de la durée d'assurance. Afin

[1] Source : Pension and retirement planning sur le site web du gouvernement : www.direct.gov.uk

d'obtenir une pension à taux plein, l'assuré doit comptabiliser un certain nombre d'années d'assurance (*qualifying years*)[1] auprès du *National Insurance Contributions* (NICs).

384. Cette tendance normative est l'un des effets du développement de l'attrait de l'Union pour l'âge légal de liquidation de la pension vieillesse. L'emprise de l'Union s'est considérablement accrue, accordant aux États membres une liberté contrôlée dans le choix des mesures appropriées pour aboutir aux objectifs fixés par le Conseil européen. La classification effectuée par les institutions européennes, la mise à l'index des réformes trop tardives ou timides, l'avènement et l'exhortation à suivre les bons élèves de l'Union ne pouvaient qu'aboutir à une convergence des réformes adoptées par les États moins bien classés.

Les modifications effectuées par les législateurs français et allemand ont été constatées par la Commission européenne depuis 2010[2]. Néanmoins, la Commission européenne a exigé un effort plus conséquent des États membres à la hauteur de l'ambition de la stratégie Europe 2020[3]. Favorable à une diversification des mécanismes de financement du vieillissement[4], la Commission profita de ce livre blanc afin d'amener les États membres et les différents acteurs de l'Union à réfléchir sur l'avenir de la MOC. L'objectif est de se donner les meilleurs moyens de parvenir au maintien de l'adéquation, la viabilité et la sûreté des pensions retraite. La présence de l'Union s'annonce plus forte, comme le suggère la partie dédiée à l'amélioration de la gouvernance de la politique des retraites dans l'Union. S'ensuit ensuite une série d'interrogation « *le cadre de coordination stratégique au niveau de l'UE devrait-il être renforcé? [Et dans l'hypothèse d'une réponse favorable] quels éléments devraient être renforcés pour améliorer la conception et l'application de la politique des retraites selon une approche intégrée? La création d'une plateforme de suivi intégré de l'ensemble des aspects de la politique des retraites constituerait-elle un*

[1] Pour les personnes nées à partir du 6 avril 1950, 30 annuités sont requises.

[2] Livre vert de la Commission européenne, *Vers des systèmes de retraite adéquats, viables et sûrs en Europe*, COM 2010, 365 final.

[3] « *Au terme d'une décennie de réformes qui ont abouti à la modification des systèmes de retrait dans la plupart des États membres, il est à présent nécessaire de revoir en profondeur le cadre établi par l'Union Européenne* », Livre vert, *ibid*., p.4. La Commission poursuit en expliquant que « *les réformes des retraites contribueront à la réalisation des objectifs de la stratégie Europe 2020 en matière d'emploi [soit un taux d'emploi de 75% de la population âgée de 20 à 64 ans] et de viabilité des finances publiques à long terme ».*

[4]Notamment l'encouragement de l'essor des dispositifs complémentaires, à travers la poursuite de la vie active (v. infra. n°449 et s. , not. le cumul emploi-retraite). .

élément de la solution? »[1]. Les réflexions recueillies aboutissent à la production d'un livre blanc paru en 2012[2] , où l'intensification de l'action exécutée dans ce cadre de l'Union est encouragée, par le développement des interactions entre le Comité de la protection sociale et le Comite de politique économique, voire en créant une plateforme d'échange entre les différents acteurs. La Commission privilégie en outre la surveillance étroite des États membres aussi bien par elle-même que les trois Comités (celui de l'Emploi, de la protection sociale et de politique économique).

Malgré tout, la Commission a pris le soin de rappeler que seuls les États sont compétents pour légiférer en matière des pensions légales. Mais des recommandations seront émises à chacun d'entre eux afin de contrôler le relèvement de l'âge légal de la retraite[3]. Si les efforts de l'État allemand dans le relèvement de l'âge légal de la retraite ont été notés, le risque de diminution du niveau des pensions est également évoqué[4]. L'État français quant à lui, fit l'objet d'une recommandation de la Commission, demandant à l'État membre de réduire son déficit d'ici à 2013, possible par la poursuite de l'objectif de viabilité du système de retraite et l'adoption de mesures supplémentaires. Et si les réformes entreprises par le législateur français sont effectivement énumérées au sein des observations, l'analyse de la recommandation ne fait que confirmer leur insuffisance[5].

Le stress de convergence a porté ses fruits. Les États membres priés de modifier les curseurs d'âge, se sont exécutés avec plus ou moins de reconnaissance des efforts fournis. Ce faisant, les institutions européennes favorisent la convergence de l'âge légal de la retraite des différents États membres, vers une borne d'âge comprise entre 67 et 68 ans. La flexibilité de l'âge légal de la retraite au sens de la législation sociale suédoise est encouragée, encourageant certains à étudier sérieusement une « transposition » du bon élève suédois[6].

---

[1] Livre vert, *ibid.*, p. 21-22.

[2] Livre blanc de la Commission Européenne, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, COM 2012, 55 final.

[3] V. en annexe les initiatives de l'UE visant à soutenir l'action des États membres, Annexe 1, Livre blanc, *ibid.*, p.17.

[4]V. les observations de la Commission, Annexe 3, Départ à la retraite, retraites complémentaires, recommandation par pays et réformes les plus récentes dans les États membres de l'UE, Livre blanc, *ibid.*, p.29.

[5]V. les recommandations émises par la Commission (dont la dernière énonce explicitement « *poursuivre l'examen de la viabilité du système de retraite et prendre des mesures supplémentaires si nécessaire* ») ainsi que les observations (notamment le fait que « *quelques modifications techniques ont […] été adoptées en vue de promouvoir le développement de régimes de retraite par capitalisation* ». Livre blanc, *ibid.*, p. 33.

[6] v. *supra*, n°297 et s.

Malgré des différences de système, le recours à la MOC a indéniablement entraîné l'adoption de mesures similaires, tendant à élever l'âge légal de la retraite à des bornes assez communes. Or, si l'on songe au défaut de compétence de l'Union en matière de régimes légaux de pension, il faut tout de même avouer que manifestement, elle est parvenue à faire adopter un consensus en matière d'âge légal de la retraite, très éloigné de la « *retraite à 60 ans* » et annonciatrice de l'émergence d'une définition européenne de la vieillesse pensionnée.

Conclusion du chapitre 2

385. Aux termes de ces développements, il faut constater que nous assistons à une mutation du traitement de la vieillesse. Initialement perçue comme un risque personnel dont la prévention était nécessairement individuelle, la vieillesse s'est socialisée. La dimension collective s'est progressivement et durablement imposée, aboutissant à l'avènement de la branche vieillesse au sein de la sécurité sociale. Le législateur a dû en préciser les contours, détaillant ainsi les conditions restreignant l'accès à cette pension versée en contrepartie de la survenance de ce risque. La vieillesse a progressivement perdu son caractère aléatoire et la fréquence de sa réalisation l'a transformée en une nouvelle période du cycle de vie professionnelle, « *un temps libre indemnisé* »[1], la retraite.

Le traitement de la vieillesse a donc basculé de l'individuel au collectif, charge dont s'est investi l'État. Cette socialisation de la vieillesse connaît actuellement des bouleversements, notamment en raison des liens unissant les États membres et leur mutuelle préoccupation de la situation budgétaire actuelle et à venir. L'influence de l'Union devenue grandissante au fil du temps, se fit de plus en plus pressante et exigeante. La MOC s'est révélée être un outil précieux pour les institutions européennes, dépourvues de compétence en matière de régimes légaux de pension. De nombreuses réformes tendant entre autres, à relever l'âge légal de la liquidation de la pension, ont été retenues par les législateurs des États membres, sous l'influence de cette méthode de gouvernance à la fois particulièrement souple et sévère, reposant sur la sélection des meilleures pratiques des États membres. Ce faisant, les États membres et les institutions de l'Union façonnent pas à pas un modèle social européen de la vieillesse pensionnée, inévitable en raison de la convergence des réformes adoptées.

[1] Expression de Xavier GAULLIER, *op.cit.*, p. 6.

Conclusion du titre 1

386. Le critère de l'âge a véritablement une place importante dans la fin de carrière du travail.

Ce critère ne fait pas que conditionner l'accès à la liquidation de la pension. Il n'est pas seulement un levier, il contribue à la logique du système par répartition. En façonnant le seuil d'âge d'accès à la pension, le législateur a également façonné la vieillesse.

Or, il y a quelques années encore, la vieillesse constituait un risque supporté par le seul individu, avec le concours éventuel de la solidarité mécanique, soit la famille ou les corporations…Le traitement de la vieillesse s'est pas à pas, socialisé, jusqu'à l'avènement d'un risque social, protégé par la collectivité pour la collectivité, comme le dit un auteur[1], en reposant sur une solidarité unissant toutes les générations, au sein d'une vaste boucle perpétuellement reproduite. De nos jours, le fragile équilibre assurant la pérennité de ce pacte est en proie à des menaces, donnant naissance à des situations d'iniquités. Malgré la difficulté de saisir l'état de parfait équilibre, diverses mesures ont été retenues par les législateurs afin de conserver cette protection de la collectivité par la collectivité.

Mais l'espoir n'est pas perdu, une autre solidarité est appelée à venir compléter cette solidarité intergénérationnelle, la garantie collective issue du monde professionnel. Son édification en tant que pilier venant compléter les pensions légales, impose un effort plus conséquent du législateur, tendant non seulement à améliorer la diffusion de ces dispositifs, mais également la sécurisation des droits des travailleurs, le tout en garantissant une surveillance accrue des institutions en charge de la gestion de ces régimes. Il en est de même des modalités d'alimentation d'un tel régime.

Dans un contexte de vieillissement de la population et de déséquilibre du rapport démographique, ce n'est pas seulement la solidarité intergénérationnelle qui est affectée, mais également la collectivité de travailleurs. S'emparant du critère d'âge conditionnant l'accès à la pension, les législateurs ont retardé l'apparition de la vieillesse chez les travailleurs, reportant conséquemment les demandes de liquidation…Le déplacement de ce curseur à partir duquel survient la vieillesse, s'inscrit dans un vaste phénomène de convergence, encouragé par les institutions de l'Union et contribuant ainsi malgré son défaut de compétence en la matière, à la naissance d'un âge de survenance de la vieillesse.

[1] Expression empruntée à L.-E. CAMAJI, *op. cit.*, p. 89-100.

Titre 2 : LA CONCILIATION DE LA LIQUIDATION DE LA PENSION DE VIEILLESSE ET LES RELATIONS PROFESSIONNELLES

387. Cette convergence à propos de l'âge à partir duquel la vieillesse apparaît, exerce une force contraignante à l'encontre des États membres, qui n'ont pas d'autres choix que de réexaminer l'équilibre entre le droit au travail et le droit au repos. Un changement de paradigme a été opéré, privilégiant la prolongation de la durée de la vie, ce qui signifie une nouvelle répartition des temps, entre le temps de travail et le temps du repos.

Toutefois en rétablissant un équilibre en faveur du droit au travail des travailleurs âgés et des pensionnés, les législateurs ne sont pas seulement sensibles aux aspirations de ces derniers, ils ont également pour objectif d'élever le taux d'emploi de cette tranche d'âge, conformément au Sommet de Stockholm du 23 et 24 mars 2001 et plus récemment, à la Stratégie Europe 2020. L'objectif fixé est celui d'atteindre un taux d'emploi des personnes âgés de 20 à 64 ans, de 75 %. Or, pour ce faire, il est indispensable de reporter l'âge de liquidation de la pension, tout en conservant des perspectives d'avenir pour les travailleurs âgés et les pensionnés, autre que le temps plein consacré à la seule retraite. Ce changement de la répartition des temps a imposé deux types d'intervention du législateur.

La première est dédiée à l'âge à partir duquel les assurés demandent la liquidation de leur pension. Les législateurs ont donc encadré les règles de la liquidation, en les agrémentant de facteurs destinés à promouvoir la poursuite de l'effort du travailleur dans la durée. Ils ont en outre réduit les possibilités offertes à l'employeur de recourir à l'âge légal de la retraite pour motiver la cessation de la relation de travail (CHAPITRE 1).

La seconde concerne la fin de la carrière du travailleur âgé et du pensionné. Dans cette hypothèse, les législateurs ont apporté des modifications au déroulement de la fin de carrière, dont le terme n'est plus nécessairement brutal et définitif. Le pensionné est alors encouragé à poursuivre son effort, au-delà de la liquidation. À cette fin, quelques facultés d'aménagement de son temps de travail lui sont reconnues. Ce faisant, une nouvelle conception de cette dernière étape de la vie professionnelle émerge progressivement (CHAPITRE 2).

Chapitre 1 L'âge de la retraite et la rupture des relations professionnelles.

388. Le relèvement des âges de liquidation offrant la faculté de liquider la pension ne constitue pas le seul levier d'action du législateur. Le déplacement des curseurs rythmant la fin de vie professionnelle s'accompagne en effet d'un ensemble de mesures promotrices d'un prolongement de l'activité, en adéquation avec l'allongement de l'espérance de vie. Par ces dispositifs, les législateurs militent non seulement en faveur de l'augmentation de la durée d'activité professionnelle dans le cycle de vie, mais également pour un relèvement de l'âge effectif de liquidation de la pension. Cela correspond à un objectif ancien, déjà évoqué en 1999 par la Commission lors de la nécessité d'adapter les retraites et les pensions au vieillissement[1620].

De nos jours, les États membres ont un objectif pour l'année 2020 : atteindre un taux d'emploi des personnes âgés de 20 à 64 ans, de 75%.

En 2011[1621], le taux d'emploi dans l'Union européenne des 27 États membres, était de 42,7% des jeunes âgés de 15 à 24 ans, 85% des personnes âgées de 25 à 54 ans et enfin, de 50, 9% des personnes âgées de 55 à 64 ans. En Allemagne, 52 % des jeunes âgés de 15 à 24 ans travaillaient, 87, 7 % des personnes âgées de 25 à 54 ans et 64% des personnes âgées de 55 à 64 ans. Pour la France, ces taux atteignaient respectivement, pour les deux premières tranches d'âge 38,8% et 88,5% . Il s'élevait à 44, 4% pour les personnes âgées de 55 à 64 ans.

Pourtant, depuis le Sommet européen de Lisbonne qui s'est déroulé en mars 2000, le Conseil européen a décidé d'accroître le taux d'emploi des travailleurs âgés à 50% pour l'année 2010. Cette promotion d'un réajustement de la durée de l'activité dans le cycle de vie de l'être, obéissant à un rapport 2/3 en activité et 1/3 en retraite répond à un objectif commun fixé par les institutions de l'UE. Pour parvenir à cet objectif, des lignes directrices furent arrêtées, aboutissant à la naissance de la Stratégie Européenne de l'Emploi (SEE), laquelle était favorable à la promotion du vieillissement actif. Cette tendance a été poursuivie lors du sommet de Stockholm[1622] en mars 2001 où le Conseil européen a fixé un taux moyen

[1620] *Vers une Europe pour tous les âges*, COM 1999, 221 final.

[1621] *European social statistics*, 2013 edition, Eurostat Pocketbooks, v. n°4 Labour market.

[1622] Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Stockholm du 23 -24 mars 2001 (pt. 9). Disponible sur le site du Conseil :
http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00100-r1.%20annr1%20cor2.f1.html

d'emploi de 50% pour les travailleurs âgés de 55 à 64 ans comme objectif pour 2010. Mais, atteindre un tel taux d'emploi se révèle impossible sans une modernisation des politiques de retraite, comme cela a été souligné lors du Conseil de Barcelone du 16 mars 2002, afin de parvenir à différer l'âge de cessation d'activité de cinq années[1623]. Malgré l'échec de l'objectif arrêté par le Conseil européen, exigeant une hausse de 5 années de l'âge moyen de cessation effective de l'activité professionnelle fixé pour l'année 2010[1624], l'Union européenne a arrêté un nouvel objectif d'emploi dans le cadre de la stratégie Europe 2020 : atteindre un taux d'emploi de 75 % pour les travailleurs âgés de 20 à 64 ans.

389. Un tel but ne peut être atteint qu'en renforçant les dispositifs privilégiant le droit au travail sur le droit à une vieillesse pensionnée. C'est ainsi que la réforme des régimes de pension s'accompagne de mesures incitant à la prolongation de l'effort individuel. Ce maintien de l'activité professionnelle signifie notamment le report de la demande de liquidation de la pension, permettant de différer le versement de la prestation. À cette fin, les législateurs ont opté pour un double niveau d'action, en s'adressant non seulement directement à l'intéressé, mais également en y associant les employeurs.

Pour modifier le comportement individuel des assurés, les législateurs ont accompagné les mesures de relèvement des âges de la retraite, d'un ensemble de dispositifs, essentiellement financiers, se matérialisant soit en une pénalité financière amputant la pension de l'assuré ou prenant corps à travers un bonus améliorant le montant de la pension. En parallèle, les législateurs ont restreint les dispositifs accordant la faculté de liquider par anticipation une pension (SECTION 1).

La modification des comportements individuels des assurés n'est pas suffisante, car certains travailleurs âgés, aspirant à une prolongation de leur vie active, se heurteront aux réticences des employeurs. Agir sur les comportements individuels des travailleurs, implique nécessairement la mobilisation des employeurs. Les mesures adoptées concourent toutes à la modification de l'appréciation de l'âge par les employeurs, qui sont appelés à ne plus

[1623] Pts 25 et 32 des conclusions de la Présidence du Conseil européen de Barcelone, *op.cit.*

[1624] L'État français n'est pas parvenu à respecter cet objectif. Même s'il convient de noter une nette amélioration en ce domaine, le taux d'emploi des travailleurs âgés de 55-64 ans en 2011 était de 41,5 % (38,5 % en 2005) et il s'élevait à 59,9 % en Allemagne (45,5 % en 2005). La moyenne européenne pour les 27 États membres était de 47,4 % (elle aurait été de 42,7 % en 2005, en intégrant la Bulgarie et la Roumanie). La Suède culminait à 72,5 % de taux d'emploi de ces travailleurs âgés (69,4 % en 2005).
Source Insee, reprise des données Eurostat, chiffres du 28 novembre 2012.

considérer ce critère, comme étant une justification éventuelle d'un mode de rupture spécifique de la relation de travail ou de sa rupture anticipée[1625] (SECTION 2).

Section 1. L'encadrement de la cessation d'activité à l'initiative du travailleur

390. La promotion de la poursuite de l'activité au-delà de l'âge de l'ouverture des droits ou celui de la liquidation de la pension à taux plein (France) ou tout simplement au-delà de l'âge légal pour l'obtention de la pension vieillesse, constitue un changement de paradigme. La demande de liquidation de la pension n'est plus synonyme de retraite pensionnée. En retenant certaines mesures, les législateurs ont en effet apporté davantage de flexibilité à l'âge légal de la retraite (§1). C'est également au nom de cette flexibilité que les législateurs ont conservé les régimes dérogatoires au régime légal de pension (§2).

§1. La flexibilité de l'âge légal de la pension vieillesse

391. Le recours aux termes « retraite » et « pension de vieillesse » n'est pas neutre. L'utilisation de l'un ou l'autre par le législateur peut traduire la poursuite d'un objectif déterminé, tendant à faire primer le droit à la retraite sur le droit au travail et inversement. La conciliation de l'exercice de ces deux libertés se révèle pourtant essentielle afin d'être conforme à la volonté du travailleur. Un tel équilibre ne peut être atteint avec succès que par l'introduction d'une dose de flexibilité dans l'âge légal de la retraite (A). La souplesse de l'âge légal de la retraite est également imposée par la nécessaire conciliation avec l'une des ramifications du principe de la dignité humaine : la dignité humaine au travail (B).

A. La conciliation de deux droits à valeur constitutionnelle

392. La fixation d'un âge légal de la retraite est le résultat d'un équilibre trouvé par le législateur entre deux droits à valeur constitutionnelle, celui d'exercer une activité professionnelle et celui de se retirer (1). Cette conciliation opérée par le législateur, peut parfois se réaliser en défaveur de l'un sur l'autre, ou atteindre un équilibre. Seul l'objectif réellement poursuivi par le législateur orientera cette mise en balance de ces deux droits (2).

[1625] Mais simplement comme une donnée physiologique imposant des obligations (l'adaptation du poste…).

1. La constitutionnalité du droit au repos et du droit au travail

393. Comme l'a expliqué un auteur[1626], le droit à la retraite, c'est-à-dire le droit au repos, « *doit être reconnu comme ayant une valeur constitutionnelle* ». À l'appui de cette affirmation, l'auteur retient deux justifications. La première est liée à la délimitation des matières relevant du domaine de la loi effectuée par l'article 34 de la Constitution de 1958. Ainsi, il appartient au législateur de déterminer les principes fondamentaux, non seulement en droit du travail, mais également en matière de sécurité sociale[1627]. Ce faisant, la Constitution a érigé parmi les principes ayant une valeur constitutionnelle, la sécurité sociale, ce qui intègre la branche vieillesse[1628]. Les Sages l'ont confirmé dans de nombreuses décisions[1629], accordant ainsi une valeur constitutionnelle aux critères de l'âge légal d'ouverture des droits et de l'âge légal de pension à taux plein, notamment à cause de sa contribution à la détermination des pensionnés.

Quant à la seconde justification de cette affirmation, elle a pour source une autre valeur constitutionnelle, le préambule de la Constitution de 1946. Intégrée parmi les principes économiques, politiques et sociaux reconnus comme particulièrement nécessaires à notre temps[1630], la solidarité assure à l'individu, une protection face à la vieillesse. L'alinéa 11 du préambule énonce que « *[la Nation] garantit à tous, notamment […] aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en*

[1626] Mme Marie MERCAT –BRUNS a étudié cette question de la constitutionnalité du droit au repos dans sa thèse *Vieillissement et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, Bibliothèque de droit privé, Tome 350, LGDJ, 2001, n°41, p. 41-43.

[1627] v. *supra*, n°365 et s.

[1628] V° Protection sociale et sécurité matérielle (Droit à la), par M. BORGETTO, in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, dir. D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO, Dalloz, 2006, p.643-648 ; « *[L'affirmation de l'alinéa 11 est] capitale ; […] parce qu'en ayant pris soin d'énumérer les principaux risques ou charges susceptibles d'atteindre tout un chacun au cours de sa vie (enfance, famille, vieillesse, maladie, invalidité, maternité, chômage), et, au-delà, en reconnaissant à tout individu un droit général à la protection sociale lato sensu, elle concrétise l'idée […] selon laquelle l'État est tenu non pas seulement de protéger les libertés favorisant l'autonomie de chacun mais aussi de garantir certains droits consacrant la solidarité de tous face aux principaux risques de l'existence* », Extrait p. 643-644.

[1629] v. *supra*, n° 365 et s.

[1630] Selon l'alinéa 2 de ce préambule, « *[le peuple français] proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux* […]».

raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

394. Ces principes énoncent une liste de droits-créances[1631], désignant les droits ayant un statut positif, car ils « *appel[lent] une action positive de l'État* ». Il en est ainsi du droit à la sécurité sociale et notamment de sa branche vieillesse, comme l'a confirmé le Conseil constitutionnel en 2003[1632]. Les Sages ont en effet retenu que « *l'exigence constitutionnelle résultant de ces dispositions implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités ; qu'il est cependant possible au législateur, pour satisfaire à cette exigence, de choisir les modalités concrètes qui lui apparaissent appropriées* ». Par la combinaison de cet alinéa 11 du préambule et de l'article 34 de la Constitution, il faut en conclure que pour garantir l'effectivité de ce droit aux travailleurs retraités, l'intervention du législateur est requise, voire indispensable. La seule limite rencontrée par le législateur réside dans la remise en cause des garanties légales découlant de ce droit-créance[1633].

[1631] Ils sont opposés aux droits-libertés, qui eux au contraire, « *impliquent l'abstention de l'État et garantissent la protection d'une sphère individuelle de liberté* » (statut négatif) ; Définition du théoricien allemand George JELLINEK, citée in *Droit des libertés fondamentales*, L. FAVOREU et a., Précis Dalloz, 6 éd., 2012, n°324-354, p. 350-371 (spéc. n°324).

V. aussi : L.-E. CAMAJI, *La personne dans la protection sociale*, *op.cit*., n°49-51, p.30-32.

[1632] Décision n°2003-483 DC du 14 août 2003, loi portant réforme des retraites, *Rec*. p.430. En l'espèce, les auteurs des deux saisies arguaient (entre autres) de l'inconstitutionnalité à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, la disposition légale confiant au soin du des partenaires sociaux la question de la pénibilité.

[1633] V. *supra* n°365 et s.; Décision n°2003-483 DC, *op.cit.* : Considérant n° 7 : « *il [le législateur] est à tout moment loisible, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* ». Le Conseil constitutionnel a donc rejeté le grief portant sur la pénibilité, car (considérant n°8) : « *[…] la loi déférée a mis en œuvre l'exigence constitutionnelle précitée sans la priver de garanties légales* ».

Déjà à propos de la création de la couverture maladie universelle : Décision n°99-146 DC, *Rec*. p.100 (considérant n°5-6)

Pourtant, si l'intégration de ce préambule lui a apporté la constitutionnalité, les normes constitutionnelles qui y sont incluses, peuvent relever de plusieurs catégories de droit créance[1634]. Les principes économiques et sociaux doivent ainsi être différenciés en fonction du critère de l'*interpositio legislatoris*[1635]. Parmi les normes constitutionnelles, il faut compter les « *principes qui servent de fondement à des droits individuels à une prestation matérielle et ce, grâce à l'intervention du législateur* » [1636]. Cela correspond au droit-créance dans une interprétation stricte. Enfin, il faut les distinguer de ceux qui « *impliquent l'intervention du législateur pour mettre en œuvre une politique comme en matière d'emploi […], sans pour autant créer un droit à l'individu à une prestation matérielle* »[1637].

Le « *droit à pension* »[1638] versée au titre d'un régime légal relève de la première catégorie des droits-créances. S'interprétant comme le rapport entre un sujet de droit et la norme[1639], le droit à la protection sociale en raison de la vieillesse doit être entendu comme le droit à l'accès à une garantie collective, accordant des moyens convenables d'existence. La justification de ce droit est liée à l'âge avancé du travailleur. L'accès à cette protection collective s'entend alors comme l'accès aux institutions gérant les régimes légaux de pension[1640], dont les modalités (soit les paramètres régissant l'ouverture et la liquidation des droits) sont déterminées par le législateur, lequel laissera au pouvoir réglementaire, le soin

---

[1634] O. DUTHEILLET DE LAMOTTE, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cahier constitutionnel*, n°29, octobre 2010.

[1635] L. GAY, « La notion de « droit-créance » à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cahier du Conseil constitutionnel* n°16, juin 2004 ; v. aussi, pour de plus amples détails : L. GAY, *Les droits-créances constitutionnels*, thèse publiée coll. Droit public comparé et européen, Bruylant, 2008.

[1636] O. DUTHEILLET DE LAMOTTE, *préc*.

[1637] O. DUTHEILLET DE LAMOTTE, *préc*.

[1638] Le terme apparaît dans une décision du Conseil constitutionnel du 20 mars 1997, loi créant les plans d'épargne retraite (Décision n°97-388 DC *Rec*., p.31). Les auteurs de la saisie considéraient que le droit à pension était menacé par l'institution de ce système d'épargne retraite « *se substituant progressivement aux régimes obligatoires* » par le législateur (considérant n°2). Le Conseil constitutionnel modéra la menace, en expliquant que la loi ne faisait qu'instaurer un système facultatif d'épargne retraite sans modifier les droits et obligations du régime général, et prononça la conformité de la loi à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

[1639]Qui ne doit pas être confondu avec un droit subjectif, comme l'a démontré Mme Laure-Emmanuelle CAMAJI, *op.cit.*, n°51.

[1640] L.-E. CAMAJI, op.cit., n°52-54; R. LAFORE, « Les nouveaux modes de régulation juridique. L'exemple des politiques d'insertion », in *L'État à l'épreuve du social*, dir. P. AUVERGNON, P. MARTIN, P. ROZENBLATT, M. TALLARD, Syllepse, 1998, p.44.

d'en préciser les modalités techniques par l'adoption de décrets[1641]. La conclusion qui s'impose est alors celle de Mme MERCAT-BRUNS[1642], à la lumière de l'alinéa 11 du préambule de 1946. « *[L]e droit à la retraite devient implicitement un objectif constitutionnel, qui est de garantir ''au vieux travailleur'' […] ''la sécurité matérielle et le repos'', grâce à une pension de retraite ou au minimum une allocation-vieillesse grâce aux régimes de sécurité sociale* ».

395. Le droit au travail[1643] est souvent présenté comme l'antonyme du droit à la retraite[1644]. Pourtant une telle affirmation s'avère à l'heure actuelle, obsolète[1645]. Également présent au sein du préambule de la Constitution de 1946, il y apparaît au sein de l'alinéa 5 énonçant que « *[c]hacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». De ce fait, il est aussi un droit-créance, mais contrairement au droit à pension, il en est la seconde facette et se présente comme un principe guidant une politique sociale[1646]. Ce droit-créance ne peut en effet s'analyser comme un droit à une prestation matérielle garantie par la collectivité, car il serait impossible d'assurer à tous l'obtention d'un emploi[1647]. Reconnaissant sa valeur

[1641] v. *supra*, n°365 et s.; V. aussi : Décision n°2003-483 DC (*préc.*), considérant n°12-15.

[1642] M. MERCAT-BRUN, *op.cit.*, n°41, p. 42. L'auteur se fonde sur les écrits de F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987, p.318-319 ; Y. CHAUVY, « La portée constitutionnelle de la sécurité sociale », *Dr. ouv*. septembre 1995, p. 426.

[1643] A propos du droit au travail : M. MERCAT-BRUNS, *op.cit.*, n°74, p. 84-86 ; J. PÉLISSIER, « La liberté du travail », *Dr. soc*. 1990, p.20 ; G. LYON-CAEN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D.*1989, p. 290 ; F. HORDERN, « 1848-L'exercice du droit au travail », in *Les sans emploi et la loi : hier et aujourd'hui*, Acte du colloque de Nantes, juin 1987, Ed. Quimper, 1988, p.36 ; G. LYON–CAEN, « Le droit au travail », *ouvr. préc*., p. 203.

[1644] « *À l'origine, comme le chômage, la retraite était l'inverse d'une situation de travail* », G. LYON-CAEN, « La transition d'une situation à une autre en droit du travail », in *Le travail en perspective*, dir. A. SUPIOT, coll. Droit et Société n°22, LGDJ, 1998, p. 638.

[1645] Constat dressé not. par G. LYON-CAEN, *préc*.

[1646] L. GAY, *préc*.

[1647] Sauf à reproduire l'expérience des Ateliers nationaux menée de février à juin 1848. Ces ateliers étaient destinés à fournir une activité aux travailleurs et artisans sans emploi en les affectant à des chantiers. Le nombre de demandeurs étant croissant, l'État fut dans l'impossibilité de répondre aux besoins. Leur dissolution se solda par des révoltes ouvrières, réprimées avec violence ; M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, *op.cit*., p. 280-301.

L. FAVOREU et a., *Droit des libertés fondamentales*, *op.cit.*, p. 369, n°352 ; Libertés et droits fondamentaux, R. CABRILLAC, (collectif) 19ème éd., Dalloz, 2013, n°1164-1165 : « *Pour ces bénéficiaires, l'intervention peut s'apparenter à une prestation* » et c'est de là que surgit la créance. Simple image, « *le droit à l'emploi vient*

constitutionnelle[1648], le Conseil constitutionnel a limité l'intervention du législateur, en exigeant de lui qu'une simple obligation de moyen, comme l'illustre la décision du 28 mai 1983. Les Sages avaient retenu *« qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et détermine les principes fondamentaux du droit du travail ; qu'à ce titre, il lui appartient 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 »*. Le législateur doit donc poursuivre l'objectif tendant à « *atteindre le niveau d'emploi le plus élevé* [1649]» et pour y parvenir, il peut être amené à concilier les libertés constitutionnellement garanties et les principes économiques et sociaux issus du préambule de la Constitution de 1946. En la matière, le législateur dispose d'une large marge d'appréciation, lui laissant une marge de manœuvre conséquente pour atteindre ce principe de politique sociale[1650], ce qui a été rappelé en 1983 par le Conseil constitutionnel[1651].

Le contexte normatif français est posé. Il existe deux droits-créances ayant une valeur constitutionnelle, laissant ainsi le législateur libre de composer, dans une certaine limite, l'équilibre entre ces deux droits.

---

seulement justifier des dérogations apportées à des prérogatives » dans le but de favoriser l'emploi au plus grand nombre.

[1648] Décision n°83-156 DC du 28 mai 1983 loi portant diverses mesures relatives aux prestations vieillesse, *Rec.* p. 41 (considérant n°4) ; *AJDA*, 1983, p. 619, obs. LE BRIS.

[1649] Ce qui peut entraîner certains effets à l'égard des pensionnés ayant choisi de poursuivre une activité professionnelle postérieurement à la liquidation de leur pension ; v. *infra*, n°355 et s.

L. FAVOREU, *ibid*., n°353.

[1650] Considérant n°24 de la décision du 13 janvier 2005 : « *il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties ; que, pour poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » ; Décision n°2004-509 DC du 13 janvier 2005, Loi de programmation pour la cohésion sociale, Rec. p. 33.

[1651] Décision n°83-156, *op.cit.*, considérant n°4 ; v. *infra* , n°460 et s.

2. L'équilibre entre le droit au travail et le droit au repos

396. En évoquant la vieillesse, il convient d'être particulièrement prudent quant aux termes employés. Certes, le législateur français fait mention indistinctement de la retraite à propos de la pension vieillesse, comme le démontre l'article L. 351-1 du Code de la sécurité sociale. Son alinéa 1er dispose que « *[l'] assurance vieillesse garantit une pension de retraite à l'assuré […]* ». Pourtant, en se penchant plus précisément sur chacun de ses termes, une subtilité se fait jour.

La retraite désigne[1652] « *l'action de se retirer* » et correspond à « *l'état de tout travailleur qui ayant cessé toute activité professionnelle, reçoit une pension servie par l'organisme auquel il est affilié en contrepartie de cotisation à cet effet* ». En revanche, la vieillesse se définit comme étant « *l'état d'une personne qui ayant dépassé un certain âge, est présumée ne plus pouvoir travailler* » et à ce titre, « *elle peut bénéficier d'un régime de pension de retraite et d'une aide éventuelle à défaut d'un minimum de ressources* ». La subtilité siège dans la faculté de mettre en œuvre le dispositif lié à cette présomption d'incapacité. Cette subtilité se révèle plus nette dans la définition du « droit à la retraite », entendu comme « *le droit de s'arrêter de travailler à un âge déterminé et de faire valoir ses droits à pension* ».

Franchir le seuil de la vieillesse ne signifie pas automatiquement la liquidation de la pension. Simple faculté, c'est le travailleur qui décide de tirer les conséquences de ce constat. S'il décide de la mettre en œuvre, il quittera alors le monde des actifs, puisqu'il cessera son activité professionnelle pour obtenir le bénéfice de sa pension. La retraite devient synonyme de retrait définitif de la vie active et donc d'une oisiveté pensionnée.

Cette confusion dans l'emploi des termes existe également dans la langue allemande[1653]. La retraite est également assimilée à une cessation d'activité « *Der Ruhestand* », littéralement « *l'état de repos* ». Pourtant, le bénéficiaire de la pension est désigné comme un retraité (*der Rentner*). La pension de vieillesse est également appelée « *Altersrente* », ce qui correspond à la pension de retraite. Elle bénéficie à « *celui qui atteint un âge déterminé et qui n'a plus le devoir de travailler »*[1654], car il perçoit une pension qui se substitue au salaire ou revenu issu de l'activité professionnelle.

[1652] Les définitions citées sont issues du dictionnaire de Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° Retraite et vieillesse.

[1653] O. KAUFMANN, *Wörterbuch Arbeits und Sozialrecht…., op.cit*., V° *Altersrente, Pension.*

[1654]La pension de vieillesse (*Altersrente*) selon la définition communément admise (dictionnaire en langue allemande) : « *eine Summe Geld, die jemand jeden Monat vom Staat bekommt, wenn er ein bestimmtes Alter*

397. L'utilisation indistincte de retraite et vieillesse n'est pourtant pas neutre. Le retraité est celui qui bénéficie d'une pension en raison de son activité passée, mais à condition d'avoir justement mis un terme à son activité (et éventuellement renoué avec elle le moment venu). Quant au pensionné, c'est celui qui a demandé la liquidation de sa pension en raison de son âge et ou en satisfaisant une condition relative à la durée d'assurance. Mais il n'a pas pour autant cessé toute activité professionnelle. C'est cette différence subtile qu'il convient de souligner dès à présent, pour admettre que la vieillesse n'est pas synonyme de retrait de la vie active[1655].

À défaut, cela signifierait que le législateur a non seulement déterminé l'âge de survenance du risque précédemment évoqué, mais également justifié le retrait de la vie active[1656]. Un parallèle pertinent peut d'ailleurs être fait avec la situation des travailleurs mineurs. Les législateurs ont érigé des seuils d'âge restreignant voire, prohibant l'exercice d'une activité professionnelle par des mineurs. Cette limitation à l'exercice de la liberté du travail, liberté fondamentale, se justifie, dans la mesure où elle a pour objectif de protéger la santé à la fois morale et physique du mineur. Le second objectif poursuivi par cette limitation est d'offrir à ces mineurs, futurs actifs, une formation initiale suffisante afin de se conformer aux attentes du marché du travail et détenir la faculté de se procurer les moyens financiers pour (tenter) de subvenir à ses besoins. Qu'en serait-il pour les travailleurs âgés, si les législateurs tiraient toutes les conclusions de l'emploi du terme retraite ? En instituant un âge légal de la retraite imposant un retrait de la vie active, le législateur désignerait un âge à partir duquel le travailleur ne serait plus apte à être maintenu dans une situation d'emploi définitivement. En retenant des justifications identiques à celles limitant l'activité professionnelle des mineurs, le législateur a deux fondements tirés du caractère physiologique

---

Erreicht hat und nicht mehr arbeiten muss ». L'utilisation du verbe de modalité « *Müssen* » signifie que corrélativement au bénéfice de la pension, l'individu est invité à cesser son activité.

[1655] Cette différence avait été soulignée par P. DURAND, (in *La politique contemporaine de la sécurité sociale*, *op.cit.*, p. 193) : « *Le risque vieillesse peut faire l'objet de deux conceptions différentes. Dans la première, la pension se présente comme la contrepartie de services rendus pendant la vie active. Parvenu à un certain âge, l'assuré a droit au repos, il perçoit, au sens le plus précis, une pension de vieillesse. Dans la seconde conception, le vieillard est présumé invalide. L'usure physiologique, les infirmités de l'âge, un rendement professionnel insuffisant rendent impossible la prolongation de la vie professionnelle : la pension devient alors une pension de retraite* ».

[1656] Les développements qui vont suivre sont inspirés d'un rapport auprès du Conseil de l'Europe, datant de 1989, plus que jamais d'actualité ; Rapport du professeur J. VAN LANGENDONCK, *La flexibilité de l'âge de la retraite*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989, p. 22-27.

de l'âge : la santé et les nécessités du marché du travail. Pour ce qui relève de la justification tenant à la santé, « *il est incontestable pour un grand nombre de travailleurs [qu'] à partir d'un certain âge la continuation du travail, et certainement du travail à temps plein, peut être préjudiciable pour leur santé* »[1657]. Mais comme le souligne un auteur[1658], une telle affirmation se heurtera à une limite, celle de la différence de revenu perçu lors de la vie active et lors de la retraite.

Enfin, la justification relative aux nécessités du marché du travail, comporte une dimension discriminatoire indéniable. Pourtant, nous avons vu précédemment[1659] que les États membres peuvent sous certaines conditions, limiter la poursuite de l'activité professionnelle en ayant recours au critère de l'âge afin de favoriser l'insertion professionnelle des générations plus jeunes[1660]. La poursuite d'un tel objectif accrédite l'idée selon laquelle une mesure organisant l'exclusion de la vie professionnelle peut se fonder sur le critère de l'âge. Néanmoins une telle justification n'a pas d'autres effets que d'entraîner le basculement vers une autre catégorie, celle des inactifs, mais pensionnés. Un auteur conclut d'ailleurs à ce propos qu'« *une telle mesure ne réduit pas le nombre de sans-emplois ; elle n'augmente certainement pas le nombre d'emplois ; elle ne fait que modifier la composition du groupe des travailleurs et de celui des personnes privées d'emploi* »[1661].

398. Cette recherche de la justification à une retraite, synonyme de cessation d'activité, met en lumière la problématique de l'équilibre entre le droit au travail et le droit à la retraite[1662]. En fonction de cette conciliation entre ces deux droits et de la primauté accordée à l'un sur l'autre, le législateur adoptera des mesures en conséquence, favorisant soit le report

---

[1657] J. VAN LANGENDONCK, *ibid.*, n°79, p. 23.

[1658] J. VAN LANGENDONCK, *préc.*

[1659] v. *supra*, n°227 et s.

[1660] Il s'agit d'une solidarité verticale (générationnelle) destinée à « *faciliter l'entrée des jeunes et la sortie des seniors* ». La solidarité horizontale quant à elle, consiste à réduire le volume horaire de travail des actifs et ceux dont l'emploi est menacé ; C. WILLMANN, « Le partage générationnel du travail », *Dr. soc*. 2013, p.530, spéc. n°4.

[1661] J. VAN LANGENDONCK, *préc.* , n°82, p. 24.

[1662] Déjà P. DURAND, in *La politique contemporaine de sécurité sociale*, écrivait en 1953 (*op. cit,* p. 193) : « *Mais l'importance plus ou moins grande du travail pour la collectivité, le rôle social plus ou moins élevé de la profession seront pris en considération si l'on veut octroyer une pension de vieillesse plutôt que de retraite* », ce qui signifie faire primer le rôle le droit au repos du travailleur par le versement d'une pension de vieillesse, plutôt qu'en raison de l'invalidité liée à son seul âge (pension de retraite).

des demandes de liquidation, soit son anticipation. Le juste équilibre siège dans le respect de la volonté de l'individu. Cela impose tout à la fois de respecter sa liberté d'exercer une activité professionnelle tout lui accordant le droit de se retirer, définitivement ou non de la vie active.

L'introduction d'une dose de flexibilité dans l'âge légal de la retraite tend à la réalisation de ce double objectif[1663]. Cette souplesse peut revêtir une double dimension. Elle peut être vers le bas, admettant ainsi le raccourcissement de la durée de la vie active et vers le haut, en acceptant la prolongation de l'activité professionnelle[1664].

Cette souplesse apportée à l'âge légal de la retraite signifie qu'il doit exister des seuils d'âge où l'individu peut liquider sa pension par anticipation. L'assuré peut parfois en payer le prix, résultant de la mise en œuvre d'une mesure destinée à réduire le montant de sa pension. Le droit au travail implique également de rendre l'exercice de cette liberté professionnelle attractif. Le travailleur qui reporte sa demande de liquidation, doit être récompensé en raison de l'effort réalisé. La poursuite de l'activité par un travailleur âgé doit se révéler « payante »,. À défaut, le droit à la retraite exercera un attrait plus conséquent et dans le calcul opposant coût-avantage favorable à la retraite, l'*homo economicus* optera pour la liquidation de sa pension.

Par conséquent, il ne faut pas concevoir la retraite dans son acception ancienne, tirée du vieux français (*retraire, se retirer*). Détachée de cet impératif de rupture de la vie active, la retraite en tant que période de la vie, est synonyme de progrès social, permettant aux pensionnés de demeurer sur le marché du travail, conformément à leur volonté et de se retirer définitivement lorsqu'ils en ressentent personnellement le besoin.

B. La primauté du droit au travail légalement consacrée

399. Le législateur est appelé à intervenir pour introduire davantage de flexibilité. Toutefois, la mesure utilisée par le législateur peut modifier l'objectif poursuivi et faire

[1663] « *En faveur de la flexibilité milite de toute façon l'idée de liberté de décision de la part de l'assuré. Au moment où un jeune travailleur commence sa carrière, il ne peut pas être conscient des conditions dans lesquelles il la terminera. Ces conditions peuvent être telles, qu'il voudra terminer avant la date originellement prévue, ou qu'il désirera la prolonger après cette date. Si le système est à même de satisfaire son désir, il servira mieux son but, qui est d'offrir aux assurés la protection sociale qu'ils désirent* », J. VAN LANGENDONCK, *ibid*., n°176, p. 45

[1664] J. VAN LANGENDONCK, *préc*. , p. 45-46 (n°179).

primer le droit au travail sur le droit à la retraite et inversement. Son action s'effectue directement sur ce qui fonde la pension. Afin de moduler le montant de la pension, il insère au sein même de la règle de calcul des facteurs destinés à modérer ou bonifier le montant de la pension. L'instrument dans la main du législateur se matérialise à travers cette maîtrise de la règle de calcul (1) et son éventuelle minoration (2) ou bonification (3).

1. L'instrument du législateur

400. « *La retraite […] est aujourd'hui le traitement social de la vieillesse et ce traitement a bouleversé et continue de bouleverser le système des transferts sociaux. [...] la vieillesse est l'objet d'un pur transfert des revenus d'une période, le résultat d'un choix politique qui a abouti à la mise en place d'une technique spéciale : l'étalement d'une partie du revenu du travail au-delà de la période d'activité* » [1665]. La pension de vieillesse représente donc un salaire différé, dont le bénéfice est admis postérieurement à la relation de travail. « [*c]e droit au repos acquis par le travail passé et les cotisations consenties* »[1666] est fortement marqué par l'intuitu personae, car le déroulement de la carrière du travailleur produit directement ses effets sur la pension, tout comme le report ou l'anticipation de la demande de liquidation. Pour liquider les droits à pension, les législateurs français et allemand ont introduit au sein même de la règle de calcul, des facteurs permettant de moduler la pension de l'assuré en fonction de l'effort contributif réalisé. Toute la générosité des régimes légaux siège dans cet instrument placé dans la main du législateur. L'objectif poursuivi par l'État membre mis en œuvre par le biais de la politique sociale l'affectera directement tant et si bien que le législateur le façonnera en conséquence.

401. Le droit de la sécurité sociale français prévoit ainsi que l'assuré peut bénéficier d'une retraite à taux plein[1667], s'il comptabilise un certain nombre de trimestres d'assurance validés

[1665] E. ANDREANI, *Les retraites*, éd. Le Découverte, 1986, cité par Bernard COCHEME et Florence LEGROS, *Les retraites. Genèse, acteurs, enjeux*, éd. Armand Colin, 1995, Paris, p. 14.

[1666] Y. HARFF, « Droit au repos et droit au travail, retraite de crise et marginalisation des travailleurs âgés », *op.cit.*, p. 31.

[1667] Taux institué depuis 1982 par la modification de l'article L. 331 ancien du Code de la sécurité sociale. Antérieurement, le législateur ne s'opposait pas à un taux supérieur, lequel pouvait atteindre 100% du salaire annuel de base à condition que l'assuré ait fait le choix de demander la liquidation de sa pension seulement à l'âge de 75 ans et ce, grâce au décret n°72-78. Son article 70 alinéa 2 énonçait qu'à chaque fois que l'assuré

ainsi qu'une condition d'âge. C'est seulement lors du franchissement de ce seuil d'âge d'ouverture des droits, progressivement porté à 62 ans[1668] que l'assuré pourra envisager de demander la liquidation de sa pension. Quelques précisions techniques à propos de cette durée d'assurance s'imposent au préalable. Il convient de ne pas assimiler la durée de l'activité professionnelle et le nombre de trimestres. Certes, une durée d'activité importante favorise l'acquisition des trimestres requis, mais le calcul se révèle plus complexe. En effet, lorsque le législateur français évoque les trimestres cotisés, cela signifie que l'assuré est parvenu par le fruit de son travail à remplir l'exigence liée au Smic horaire[1669]. L'effort contributif de l'assuré transparaît à travers cette condition, car la validation d'un trimestre n'est possible que si l'assuré a perçu un salaire brut annuel représentant au moins deux cents fois le Smic horaire[1670]. Afin de valider deux trimestres, le salaire brut annuel doit être au moins égal à quatre cents fois le Smic horaire. La règle est identique pour la validation de trois trimestres (six cents fois) et quatre trimestres cotisés (huit cents fois). Pour limiter une validation précoce des travailleurs dont le coût horaire est relativement important, ce qui signifierait un effort contributif moindre dans la durée, la sécurité sociale a institué un plafond mensuel du salaire brut mensuel. Ainsi, seule la part inférieure à ce plafond pourra valablement valider un trimestre de cotisation. Une fois ces quatre trimestres cotisés accomplis, la sécurité sociale refuse une validation par anticipation des trimestres de l'année suivante. L'assuré ne peut donc valider que quatre trimestres par an[1671].

---

décidait de reporter d'une année sa demande de liquidation à partir de l'âge de 60 ans, il bénéficiait d'une majoration de 5% du salaire annuel de base.

J. BICHOT, « La retraite entre passé et avenir », *Dr. Soc.* 2010, p.427 ; F. MERCEREAU, « La retraite à 60 ans », *Dr. soc.* 1982, p.460-461.

[1668] CSS art. L.161-17-2.

[1669] CSS art. L. 351-2 (à propos de l'impératif versement de cotisations, 1ère ligne du 1er alinéa).

A propos de la règle de calcul : J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, *op.cit.*, n°795- 813, spéc. n°800-805 ; P.-Y. VERKINDT et E. GRAUJEMAN, *Réforme des retraites et emploi des seniors. Le nouveau droit de la retraite après la loi du 9 novembre* 2010, *op.cit.*, p.40-44 ; J.-P. CHAUCHARD, *Droit de la sécurité sociale*, *op.cit.*, n°470-471, p.381-384.

Destiné à un plus large public : A. DUBREUIL, *Ma retraite, le cahier pratique pour préparer, calculer et compléter votre retraite*, Prat Ed., 2011 (p.40) et le site de l'assurance retraite https://www.lassuranceretraite.fr

[1670] Le projet de loi garantissant l'avenir et la justice des retraites prévoit d'abaisser ce salaire annuel brut à cent cinquante fois le Smic.

[1671] CSS art. R.351-5.

Si le salaire perçu par le salarié à temps partiel est insuffisant pour valider quatre trimestres par an, il a la faculté de demander avec l'accord de son employeur de cotiser comme un salarié à temps complet.

Lors de l'année précédant la liquidation, l'obligation portant sur l'effort contributif du travailleur se renforce. L'assuré qui avait la possibilité de valider quatre trimestres de cotisations en quelques mois au cours de sa vie active, est limité par le nombre de trimestres civils complets effectivement travaillés. La validation de quatre trimestres n'est alors possible qu'en respectant la condition tenant au salaire annuel brut et en ayant une durée d'activité de quatre trimestres complets.

À l'effort contributif de chaque assuré, la solidarité intragénérationnelle prend le relais, en accordant la validation de certains trimestres non cotisés. Ces périodes assimilées[1672] permettent la validation des périodes de maternité, maladie, invalidité permanente et chômage indemnisé. La validation comprend également d'autres éléments tels que les majorations liées à l'arrivée d'un enfant au titre de la maternité, mais aussi de l'éducation, les périodes équivalentes[1673] ainsi que les trimestres rachetés[1674].

402. Cette précision faite, attardons-nous quelques instants sur la règle de calcul, qui constitue l'instrument du législateur pour moduler la pension de l'assuré en fonction de son effort contributif. Pour obtenir la retraite à taux plein, soit à son niveau maximal (50 %), l'assuré en fonction de son année de naissance, doit comptabiliser une durée d'assurance validée (trimestres ou annuités). Une fois atteint le seuil d'âge d'ouverture des droits, l'assuré a la faculté de demander la liquidation de sa pension. La règle mathématique[1675] permettant de

[1672] CSS art. L. 351-3 et R.351-12.

[1673]CSS art. R. 351-4.

Il s'agit de périodes durant lesquelles aucune cotisation n'a été versée alors que la personne exerçait une activité non salariée. Cela concerne les assurés ayant exercés une activité professionnelle ou aide familiale dans le milieu artisan, industriel ou commercial avant le 1er avril 1983 ainsi que l'aide familiale des jeunes âgés de 18 à 21 ans dans le milieu agricole (antérieur au 1er janvier 1976).

[1674] L'article L. 351-14-1 du Code de la sécurité sociale accorde aux assurés la faculté de racheter des trimestres (dans la limite de 12 trimestres) correspondant aux périodes d'études ou bien pour compléter une année civile. Dans cette dernière hypothèse, le salarié n'ayant pas obtenu 4 trimestres au cours d'une année civile, peut racheter des trimestres manquants. Le rachat peut ainsi permettre d'obtenir le nombre de trimestres nécessaires pour aboutir au taux plein ou acquérir corrélativement ce 1er avantage ainsi que la durée d'assurance correspondante pour améliorer la future pension. Le coût du trimestre croît non seulement proportionnellement à l'avancée en âge de l'assuré, mais il dépend en outre du montant du revenu annuel d'activité (3 plafonds).

[1675] L'article L.351-1 alinéa.2 du Code de la sécurité sociale énonce « *Le montant de la pension résulte de l'application au salaire annuel de base d'un taux croissant, jusqu'à un maximum dit " taux plein ", en fonction de la durée d'assurance, dans une limite déterminée, tant dans le régime général que dans un ou plusieurs autres*

calculer le montant de la pension annuelle consiste à multiplier le salaire annuel moyen des vingt-cinq meilleures années avec ce taux de 50 %[1676], le tout multiplié par le rapport entre la durée d'assurance validée de l'assuré et la durée de référence[1677]. Il convient de rappeler que tous les travailleurs obtiennent le taux plein en atteignant le second seuil d'âge édifié par le législateur, celui désigné comme étant l'âge de la retraite à taux plein, qui sera porté progressivement à 67 ans. Mais en atteignant ce second seuil, le travailleur n'est pas assuré d'obtenir une pension mensuelle satisfaisante, car de nombreuses variables peuvent en affecter le montant, notamment le nombre de trimestres validés ou la somme des salaires des vingt cinq meilleures années[1678]…

La carrière du travailleur contribue grandement à la détermination du montant de sa pension et la seule application de la règle de calcul, peut dans certains cas, constituer une sanction. Comme le précise un auteur, « *la loi détermine un niveau de prestation retraite qui est […] proportionnel au niveau du salaire antérieur* »[1679]. Ainsi, le travailleur ayant un parcours professionnel chaotique, se constituera difficilement une pension pour ses vieux jours. Ce constat nous permet de déduire que le législateur détient déjà un instrument fort utile pour moduler la pension en fonction de l'effort contributif de l'assuré.

403. En Allemagne[1680], le régime légal de pension est autre, puisqu'il s'agit d'un régime par points. Durant toute sa vie active, l'assuré peut acquérir un certain nombre points, représentant sa durée d'affiliation[1681]. À l'image de la sécurité sociale française, cette durée

---

régimes obligatoires, ainsi que de celle des périodes reconnues équivalentes, ou en fonction de l'âge auquel est demandée cette liquidation ».

Pour un exemple: A. DUBREUIL, *op.cit*., p.81.

[1676] Le salaire annuel moyen ne saurait être supérieur au plafond arrêté par la sécurité sociale. A titre informatif, celui s'élevait à 37 032 euros au 1er janvier 2013.

[1677] Ce rapport entre la durée d'assurance effectivement validée et celle exigée par le législateur est désigné sous le nom de proratisation. Il permet de saisir la réalité de l'effort contributif de l'assuré, qui est agrémenté des périodes prises en charge par la collectivité (périodes assimilées).

[1678] A défaut de comptabiliser vingt cinq ans de carrière, l'ensemble de l'activité salariée est prise en compte.

[1679] L'auteur en conclut que le salaire est un repère en cas de cessation définitive de l'activité en raison de la liquidation de la pension de retraite ; A. MARTINON, « Le salaire », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Ed. Panthéon Assas, LGDJ, Paris, 2009, p. 182.

[1680] J. KERSCHBAUMER, *op.cit*., p.53-55.

[1681] Signalons que celle-ci peut être obligatoire ou volontaire.

est complétée par des périodes de substitution (ex : poursuite politique en RDA) et d'imputation (grossesse, maladie, chômage, éducation d'un enfant, étude et formation)[1682].

Le point n'est acquis que si la cotisation versée durant l'année représente une année pleine au salaire moyen. Ce salaire annuel moyen est déterminé pour chaque année par le gouvernement fédéral[1683].

L'obtention du point de rémunération (*Entgeltpunkt*) est soumise au rapport entre la rémunération annuelle du salarié et la rémunération annuelle moyenne de l'ensemble des salariés. Dans l'hypothèse d'une rémunération trop faible pour obtenir l'acquisition du point complet, l'assuré en bénéficie au prorata. Mais l'assuré ne peut valider plus de deux points pour une même année, en raison du plafond existant[1684].

La conversion du capital de point en numéraire obéit à une règle de calcul intégrant trois autres facteurs. Le premier d'entre eux est lié à l'âge de l'assuré au jour de sa demande de liquidation. Ce *Zugangsfaktor*[1685] a pour objectif de modifier la date de la demande de liquidation. Si l'assuré atteint l'âge prescrit par le législateur pour obtenir la liquidation de sa pension, ce facteur s'élève à 1. En revanche, une demande anticipée influera de manière négative sur ce facteur. Le second facteur intervenant dans le calcul de la pension est le Rentenfaktor. Il s'agit d'un facteur lié directement à la pension liquidée par l'assuré. Le §67 du SGB VI attribue à chaque pension, un facteur propre[1686]. Enfin, le troisième élément participant à la règle de calcul est la valeur du point au moment de la demande de liquidation.

Pour obtenir le montant de la pension, il suffit de multiplier en premier lieu, la somme des points obtenus (*Entgeltpunkt)* par le facteur lié à l'âge (*Zugangsfaktor*), puis par la valeur du point l'année de la liquidation (*aktueller Rentenwert*), le tout par le facteur propre à la pension liquidée (*Rentenfaktor*) [1687] . Mais le législateur a créé deux autres éléments tendant à moduler

---

[1682] §66 SGB VI ; Source : Deutsche Rentenversicherung

[1683] § 69 SGB VI

L'annexe 1 au SGB VI porte sur le salaire annuel moyen de chaque année, pour l'ensemble des travailleurs.

[1684] L'annexe 2 au SGB VI est relative à ce plafond du salaire annuel moyen, établissant une distinction entre les travailleurs, les employés et les mineurs. Ce plafond de salaire annuel moyen permettant l'obtention du point, est évalué chaque année.

[1685] §77 SGB VI

[1686]Par exemple, il est de 1 pour la pension versée en raison de l'âge, mais également pour l'invalidité totale. En revanche, le taux de la pension pour l'invalidité partielle est seulement de 0,5.

[1687] §67 SGB VI . A titre de rappel, nous avons déjà croisé ce facteur au cours de nos développements dédiés à la promotion de l'épargne individuel dans un cadre collectif (entreprise) ou non ; v. *supra* n°287-288 (à propos de l'indexation des pensions) et n°317 et s.

l'indexation des pensions, le facteur Riester destiné à promouvoir le développement des initiatives individuelles d'épargne subventionnée et celui reposant sur le rapport entre cotisants et pensionnés (*Nachhaltigkeitsfaktor*). L'ensemble de ces éléments tend indéniablement à moduler le niveau de la pension en fonction de l'effort de l'assuré, appelé à poursuivre son activité jusqu'à l'âge légal pour l'obtention de la pension normale, tant dans la durée que la pension sollicitée, et à anticiper sa vieillesse par une épargne essentiellement individuelle[1688]. En outre, le montant de la pension est affecté par ce ratio entre les cotisants et les pensionnés, ce qui signifie que le vieillissement des assurés est intégré au sein même de la règle de calcul.

La règle de calcul allemande représente un instrument très utile pour encadrer les demandes de liquidation et faire ainsi primer le droit au travail sur le droit au repos. Le traitement de la vieillesse par les législateurs français et allemand comportent donc des similitude. Cet objectif transparaît également au sein des dispositifs tendant à garantir le droit à une demande de liquidation anticipée ou une demande reportée.

2. La sanction de l'anticipation de la demande de liquidation

404. La recherche d'un équilibre savamment dosé entre le droit au travail et le droit au repos, conforme à la volonté du travailleur, impose au législateur de maintenir des dispositions admettant la liquidation par anticipation de la pension. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'il renonce à son objectif de tendre vers une promotion de la poursuite de l'activité professionnelle, quitte à modérer les aspirations des assurés à anticipation de la liquidation. D'ailleurs, l'incitation financière constitue un bon moyen de réduire les effets négatifs d'une flexibilité vers le bas[1689]. La promotion de la poursuite d'une activité professionnelle s'accompagne de la condamnation du retrait précoce, par l'instauration d'une pénalité financière[1690]. La décote constitue une mesure destinée à pénaliser les travailleurs

[1688] v . *supra* , n°322 et s.

[1689] Les effets d'une flexibilité vers le bas trop généreuse (soit un accès à une anticipation de la demande de liquidation trop souple) sont multiples : déséquilibre financier, essor des demandes anticipés entraînant un risque de présomption d'incapacité de travail confortée, voire rajeunie….

J. VAN LANGENDONCK, *op.cit.*, n°180, n°195-196.

[1690]P.-Y. VERKINDT et E. GRAUJEMAN, *Réforme des retraites et emploi des seniors. Le nouveau droit de la retraite après la loi du 9 novembre 2010, op.cit.*, p. 32-33.

demandant la liquidation de leur pension, sans remplir les conditions d'assurance requises ou à défaut d'avoir atteint le seuil de l'âge légal de la retraite à taux plein.

405. Cela est notamment le cas du droit positif français[1691]. Le législateur sanctionne le départ en retraite de l'assuré n'ayant pas comptabilisé le nombre de trimestres nécessaires, par le biais d'une décote[1692], représentant une minoration du montant de la retraite définitive. Deux règles de calcul existent pour déterminer le nombre de trimestres manquants et seule la plus avantageuse au profit de l'assuré est retenue. La première règle de calcul consiste à retenir le nombre de trimestres séparant l'âge de retraite à taux plein et l'âge au moment de la demande de liquidation de la pension. La seconde option privilégie le calcul de la décote en fonction du nombre de trimestres nécessaires pour obtenir une pension à taux plein.

Le résultat de cette équation est multiplié par un coefficient de minoration, fixé pour chaque génération en fonction de son année de naissance, ce qui aboutit au taux de décote, déduit ensuite du taux de liquidation à taux plein (50 %). Une fois le taux de liquidation diminué obtenu, la règle classique de calcul du montant de la pension s'applique. Le taux de liquidation minoré est multiplié par la moyenne des salaires des vingt-cinq meilleures années.

Soucieux d'encadrer le jeu de la décote, le législateur a posé des limites à la minoration du taux. Ainsi, le taux appliqué au salaire annuel minimum pour les générations nées en 1952 ne peut être inférieur à 37.5 %. Pour les générations postérieures, le coefficient de minoration par trimestre (de 0.625) ne peut aboutir à un taux inférieur à 37.5 % du salaire annuel moyen.

L'application de ce coefficient de minoration par trimestres peut sévèrement amputer le montant de la pension, dont le calcul se révèle définitif. Il est en effet impossible pour l'assuré ayant décidé de liquider par anticipation sa pension d'obtenir une revalorisation en influant sur le nombre de trimestres. La liquidation est définitive.

406. Le législateur allemand s'est également épris de cette sanction financière des demandes de liquidation anticipée. Cela s'est traduit par l'introduction du mécanisme de la

[1691] Instauré par le décret n°85-1353 du 17 décembre 1985 relatif au Code de la sécurité sociale (*JORF* du 21 décembre 1985, p.14961), l'article R. 351-27 C.SS. a été modifié à de nombreuses reprises. Sa rédaction actuelle est sous l'empire du décret n°2011-620 du 31 mai 2011 relatif à l'âge d'attribution d'une pension de retraite à taux plein (*JORF* du 2 juin 2011, p.9566).

[1692] L'article R. 351-27 du Code de la sécurité sociale présente les coefficients de minoration par année de naissance. Il faut souligner que le législateur a adouci cette sanction financière, puisque la génération née antérieurement à l'année 1944 pouvait être pénalisée à hauteur de 2.5 % par trimestre.

décote par le biais de la loi du 20 avril 2007[1693]. Cette incitation au report de la demande de liquidation s'adresse aux assurés remplissant les conditions leur permettant de bénéficier de la *Altersrente für langjährig Versicherte*, (les assurés de longue durée). En comptabilisant une durée d'assurance de 35 années, l'assuré a la faculté de demander la liquidation dès l'âge de 63 ans. Cette demande de liquidation anticipée par rapport à l'âge légal entraîne l'application d'une décote de 3,6 % par année, soit 0 ,3 % par mois d'anticipation[1694]. Cette décote peut atteindre 14,4 %, si l'assuré né en 1966 décide de se retirer à l'âge de 63 ans en 2029 au lieu d'attendre d'atteindre le seuil des 67 ans exigé par le législateur (soit en 2033).

Les autres dispositifs accordant la faculté d'une demande anticipée de liquidation en dérogation à la pension normale (*Regelaltersrente*) ont également été victimes de cette promotion du report de la demande de liquidation. Il en est ainsi pour toutes les demandes de liquidation anticipée d'une pension pour les personnes gravement handicapées (*Altersrente für schwerbehinderte Menschen*). Pourtant le législateur admettait jusqu'en 2012, les demandes de liquidation à partir de 63 ans sans minoration. En 2022, cet âge dérogatoire atteindra 64 ans et s'adressera pour la première fois à la génération née en 1958.

Le législateur a retenu une règle identique pour la rente pour diminution de la capacité de gain (*Erwerbsminderungsrenten)*[1695]. Simple faculté, les demandes de liquidation anticipée sont sanctionnées par une réduction (*Rentenabchlag*).

Ce relèvement concerne également la pension de vieillesse pour les femmes nées avant 1952 (*Altersrente für Frauen[1696]*). Bien que le législateur leur offre la faculté de demander la liquidation de leur pension dès l'âge de 60 ans, le seuil d'âge de liquidation de la pension ayant été déplacé à 65 ans, les intéressées font l'objet d'une pénalité financière si elles décident de mettre en œuvre la liquidation de la pension à l'âge de 60 ans. La décote s'élève à 0,3% par mois d'anticipation. Il en est de même pour les pensions pour cause de chômage ou de travail à temps partiel en amont de la retraite (*Altersrente bei Arbeitslosigkeit oder nach Altersteilzeit[1697]*). La liquidation se révèle possible dès 63 ans en 2012 (60 ans

[1693] *Gesetz zur Anpassung der Regelaltersgrenze an die demographische Entwicklung und zur Stärkung der Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz)* du 20 avril 2007 (*BGBl.*, I, p. 554)

[1694] §77, AL. 1 et 2, a SGB

[1695] §43 SGB VI.

[1696] §237 a SGB VI

[1697] §237 SGB VI

antérieurement), ce qui représente deux ans d'anticipation (65 ans), mais la pension de l'assuré est affectée d'une décote de 7,2%.

La minoration produit des effets importants sur le montant de la pension[1698].

407. L'encadrement de la flexibilité vers le bas s'est également manifesté dans d'autres États membres, parfois vers un durcissement, voire un refus. Il en est ainsi du Royaume-Uni. La décision du travailleur d'opter pour un départ anticipé est admise, mais cela n'entraîne pas le bénéfice de la pension de base. L'assuré ne pourra en obtenir le versement qu'à l'âge légal de la retraite, soit 65 ans. Le défaut de décote est pallié par la sanction pesant sur le montant même de la pension, puisque l'assuré comptabilisera moins de *qualifing years*, taxe payée au *National Insurance Contribution.* Parallèlement, les autres piliers sont également touchés, diminuant la *personal pension, stakeholder pension or occupational* (retraite complémentaire privée personnelle), en raison du nombre moindre d'années d'assurance.

Mais le défaut de décote ne signifie pas corrélativement absence de flexibilité vers le bas, comme l'illustre le régime légal suédois. La spécificité de ce régime reposant sur une accumulation des cotisations sur un compte personnel, constitue à elle-seule une incitation financière. L'assuré est libre de tendre vers l'amélioration de cette somme en demeurant actif.

La flexibilité de l'âge de la retraite accordant la liberté de choix à l'assuré dans sa demande de liquidation reflète les exigences des législateurs français et allemand. L'assuré se voit certes offrir la faculté de demander la liquidation de sa pension lorsqu'il atteint l'âge d'ouverture des droits (France) ou remplit la condition tenant à la durée d'assurance (Allemagne), mais il doit en payer le prix. Ce coût financier peut d'ailleurs se révéler onéreux et dommageable sur le montant de sa pension.

3. L'incitation à l'ajournement de la demande de liquidation

408. Parallèlement, les législateurs ont mis en place des dispositifs destinés non seulement à différer le jour de la demande de liquidation de la pension, mais également à accroître la durée d'activité dans le cycle de vie. Cette promotion de la prolongation de la vie active est

[1698] Le niveau de la pension est réduit en conséquence. Par exemple, un assuré né en 1958, comptabilisant 35 années d'assurance, a la faculté de demander la liquidation de sa pension à l'âge de 63 ans (en 2021), ce qui représente un gain de quatre années (soit en 2025). Mais sa pension fera l'objet d'une décote importante, puisqu'elle sera minorée par un taux de 14,4 %.

une manifestation de la flexibilité vers le haut[1699]. Cela a notamment été mis en œuvre en France. Le législateur a institué en 2003[1700], une faculté offerte aux futurs pensionnés, d'accroître le niveau de leur pension[1701]. Les bénéficiaires éventuels ne sont pas seulement les travailleurs ayant atteint l'âge légal de la retraite à taux plein, mais aussi ceux remplissant les conditions d'assurance avant cet âge, c'est-à-dire ceux ayant atteint l'âge légal d'ouverture des droits. Ce dispositif incitant au report de la demande de liquidation au profit de la poursuite de l'activité se prénomme la surcote[1702]. Cette incitation est financière, puisqu'elle consiste à majorer la pension par l'application d'un supplément au taux plein.

Lors de son élaboration, le législateur avait fait le choix d'instituer plusieurs seuils[1703], lesquels représentaient des incitations plus ou moins convaincantes[1704] de différer les demandes de liquidation. Ce taux se révélait distinct en fonction de deux facteurs. Il pouvait varier selon la date d'effet de la pension mais également en fonction durant lesquels l'assuré avait exercé son activité. L'incitation était considéré moins attractive, puisque chaque trimestre accompli entre le 1er janvier 2004 et 31 décembre 2008 était majoré de 0,75 % (de 1 à 4), puis de 1% au-delà de quatre trimestres. Après 65 ans, la majoration était de 1,25 % pour chaque trimestre[1705]. Depuis le 1er janvier 2009[1706], seul le taux unique de 1,25% subsiste.

[1699] La mise en œuvre de cette disposition répond bien souvent à un objectif de protection du système de sécurité sociale ; J. VAN LANGENDONCK, *op.cit.*, n°183, p. 46.

[1700] Création de l'article L.351-1 -2 du Code de la sécurité sociale par l'article 25 de la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, *JORF* 22 août 2003, p. 14310 ; Documents de travail du COR, réunion du Conseil du 26 janvier 2011, *prolongation d'activité, liberté de choix et neutralité actuarielle : décote, surcote et cumul emploi retraite* (not. les documents 2 et 11) disponible sur le site du COR.

[1701] L'alinéa 1 de l'article L. 351-1-2 du Code de la sécurité sociale dispose que : « *La durée d'assurance ayant donné lieu à cotisations à la charge de l'assuré accomplie après l'âge prévu au premier alinéa de l'article L. 351-1 et au-delà de la limite mentionnée au deuxième alinéa du même article donne lieu à une majoration de la pension dans des conditions fixées par décret* ».

[1702]Sur ce point, voir le site du Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, fiche pratique retraite, la surcote.

[1703] CSS art. D. 351-1-4.

[1704]En 2005, seulement 5% d'assurés avaient souhaité bénéficier de ce dispositif. En 2007, ils n'étaient que 7,6%. C. ALBERT, N. GRAVE, J.-B. OLIVEAU soulevaient l'éventualité d'un effet d'aubaine et en concluaient qu' « *il semblerait que la surcote n'ait engendré aucune modification de comportement en matière d'activité* ». Seul le temps (un ou deux ans) peut permettre d'affirmer ce constat, *in* « Surcote : les raisons d'un échec relatif », *Retraite et Société* 2008/2, n°54, p.33-63.

[1705] Il faut relever que dans sa première version, l'ancien article D.351-1-4 du Code de la sécurité sociale ne prévoyait qu'une majoration de 0.75 % par trimestre. Le législateur a valorisé le montant de la majoration en créant plusieurs taux, applicable dès le 1er janvier 2004 par l'article 1 du décret n° 2006-1611 du 15 décembre

La réforme de 2010[1707] apporte également une modification à ce dispositif depuis le 1er juillet 2011. Étant donné que cela concerne chaque trimestre d'assurance accompli après l'âge d'ouverture des droits à pension, sous réserve de comptabiliser la durée d'assurance nécessaire pour obtenir une pension à taux plein, le relèvement de l'âge de la retraite ainsi que la hausse du nombre de trimestres génèrent par la même occasion une augmentation de l'âge des potentiels bénéficiaires de la surcote.

Ce dispositif connaît actuellement un succès grandissant[1708], car la poursuite de l'activité par l'assuré ayant déjà atteint le taux plein se trouve récompensée par une majoration plus attractive. En 2009, près de 12,6% des retraités de droit direct bénéficiaient d'une majoration, bien souvent d'un trimestre[1709].

409. Cette incitation financière est également apparue dans la législation sociale allemande[1710]. Une majoration de la pension de 0,5 % s'applique par mois de report. Le mécanisme n'est mis en œuvre qu'à partir de l'âge de départ en retraite, lequel diffère en fonction de l'année de naissance. Cette majoration est additionnée au coefficient de la pension (*Zugangsfaktor*), lequel s'élève à 1 lorsque l'assuré atteint l'âge de la retraite, qui culminera à 67 ans en 2029. En poursuivant son activité professionnelle jusqu'à 70 ans, cela fait un total de cinq années, soit 60 mois, ce qui représente une majoration de 0,3 à ajouter au facteur 1 (obtenu du fait de l'âge). En revanche, en 2029, la majoration se révèlera plus faible, puisque seulement 36 mois se seront écoulés entre l'âge légal de la retraite (67 ans) et la demande de

---

2006 relatif à la surcote applicable à la pension de retraite dans les régimes d'assurance vieillesse des salariés, des salariés agricoles, des travailleurs non salariés des professions artisanales, industrielles, commerciales et agricoles (*JORF* du 17 décembre 2006, p.19053).

[1706]Modifié par l'article 5 du décret n° 2008-1509 du 30 décembre 2008 portant diverses dispositions relatives à l'assurance vieillesse, *JORF* du 31 décembre 2008, p.20662

[1707] Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, *op. cit.* et son décret n° 2010-1734 du 30 décembre 2010 relatif à l'âge d'ouverture du droit à pension de retraite et portant application des articles 17, 20 (III) et 21 (III) de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, *JORF* du 31 décembre 2010, p.23496.

[1708] Pour reprendre les propos de Samia BENALLAH, « La surcote : premiers éléments de bilan d'une mesure emblématique de la réforme des retraites de 2003 », *Retraite et Société* 2011/1, n°60, p.43-67.

[1709] Mme BENALLAH n'écarte toutefois pas l'hypothèse d'un effet d'aubaine (p. 52), mais elle souligne que ce dispositif a certainement contribué au report de la demande de liquidation. En effet, l'âge moyen de liquidation de la pension a augmenté, passant de 60,56 à 60,9 (*préc.*, p. 58).

[1710] Dispositif adopté en même temps que la pénalisation financière à l'encontre des demandes anticipées (§77Abs. 2b).

liquidation (70 ans). La surcote se révélera moins attractive, puisque le complément s'additionnant au *Zugangsfaktor* ne sera que de 0, 18.

Dans les autres États membres, l'incitation financière à la poursuite de l'activité s'est également développée. Inexistante dans le régime légal suédois[1711], le Royaume-Uni a retenu ce mécanisme mettant en œuvre une flexibilité vers le haut. Le report de la demande du versement de la pension d'État (*Basic State Pension*) permet de bénéficier de l'*Extra State Pension*[1712], sous réserve d'un report de la demande d'au moins cinq semaines. En reportant ainsi sa demande de cinq semaines à chaque fois, la pension de base augmente de 1 %, soit 10,4 % pour une année complète. Considéré comme un revenu, elle a pour inconvénient de réduire conséquemment certaines aides accordées par l'État, tout offrant au-delà de 65 ans, des avantages fiscaux et sociaux.

Afin de promouvoir conjointement le report des demandes de liquidation et le développement de la durée d'activité dans le cycle de vie, les législateurs se sont emparés de deux mécanismes destinés à privilégier l'adoption de certains comportements par les assurés. En pénalisant financièrement les assurés pressés de liquider leur pension, tout en récompensant les plus zélés d'entre eux, décidés à ne pas renoncer de sitôt à la vie active (et certainement pas aux lendemains de leur entrée dans la vieillesse), ils ont permis d'accroître les effets des relèvements des âges de la retraite, tout en lui apportant une certaine flexibilité. Néanmoins l'étude de ces dispositifs et celui de la règle de calcul nous montrent que les législateurs des différents États membres accordent la primauté au droit au travail sur droit à la retraite. D'ailleurs cet équilibre retenu en faveur du droit au travail, produit également ses effets sur les régimes dérogatoires au régime légal de pension.

§2. L'encadrement des régimes dérogatoires

410. Malgré le durcissement des paramètres conditionnant les demandes de liquidation de la pension du régime légal de pension, les législateurs conservent des portes de sortie anticipée, lesquelles font l'objet d'un encadrement plus strict afin de s'adresser uniquement aux cibles auxquelles elles étaient destinées. En conservant ces dispositions dérogatoires, les législateurs apportent davantage de flexibilité face à la rigidité de l'institution d'un même âge

[1711] Le régime suédois de sécurité sociale, sur le site du Centre des Liaisons Européennes et Internationales de sécurité sociale : http://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_suede.html

[1712] A ce propos : http://www.direct.gov.uk/en/Pensionsandretirementplanning/StatePension/DG_179966

légal de la retraite pour tous. Si diverses justifications peuvent motiver le maintien de ces pensions spéciales, telles que la durée de la carrière, l'invalidité ou le handicap, l'existence de certains régimes a été remise en cause au nom de la primauté accordée au droit au travail. C'est ainsi que les législateurs ont effectué une sélection entre les régimes dérogatoires dont la pertinence n'est pas à discuter (A) et ceux, dont la légitimité est plus que controversée (B).

A. Le maintien des régimes dérogatoires justifiés.

411. En matière de vieillesse, l'existence de certains régimes admettant une demande de liquidation anticipée, doivent nécessairement reposer sur une assise solide. Parmi les justifications possibles, il convient de rappeler que le critère de l'âge constitue un instrument au soutien du principe de la dignité humaine au travail. La mise en place d'un dispositif destiné à protéger la dignité humaine du travailleur ayant une durée particulièrement longue de la vie active est alors fondée. Ce dispositif peut se matérialiser à travers l'instauration d'un régime spécifique et par conséquent, dérogatoire au régime légal de pension. Une telle création doit être considérée comme un assouplissement à l'âge légal de la retraite, admettant ainsi une demande anticipée de liquidation. L'avènement et le maintien de ces régimes dérogatoires, demeurent strictement encadrés et si les législateurs admettent l'existence de dispositions en faveur des assurés ayant une longue carrière (1), ou en raison du handicap, voire de l'invalidité (2), ils n'en omettent pas pour autant la primauté du droit au travail.

1. Les longues carrières.

412. En France, ce fondement a permis de justifier l'avènement et le maintien des dispositions spécifiquement dédiées aux assurés ayant une longue carrière. Instauré depuis la loi n°2003-775 et expressément par le décret n°2003-1036[1713], le dispositif s'adresse à l'assuré ayant débuté jeune une activité professionnelle et réunissant une importante durée

[1713] Décret n°2003-1036 du 30 octobre 2003 relatif à l'abaissement de l'âge de la retraite pour les assurés ayant commencé à travailler jeunes et eu une longue carrière, *JORF* du 31 octobre 2003 p.18601.
X. PRETOT, « Assurance vieillesse : les conditions d'ouverture des droits à pension au titre des carrières longues », *Dr. Soc.* 2010, p.269-273, à propos de l'arrêt de la 2ème chambre civile du 7 octobre 2010 dont le cœur du litige portait sur le nombre de trimestres nécessaires afin de bénéficier de ce dispositif. La Chambre a retenu l'application des dispositions en vigueur à l'instant où l'assuré atteint l'âge permettant de bénéficier de la dérogation. Sur ce point : T. TAURAN, « Mise en œuvre du dispositif carrière longue », *JCP S* 2010, 1490.

d'assurance[1714]. Antérieurement à 2003, un tel assuré n'avait d'autres choix que d'atteindre l'âge d'ouverture des droits, sans pour autant bénéficier d'un quelconque avantage du fait de sa longue durée d'assurance en raison de l'absence de surcote... L'assuré pouvait dépasser la durée d'assurance requise pour obtenir le taux plein, sans pour autant avoir atteint l'âge d'ouverture des droits, lui refusant une anticipation de la demande de liquidation de sa pension. En outre, la poursuite de l'activité au-delà de 60 ans n'apportait aucun avantage financier.

En 2003, le législateur créa cette faculté de liquider par anticipation la pension avant l'âge légal d'ouverture des droits[1715]. Offerte aux assurés parvenus au taux plein (du fait de la durée d'assurance) et dont l'activité professionnelle a débuté avant leurs 17 ans, ce dispositif exigeait de nombreuses conditions liées à l'âge de la demande de liquidation. L'assuré ayant commencé une activité avant ses 16 ans, devait réunir une certaine durée d'assurance cotisée, majorée de huit trimestres pour demander la liquidation de sa pension dès 56 ans. Un report de deux ans réduisait cette majoration de trimestres (quatre seulement). À défaut de remplir cette condition relative à la majoration de la durée d'assurance, l'assuré ayant débuté une activité professionnelle avant ses 17 ans, se voyait offrir la faculté de liquider sa pension à partir de 59 ans[1716].

La validation des trimestres était soumise à des règles strictes. Les trimestres assimilés étaient encadrés[1717], tout comme la durée d'activité pendant leur minorité. En effet, l'ancien article D. 351-1-3 du Code de la sécurité sociale restreignait l'accès de ce dispositif en imposant aux bénéficiaires l'accomplissement d'une certaine durée d'activité lors de leur jeunesse. Il énonçait qu'« *une durée d'assurance d'au moins 5 trimestres à la fin de l'année au cours de laquelle est survenu, respectivement, leur seizième ou leur dix-septième anniversaire* [1718]». Le législateur français avait en outre prévu que l'assuré ayant débuté une activité professionnelle avant 16 ans, se voyait offrir la faculté de demander la liquidation de sa pension dès l'âge de 56 ans sous réserve de comptabiliser 168 trimestres dont cinq acquis antérieurement au seuil des 16 ans.

[1714] Le décret accordait cette faculté non seulement aux assurés du régime général, aux salariés agricoles ainsi qu'à ceux des régimes alignés (artisan, commerçant), mais également aux travailleurs non salariés (professions libérales, agricoles, artisanales, industrielle) ainsi que les avocats.

[1715] P.-Y. VERKINDT, E. GRAUJEMAN, *Réforme des retraites et emploi des seniors*, 2e éd., *op.cit.*, p. 36-44

[1716] CSS art. D.351-1-1 ancien.

[1717] CSS art. D. 351-1-2 ancien.

[1718]Seuls quatre trimestres étaient exigés pour les assurés nés au cours du quatrième trimestre.

Si le champ d'application personnel de ce dispositif a été élargi en 2010[1719], l'effort de l'assuré est resté conséquent. Les assurés sont toujours soumis aux conditions tenant à l'âge d'entrée dans la vie active et à la durée minimale de cotisations avant 18 ans et celui de majoration de trimestres.

Le champ d'application personnel a été élargi en 2012[1720] en faveur à 60 ans des assurés ayant débuté une activité avant l'âge de 20 ans[1721]. L'article D.351-1-1 du Code de sécurité sociale nouvellement rédigé, accorde aux assurés du régime général la faculté de liquider par anticipation leur pension, entre 56 et 60 ans, sous réserve de satisfaire les conditions tenant à la durée d'assurance et d'âge d'entrée dans la vie active (entre 18 et 20 ans)[1722].

Le législateur français reconnaît ainsi le nécessaire maintien de ce régime dérogatoire, mettant ainsi en œuvre une flexibilité de l'âge légal de la retraite en faveur de l'anticipation de la demande de liquidation de la pension. Mais cette faculté n'est offerte qu'aux assurés ayant accompli un effort contributif conséquent, insérés précocement (avant le seuil de la majorité) ou relativement tôt (postérieurement à l'âge de la majorité). Si un tel dispositif se révèle indispensable pour respecter la volonté des assurés disposant d'une durée particulièrement longue d'assurance, la mise en œuvre dans l'avenir d'un tel régime s'avèrera particulièrement difficile pour les travailleurs ayant débuté précocement leur vie active, mais dont le cycle de vie professionnel sera tumultueux[1723].

[1719]Décret n° 2010-1734 du 30 décembre 2010 relatif à l'âge d'ouverture du droit à pension de retraite et portant application des articles 17, 20 (III) et 21 (III) de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, *JORF* du 31 décembre 2010, p. 23496.

Il est ouvert aux assurés des régimes alignés (salariés agricoles, artisans, commerçants), les travailleurs non salariés agricoles, les professions libérales ainsi que les avocats…

[1720] Décret n° 2012-847 du 2 juillet 2012 relatif à l'âge d'ouverture du droit à pension de vieillesse, *JORF* du 3 juillet 2012, p.10896 ; M. DEL SOL, « Le décret sur la retraite anticipée pour "carrière longue" : une vraie réforme... mais pas celle du retour à la retraite à 60 ans », *Lexbase Hebdo éd. sociale*, n°495, 26 juillet 2012, n° 495 ; T. TAURAN, « Le retour partiel à la retraite à 60 ans dans le cadre du dispositif carrière longue », *JCP S* 2012, act. 337.

[1721]Incluant en outre les assurés du régime de la fonction publique de l'État, ceux des régimes de retraite des fonctionnaires territoriaux et hospitaliers et des ouvriers de l'État...

[1722] Art. D. 351-1-3 C.SS.

[1723] Dont sont souvent victimes les femmes… Le régime dérogatoire privilégie en effet le modèle de la carrière complète, modèle par essence masculin ; M. DEL SOL, *préc*.

413. Ce dispositif existe également en Allemagne. Comme nous l'avons mentionné précédemment[1724], il y a en premier lieu, la pension versée aux assurés de longue date (*Altersrente für langjährig Versicherte*). Ce mécanisme accorde aux assurés, la faculté de liquider de manière anticipée leur pension sous réserve de comptabiliser une certaine durée d'affiliation (35 années). Cependant l'inconvénient majeur de cette pension réside dans le relèvement de l'âge de liquidation opéré par le législateur en 2001 et en 2007, ce qui signifie l'entrée en jeu de la sanction financière précédemment exposée.

La seconde porte de sortie anticipée s'adresse aux assurés de particulièrement longue durée (*Altersrente für besonders langjährig Versicherte*)[1725]. Contrairement aux assurés disposant d'une durée d'affiliation simplement conséquente, ces éventuels bénéficiaires échappent à la sanction financière. En réunissant 45 années de filiation, la liquidation prématurée de la pension devient possible dès l'âge de 65 ans. La durée d'assurance est appréciée strictement, car les cotisations versées lors des périodes de chômage ou celles versées à titre volontaire sont exclues du décompte. Le législateur admet seulement à certains assurés la faculté de demander la liquidation deux années avant le seuil d'âge légal de liquidation de la pension normale, lequel atteindra 67 en 2029. Ouvert dès 2012, ce dispositif permettra à un assuré né en 1964, ayant débuté une activité professionnelle avant l'âge de 20 ans et comptabilisant 45 années de cotisations essentiellement par son emploi, de demander la liquidation à 65 ans en 2029.

Les législateurs allemand et français ont ainsi manifesté leur volonté de conserver cette dérogation au régime commun de pension de base. Ces dispositions spécifiques font l'objet d'un encadrement sévère, lequel évitera d'anéantir les efforts législatifs en cours, confortant conséquemment l'équilibre en faveur du droit au travail.

2. L'invalidité et le handicap

414. Parmi les régimes dérogatoires légitimes, figure celui tenant à l'invalidité[1726]. Cette dérogation est ancienne. À l'origine, dans le régime légal mis en place par le chancelier BISMARCK, le bénéfice de la pension était accordé aux travailleurs affectés par l'invalidité,

[1724] v. *supra*, n° 360 et s.

[1725] §38 SGB VI

[1726] L'invalidité n'existe pas en droit allemand (*Invalidität*). Malgré tout, les allemands emploient dans le langage courant un terme proche, *Invalidenrente* pour désigner cette pension. Cette dérogation est liée à la diminution de la capacité de gain.; O. KAUFMANN, *Wörterbuch…,op.cit.*

laquelle était appréciée et mesurée. Le critère de l'âge (70 ans) n'était que la reconnaissance d'un état d'invalidité survenant en raison de l'état de vieillesse du travailleur. L'âge n'était qu'une autre manifestation de l'invalidité, qui amenait ces travailleurs à être exclus du monde du travail, les privant ainsi ou minorant (seulement) leur capacité de se procurer les gains nécessaires à leur existence[1727]. En demandant le bénéfice d'une pension en raison de sa seule invalidité, l'assuré était considéré comme victime précocement de ce qui serait survenu de manière programmée, lors de ses 70 printemps.

De nos jours, l'invalidité constitue toujours une porte de sortie anticipée du monde du travail. La seule différence avec le système originel, réside dans le fait que les demandes de liquidation de la pension au titre de l'invalidité sont encadrées et donc contrôlées par une mesure d'âge. En deçà de ce seuil, il est impossible d'envisager un tel souhait. Si l'assuré désire utiliser son âge pour demander sa liquidation, il n'aura d'autre choix, comme à l'origine, de prendre son mal en patience en atteignant l'âge requis. La demande de liquidation anticipée en raison de l'invalidité constitue donc un vestige du passé. Ce motif justifiant un départ en retraite anticipée est une spécificité allemande, absente en droit français de la sécurité sociale. L'assurance sociale allemande (*DeutscheRentenversicherung*) comprend deux branches. Il y a ainsi celle dédié à la vieillesse (*Altersrentenversicherung*) et celle relative à la diminution de la capacité de gain (*Ewerbsminderungsrente*).

Ce n'est pas le cas en France où les prestations liées à l'invalidité sont délivrées par la branche assurance maladie de la sécurité sociale[1728].

L'assuré affecté d'une invalidité[1729], peut bénéficier d'une rente pour diminution de la capacité de gain (*Erwerbminderungsrenten)*[1730] sous réserve de respecter des conditions d'affiliation[1731] et d'inaptitude[1732]. Le bénéfice de cette pension tendant à amoindrir la

---

[1727] « *Retraités de fait du marché du travail, il ne faut que leur reconnaître le statut de retraités de droit* », J. VAN LANGENDONCK, in *La flexibilité de l'âge de la retraite*, *op.cit.*, n°150, p. 39. L'auteur ajoute cyniquement que « *L'État ou la sécurité sociale peut même espérer réaliser des économies, dans la mesure où la pension de retraite des intéressés sera moins élevé que leur indemnité d'incapacité de travail* ».

[1728] La pension invalidité est versée par la Caisse Primaire d'Assurance Maladie. Elle ne concerne que les travailleurs âgés de moins de 60 ans, ayant une capacité de travail réduite (2/3), ayant au cours des 12 derniers mois effectué au moins 800 heures de travail salarié et versé des cotisations.

[1729] §9 SGB VI ; Il existe des avantages pour des services de réadaptation spécialisée. L'objectif est d'éviter une sortie anticipée de la vie active, tout en affrontant sa maladie par exemple (Rehabilitation).

[1730] §43 SGB VI.

[1731] L'assuré doit avoir une durée d'assurance s'élevant à trois années sur les cinq années précédant la survenance de son invalidité (§43 SGB VI).

diminution des gains (corrélative à la diminution de la durée de travail) est limité par un critère d'âge. Le législateur a d'ailleurs mis en œuvre le déplacement du curseur à deux années supplémentaires, offrant à l'assuré la faculté d'en demander le bénéfice qu'à l'âge de 65 ans à partir de 2024. Les départs anticipés demeurent une éventualité particulièrement coûteuse, en raison de l'application d'une sanction financière s'élevant à 3,6 % pour une anticipation d'une année sur l'âge légal de la retraite, 7,2 % pour un demande formulée deux années avant cet âge et 10,8% pour un départ anticipé de trois années (soit 62 ans).

Le régime dérogatoire pour les travailleurs handicapés obéit à une logique similaire. Le travailleur handicapé déjà exposé à des difficultés en matière d'insertion professionnelle et de maintien dans l'emploi, tout au long de toute sa vie active[1733], peut être en effet victime d'une exclusion plus forte encore en raison de son âge. Ces difficultés ainsi que son affection existante, permettent d'admettre le maintien de ce régime dérogatoire parmi ceux considérés comme légitimes. Toutefois ce maintien du régime ne signifie pas pour autant que le législateur omet d'assurer la préservation de son objectif de privilégier le droit au travail sur le droit au repos.

415 . Cela apparaît très distinctement dans la législation sociale allemande, qui a conservé ce régime dérogatoire s'adressant aux personnes gravement handicapées (*Altersrente für schwerbehinderte Menschen*). Cette catégorie de travailleurs a la faculté de bénéficier d'une liquidation par anticipation de leur pension, les libérant ainsi de la contrainte de l'âge légal de la retraite de la pension de base, applicable à l'ensemble des travailleurs. Par le passé, l'âge de la retraite s'élevait à 63 ans et ne comportait aucune minoration. Le handicap constituait donc un autre fondement possible de la demande de liquidation de la pension. De nos jours, cet âge a aussi fait l'objet d'un report progressif et il atteindra 65 en 2029[1734]. Simple faculté offerte

---

[1732] Deux hypothèses sont distinguées : l'invalidité partielle due à la maladie ou le handicap et dont la durée journalière de travail est comprise entre trois à six heures et l'inaptitude complète où le travailleur a une durée d'activité inférieure à trois heures journalières.

[1733] Cela se manifeste à travers les très nombreuses dispositions retenues par le législateur français en faveur des travailleurs handicapés, notamment l'obligation d'emploi en fonction de l'effectif de l'entreprise, imposée à l'employeur (C. trav. art. L. 5212-13).

v. aussi : J.-P. LHERNOULD, « Les handicapés placés dans un centre d'aide par le travail ont-ils droit au congé payé ? », *Dr. soc.* 2013, p. 656 (note à propos de l'arrêt de la Chambre sociale du 29 mai 2013).

[1734] Source : Deustche Rentenversicherung.

au travailleur lourdement handicapé, son exercice se révèle particulièrement sévère, puisque la pension est directement affectée par un taux de minoration de 10,8 %.

Le législateur fait preuve d'une certaine sévérité à l'égard de ces travailleurs, toujours dans la perspective de privilégier le maintien dans l'activité sur les demandes de liquidation anticipée.

416. En revanche, le législateur français est plus généreux à l'égard des travailleurs affligés d'une telle affection. La législation sociale française[1735] a en effet conservé cette faculté de demander la liquidation anticipée de leur pension dès l'âge de 55 ans en bénéficiant du taux plein[1736]. Sa mise en œuvre est soumise à un ensemble de conditions, dont la première porte sur le handicap. L'assuré doit être affecté par un certain taux d'incapacité permanente s'élevant au moins à 80 %, ou d'un handicap de niveau comparable. Le champ d'application personnel a étendu par la loi n°2010-1330[1737], intégrant ainsi les assurés dont le statut de travailleur handicapé[1738] a été reconnu[1739]. L'extension du champ personnel s'est d'ailleurs poursuivie, car il est dorénavant possible pour un travailleur indépendant de demander la liquidation anticipée de leur pension vieillesse en raison de leur handicap, comme le prévoit l'article L. 634-3-3 du Code de la sécurité sociale[1740].

À cette condition tenant au handicap, le législateur impose le respect de deux autres conditions liées à la durée d'assurance. Une certaine durée d'assurance est exigée, tout

[1735] Ce dispositif dérogatoire a été codifié par l'article 24 de la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites 1 (*JORF* du 22 août 2003, p.14310).

[1736] C'est ce qu'il faut en déduire de la lecture combinée des articles L. 351-1 (alinéa 1er), L. 351-1-3 et D. 351-1-5 du Code de la sécurité sociale.

[1737] Article 97 de la loi ; T. TAURAN, « LFSS pour 2012 : mesures portant sur l'assurance vieillesse », *JCP S* 2012, 1016 (n°11).

[1738]Selon l'article L. 5213-1 du Code du Travail, « *Est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique* ».

[1739]Cela relève de la compétence de la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, comme l'énonce l'article L. 5213-2 du Code du travail.

[1740] A titre informatif, il convient de noter que le législateur a pris le soin d'étendre l'accès à ce dispositif à l'ensemble des fonctionnaires par le biais de l'article 126 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique (1)(*JORF* du 13 mars 2012, p.4498). Ses dispositions ont été ensuite précisées par le décret d'application n°2012-1060 du 18 septembre 2012 (*JORF* du 19 septembre 2012, texte n°25).

comme le versement pendant une période déterminée des cotisations dans le cadre de son activité professionnelle.

Le durcissement des conditions applicables au régime légal de pension vieillesse est plus modéré que la législation allemande, puisqu'il s'est manifesté seulement à travers une hausse du nombre de trimestres[1741]. En outre, l'exigence portant sur la durée d'assurance et la durée de cotisations est proportionnelle à la précocité de la demande de liquidation. Citons par exemple l'article D. 351-5-1 du Code de la sécurité sociale, qui sanctionne l'assuré demandant la liquidation à partir de 55 ans, par une réduction de la dérogation apportée au nombre de trimestres exigés pour l'obtention du taux plein (seulement 40 trimestres validés et 60 trimestres cotisés). Cette minoration progresse au fil de l'avancée en âge de l'assuré et du report de la demande de liquidation. Par exemple, l'assuré demandant la liquidation à 59 ans, bénéficie d'une minoration de 80 trimestres validés et de 100 trimestres cotisés.

Les deux législations conservent la faculté pour le travailleur souffrant d'un handicap de liquider par anticipation sa pension. Il en est de même pour l'invalidité, spécificité de la législation sociale allemande. L'invalidité et le handicap constituent une justification de la précocité de la liquidation, dérogeant ainsi aux règles communes applicables à l'ensemble des travailleurs. Néanmoins la législation sociale allemande sanctionne l'effort contributif moindre en retenant la mise en œuvre d'une minoration du montant de la pension. En revanche, si la législation sociale française s'avère plus clémente en admettant la faculté de bénéficier du taux plein dès 55 ans aux travailleurs handicapés, l'exigence du nombre de trimestres cotisés peut représenter un obstacle à l'accès à ce dispositif.

417. Ces régimes ont pour point commun de prendre en considération la situation du travailleur, ayant réalisé un effort soutenu et constant, ou malheureusement dont la santé est affectée. Dans les deux hypothèses, la flexibilité apportée à l'âge légal de la retraite dans le sens d'une anticipation de la demande de la liquidation, est imprégnée de cette primauté accordée au droit au travail. Modification de la durée d'assurance requise, relèvement des seuils d'âge pour l'obtention de la pension, minoration des avantages et mise en œuvre de décote, toutes ces dispositions ne font qu'affirmer l'objectif poursuivi par les législateurs français et allemand : privilégier le droit au travail, ou plus précisément la poursuite de l'activité.

[1741] *Réforme des retraites*, Dossiers Pratiques Francis Lefebvre, Ed. Lefebvre, n°132-134.

Face à ces régimes justifiés, les législateurs ont effectué une sélection de ceux dont les fondements se révèlent plus discutables.

B. L'extinction des régimes au fondement discutable

418. L'encadrement des régimes dérogatoires à l'âge légal de la retraite a été renforcé. Les législateurs ont été amenés à examiner avec précaution les fondements de ces dispositions accordant une sortie anticipée de la vie active. D'ailleurs il est apparu que certains régimes reposaient sur des fondements assez discutables, entrant en conflit avec l'objectif d'un rééquilibre entre la durée de la vie active et le temps dédié au repos. Les législateurs ont donc retenu leur extinction progressive. Il en est ainsi du régime dérogatoire reposant sur la différence sexuelle (1), le défaut d'emploi (2) et il en sera très prochainement de même pour celui relatif à la pénibilité physique (3).

1. La différence sexuelle

419. Il fut un temps où la différence sexuelle constituait un critère permettant de bénéficier d'une anticipation de la demande de liquidation de la pension vieillesse. Ce régime dérogatoire s'adressait bien souvent aux femmes, comme par exemple, la pension de vieillesse pour les femmes *(Altersrente für Frauen)* instituée par le législateur allemand en 1957. Pour en bénéficier, l'assurée devait remplir certaines conditions tenant non seulement à une durée d'assurance minimum (15 ans), mais également une condition combinant ce critère d'assurance à l'âge (dix années d'assurance après 40 ans). Ce régime dérogatoire accordait la faculté de demander la liquidation de la pension dès l'âge de 60 ans. Son extinction a été décidée par le législateur allemand[1742] et les dernières bénéficiaires sont les femmes nées avant 1952[1743].

La question qu'il convient de se poser est celle du fondement de l'instauration d'un tel régime dérogatoire. Cela pourrait tenir à des considérations d'ordre physiologique, « *la femme, ayant une moins grande résistance que l'homme doit obtenir plus ou moins tôt sa*

[1742] Le législateur décida en 1999 de mettre un terme à ce régime dérogatoire.

[1743] §237 a SGB VI

retraite »[1744]. Une autre justification peut également être avancée, celle de la répartition traditionnelle des tâches : « *Elles combinent un travail à temps plein avec une occupation ménagère, qui pour d'autres est leur occupation à temps plein »*[1745]. En accordant la faculté de solliciter une liquidation anticipée, le législateur leur donnerait un avantage en contrepartie de cette double activité. Mais comme le souligne l'auteur, ce n'est pas ainsi qu'a été pensé l'accès au régime. Indépendamment de cette combinaison des activités professionnelles et privées, « *l'avantage […] n'est pas octroyé aux personnes subissant la double charge du travail et du ménage, mais aux femmes comme telles, quelque que soit leur condition sociale* ». Seul le sexe du travailleur est pris en considération pour déterminer le champ d'application personnel.

Une justification sociologique peut être avancée comme l'explique l'auteur[1746], liée cette fois-ci à la situation du marché du travail pour les travailleuses. Ces dernières disposeraient d'une formation moindre que les hommes et seraient ainsi amenées à exercer des activités non seulement moins qualifiées, mais également moins rémunératrices. Elles ont été à une époque, plus souvent victimes du chômage que leurs homologues masculins. Mais l'auteur balaye cet argument sociologique, en expliquant que la situation individuelle de chacune n'impose pas une généralisation du régime dérogatoire aux seules femmes, puisque les hommes aussi, peuvent être touchés.

Enfin, l'auteur[1747] mentionne une dernière justification tenant à la « *logique de l'assurance pension* ». Établi sur le modèle de la famille traditionnelle, attribuant à l'homme la charge de nourrir les siens, par son salaire mais également sa pension au titre de la vieillesse, la femme était cantonnée aux tâches domestiques et à l'éducation des enfants. N'ayant pas de pension personnelle, le décès de son époux lui permettait de bénéficier d'une pension de survie pour la veuve et l'orphelin. L'essor du travail féminin et les revendications féministes auraient entraîné la création de cet « *avantage équivalent en matière de pension vieillesse* ».

[1744] L'invalidité physique troublant la capacité d'exercer une activité professionnelle surgirait alors plus précocement chez les individus de sexe féminin. Cela correspondrait à la conception de la vieillesse en tant qu'invalidité ; P. DURAND, *La Politique contemporaine de sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 1953, p.193.

[1745] J. VAN LANGENDONCK, *La flexibilité de l'âge de la retraite*, *op.cit.*, n°131, p. 34.

[1746] J. VAN LANGENDONCK, *préc.*, n° 133-135, p. 35.

[1747] J. VAN LANGENDONCK, *préc.*, n°136-137, p. 35-36.

L'exposé de ces différentes justifications permet d'en conclure qu'il est difficile de légitimer l'existence d'un régime dérogatoire en faveur des femmes uniquement. Il faut en outre ne pas omettre le différentiel de l'espérance de vie entre les hommes et les femmes[1748].

Aussi, c'est à juste titre que le législateur allemand mit un terme à cette dérogation, faisant conséquemment primer le droit au travail sur le droit au repos. Cette dérogation à l'âge légal de la retraite inexistante en France pour les travailleurs salariés[1749], a également été supprimée au Royaume-Uni[1750]. Le législateur tout comme son homologue allemand, a effectué un relèvement de l'âge légal de la retraite à hauteur de celui retenu pour les individus de sexe masculin. L'équilibre recherché par les législateurs penche indubitablement en faveur du droit au travail.

[1748] Mais cette inégalité face à l'espérance de vie n'est pas perçue comme inéquitable et cela est particulièrement vraie en appréhendant la dimension familiale, charge bien souvent féminine, affectant directement leur carrière. Le revenu du conjoint s'avère alors indispensable ; A.-M. BROCAS, « Les régimes de retraite face au différentiel d'espérance de vie entre les hommes et les femmes », *Dr. soc*. 2011, p. 290-292 (spéc. p.292).

Sur la retraite des femmes : M.-T. LANQUETIN, « Les retraites des femmes », *Dr. soc*. 2011, p. 278-289.

[1749] En revanche, cette anticipation de la liquidation de la pension était une faculté offerte aux fonctionnaires mères de trois enfants ou d'un enfant âgé de plus d'une année, ayant une invalidité. La liquidation pouvait être demandée à tout âge, sous réserve de respecter certaines conditions. Ce dispositif avait été étendu aux pères de trois enfants, toujours sous condition. Le législateur a mis un terme à cette dérogation à partir du 1er janvier 2012.

J.-Ph. LHERNOULD, « L'égalité entre les sexes dans les régimes privés de pension », *Dr. soc.* 2004, p. 1000-1010.

[1750] Antérieurement au mois d'avril 2010, le bénéfice de la pension de base (*basic State Pension*) était ouvert par anticipation aux femmes, qui pouvaient en demander la liquidation, cinq années avant les hommes (soit dès 60 ans au lieu de 65 ans). Depuis, cette anticipation tend progressivement à s'estomper pour permettre l'avènement d'un âge unique de la retraite pour les deux sexes, 65 ans en 2018. Puis, à partir de décembre 2018, l'âge légal de la retraite unique s'élèvera pas à pas vers le seuil des 66 ans en 2020 ; Source : Pension and retirement planning sur le site web du gouvernement : www.direct.gov.uk

La Cour européenne des Droits de l'Homme a été amenée à se prononcer sur le régime dérogatoire existant au Royaume-Uni. Elle a considéré que son instauration était justifiée, car l'objectif poursuivi était celui de compenser un désavantage économique entre les hommes et les femmes.

CEDH, 12 avril 2002, *Stec et autres c./ Royaume-Uni*, n° 65731/01 et n° 65900/01 ; E. CHEMLA, « Retraites : majorations de durée d'assurance et égalité », *Dr. soc*. 2010, p.190

2. L'emploi et son défaut

420. L'une des autres justifications classiquement avancées en faveur d'un régime dérogatoire, est l'emploi. Pendant longtemps, l'État français a utilisé cet argument, afin notamment d'instituer les régimes de préretraite et une dispense de recherche d'emploi. Depuis les accords de 1972 et 1977[1751], le traitement de la vieillesse s'effectuait selon la logique patronale. « *Considérés comme des éléments moins rentables* », les employeurs sollicitent une « *élimination moins coûteuse […] du moins à court terme [que l'aménagement des postes de travail ou reclassement]* » des travailleurs âgés. Celle-ci apparaît d'autant moins élevée, si la collectivité en supporte une partie du prix. En outre, « *l'élimination des travailleurs âgés [est] moins conflictuelle que le licenciement des plus jeunes* », car de tels dispositifs étaient demandés par les syndicats. Enfin, les employeurs sont également favorables à cette dérogation, permettant une gestion facilitée du personnel. Comme l'explique l'auteur[1752], la seule divergence entre le patronat et les syndicats, réside dans le fait que la retraite est considérée en tant qu'instrument de la politique d'emploi de l'entreprise pour le patronat tandis que les syndicats la concevaient en tant que droit social imposant un abaissement de l'âge légal de la retraite. Cette interprétation de la notion de retraite entraînera leur véritable ascension afin de résoudre les problèmes de « *chômage des travailleurs âgés, allègement souple des effectifs et abaissement de l'âge légal de la retraite* »[1753]. L'auteur en conclut que « *le retrait d'activité va s'effectuer moins au nom de l'exercice d'un droit au repos qu'en fonction d'un mécanisme de rejet du marché, arbitré […] par les entreprises et leurs besoins en main-d'œuvre »*[1754] . En contrepartie, le préretraité bénéficie d'une garantie de ressource lui assurant un complément de ressources additionné aux allocations chômage.

[1751] Les recherches d'Anne-Marie GUILLEMARD en la matière sont particulières intéressantes. À l'origine, l'État français était hostile à ces mécanismes en faveur de cette cessation anticipée d'activité financée, véritable purgatoire de la retraite, lui préférant des mesures d'adaptation de l'emploi. Ce sont les revendications des syndicats et les négociations entreprises avec le patronat qui ont instauré cette période d'attente financée ; A propos de cette politique de mode vie de la vieillesse : A.-M. GUILLEMARD, *Le déclin du social*, *op.cit.*, p. 246-253.

[1752] A.-M. GUILLEMARD, *préc.*, p. 238-240.

[1753] A.-M. GUILLEMARD, *préc.*, p. 268-283.

[1754] Citation d'Anne –Marie GUILLEMARD, *préc*., p. 268 ; G. LYON-CAEN, « Une vieillesse sans droit », *D.* 1991, chron., 21.

L'État français avait entériné cette anticipation du retrait de la vie active notamment en créant les contrats de solidarité préretraite en 1982[1755], permettant au salarié de plus de 55 ans démissionnaire d'obtenir une allocation. Le volet solidarité de ce dispositif résidait dans le fait que ce départ devait corrélativement s'accompagner d'une embauche d'un demandeur d'emploi. Cette exclusion des travailleurs âgés se manifestait également à travers les missions du Fonds national pour l'emploi (FNE)[1756], qui versait une allocation spéciale au profit des travailleurs licenciés pour motif économique jusqu'au franchissement du seuil de l'âge légal de la retraite[1757]. En outre, le législateur avait aussi retenu en faveur du demandeur d'emploi âgé de 57 ans bénéficiant d'une allocation au titre du chômage, une dispense de recherche d'emploi. La présence d'une telle mesure se justifierait en raison des difficultés pour le demandeur d'emploi âgé de trouver un nouvel emploi. Malheureusement, en accédant à cette qualité de travailleur sans emploi à un âge proche de l'âge légal de la retraite, voire l'âge d'ouverture des droits, les probabilités que cette situation se pérennise, sont fortes, perdurant parfois jusqu'au seuil d'âge de la retraite[1758].

[1755]Par deux ordonnances, celle n°82-40 du 16 janvier 1982 relative à la prise en charge par l'État de certaines cotisations de sécurité sociale au bénéfice d'entreprises opérant une forte réduction de la durée du travail et modifiant le code du travail en vue de faciliter la cessation anticipée d'activité (contrat de solidarité), (*JORF* du 17 janvier 1982, p. 294) et n°82-108 du 30 janvier 1982 relative aux contrats de solidarité des collectivités locales (*JORF* du 31 janvier 1982, p. 426).

[1756] Créé par la loi du 18 décembre 1963 (loi n°63-1240 du 18 décembre 1963 relative au fonds national de l'emploi, *JORF* du 20 décembre 1963, p..11331), son objectif est de promouvoir la sécurité de l'emploi en fonction de l'évolution des besoins économiques des entreprises ; *Dr. soc*. 1965, p. 86 ; *Dr. soc*. 1969, p. 580.

[1757] C. trav. art. R. 5123 à R. 5123-20 ; A propos de l'utilisation détournée du FNE et de la préretraite : M. MERCAT-BRUNS, *Vieillissement et droit à la lumière…., op.cit.,* n°76-79, p. 88-95.

[1758] Mais dans ce cas, sa situation relève de l'assurance chômage et non pas de la branche vieillesse ; J. VAN LANGERDONCK, *La flexibilité de l'âge de la retraite*, op.cit., n°153-154, p. 40.

Il convient de noter que les droits peuvent être maintenus jusqu'à la liquidation de la pension. En principe, l'allocation de retour à l'emploi peut être versée au maximum pendant trois années. Mais le demandeur d'emploi âgé peut sous certaines conditions bénéficier d'un maintien d'un droit, voire même d'une allocation transitoire lui permettant d'atteindre l'âge de retraite à taux plein. Pour une explication du mécanisme : P.-Y. VERKINDT, E. GRAUJEMAN, *Réforme(s) des retraites et emploi des seniors. Le nouveau droit des retraites après les réformes de 2010 et 2012*, *op.cit.,* p. 143-145.

Autre illustration des vases communicants : Entre 1969-1976, la Cour fédérale d'Allemagne avait admis cet effet de vase communicant en matière d'invalidité. Ecartant la seule définition médicale, elle avait retenu que le défaut d'emploi à temps partiel pour un travailleur affecté d'une invalidité lui imposant une réduction d'activité, pouvait entraîner une invalidité liée à l'incapacité de pouvoir exercer une telle activité à temps plein.

421. Mais ces mécanismes ont été utilisés par les deux États membres. La République fédérale d'Allemagne[1759] fut le premier État à instaurer un régime dérogatoire en faveur des demandeurs d'emploi âgés dès 1929. Aux côtés de ce régime, admettant une anticipation de la demande de liquidation aux demandeurs d'emploi âgés de 59 ans sous réserve de remplir une condition tenant à la durée de ce défaut d'activité professionnelle *(Altersrente bei Arbeitslosigkeit)*, ont émergé les régimes de préretraites. La règle des 59 ans a donc été progressivement assouplie, corroborant les accords portant sur la réduction du temps de travail des travailleurs âgés, conclus entre les syndicats et les employeurs dans les années 80. Le législateur incita au développement des préretraites, en édifiant un cadre pour la négociation des accords[1760]. Abrogée en 1988, cette anticipation de la cessation de la vie professionnelle avait été remplacée par la retraite progressive *(Altersteilzeit[1761])*, accordant un passage au temps partiel aux travailleurs âgés de plus de 58 ans. Assoupli, le champ d'application personnel a ensuite intégré les travailleurs âgés de 55 ans sous certaines conditions.

422. Les États membres ont remis en cause l'existence de ces dérogations à l'âge légal de la retraite. La République fédérale d'Allemagne prononça l'extinction progressive des pensions pour cause de chômage[1762] ou de travail à temps partiel en amont de la retraite[1763]. Le législateur français retint la fin de la dispense de recherche d'emploi et l'allocation spéciale versée par le FNE[1764] fut remise en cause. Ces extinctions programmées des

---

Cité par L. MANDIN, *Des préretraites au vieillissement actif : l'évolution des politiques sociales pour les travailleurs âgés de plus de 50 ans en France et en Allemagne, 1970-2007*, Thèse de Science Politique, dir. P. MULLER, IEP PARIS, 2007, p.74.

[1759] A propos de l'histoire des préretraites : L. MANDIN, *Des préretraites au vieillissement actif, préc.*, p. 64-87.

[1760] Il s'agit de la loi sur les préretraites du 13 avril 1984 (*Gesetz zur Förderung von Vorruhestandsleistungen (soit Vorruhestandsgesetz-VRG*), *BGBl* I, p. 601). Le texte de loi déterminait entre autres l'âge limite d'accès au bénéfice de ce dispositif, les conditions d'éligibilité et le financement de la prestation… ; L. MANDIN, *préc.*, p. 78.

[1761] *Altersteilzeit-ATZ* du 20 décembre 1988 (*BGBl I*, p. 2343).

[1762] O. KAUFMANN, P. A. KÖHLER, *L'assurance pension en Allemagne*, VDR, 1992, p. 36-37.

[1763] La dernière génération bénéficiaire est celle née avant le 1er janvier 1952 ; §237 SGB VI.

[1764] Le législateur a abrogé les articles L. 5411-8 et L. 5421-3 du Code du travail par l'article 4 de la loi n°2008-758 du 1er août 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi (*JORF* du 2 août 2008, p. 12371).

dispositions dérogatoires à l'âge légal tendent à restituer un équilibre en faveur du droit au travail. Ce faisant, elles contribuent à redonner son objet véritable à la pension de vieillesse, décision relevant de la seule volonté du travailleur de se retirer[1765].

3. La pénibilité physique

423. Rattacher le dispositif relatif à la pénibilité aux régimes dont la légitimité est controversée, peut apparaître paradoxal. Étant donné que l'intégrité physique du travailleur a été affectée par un facteur directement lié aux conditions de travail, il pourrait sembler logique de considérer que ce dispositif soit à intégrer parmi les régimes dérogatoires justifiés. Pourtant, concevoir que la pénibilité fasse l'objet d'un régime dérogatoire, amènerait à retenir que la réparation (par une sortie anticipée de la vie active) constitue l'unique voie pour traiter la question de la pénibilité. Les travailleurs exposés à des conditions de travail pénibles ayant réduits leur espérance de vie, pourraient ainsi s'estimer « chanceux » de bénéficier d'un régime dérogatoire. Ils bénéficieraient en effet précocement de ce repos, puisqu'ils en profiteront brièvement des fruits. C'est en cela que l'institution d'un régime dérogatoire admettant une liquidation anticipée de l'activité en raison de la pénibilité est choquante.

Le législateur français avait donc édifié une autre porte de sortie anticipée en faveur des travailleurs exposés au cours de leur vie professionnelle à un facteur de pénibilité. Ce régime dérogatoire constituait une mesure accordée à titre de compensation au travailleur affligé d'une affection résultant de son exposition à des conditions de travail difficiles. Ce régime connaîtra très prochainement une évolution, car le projet de loi actuellement débattu prévoit la création d'un compte pénibilité[1766].

La pénibilité est une affection, médicalement constatée, portant atteinte à l'intégrité physique du travailleur[1767]. Ces éventuelles altérations doivent être prises en considération par

---

Quant au dispositif relevant de la mission du FNE, le 2° de l'article L5123-2 du Code du travail a été abrogé par l'article 152 de la loi du n°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012, *JORF* du 29 décembre 2011, p. 22441.

[1765] « *Il n'y a plus […] de possibilité de choix, pour le salarié âgé, entre retraite et activité, dès lors que celui-ci se voit privé du droit au travail. L'acceptation d'une limite au droit au travail met en cause, corrélativement le fondement même du droit à la retraite et transforme ses ayants droits en assistés* », A.-M. GUILLEMARD, Le déclin social, *op.cit.*, (p.286)

[1766] v. *supra*, n° 182 et s.

[1767] v. *supra*, n°182 et s.

le législateur, au nom de la protection de l'une des ramifications du principe de la dignité humaine : celle de l'homme au travail. À ce titre, le législateur avait créé en 2010, un régime admettant une liquidation de la pension par anticipation. Si le travailleur est victime de l'une des affections énoncées au sein du décret n°2011-353 du 30 mars 2011[1768], dont l'énumération limite la définition de la pénibilité réduite à la seule atteinte à l'intégrité physique, il pouvait bénéficier d'une demande anticipée de liquidation avant l'âge légal d'ouverture des droits, tout en obtenant le taux plein.

424. Ce régime dérogatoire fera très certainement l'objet d'une réforme par le législateur sous l'influence du rapport MOREAU[1769], évoqué précédemment[1770], qui dénonce les inconvénients liés à ce dispositif compensatoire. La mise en œuvre de cette mesure compensatoire est soumise à un examen médical, permettant de faire état du niveau d'invalidité du travailleur. Cette appréciation médicale porte sur la survenance d'une pathologie antérieurement à la demande de liquidation de la pension, ce qui exclut les travailleurs dont les pathologies sont déclarées postérieurement[1771]. Le rapport mentionne également le faible nombre de bénéficiaires pour l'année 2012. « *[Le] manque d'information, [la] lourdeur des procédures, [la] concurrence d'autres dispositifs plus accessibles (carrières longues, invalidité), [et les] conditions d'accès trop restrictives* »[1772] pourraient expliquer ces faibles résultats.

Ce rapport, favorable à une évolution du dispositif relatif à la pénibilité, propose également le développement de mesures préventives et la compensation des inégalités en matière d'espérance de vie ainsi que la création d'un compte pénibilité. Reposant sur l'attribuant de point, le travailleur obtiendrait un nombre de points proportionnels à la durée

[1768] v. *supra*, n°183 et s.

[1769] Rapport de la Commission pour l'avenir des retraites, *Nos retraites demain : équilibre financier et justice*, par Y. MOREAU, juin 2013, La Documentation française, p. 164-170.

[1770] *Supra*, n °183 et s.

[1771] Rapport, *préc.*, p. 164 : « *la reconnaissance de la pénibilité est subordonnée à la survenue effective d'une pathologie avant l'âge de la retraite (alors que pour l'essentiel ce sont des dégradations de la santé survenant postérieurement qui impacteront l'espérance de vie en santé, surtout dans le cas des cancers d'origine professionnelle)* ». Le défaut de la prise en considération de certaines pathologies est également déploré.

[1772] Rapport, *préc.*, p. 164.

de l'exposition[1773]. Les points accumulés sur ce compte pourraient permettre entre autres le rachat de trimestres au titre de la retraite[1774].

Ce régime dérogatoire à la règle commune a vocation à disparaître. Privilégiant une démarche préventive, le législateur pourrait délaisser la compensation à l'exposition au profit de son anticipation, voire de l'éviction du facteur pénibilité, en offrant au travailleur d'autres perspectives professionnelles durant sa vie active et non plus à son terme.

425. À l'issue de ces développements dédiés aux régimes dérogatoires à l'âge légal de la retraite, il est manifeste que les législateurs veillent à limiter les dispositifs permettant une anticipation de la demande de liquidation. Ces derniers restent maintenus, accordant ainsi aux travailleurs la possibilité de cesser son activité professionnelle prématurément. Néanmoins ce choix ne se fera qu'à l'issue de l'étude de l'éventuelle sanction financière. Ce rigoureux contrôle des cessations anticipées d'activité à l'initiative du travailleur dans la perspective d'obtenir la liquidation de la pension de retraite, se poursuit à travers l'encadrement des éventuelles interventions de l'employeur en la matière.

Section 2. La faculté restreinte de rupture à l'initiative de l'employeur

426. Il y a quelques années encore, l'employeur avait la faculté de rompre assez aisément une relation de travail en raison de la proximité ou du franchissement du seuil de l'âge légal de la retraite. Les législateurs ont depuis encadré cette faculté. Les États désireux de respecter les objectifs fixés lors du Sommet de Stockholm de mars 2001, ont ainsi apporté des modifications à leur législation dans un sens favorable à la poursuite de l'activité jusqu'à l'âge légal de la retraite et même au-delà. Ces dispositions ne font que suivre le précieux rééquilibrage opéré par le législateur, rétablissant la primauté du droit au travail sur le droit au

[1773] Une exposition d'un trimestre à un facteur de risque au sens du décret n°2011-353 permettrait d'obtenir un point ; Rapport MOREAU, *préc.*, p. 167.

[1774] A raison d'un point par trimestre d'exposition, le travailleur se verrait offrir la possibilité de bénéficier d'un trimestre de formation (contre 10 points soit 2 ans et demi d'exposition), un trimestre de temps partiel avec maintien de la rémunération (contre 20 points soit 5 années d'exposition) ou un trimestre au titre de la pension retraite (30 points soit 7 ans et demi). L'exigence des points privilégierait la prévention au détriment de la liquidation anticipée et conséquemment, l'objectif est de prévenir toute dégradation durable, identifiable et irréversible de l'intégrité physique du travailleur en raison des conditions de travail ; Rapport MOREAU, *préc.*, p. 167.

repos et ce, dans le respect de la volonté du travailleur âgé. Malgré le soin apporté à la modification des législations nationales, certaines dispositions sous couvert de respecter la liberté contractuelle ou la poursuite d'un objectif légitime identifié et dont la proportionnalité de la mesure ne saurait être remise en cause, privilégient indirectement le droit au repos, faisant ainsi ressurgir la définition controversée de la retraite. La double dimension de l'âge ressurgit alors, écartelée entre sa fonction de levier et celle d'instrument au soutien d'un principe général du droit. Cette dualité s'illustre parfaitement en matière de rupture de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, soumise à des règles comportant non seulement des ambiguïtés (§1), mais également des zones d'ombre (§2).

§1. L'encadrement de la liberté contractuelle de l'employeur

427. Ces ambiguïtés surgissent en matière de rupture de la relation de travail à l'initiative de l'employeur. Cette faculté offerte à l'employeur est très encadrée par le législateur et fait l'objet d'une appréciation particulièrement aiguisée par les juges. Contrôlé, le licenciement ne peut être régulier qu'en présence de conditions impérieuses et en la matière, l'âge en est exclu (A). Pourtant le recours au critère de l'âge se révèle indispensable pour mettre en œuvre l'un des autres modes de rupture de la relation de travail, la mise à la retraite (B).

A. La prohibition des licenciements fondés sur l'âge

428. Le droit du travail français accorde à l'employeur la faculté de rompre le contrat. Mais l'exercice de cette faculté est soumis au respect d'une condition essentielle : l'existence d'une cause réelle et sérieuse. C'est seulement en satisfaisant cette condition que le licenciement pour motif personnel, disciplinaire ou non, mais également à titre économique sera considéré régulier (1). Le législateur a en outre prohibé le recours à certaines justifications, dont l'âge (2).

1. L'exigence légale et judiciaire d'un licenciement motivé

429. Tout comme le salarié, l'employeur détient la faculté de se libérer de la relation de travail conformément à l'énoncé de l'article L. 1231-1 alinéa 1er du Code du travail.

L'exercice de cette faculté désignée sous le nom de licenciement[1775], est soumis à certaines conditions encadrant sa validité. Il est de jurisprudence constante[1776] et conformément au désir du législateur[1777], que ce licenciement « *soit justifié par une cause réelle et sérieuse* [1778]».

Volontairement, le législateur a choisi de ne pas définir la notion de cause réelle et sérieuse, laissant le soin aux juges du fond d'apprécier les faits et de se forger par eux-mêmes leur intime conviction[1779]. Une ébauche de définition transparaît toutefois à la lecture des débats parlementaires de mai 1973, « *la cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles* ». En outre, elle doit être sérieuse, ce qui signifie qu'elle revêt « *une certaine gravité, qui rend impossible sans*

[1775] Selon la définition énoncée dans le Vocabulaire juridique, le licenciement correspond à l' « *acte par lequel l'employeur rompt unilatéralement le contrat de travail et congédie un ou plusieurs salariés* ».

[1776] Cette exigence concerne tous les licenciements, tant pour motif personnel, disciplinaire ou non, que les licenciements économiques et ce depuis, une décision du 20 octobre 1976 de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Cottreau c/ Dame Baloche (*Bull. civ. V,* n°500, p.411 ; *Dr. ouv.* 1976, p.431 ;) : « *Mais attendu que, contrairement aux énonciations du moyen, les dispositions de l'article 240 du livre 1I du Code du travail devenu l'article L. 122-14-3 de ce Code, sont applicables à tous les licenciements, quelle que soit, notamment, l'importance numérique du personnel de l'entreprise dont fait partie le salarie licencié* ».

[1777] Et ce, depuis la loi n°73-680 du 13 juillet1973 portant modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat à durée indéterminée (*JORF* du 18 juillet 1973, p. 7763) ; J. PÉLISSIER, *La réforme du licenciement*, éd. Sirey, Paris, 1974, 190 p. ; M.-C. BONNETÊTE, G. LYON-CAEN, « La réforme des licenciements », *Dr. soc*. 1973, p. 493-494.

[1778] C. trav. articles L. 1232-1 aL. 2 et L. 1233-2, aL. 2.

[1779] Sur l'exigence de cause réelle et sérieuse : Manuel de J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit*., n°429-441 ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4 éd., Dalloz, 2008, n°101-103 ; C. PETTITI, *JCl Travail Traité*, Fasc. 30-30, Licenciement pour motif personnel ; RÉP. TRAV., V°Contrat de travail à durée indéterminée (rupture-licenciement pour motif personnel condition), par A. CRISTAU, n°161-174 ; B. TEYSSIÉ, *Le licenciement*, Economica, 1997, p.8-33 ; A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, Dalloz, 1993, p. 52-71 ; J. PÉLISSIER, *La réforme du licenciement*, *op. cit*., p. 90-104.

Aussi : M. ROUSSEAU, *La cause du licenciement*, Thèse, Rennes 1, dir. H. BLAISE, 1994, p. 219-260 ; B. GAURIAU, *La nullité du licenciement*, Thèse, Paris I, dir. J.-E. RAY, 1992.

Articles : Ph. WAQUET, « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc*. 1992, p. 980 ; M.-C. BONNETÊTE, « De la notion de faute à la notion de cause. La notion de cause réelle et sérieuse dans la loi du 13 juillet 1973 sur la résiliation du contrat à durée indéterminée », *D.* 1974, chron., p. 191.

dommage pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement »[1780].

Ces précisions peu suivies dans un premier temps par la Cour de cassation, ont été ensuite appropriées par les juges du droit et consacrées par le législateur[1781].

La cause doit être réelle, ce qui signifie qu'elle doit non seulement être objective, mais qu'elle doit en outre exister et être exacte. La cause est considérée comme objective, car le juge peut constater l'existence de manifestations extérieures[1782]. En revanche, tel n'est pas le cas lorsque le motif repose sur des considérations autres, présentes seulement dans l'esprit de l'employeur et ne s'appuyant sur aucun fait précis[1783].

Pour être réelle, la cause doit exister. Cela signifie que les faits à l'origine de la décision unilatérale de l'employeur, se sont effectivement déroulés[1784]. Mais cela n'est pas suffisant,

---

[1780]Précisions apportées par le Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Population de l'époque, George GORSE. JO Débats Assemblée Nationale du 23 mai 1973 (p.1445) et du 30 mai 1973 (p. 1619 et 1699), exposées dans le manuel de droit du travail de J. PÉLISSIER, G. AUZERO, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *préc.* (spéc. n°435 et 439).

[1781] Les anciennes dispositions du Code du travail ne faisaient pas état de cette cause réelle et sérieuse de licenciement, mais seulement de l'obligation de motivation s'imposant à l'employeur (art. L. 122-14-2 anc). Le législateur appelait toutefois les juges à contrôler la véracité du caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur (art. L. 122-14-3 ancien).

[1782] L'employeur doit ainsi être en mesure d'exposer des faits précis à l'appui des griefs formulés à l'encontre du salarié ; dans ce sens : Soc. 14 mai 1996, n°95-45.499, (*Bull. civ. V,* n° 189, p.133) La Cour a considéré que les faits étaient matériellement vérifiables et constituaient les motifs exigés par le législateur.

[1783] Cela est ainsi depuis le revirement de jurisprudence opéré en 1990, par la décision de la chambre sociale du 29 octobre 1990, Fertray c/ Etablissements R. Wagner (*Bull. civ. V,* n°597 ; *D.* 1991, 190 ; *Dr. soc.* 1992, p. 32 ; Et aussi : *Les grands arrêts du droit du travail, op.cit.,* n°103). Dans le cadre d'un licenciement pour motif personnel, le motif « *doit être fondé sur des éléments objectifs ; que la perte de confiance ne constitue pas en soi un licenciement* » et ce, à propos d'une salariée dont l'époux avait assigné l'employeur en liquidation de biens). Cette jurisprudence est constante comme le révèle une décision récente : Soc. 13 janvier 2004, pourvoi n°01-47.178, (*Bull. civ. V,* n°4, p.3). En l'espèce, un salarié avait assigné son employeur devant le Conseil des Prud'hommes afin de faire constater la rupture de son contrat et obtenir les indemnités qui en découlaient. Son employeur l'avait alors licencié, en s'appuyant sur le motif de la perte de confiance liée à la volonté du salarié de voir reconnaître la rupture de son contrat. La chambre sociale a censuré la décision de la Cour d'appel, car la cause réelle et sérieuse n'était pas caractérisée. « *[N]i la perte de confiance, ni le fait qu'un salarié ait exercé une action judiciaire tendant à la rupture de son contrat de travail contre son employeur ne constituent par eux-mêmes une cause de licenciement* ».

[1784] Par exemple en matière d'insuffisance de résultat, le seul constat par l'employeur n'est pas satisfaisant, il faut que cela soit établi : Soc. 17 juin 1982, pourvoi n°80-40.719, *Bull. civ. V,* n°404 (comparaison avec les

cela requiert en outre que ces faits constituent le véritable motif justifiant la décision, car l'exactitude ne découle pas de leur existence. Il faut que la décision de rompre le contrat, soit fondée sur les faits reprochés uniquement et ces derniers ne doivent pas être utilisés à titre d'excuse, pour satisfaire d'autres desseins[1785]. La rupture doit véritablement être motivée par les griefs formulés par l'employeur et les faits à l'appui de sa décision ne doivent résulter que de la seule imputabilité du salarié[1786].

Enfin, le juge et le législateur exigent que la cause justifiant le licenciement soit sérieuse, ce qui signifie qu'elle doit revêtir une certaine « *importance qui rend le licenciement inévitable ou indispensable* »[1787].

Cette condition tenant à la cause se révèle impérieuse pour justifier cet acte juridique unilatéral de l'employeur brisant la relation de travail. Mais cela n'est pas suffisant, il faut en outre que cette cause soit licite, car comme le dit un auteur, « *[c]e n'est donc pas tant l'absence de cause - qui paraît, a priori, impossible, puisque l'employeur a toujours un motif déterminant lorsqu'il prononce un licenciement - que le caractère illicite de la cause, qui est éventuellement en discussion* »[1788].

---

résultats antérieurs du salarié); Soc. 3 février 1999, pourvoi n°97-40.606, *Bull. civ. V,* n° 56, p. 42 ; *JCP* 1999, II, 10132 ; *RJS* 1999, 213, n°351 (« *l'insuffisance des résultats au regard des objectifs fixés ne constitue pas une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement* »); Soc. 26 octobre 1999, pourvoi n°97-43.613, *Bull. civ. V,* n°408, p.300 ; *RJS* 1999, 844, n°1447 (existence d'une cause réelle et sérieuse : défaut de prospection, défaut de méthode de travail, attitude négative à l'égard de la société).

[1785] Parmi les autres desseins réellement poursuivis (ou la cause exacte du licenciement), l'employeur peut souhaiter se « libérer » de cette relation de travail en raison de l'état physique du salarié (Soc.. 29 avril 1998, *Bull. civ. V,* n° 213), ou de sanctionner le salarié ayant refusant de démissionner (Soc.. 5 mars 1987, pourvoi n° 84-43.181, *D. 1987. IR 59*) ou en raison du sexe de la salariée (Soc. 9 juin 1998, pourvoi n° 96-40.390, *Bull V,* n° 331, p.237)…

[1786] Les griefs de l'employeur concernent des faits accomplis par le salarié, lui-même. A défaut, l'imputabilité des faits réalisés par un tiers ne peut justifier son licenciement. Dans ce sens : (à propos de la lettre de démission du concubin de la salariée) Soc. 7 décembre 1993, pourvoi n°92-43.908, *Dr. soc* 1994, p. 213 ; *D.* 1994, Somm. 309 ; (à propos de menaces proférées par la sœur de la salariée) Soc. 21 mars 2000, pourvoi n°98-40.130, *Bull. civ. V,* n°113, p.86 ; *Dr. soc*. 2000, p. 655.

[1787] RÉP. TRAV., V°Contrat de travail à durée indéterminée (rupture-licenciement pour motif personnel condition), par A. CRISTAU (n° 172-175). L'auteur explique que la cause sérieuse peut être non fautive (trouble au bon fonctionnement de l'entreprise en raison des absences répétées) ou fautive. Dans ce dernier cas, la jurisprudence opère un classement en fonction de la gravité de la faute (faute légère, faute sérieuse et faute grave). Seules les deux dernières sont susceptibles de motiver valablement un licenciement.

[1788] Ph. WAQUET, *op. cit.*

2. L'âge, un motif de licenciement prohibé

430. Le critère de l'âge constitue un motif prohibé de licenciement[1789]. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. Antérieurement à sa prohibition par la loi n°2001-1066[1790], le juge avait fort à faire pour sanctionner les licenciements fondés sur l'âge. Un auteur[1791] a d'ailleurs mis en lumière le double contrôle auquel se livraient les juges. Leur appréciation portait non seulement sur le motif justifiant le licenciement, mais aussi sur l'existence potentielle d'un abus de pouvoir de l'employeur, héritage de la jurisprudence antérieure[1792]. Particulièrement touchés par les « *conséquences sociales de l'abus du droit de licencier* », les juges se révélaient très pointilleux dans l'examen de l'éventuel détournement du pouvoir de l'employeur, qui pouvait se manifester notamment par une rupture particulièrement brutale[1793].

[1789]J. PÉLISSIER, « Âge et perte d'emploi », *Dr. soc.* 2003, p. 1061.

[1790] Le critère de l'âge a été intégré parmi les motifs prohibés par la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (*JORF* du 17 novembre 2001, p. 18311).

[1791]Or, « *doubler le contrôle de la légitimité du motif du licenciement au contrôle de l'abus au moment de la rupture n'est pas anodin. Cela semble révéler la difficulté perpétuelle qu'il y a à prouver une discrimination lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'une prohibition légale* », M. MERCAT-BRUNS, *Vieillissement et droit…*, *op. cit.*, n°62-63.

[1792]En 1928, le législateur avait retenu que la rupture abusive par l'une des parties au contrat, entraînait le versement de dommages-intérêts. L'auteur devait aussi énoncer le motif justifiant l'interruption de la relation de travail. (Sur la loi du 19 juillet 1928 et les apports de celle de 1973 : F. FAVENNEC-HERY, « Regards sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail : les apports de la loi du 13 juillet 1973 », in J.-P. LE CROM, *Deux siècles de droit du travail. L'histoire par les lois*, éd. De l'atelier, 1998, p. 252-263). L'employeur devait justifier sa décision en se fondant sur un motif autre que l'âge (ce qui aurait été abusif). Les juges portaient donc une attention toute particulière sur les circonstances de la rupture et les preuves apportées par le salarié. Il était par exemple abusif de retenir l'insuffisance professionnelle d'un salarié ayant une ancienneté de 13 ans et sans aucun incident, avant de faire l'objet d'une nouvelle affectation après fait tomber involontairement un salarié en état d'ivresse (Soc. 22 avril 1964, *Bull. civ. V,* n°308, *JCP* 1964, II, 13732) ou le congédiement « sur le champ » d'un travailleur ayant une ancienneté de 30 ans (Soc. 20 avril 1972, pourvoi n°71-40.411, *Bull. civ. V,* n°276, p.254) ; M. MERCAT-BRUNS, *préc*., n°60-61. .

[1793] Soc. 5 juillet 1974, *Bull. civ. V,* n°422. En l'espèce, un employeur avait imposé à un salarié rédacteur d'un journal et âgé de 58 ans, le départ pour une autre ville. Les juges du fond avaient considéré que non seulement les circonstances de la décision étaient particulièrement brutales, mais en outre qu' « *à l'âge de 58 ans et ayant 30 ans de services ininterrompus dans l'entreprise en qualité de cadre, [le salarié] n'avait pu, à six ans seulement de la retraite, retrouver un emploi de pigiste…* ».

431. L'illicéité du critère de l'âge est une affirmation récente du législateur français[1794], qui l'a intégré au sein d'une liste limitative de motifs dont le recours est prohibé pour justifier cet acte unilatéral de l'employeur. Selon l'article L. 1132-1 du Code du Travail, « […]*aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison […] de son âge…* ». Contrairement à la liste limitative des motifs illicites, le législateur n'a pas restreint le champ d'application de cet article grâce à l'emploi de l'adverbe « *notamment* »[1795]. Le respect de cet article s'impose à tout employeur[1796] à toutes les étapes de la vie professionnelle, allant de la procédure de

---

Sur le détournement du pouvoir de l'employeur, Marie MERCAT-BRUNS (*préc.*, n°63) note très justement les limites du contrôle des juges. Certes, un tel examen portait sur le but réellement poursuivi par l'employeur lors du prononcé de la décision, mais cela permettait d'admettre que certains licenciements reposant sur l'âge comportaient une cause réelle et sérieuse, car le bon fonctionnement de l'entreprise en dépendait (Soc. 5 avril 1978, *Bull. civ. V,* n°285, p. 214 : En l'espèce, un salarié âgé de 66 ans, travaillant pour une société de gardiennage, avait été licencié. En cassation, l'employeur avait argué que les juges du fond avaient omis d'examiner si la présence d'un détournement de pouvoir était à regretter. Il estimait que l'exercice de l'activité de son entreprise avait imposé « *un rajeunissement de son personnel en se séparant progressivement des agents parvenus à un âge avancé et en employant des hommes jeunes et bien entraînés* ». Les juges du droit soulignant cette omission, incitaient la Cour d'appel de renvoi à rechercher si le fonctionnement de l'entreprise imposait une telle décision.

[1794] Il convient de préciser que le législateur français a également essayé de lutter contre les licenciements des travailleurs âgés de plus 50 ans en instaurant une contribution financière en 1987. Désignée sous le nom de contribution Delalande, cette sanction financière eut un effet pervers sur l'emploi des travailleurs dont l'âge approchait, voire même dépassait les 50 ans. Cette pénalité prit fin en 2008.

v. les Lois n° 87-518 du 10 juillet 1987 modifiant le code du travail et relative à la prévention et à la lutte contre le chômage de longue durée (*JORF* du 12 juillet 1987, p. 7825) et n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social (*JORF* du 31 décembre 2006, p. 20210).

[1795] C. RADÉ, *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise. Tous égaux, tous différents*, éd. Liaisons, Coll. Droit vivant, 2011, n °45 (à propos de l'élargissement de la notion de motif prohibé) et n°62 (sur les situations professionnelles).

[1796] C. trav. art. L. 1131-1.

recrutement jusqu'au terme de la relation de travail, situation expressément prévue par le législateur. Si l'employeur a malgré tout recours à un motif prohibé tel que l'âge, il s'expose non seulement à des sanctions civiles[1797], mais également pénales. Le Code pénal condamne expressément l'hypothèse du licenciement fondé sur ce motif[1798].

432. Le licenciement ne sera régulier qu'en présence d'une cause licite et par conséquent, l'employeur n'utilisera pas directement le critère de l'âge pour motiver sa décision, mais une manipulation de l'exactitude de la cause peut lui permettre de parvenir à ses fins. Une affaire portée à la connaissance de la Chambre sociale de la Cour de cassation l'illustre. En l'espèce dans cette décision du 24 avril 1990[1799], la société les Folies Bergères avait prononcé le licenciement pour motif économique de l'un des artistes. Les juges du second degré avaient condamné la société au paiement de dommages-intérêts, car le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. Les juges du droit ont appuyé la décision des juges du fond, qui ont « *constaté que l'âge [de l'artiste], élément inhérent à la personne, avait été le motif essentiel de son licenciement* », reconnaissant conséquemment, que la juridiction du second degré « *a refusé, à bon droit de reconnaître audit licenciement un motif économique* ».

Ce faisant, la Chambre sociale confortait le rétablissement de l'exactitude de la cause. En l'espèce, ce n'était pas un motif économique qui motivait l'acte unilatéral de l'employeur, mais un autre motif inhérent à la personne, difficile à justifier objectivement, sauf à admettre l'existence d'une condition essentielle et déterminante liée à l'âge[1800]….

Les juges du fond[1801] ont également été amenés à trancher un litige opposant une salariée et une société de vente au détail d'habillement. Cette salariée engagée en qualité de responsable de magasin, par un contrat à durée indéterminée en 1991, avait été licenciée en raison d'une dégradation des résultats du magasin et « *comportement inadapté* ». La salariée

---

[1797] L'article L. 1132-4 du Code du travail énonce que « *[t]oute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre [chapitre II relatif au principe de non-discrimination] est nul* ».

[1798] Par une lecture combinée des articles 225-1 (prohibition des discriminations) et 225-2 (3 ans et 45 000 euros d'amende) du Code pénal.

[1799] *Bull.*V, n° 181; D. 1990, IR, 126.

[1800] Comme ce qui avait été évoqué par le Professeur LANGLOIS, à propos de l'affaire des Folies Bergères (Soc, 6 décembre 1995, pourvoir n°92-40.389, *Bull. civ. V,* n°331), in « Que faire de la discrimination en raison de l'âge ? », *Dr. soc*. 2003, p. 156-157 ; Sur cette décision : v. *infra*, n°435 .

[1801] Chambéry, Ch. sociale, 19 avril 2007, n°05/02522, Mme Brigitte G. épouse B. c/ SA CAMAIEU International ; Cité au RÉP. TRAV. V° Age du salarié, par Y. LEROY, n°60.

soutenait que les faits invoqués par son employeur ne constituaient pas la cause exacte de son licenciement. Le motif serait en réalité lié à son âge en raison de la « *politique illégale consistant à licencier ou à provoquer le départ des responsables de magasin d'un certain âge* ». Produisant des documents à l'appui de son argumentation, c'est ainsi qu'est révélée la politique mise en œuvre par la société, définissant le profil type du responsable de magasin de sexe féminin, âgé de 25-35 ans (« *en pleine force de l'âge* »), un âge moyen d'occupation des fonctions (35 ans pour les responsables, 32 ans pour les responsables-adjointes et 26 ans pour les vendeuses). Face aux questions des délégués du personnel, la société avait expliqué être à la recherche du personnel le plus performant possible[1802]. Enfin, cette salariée remerciée à l'âge de 49 ans et remplacée par une femme de 30 ans, avait également produit une liste de noms de responsables licenciées à partir de l'âge de 37 ans.

L'exposé des faits relatant une situation non respectueuse du principe de prohibition des discriminations à raison de l'âge, les juges du second degré ont condamné la société pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'exactitude de la cause motivant le licenciement n'était pas celle avancée par l'employeur.

Cela a récemment été confirmé à propos de la rupture du contrat d'un pilote de ligne[1803]. En l'espèce, le pilote avait atteint l'âge de 60 ans, ce qui constituait la limite d'âge pour l'exercice de cette profession. Mais le contrat n'était pas pour autant rompu. L'employeur avait l'obligation de rechercher son reclassement au sol. Après différentes propositions de postes déclinées par l'ancien pilote, l'employeur décida de rompre le contrat. Les juges du fond le condamnèrent pour manquement à son obligation de reclassement et considèrent que le licenciement était nul. La Chambre sociale de la Cour de cassation appuya la décision des juges du second degré, en soulignant que « *le licenciement ne reposait que sur le fait que le salarié avait atteint l'âge* de 60 ans ».

Empreint d'une subjectivité parfois digne d'un récit balzacien[1804], l'âge ne peut être la cause réelle et sérieuse du licenciement. Pourtant, en atteignant progressivement l'âge légal de la retraite, le travailleur pourrait être plus que jamais victime de son âge.

[1802] Ce qui laisse entendre comme le souligne l'appelante, que l'âge nuit à la performance…

[1803] Soc. 4 avril 2012, pourvoi n° 11-10.706, *Bull. civ. V,* n°118 ; *JCP S* 2012, 1316, note S. CARRÉ.

[1804] A la lecture des faits de l'affaire de la Cour d'appel de Chambéry, il est difficile de ne pas faire le parallèle avec le roman de BALZAC, *La femme de trente ans* (Hatier, Paris 2006, 231 p.).

B. La licéité de la rupture fondée sur l'âge légal de la retraite

433. En 1973, le législateur français a limité l'exercice de la liberté contractuelle de l'employeur, en lui imposant le respect de conditions garantes de la régularité du licenciement en faveur du travailleur. Ce mode de rupture ne constitue pas la seule option s'offrant à l'employeur pour rompre une relation de travail, puisqu'il en existe une directement liée à l'âge légal de la retraite, la mise à la retraite. Ce mode de rupture autonome doit être distingué de l'illicite, à savoir la rupture fondée sur le seul âge en vertu d'une stipulation conventionnelle ou contractuelle (1). Ce *distinguo* effectué, il convient d'étudier les contours de ce mode de rupture. Sa mise en œuvre particulièrement exigeante, nous conforte dans l'équilibre opéré par le législateur, plus enclin à promouvoir la poursuite de la vie active au-delà de l'âge légal de la retraite qu'un retrait anticipé (2).

1. L'encadrement des stipulations contractuelles et conventionnelles

434. Le législateur a restreint les hypothèses de ruptures fondées sur l'âge légal de la retraite organisées dans le cadre de la négociation collective, voire parfois par l'employeur. Effectuant une véritable distinction entre les clauses illicites (a) et celles licites (b), le droit social de l'Union pourrait venir perturber le fragile équilibre auquel est parvenu le législateur français.

a. La prohibition des clauses guillotines

435. Depuis la loi de 1987[1805], le droit du travail français prohibe l'insertion et le recours à la clause de cessation automatique de la relation de travail en raison de l'âge ou de l'éligibilité à la pension vieillesse, désigné également sous le nom de clause-couperet ou clause guillotine.

Par le passé, les juges étaient hésitants à l'égard de ces clauses[1806]. Les juges considéraient que cette rupture de plein droit ne constituait pas un licenciement, car le contrat avait pris fin de la commune intention des parties[1807]. Seule la survenance du terme était à l'origine de la

[1805] Loi n°87-588 du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social, *op.cit*.

[1806] Soc. 22 avril 1976, *Bull. civ. V,* n°225 ; Soc. 2 juillet 1975, *Bull. civ. V,* n°364.

[1807] Soc. 22 janvier 1981, *Bull. civ. V,* n°58.

A propos des clauses sur l'âge légal de la retraite : Soc. 22 mai 1986, Banque Worms c/ Cornil (la rupture ayant pris effet de plein droit, il ne pouvait bénéficier des avantages liés à une rupture unilatérale de l'employeur) *Contra*. : Soc. 30 novembre 1983, Bull V, n°582 ;

rupture et non pas le travailleur, ni même l'employeur. Or, par cette distinction, le salarié ne pouvait bénéficier des indemnités de licenciement. Fort heureusement, dans bien des cas, la convention collective prévoyait le versement d'une indemnité de fin de carrière, plus généreuse. Tant qu'il en était ainsi la clause respectait la législation relative au licenciement. Toutefois les juges n'avaient jamais eu à connaître d'un litige dans lequel le montant de l'indemnité de fin de carrière était moins important que celui de l'indemnité de licenciement. C'est seulement en 1986[1808] que s'est véritablement prononcée la Chambre sociale de la Cour de cassation, à propos de cet autre mode de rupture. Le litige était né à partir du refus du Ministère du travail d'inclure dans l'extension de la convention collective, une telle clause. Contenue dans la convention collective du journalisme, elle prévoyait une rupture de plein droit de la relation de travail par le seul franchissement du seuil de l'âge de la retraite par le salarié (journaliste ou assimilé), soit 65 ans. Cette rupture était motivée par la seule survenance du terme. La mise en œuvre de la clause générait des effets conséquents pour le travailleur, puisque cela le privait du bénéfice d'une indemnité de licenciement, qui était plus avantageuse que l'indemnité de fin de carrière accordée. D'ailleurs, c'était le « *but poursuivi par les parties […] d'exclure, en cas de départ à la retraite d'un journaliste, même contre son gré, l'application de l'article L. 761-5 du Code du travail sur l'indemnité de licenciement des journalistes »*[1809], laquelle était beaucoup plus conséquente que celle applicable au régime des travailleurs salariés.

La Chambre sociale avait admis par la licéité de la clause conventionnelle en raison du défaut de prohibition légale de telle clause[1810]. Une année et quelques mois plus tard, le législateur condamna cette jurisprudence par la loi du 30 juillet 1987. L'ancien article L. 122-14-12 alinéa 2, soit l'actuel article L. 1237-4 alinéa 2 du Code du travail dispose que « *[s]ont nulles toutes stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail et d'un contrat de travail prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge ou du fait qu'il serait en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse* ». Cela mit un terme à la position retenue par les juges du droit.

[1808] Soc. 24 avril 1986, *Bull. civ. V,* n°173 ; *Dr soc*. 1986, p.464; Dr. soc. 1987, p. 1-10, par J. SAVATIER ; *D.* 1987, Somm., 207.

[1809] J. SAVATIER, *préc*., p. 2.

[1810] Conséquemment, elle admet que les partenaires sociaux puissent « *modifier arbitrairement la qualification légale d'un acte ou d'une situation juridique* », J. SAVATIER, *préc*., p. 3 ; L'auteur faisait également état d'un autre problème, celui de la discrimination (p. 3-4).

Le champ d'application matériel de la nullité est ainsi circonscrit, il se limite aux conventions et accords collectifs et contrat. Par la suite, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation a été amenée à préciser les bénéficiaires de cette protection d'ordre public[1811].

Cette condamnation légale des clauses couperets a ainsi entraîné la nullité des clauses présentes dans certains accords et conséquemment, la rupture du contrat du travailleur en raison de son âge ne pouvait qu'être qualifiée de licenciement dépourvue de cause réelle et sérieuse[1812]. Les juges ont par exemple[1813] considéré que la rupture du contrat de travail d'un danseur et soliste du théâtre des Folies Bergères âgé de 39 ans, liée à la mise en œuvre d'une clause prévue au sein d'un accord collectif, constituait un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La clause étant entachée par la nullité, aucun motif autre que l'âge du travailleur ne pouvait justifier la rupture.

Le législateur français s'est ainsi opposé à l'existence des clauses guillotines, refusant que la survenance de la vieillesse chez le travailleur - élément dont l'appréciation comporte une dose de subjectivité certaine - produise automatiquement des effets sur la pérennité de la relation de travail. Dans ce fragile équilibre entre le droit au travail et le droit au repos opéré par le législateur, cela s'est réalisé au profit du premier.

b. La licéité des clauses souples

436. Aux côtés de ces clauses prohibées par le législateur français, il existe des clauses conventionnelles ou contractuelles valables[1814]. En effet, l'article L. 1237-4 alinéa 2 ne prévoit que la nullité des stipulations entraînant une rupture de plein droit de la relation de

---

[1811] Et ce, depuis le revirement opéré par la Cour de cassation. Ass. Plén. 6 novembre 1998, Bull. Ass. Plén. n°3; *Dr. Soc*. 1999, p. 94, obs. J. SAVATIER ; *JCP G* 1999, II, 10004, D. CORRIGAN-CARSIN.

Antérieurement : Soc. 1er février 1995 pourvoi n°90-42.635, *Bull. civ. V,* n°48 ; G. COUTURIER, « Les clauses couperets, encore », *Dr. soc. 1995*, p. 231.

[1812] Jusqu'à l'intégration du critère parmi les motifs prohibés par le législateur.

v. *supra.*, n°428 et s.

[1813] Soc. 6 décembre 1995, pourvoi n°92-40.389, *Bull. civ. V,* n°331, p. 425 ; Ph. LANGLOIS, « Que faire de la discrimination en raison de l'âge », *Dr. soc*. 2006, p. 156.

[1814]Selon le Professeur BÉRAUD, le législateur de 1987, n'avait pas saisi le véritable sens à accorder à cette notion de clauses souples, en considérant ces clauses comme étant antonymes des clauses rigides. Seule l'automaticité de la rupture les distinguerait, ce qui signifie que le jour où le salarié franchit le seuil d'âge fixé par la convention collective, l'employeur a la faculté de le mettre à la retraite, la rapprochant incontestablement de la clause couperet ; J.-M. BÉRAUD, « La mise à la retraite : un droit qui se cherche », *Dr. soc*. 1992, p. 812

travail. Contrairement aux clauses guillotines, les clauses souples n'entraînent pas cette rupture automatique du contrat en raison du franchissement d'un seuil d'âge déterminée. Elles offrent à l'employeur la faculté de mettre à la retraite le salarié. L'article L. 1237-4 du Code du travail[1815] énonce que « *[l]es stipulations relatives au départ à la retraite des salariés prévues par une convention collective, un accord collectif de travail ou un contrat de travail sont applicables sous réserve qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions légales* ». Par une lecture combinée des articles relatifs au report de l'âge légal de la retraite et de la mise à la retraite[1816], ces clauses sont considérablement limitées. Elles ne peuvent que proposer un âge légal de la retraite qui soit conforme à la volonté du législateur et il est bien sûr impossible de prévoir un âge inférieur[1817]. Ces clauses sont donc vouées à organiser les modalités de départ à la retraite à l'initiative non seulement du salarié, mais aussi de l'employeur, sous réserve d'être conforme aux dispositions légales, notamment en matière de mise à la retraite. Elles portent entre autres sur le montant de l'indemnité de retraite ou le préavis[1818], tout en rappelant parfois les dispositions légales[1819]. Hormis ces éléments, peu de souplesse est accordée aux partenaires sociaux.

[1815]C. trav. L. 122-14-2 aL. 1er ancien.

[1816]*V.* infra, n°433 et s.

[1817] A l'exception de quatre hypothèses expressément délimitées par le législateur à l'article L. 1237-5 alinéa 2, ayant vocation à disparaître, dont : la convention ou accord collectif conclus avant le 1er janvier 2008 fixant des contreparties en termes d'emploi ou formation professionnelle ; les préretraités avant le 1er janvier 2010 sous l'empire d'un accord professionnel au sens de l'article L. 5123-6 du Code du travail ; les conventions de préretraite progressive conclues avant le 1er janvier 2005 et tous les autres avantages de préretraite (antérieurs à la loi n°2003-775) accordés avant le 1er janvier 2010. Pour ces quatre situations, le législateur a admis que l'âge retenu soit au moins égal à l'âge d'ouverture des droits et non pas, l'âge légal de la retraite à taux plein.

[1818] Par ex : art. 33 de la convention collective nationale des hôtels, cafés restaurants (modalités de calcul de l'indemnité de départ en retraite) ; art. 3.3 de la nouvelle convention collective nationale des commerces de détail non alimentaires (antiquités, brocante….) (indemnités) ; art. C.A.18 des clauses relatives aux cadres, attachées à la convention collective nationale de l'industrie des tuiles et des briques (délai de préavis, indemnités et mise à la retraite d'office à 70 ans).

[1819] Comme l'illustre l'article 32, 4° de la convention collective nationale des entreprises de désinfection, désinsectisation, dératisation : « *Si les conditions de la retraite à taux plein ne sont pas réunies, le départ du salarié à l'initiative de l'employeur, constitue un licenciement* ».

2. Le cadre juridique de la mise à la retraite

437. L'évolution de ce mode de rupture motivée par le franchissement du seuil de l'âge légal de la retraite est liée à l'évolution des politiques sociales poursuivies par le législateur. Pendant une première période, le législateur qui vient de condamner les clauses guillotines par un texte de loi, érige en parallèle un nouveau mode de rupture à l'initiative de l'employeur[1820], s'imposant au salarié, éligible à pension (à taux plein) et satisfaisant une condition d'âge (a). La seconde période est marquée par le déplacement du curseur de l'âge à partir duquel un employeur peut se séparer de son salarié, accordant à ce dernier la faculté de prolonger au-delà de l'âge légal de la retraite, la durée de sa vie active, sans être victime de son âge(b).

a. L'avènement de la mise à la retraite

438. Le législateur a progressivement éliminé les modes de rupture prenant appui sur le critère de l'âge. L'employeur a conservé une seule faculté, la mise à la retraite, permettant à l'employeur d'entraîner le départ du salarié en retraite. Cette option existe depuis 1987[1821]. Insérée par la loi n°87-588[1822], elle a été codifiée à l'article L.122-14-13 ancien du Code du travail. Selon l'alinéa 3, « *la mise à la retraite s'entend par la possibilité donnée à l'entreprise de rompre le contrat de travail d'un salarié qui peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein […] et qui remplit les conditions d'ouverture à la pension de vieillesse, ou, si elles existent, les conditions d'âge prévues par la convention ou l'accord collectif, ou le contrat de travail. Si les conditions de mise à la retraite ne sont pas remplies, la rupture du contrat de travail par l'employeur constitue un licenciement* ». Il convient d'en déduire deux choses.

[1820] Mais aussi du salarié, désigné sous le nom de départ à la retraite (C. trav. art. L. 122-14-13 aL. 1er ancien). En décidant de mettre un terme au contrat qui le lie à l'employeur en raison de sa demande de liquidation de sa pension vieillesse, le salarié a le droit à une indemnité de départ en retraite.

[1821] Antérieurement, les juges avaient déjà eu à s'exprimer à propos de ce mode de rupture. La Chambre sociale de la Cour de cassation avait considéré qu'en raison du défaut de disposition légale et réglementaire fixant un âge entraînant obligatoirement le départ du salarié de l'entreprise, en cas de rupture à son initiative, l'employeur ne pouvait invoquer le terme fixé par le règlement intérieur pour justifier son refus de verser les indemnités de licenciement prévues par la convention collective. En 1972, la chambre sociale de la Cour de cassation assimilait la mise à la retraite à un licenciement (Soc. 1er mars 1972, pourvoi n° 71-40043, *Bull. civ. V,* n°165 ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, *op. cit.*, n°95 ; *D.* 1972, p. 540 ; *JCP* 1972, II, 1762).

[1822] Par l'article 59, II, de la loi n°87-588 *préc.*

La première porte sur la limitation de l'exercice de cette faculté de l'employeur.

La seconde concerne les effets de cet alinéa.

Certes le pouvoir de direction de l'employeur concernant le recours à cet autre mode de rupture est restreint, mais sa mise en œuvre s'imposait au salarié, ayant atteint l'âge requis et éligible à pension à taux plein. Or, le seuil d'âge d'ouverture des droits avait été abaissé à 60 ans, permettant au salarié comptabilisant 150 trimestres[1823] de demander la liquidation de sa pension à taux plein, mais plus seulement à l'initiative du salarié, mais aussi à l'employeur. Il ne s'agit ni plus ni moins que d'une mise à la retraite d'office, car le législateur n'avait pas prévu le refus du travailleur. La seule protection offerte à son attention résidait dans les conditions exigées pour l'exercice de cette faculté, car dans l'hypothèse où le salarié était mis à la retraite prématurément, cet acte unilatéral était requalifié en licenciement[1824]. Ne reposant que sur l'âge du salarié, le licenciement était fondé sur un motif discriminatoire, légalement consacré à l'ancien article L.122-45 du Code du travail, entraînant ainsi la nullité de cette rupture à l'initiative de l'employeur[1825].

439. La loi n°87-588 avait donc condamné la jurisprudence de la Cour de cassation à propos des clauses guillotines, mais elle instituait en parallèle, un régime de mise à la retraite imposée au salarié[1826]. Le législateur a-t-il voulu offrir un palliatif au défaut de motif pouvant légitimer un licenciement d'un travailleur âgé ou à la suppression des clauses-couperet ? À défaut de pouvoir employer ces deux modes de rupture à l'illicéité avérée légalement et judiciairement, pour se séparer de son salarié âgé, l'employeur disposait de cette dernière option motivée directement par l'âge du salarié[1827]. La mise à la retraite constituait une option, dont la mise en œuvre ne résultait que de la seule volonté de l'employeur, non soumis

[1823] A défaut de remplir cette condition d'assurance, le travailleur obtenait automatiquement le taux plein à 65 ans.

[1824] G. LYON –CAEN, Une vieillesse sans droit, *op.cit.*.

[1825] Soc. 21 décembre 2006, pourvoi n°05-12.816, *Bull. civ. V,* n°412, p.399 ; *Dr. soc*. 2007, p.243, obs. P. CHAUMETTE ; *RDT* 2007, p. 238, note I. DESBARATS; *D.* 2007, p. 217, note J. CORTOT.

Et pour évincer cette menace, l'employeur avait le droit de recueillir toutes les informations requises auprès de son salarié, sans pour autant porter atteinte à sa vie privée ; Soc. 13 mai 2009, n°08-41.826, *Bull. civ. V,* n°131 ; *Lexbase hedo éd. sociale*, 28 mai 2009, n°352, Mise à la retraite : la production d'un relevé de carrière ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée, comm. C. WILLMANN.

[1826] J.-M. BÉRAUD, « La mise à la retraite : un droit qui se cherche », *op.cit.*

[1827] Dont les effets dépassaient grandement ceux d'une clause-couperet; Ph. LANGLOIS, *op.cit*., p. 156-157.

à une obligation spéciale de motivation[1828]. Il était impossible pour un salarié de le contraindre à exercer cette faculté[1829], ni même de limiter sa mise en œuvre[1830].

En 2003[1831], le législateur français a durci les conditions permettant l'exercice de cette faculté de mise à la retraite d'office en alignant le critère de l'âge à celui de l'âge légal de la retraite à taux plein (soit 65 ans). Mais concurremment, il a conservé les dérogations accordées au droit négocié, puisque les stipulations conventionnelles pouvaient retenir un âge inférieur dans la limite de ne pas être en deçà de l'âge légal d'ouverture des droits (soit 60 ans)[1832].

Ainsi employé, le critère de l'âge privilégiait indéniablement le droit au repos sur le droit au travail, plaçant l'avenir des travailleurs âgés aux seules mains des employeurs, qui en fonction de leurs besoins, pouvaient légitimement s'en séparer, perpétuant la conception patronale de la retraite.

[1828] Soc. 12 janvier 1993, n°89-43.467, *Bull. civ. V,* n°4, p.3 ; *D.* 1993, p. 255, par A. BOUILLOUX. L'auteur faisait part de sa déception du défaut de contrôle par les juges de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire de mettre à la retraite un salarié.

[1829] Soc. 12 novembre 2002, pourvoi n°00-42730, *Bull. civ. V,* n°340, p.332. En l'espèce, une salariée âgée d'au moins 50 ans avait accepté un contrat de solidarité préretraite progressive (à temps partiel), obtenant en contrepartie une allocation versées jusqu'au jour où la salariée peut demander la liquidation de sa pension à taux plein. A l'âge de 60 ans et parvenue au taux plein, elle avait informé son employeur « en ce qu'elle bénéficierait de la retraite ». Son employeur lui avait alors proposé soit de continuer à mi-temps, soit de prendre sa retraite, bien loin du retour à temps plein désiré. Cette décision fut l'occasion pour la Cour d'affirmer que « *l'arrêt du versement des allocations n'emportait pas l'extinction du contrat et que ne pesait ni sur le salarié l'obligation de demander sa mise à la retraite, ni sur l'employeur l'obligation de procéder à la mise à la retraite, la cour d'appel a pu décider que l'offre de l'employeur de maintenir le contrat dans les conditions d'un mi-temps désormais payé comme tel était satisfactoire de sorte que le départ à la retraite de la salariée n'était pas le fait de l'employeur* ».

[1830] Soc. 18 novembre 1997, pourvoi n°95-43.792, *inédit* (sur la mise à la retraite d'une ouvrière âgée de 70 ans, dont la pension était au taux plein) ; Ph. LANGLOIS, *préc.*

[1831] Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, *JORF* du 22 août 2003, p. 14310.

[1832] Toujours sous réserve de l'obtention du taux plein par le salarié. Sur cette poursuite d'objectifs antinomiques : M.-C. AMAUGER-LATTES et I. DESBARATS, « La mise à la retraite avant 65 ans : regard critique sur quelques pratiques conventionnelles », *JCP S* 2006, 1326.

b. Une mise à la retraite conditionnée

440. Néanmoins le pendant du départ à la retraite à l'initiative du salarié[1833], a fait l'objet d'un contrôle très strict par le législateur depuis quelques années, afin de promouvoir non plus le retrait de toute activité professionnelle, mais au contraire, la prolongation de son exercice. Cette tendance s'est affirmée à partir de la loi du 17 décembre 2008[1834]. Son article 90 a ajouté 3 alinéas supplémentaires à l'article L. 1237-5 du Code du travail, instituant une procédure à suivre conditionnant l'exercice de cette faculté offerte à l'employeur. Les alinéas 7 à 9 prévoient qu'au préalable, l'employeur doit interroger par écrit le salarié qui franchira prochainement le seuil de l'âge légal de la retraite (relevé), « *sur son intention de quitter volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse*». Si le salarié ne désire pas mettre un terme à son activité, l'employeur se voit priver de sa faculté d'employer ce mode de rupture pour l'année. Il en est de même s'il s'abstient de suivre cette procédure. Le législateur avait également prévu que l'employeur souhaitant exercer cette faculté devait respecter la même procédure pendant les quatre années succédant l'âge légal de la retraite. Cela a été modifié en 2010 et le législateur a érigé expressément un nouveau seuil d'âge, celui de la mise à la retraite imposée au salarié. Après le 69e anniversaire de son salarié, l'employeur se verra restituer sa faculté de le mettre à la retraite sans justification aucune, peut-être même contre sa volonté, simplement en raison de ses 70 printemps[1835].

Le législateur a modernisé le régime de la mise à la retraite. Ce mode de rupture à l'initiative du seul employeur est dorénavant limité par ce qui lui faisait cruellement défaut à l'origine, l'accord du salarié[1836]. Même si les personnes âgées de 70 ans ne peuvent faire

---

[1833] Soc. 15 janvier 2002, pourvoi n°99-45.335, *inédit*, *RJS* 5/02, n°638. En l'espèce, la Cour d'appel avait accordé la moitié de la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence, car le départ à la retraite était assimilable à une démission. La Chambre sociale de la Cour de cassation a censuré la décision et expliqué que « *le départ à la retraite constitue une cause autonome de résiliation du contrat de travail distincte de la démission* ».

[1834] Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, *JORF* du 18 décembre 2008 p. 19291 (modifié par l'article 90-I, 4°).

[1835] Institué par l'article 27 de la loi n°2010-1330 portant réforme des retraites, *op. cit.*

[1836] Face aux critiques dénonçant la menace de report de l'âge légal de la retraite à 70 ans, le Ministre du travail , des relations sociales, de la famille et de la solidarité, X. Bertrand expliqua : « *Monsieur le Député, la vérité, c'est que les salariés jouissent désormais d'un droit nouveau : celui de continuer à travailler. Jusqu'au 1er janvier prochain, un employeur peut mettre dehors tout salarié ayant atteint l'âge de 65 ans, même si celui-ci a envie ou besoin de poursuivre son activité. Le principe de notre réforme est donc clair : laissons les Français*

l'objet d'une discrimination à raison de l'âge, il convient de féliciter le législateur en ce qu'il a permis de restreindre le pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur, par la prise en considération des aspirations des travailleurs âgés, œuvrant ainsi à la réalisation de l'objectif fixé lors du Sommet de Stockholm en 2001, à savoir augmenter le taux d'emploi des travailleurs âgés..

3. La licéité méthodologiquement appréciée

441. Le cadre juridique français est planté. Les réformes législatives entreprises par le législateur français ont pour but de promouvoir la poursuite d'activité des travailleurs dont l'âge est proche ou égal, voire même plus élevé que celui conditionnant l'accès à la liquidation de la pension de vieillesse. Le législateur a refusé d'instituer un âge légal de la retraite au sens strict, car le fait de franchir ce seuil ne signifie pas pour autant la liquidation automatique de la pension[1837]. Il a privé de cette prérogative les partenaires sociaux en condamnant les clauses guillotines et en encadrant les clauses souples. Il s'est également opposé à une cessation anticipée d'activité imposée par l'employeur, privilégiant l'accord des parties et en limitant son champ, compris entre 65 et 69 ans. C'est seulement à partir de cet âge que ressurgit « *le pouvoir discrétionnaire »*[1838] de l'employeur, qui peut se séparer de son salarié âgé de 70 ans.

442. Pourtant la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, a introduit dans le Code du travail, des différences de traitement autorisées. Contenues aux articles L. 1133-1 et L. 1133-2 du Code, elles sont la transposition –respectivement- des articles 4 (exigence professionnelle essentielle et déterminante) et 6§1 (la poursuite d'un objectif légitime) de la directive n°2000/78/CE.

La Cour de Justice de l'Union a eu de nombreuses occasions de donner corps à ces différences de traitement autorisées[1839], notamment celle issue de l'article 6 §1. Dédié spécifiquement à l'âge, cet article prévoit qu'une différence de traitement reposant sur l'âge

---

choisir, et laissons-les travailler ! » […] *«Une société où l'on vit de plus en plus vieux ne peut s'accommoder d'un système qui exclut du monde de l'entreprise les salariés ayant atteint un certain âge. Désormais, les choses seront claires : le droit à prolonger son activité, c'est-à-dire le droit au travail, sera garanti par la loi* ». 2ème séance du 4 novembre 2008, *JOAN* du 5 novembre 2008, n°94, p.6872.

[1837] En faisant un parallèle avec l'âge de la majorité, il apparaît difficile d'échapper aux effets du temps…

[1838] Expression empruntée à J.-M. BÉRAUD, *op.cit.*

[1839] v. *supra*, n°227 et s.

peut être admise si elle est « *objectivement et raisonnablement justifiée, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, [...] et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* ».

443. En insérant une éventuelle justification à une différence de traitement, le législateur de l'Union révèle la prise en considération du dilemme auquel sont exposés les législateurs des États membres, dans la recherche d'un équilibre entre le droit au travail et le droit au repos. Cela transparaît déjà au sein de l'article, qui propose une liste non limitative d'objectifs légitimes, liés à l'emploi et au marché du travail. Les décisions de la CJUE l'attestent également, lorsqu'elle est amenée à connaître des justifications avancées par les États membres pour instituer des différences de traitement. Particulièrement compréhensive à leur égard, elle a admis que le critère de l'âge puisse être employé afin de partager le travail entre les générations, acceptant ainsi l'existence dans les législations internes de mise à la retraite d'office, comme dans l'affaire Georgiev[1840] ou Palacios de la Villa[1841]. La volonté du travailleur de poursuivre l'exercice de son activité ne fait alors pas le poids face à l'objectif de partage intergénérationnel de l'emploi, destiné à permettre une répartition optimale des postes de professeurs (recrutement de jeunes professeurs)[1842]. Il en est de même en ce qui concerne la régulation du chômage, poursuivant concurremment la promotion de l'embauche et aboutir à une structure des âges plus équilibré dans la fonction publique espagnole[1843].

444. La Cour de Justice de l'Union accepte plus aisément encore les clauses de cessation d'activité, appelées également clauses guillotines. Cela a été révélé à l'issue de l'affaire Rosenbladt[1844], dans laquelle elle explique sa distinction entre ces clauses et celles instituant une mise à la retraite d'office. À titre de rappel, il convient de mentionner qu'en l'espèce, la clause prévoit deux modes de rupture, l'un est attaché à l'éligibilité à pension et soumis au consentement du travailleur, le second repose uniquement un chiffre, celui des 65 ans, âge

[1840] CJUE, 18 novembre 2010, aff. Vasil Ivanof Georgiev, C-250/09 et 266/09, *Rec*. p. I -11869; J.-Ph. LHERNOULD, *RJS* 2/2011, 99; C. WILLMANN, La volonté du salarié de continuer de travailler après l'âge de la retraite face à la mise à la retraite d'office, *Lexbase hebdo éd. soc.* n°420, 9 décembre 2010 ; L. DRIGUEZ, *Europe* 2011, comm. 26.

[1841] CJCE, 16 octobre 2007, Aff. Palacios de la Villa, C-411/05 (v. *supra*, note de bas de page n°5, p. 278).

[1842] Pt. 65 de l'aff. Georgiev, *préc*..

[1843] Pts 58 -63 de l'aff. Palacios de la Villa.

[1844] CJUE, 12 octobre 2010, *Gisela Rosenbladt*, (v. *supra*, n° 245 et s.).

légal de la retraite. La législation allemande considère que parmi les exemples de différences de traitement fondées sur l'âge autorisées, figurent les accords stipulant une cessation de la relation de travail, exclusive des formes de rupture à l'initiative de l'employeur ou du salarié, reposant sur une date à laquelle le travailleur est éligible à une pension de retraite en raison de son âge.

La Cour prend alors le temps de préciser en son point 39 que : « Cette mesure n'instaure donc pas un régime impératif de départ obligatoire à la retraite, mais autorise les employeurs et les employés à convenir, par des accords individuels ou collectifs, d'un mode d'extinction des relations de travail fondé sur l'âge d'admission au bénéfice d'une pension de retraite, indépendamment des hypothèses de démission ou de licenciement ».

La marge d'appréciation des États membres leur permettant de déterminer librement à la fois l'objectif légitime poursuivi et la mesure pour y parvenir, la Cour recueille favorablement les explications du gouvernement allemand, expliquant l'existence d'un consensus national fondé sur le partage du travail ente les générations « *reconnue dans de nombreux États membres* », « *qui dure depuis de nombreuses années en Allemagne* ». Cette mesure serait doublement bénéfique, puisqu'elle accorderait aux travailleurs âgés la rupture désirée dans des conditions respectueuses de sa dignité, partant du postulat que « *la plupart d'entre eux souhaiteraient cesser de travailler dès leur admission à la retraite* ». Le gouvernement allemand révèle en outre que cela ne contraint pas l'employeur à le licencier, ce qui le dispense d'avoir à rechercher la justification de cette rupture en prouvant que les travailleurs âgés ne sont plus aptes au travail, laissant ainsi s'exprimer librement les préjugés sur l'âge[1845]. La mesure profiterait également aux jeunes générations, leur facilitant l'insertion dans la vie active dans un contexte de chômage structurel. La Cour accepte à ces explications en se bornant à constater que ces clauses font « *depuis longtemps, parties du droit du travail de nombreux États membres* » et constituent *« un usage répandu dans les relations de travail* ». Elle considère que l'ensemble obéit à « *un équilibre entre considérations d'ordre politique, économique, social, démographique et/ou budgétaire et dépend du choix d'allonger la durée de vie active des travailleurs ou, au contraire, de prévoir le départ à la retraite précoce de ces derniers* ». La CJUE a donc intégré et relayé cette idée de partage intergénérationnel du travail , indépendamment de la volonté du travailleur, voire même pour son propre bien. La

[1845] Cela fait éclore une question polémique : s'ils ne sont plus aptes à occuper leur emploi, ces travailleurs conservent-ils leur place sur le marché du travail ?

Pt 43 de l'aff. Rosenbladt.

seule limite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'employeur se manifeste dans l'hypothèse d'une cessation du contrat en deçà de l'âge légal de la retraite. Dans ce seul cas, la volonté du travail est prise en compte, puisque l'employeur doit recueillir son consentement[1846]. Mais trois ans plus tard, lorsque le travailleur atteint le seuil des 65 ans, âge légal de la retraite au titre de la pension normale, l'employeur peut décider de mettre un terme à la relation de travail conformément à la convention collective applicable. Le travailleur évincé ne liquidera pas nécessairement sa pension. Comme la Cour le souligne, il ne s'agit pas d'une mise à la retraite d'office, puisque ce travailleur évincé en raison de son âge, pourra toujours trouver un autre emploi par la suite et il bénéficiera à ce titre de la protection accordée par la législation nationale relative à la prohibition des discriminations[1847].

En acceptant le résultat de ce compromis entre les intérêts divergents des employeurs et travailleurs, la Cour se fait le relais de certaines positions en matière de vieillesse, assez proches de celles du patronat et des syndicats français dans les années 70. Refusant d'entendre la voix de l'individu clamant son désir de poursuivre la relation de travail au-delà de 65 ans, la Cour accepte l'équilibre entre le droit au travail et le droit au repos, opéré par le législateur via les partenaires sociaux.

La CJUE a ainsi reconnu la licéité des clauses de mise à la retraite d'office ainsi que les clauses de cessation automatique de la relation de travail, toutes deux fondées sur le critère de l'âge, sous réserve de satisfaire le double contrôle de la proportionnalité et de la nécessité de la mesure[1848]. Cette position n'est pas dans son intégralité, celle du droit du travail français. Si la législation française comporte une clause de mise à la retraite soumise à la volonté du travailleur et une autre, s'imposant à lui (clause de mise à la retraite d'office), les clauses guillotines sont elles, prohibées depuis 1987. Mais cela ne contraint absolument pas le législateur français à revenir sur cette prohibition, même si la CJUE considère que les partenaires sociaux sont les plus aptes à concilier au mieux les intérêts en présence[1849].

445. Quant aux juridictions françaises, la jurisprudence et la méthodologie adoptée par la CJUE ont été véritablement intégrées, au point qu'un auteur a désigné la Cour de cassation

[1846] Pts. 50-51 de l'aff. Rosenbladt, *préc.*

[1847] Pt. 74 de l'aff. Rosenbladt, *préc.*

[1848]Ce qui impose nécessairement une appréciation de chaque clause ; v. *supra* n°227.

[1849] V. *supra,* n°245.

comme étant « *la gardienne du cadre méthodologique communautaire* [1850]». Nouvellement armée de cette cassation méthodologique communautaire, la Cour de cassation a en 2010[1851], par deux fois, contrôlé des clauses de cessation automatique du contrat en raison de l'âge. Dans ces deux décisions, le fondement juridique retenu est constitué de la directive, plus précisément de l'article 6§1. Elle a réitéré son œuvre dans une décision du 16 avril 2011[1852]. En l'espèce, une salariée travaillant pour la SNCF avait été mise à la retraite à 55 ans, en vertu des dispositions du décret applicable à ce régime spécial. À cette occasion, la Cour a énoncé que si le simple fait de prévoir par voie réglementaire, l'instauration d'une mise à la retraite à un âge déterminé, ne peut en elle-même constituer une discrimination au sens de l'article L. 1132-4 du Code du travail[1853], cela ne signifie pas pour autant que la décision de l'employeur de faire usage de la faculté offerte ne soit pas discriminatoire. Et c'est donc « *à bon droit, après avoir rappelé que par arrêt du 19 mai 2006 le Conseil d'État a jugé que les dispositions du décret n° 54-24 du 9 janvier 1954 qui autorisent la SNCF à mettre un agent à la retraite d'office à l'âge de 55 ans ne constituent pas en elles-mêmes une discrimination interdite, que la cour d'appel a entrepris de vérifier si la décision de la SNCF de mettre à la retraite d'office Mme X... répondait aux conditions posées par l'article L. 122-45-3 du code du travail, devenu l'article L. 1133-1, dans sa rédaction alors applicable, interprété au regard de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, qui consacre un principe général du droit communautaire* ». En l'espèce, les juges du fond avaient constaté que l'objectif légitime était trop général. Cette imprécision justifierait la qualification de cette différence de traitement en discrimination, reprise et confortée par la Cour de cassation.

[1850] C. RADÉ, « Non-discrimination en raison de l'âge : la Cour de cassation au secours des seniors », *Lexbase Hebdo éd. sociale* n°396, 27 mai 2010 ; ou « gardienne de l'effectivité du droit de l'Union », *RDT E* 2012, « Discrimination fondée sur l'âge : primauté du droit de l'Union et uniformisation du contrôle juridictionnel », p. 520, par B. de CLAVIÈRE

[1851]Soc. 11 mai 2010 (v. *supra* n°219-220) ; Soc. 16 février 2011, n°09-72.061, *Bull. civ. V,* n°52 (cassation partielle: la Cour d'Appel devait rechercher l'existence d'un objectif légitime et s'assurer de la proportionnalité et la nécessité de la mesure) ; *RDT* 2011, p.241, note F. DEBORD ; B. de CLAVIÈRE, *préc*.

[1852] Soc. 16 février 2011, pourvoi n°10-10.465, *Bull. civ. V,* n°50 ; F. DEBORD, *préc.* ; B. de CLAVIÈRE, *préc.*

[1853] Soc. 23 janvier 2007 n°05-41.608, *Bull. civ. V,* n°9, p.7; *JCP* S, 2008, 1082; La prohibition des clauses couperet prévue à l'article L. 1237-4 du Code du travail est inapplicable pour les entreprises public à statut et les entreprises public à caractère industriel et commercial.

Le Conseil d'État[1854] a également fait sienne cette méthodologie pour apprécier de la conformité d'un décret modifiant le statut national du personnel des industries électriques et gazières. En juillet 2013[1855], la Cour de cassation a même retenu cette méthode pour apprécier de la conformité d'une mise à la retraite instituée par un accord dérogatoire mis en place en applications des dispositions de la loi de 2003.

Les juridictions françaises, de l'ordre judiciaire et administratif, ont recours à la méthodologie adoptée par la CJUE pour apprécier de la conformité d'une différence de traitement à la directive 2000/78/CE, imposant non seulement le contrôle de l'existence de l'objectif légitime, mais aussi la proportionnalité et la nécessité de la mesure.

L'exigence des juridictions judiciaires dans la description de l'objectif légitime, mais aussi dans l'appréciation de la mesure destinée à parvenir à son bon accomplissement, s'inscrit dans la continuité. Les juges ont toujours eu la volonté d'aiguiser sans cesse leur contrôle, dont la sévérité est garante de la protection des individus dans l'exercice de leur droit au travail. Le recours à cette méthodologie communautaire permet aux juridictions de renforcer davantage leur étreinte et de sanctionner les discriminations à raison de l'âge dont sont victimes certains travailleurs à l'approche de l'âge de la retraite.

Mais si son contrôle devient plus exacerbé lors de la mise en œuvre d'une mesure légalement définie à l'initiative du seul employeur, un mode de rupture est susceptible de lui échapper, la rupture par un commun accord.

[1854] CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 13 mars 2013, n°352393. En l'espèce, le décret concerne le relèvement des âges d'ouverture des droits à liquidation ainsi que l'âge légal de retraite à taux plein, pour ête similaire à celui des travailleurs relevant du régime commun.

Dans une autre décision, le Conseil d'État s'est révélé moins discipliné, puisqu'il s'est limité à constater l'existence d'un objectif légitime de ne pas reporter la limite d'âge pour un professeur de clavecin. Pourtant, il s'était fondé sur l'affaire Palaccios de la Villa, ce qui imposait un contrôle de proportionnalité, non effectué.

CE, 22 mai 2013, n°351183, *Europe* 2013, repère 9, D . SIMON.

[1855] Soc. 10 juillet 2013, pourvoi n°12-19.740.

§2 : La liberté contractuelle retrouvée

446. Le dernier mode de rupture de la relation de travail à durée indéterminée comporte une part d'ombre. Institué par le législateur en 2008[1856] et intégré à l'article L. 1231-1 du Code du travail, ce dernier mode de rupture permet à l'employeur et au salarié, d'un commun accord de mettre fin à la relation de travail les unissant. Désignée sous le nom de rupture conventionnelle, il s'agit d'un mode de rupture distinct du licenciement et de la démission[1857]. Les parties signent sans subir de contrainte[1858], une convention, laquelle pour produire ses effets, doit être homologuée par la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi[1859]. Le législateur a non seulement imposé le suivi d'un formalisme dans la procédure[1860], mais aussi la présence de stipulations précises au sein de la convention[1861]. Au même titre qu'un licenciement, le salarié dont le contrat a été rompu par ce biais, a droit aux indemnités versées par l'assurance chômage[1862].

Plusieurs études de la DARES[1863] ont révélé que les travailleurs âgés faisaient partie du public concerné par ce mode de rupture, notamment les salariés d'au moins 58 ans travaillant dans des établissements de 50 salariés et plus. La dernière étude[1864] a dévoilé que dans 26%

[1856] Par l'article 5-I de la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, *JORF* du 26 juin 2008, p. 10224 ; Sur la rupture conventionnelle : F. FAVENNEC-HÉRY, « La rupture conventionnelle du contrat de travail, mesure phare de l'accord », *Dr. soc.* 2008, p.311 ; B. GAURIAU, « L'exclusivité de la rupture conventionnelle », *Dr. soc.* 2008, p. 1065 ; G. LOISEAU, « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. soc*. 2010, p.297-306 (spéc. 306 sur la discrimination) ; P. LAGESSE, N. BOUFFIER, « Les frontières de la rupture conventionnelles », *Dr. soc.* 2012, p. 14-22.

[1857] C. trav. art. L. 1237-11 aL. 2.

[1858] Un travailleur harcelé moralement ne peut donner son consentement ; Toulouse, 4ème ch., section 2, 3 juin 2011, n°10/00338, cité in *RF social, cahier juridique*, n°124, novembre 2012, p. 6 (n°1-1).

[1859] C. trav. art. L. 1237-14.

[1860] C. trav. art. L. 1237-12.

[1861] C. trav. art. L. 1237-13 (la date et l'indemnité spécifique de rupture).

[1862] C. trav. art. L. 5421-1.

[1863] DARES Analyses, octobre 2013, n°74 (raisons) ; *Sem. soc. Lamy*. 21 octobre 2013, p. 2-3 ; DARES, *Emploi des seniors, Synthèse des principales données sur l'emploi des seniors*, Sept. 2011, n°164, p. 89-90 ; *Sem. Soc. Lamy 2011*, n° 1499, act., « La rupture conventionnelle séduit les petites entreprises et les seniors » ; *Sem. Soc. Lamy* 2010, n°1462, « Les ruptures conventionnelles touchent surtout les seniors ».

[1864] C. MINNI, « Les ruptures conventionnelles de 2008 à 2012 », *DARES Analyses*, mai 2013, n°31, p.7-10 ; J.-R. LE MEUR, « Rupture conventionnelle : un succès menacé », *Les cahiers du DRH*, 2013, n°196.

des fins de la relation de travail, les salariés âgés de 58 à 60 ans ont signé une rupture conventionnelle.

Une autre étude a été menée afin de connaître entre autres les motifs de recours à ce mode de rupture. La lecture de cette étude nous informe que dans le cadre d'une procédure initiée par l'employeur, les motifs justifiant ce recours sont parfois ambigus[1865]. Ces dangers avaient été signalés par certains auteurs[1866], dénonçant en outre le risque de l'effet de vase communicant, transférant les travailleurs âgés dont le contrat a été rompu, en demandeurs d'emploi indemnisés dans l'attente de la liquidation de leur pension[1867].

447. La seule limite survient à travers le régime social des indemnités versées au titre d'une rupture conventionnelle. Incluses parmi les rémunérations au sens de la sécurité sociale[1868], elles sont soumises aux cotisations sociales, à la contribution sociale généralisée et à la contribution pour le remboursement de la dette sociale. Cela ne concerne que les salariés éligibles à une pension vieillesse, indépendamment du taux et du régime, y compris ceux accordant une liquidation anticipée[1869].

[1865] Dans certains cas, les salariés âgés ont été soulagés de partir (usure physique, voire morale ; souhait de laisser la place aux jeunes), mais il y a aussi des hypothèses où l'employeur a fait comprendre au salarié sa volonté de le voir partir et connaissent ensuite une situation de chômage difficile à vivre ; R. DAMALSSO, B. GOMEL, D. MÉDA, E. SERVERIN, L. SIBAUD, *Des ruptures conventionnelles vues par des salariés*, Centre d'études de l'emploi, Rapport de recherche, n°80, octobre 2012, p.61-62, p.103 et p.184-185 (entretien d'une femme âgée de 58 ans, convaincue d'avoir été évincée en raison de son âge et de son salaire).

[1866] M.-C. AMAUGER-LATTES et I. DESBARATS, « Emploi des seniors et rupture conventionnelle : des liaisons dangereuses… », *Sem. Soc. Lamy* 2008, n°1352 ; P.-Y. VERKINDT, « La réforme des retraites entre le clair et l'obscur », *Dr. soc*. 2011, p. 260.

Notons que le Professeur FAVENNEC–HÉRY posait la question de la garantie apportée par l'homologation accordée par l'autorité publique : « *Restera […] à déterminer l'impact d'une homologation du directeur départemental du travail ou de son absence sur un éventuel contrôle judiciaire de la procédure suivie. L'homologation ne semble pas devoir purger l'accord de rupture de ses éventuels vices* » in La rupture conventionnelle du contrat de travail…, *op. cit.*, p. 317.

[1867] Sur le transfert et ses modalités de fonctionnement : P.-Y. VERKINDT, E. GRAUJEMAN, *Réforme(s) des retraites et emploi des seniors, Le nouveau droit des retraites après les réformes de 2010 et 2012, op.cit.*, 2e éd., 2012, p. 143-145.

[1868] Article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale et article 80 duodecies C. général des Impôts (alinéa 1er, 6°) ; Sur ce dispositif : P.-Y. VERKINDT, E. GRAUJEMAN, *Réforme(s) des retraites et emploi des seniors, Le nouveau droit des retraites après les réformes de 2010 et 2012, préc.*., p.142.

[1869] Au titre d'une carrière longue par exemple…

Ce mode de rupture, dernière voie possible pour mettre un terme à la relation de travail, sollicitera très certainement l'attention du législateur, notamment afin d'éviter de réduire à peu de choses, les efforts entrepris pour prolonger la durée de la vie active des travailleurs.

Conclusion du chapitre 1

448. Rétablir un partage plus équilibré de la durée de l'exercice de l'activité professionnelle du travailleur au sein de son cycle de vie, est un objectif impossible à atteindre sans apporter des aménagements respectueux de l'être humain. L'existence de régimes dérogatoires est essentielle, car à défaut, l'homme ne constituerait plus une fin, mais un moyen.

Le maintien de ces dérogations est l'une des traduction de la flexibilisation de l'âge légal de la retraite, idéal pour promouvoir une conception modernisée de la retraite. En accordant une plus large place à la volonté individuelle dans le choix des modalités de liquidation de la pension, le législateur a apporté de la souplesse à l'âge légal de la retraite, redéfinissant l'équilibre entre le droit au travail et le droit au repos. Cela se manifeste à travers les choix proposés aux assurés entre l'anticipation ou le report de la demande de liquidation. Afin de garantir l'effectivité de ces propositions, le législateur a restreint et encadré le pouvoir de l'employeur dans sa faculté de mettre un terme à la relation de travail, en prohibant les justifications reposant sur l'âge. De manière concomitante, les juridictions judiciaires se sont chargées d'apprécier avec une sévérité certaine, toutes les ruptures de contrat motivées par l'âge, condamnant les plus illicites d'entre elles. Mais dans certaines circonstances et comme la CJUE le démontra de multiples fois, la différence de traitement peut être admise. Des conditions doivent cependant être satisfaites, conditions dont se sont emparées les juridictions françaises pour apprécier de la licéité de la différence de traitement.

Conséquemment, la double dimension de l'âge apparaît dans toute sa splendeur. Il est à la fois cet instrument destiné à permettre la réalisation d'un objectif social tel que le partage intergénérationnel du travail tout en possédant en outre les qualités d'un instrument au soutien des principes généraux de la dignité humaine (à travers les régimes dérogatoires) et de non discrimination à raison de l'âge (droit au travail à tout âge)…

Chapitre 2 La conciliation de l'âge de la retraite et les relations professionnelles

449. Postérieurement à sa demande de liquidation, l'assuré change de statut, il devient un retraité ou un pensionné. Malgré l'emploi indifférent des deux notions, « *la retraite et la pension sont deux institutions bien distinctes* ». Le Professeur Gérard LYON-CAEN[1870] avait d'ailleurs pris le temps de noter qu'en liquidant sa retraite, « *on se retire, on fait retraite (dans un lieu isolé), on prend sa retraite, on est retiré ou retraité, ce qui est la même chose ; en fait « on se tire », car traire, c'est tirer* ». En revanche, par la liquidation de sa pension, « *on est pensionné […], parce qu'il a été pratiqué des retenues à cet effet sur votre salaire. Et une fois votre pension liquidée, vous êtes bien retiré de ce monde, liquidé* ».

La liquidation de la pension marque une césure, un passage d'un état à un autre ou pour être plus précis, d'un statut à un autre. Le travailleur détenait auparavant la qualité de salarié ou d'indépendant et relevait d'un régime bien défini ayant ses règles propres. En demandant la liquidation de sa pension, le travailleur change de qualité et devient un pensionné, obtenant le versement d'un revenu différé jusqu'au terme de son existence. Ce revenu différé a vocation à se substituer à la rémunération auparavant perçue dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle, salariée ou non. Conséquemment, le pensionné est - en principe - celui qui s'est retiré de son activité professionnelle afin de bénéficier à titre principal, d'une pension versée par un ou plusieurs régimes auxquels il a été affilié durant son autre vie. Il n'a donc pas vocation à rechercher à subvenir à ses besoins par la mise en œuvre de sa force de travail, puisqu'il bénéficie déjà d'un revenu. Pourtant, dans le cadre de la promotion de la poursuite de la vie active, le législateur a choisi d'encourager les travailleurs ayant liquidé leur pension à demeurer sur le marché du travail. Opérant une véritable conciliation entre la retraite et le droit au travail au-delà de l'âge légal de la retraite, le législateur a créé des mesures destinées à permettre l'exercice d'une activité, tout en permettant aux pensionnés de bénéficier de leur pension. À cette fin, le législateur a institué le cumul de la pension et d'un revenu d'activité, générant un certain nombre d'interrogations portant notamment sur la place à accorder à ce dispositif dans le financement de la retraite, voire tout simplement ses limites (SECTION 1). Mais le législateur n'a pas seulement encadré les revenus issus de la poursuite

[1870] Les extraits sont de G. LYON-CAEN, Une vieillesse sans droit, *op.cit.*

de la vie active au-delà de l'âge légal de la retraite, il en a en outre déterminé les modalités de son exercice (SECTION 2).

Section 1 : L'encadrement des revenus du pensionné en activité.

450. La première illustration de la conciliation de l'âge légal de la retraite et des relations professionnelles prend forme à travers le dispositif de cumul de la pension avec les revenus issus de l'exercice d'une activité postérieurement à l'opération de liquidation de la pension. De cette conciliation, le législateur a érigé une compatibilité entre ces deux revenus issus de sources distinctes (§1), dont l'ampleur peut toutefois faire l'objet de réserve.

La conciliation obtenue, reste à savoir quel rôle convient-il d'accorder à ce dispositif. Dans une perspective de vieillissement actif, ce revenu d'activité, complément de la pension, peut se révéler de plus en plus indispensable, générant de multiples interrogations portant notamment sur l'effet de cumul avec la pension (§2).

§1. La compatibilité de la liquidation de la pension et du revenu d'activité légalement reconnue

451. Toute demande de liquidation pour devenir effective est soumise à condition. Atteindre le seuil d'âge fixé par le législateur, tout en ayant une certaine durée d'assurance, permet à l'assuré d'obtenir une pension de base à taux plein ou non. Mais le législateur exige l'exécution d'une autre formalité, admettant ainsi l'acquisition d'un nouveau statut pour l'assuré : la rupture du lien professionnel. Cela ne signifie pas pour autant que le pensionné est ensuite privé de l'exercice d'une autre activité professionnelle lors de sa retraite (A).

Cette faculté de reprendre une activité professionnelle postérieurement à la liquidation amène le législateur à concilier plusieurs normes à valeur constitutionnelle, dont le résultat ne sera que la traduction des priorités reconnues par le législateur (B).

A. La liquidation, une rupture consommée

452. Selon l'article L. 161-22 du Code de la sécurité sociale, alinéa 1er, « *Le service d'une pension de vieillesse prenant effet postérieurement au 31 mars 1983, liquidée au titre du régime général de sécurité sociale, du régime des salariés agricoles ou d'un régime spécial de*

retraite au sens de l'article L. 711-1 et dont l'entrée en jouissance intervient à compter d'un âge fixé par décret en Conseil d'État, ou ultérieurement, est subordonné à la rupture de tout lien professionnel avec l'employeur ou, pour les assurés exerçant une activité non salariée relevant du ou desdits régimes, à la cessation de cette activité ».

Ainsi, lorsqu'un salarié envisage de demander la liquidation de sa pension au titre du régime général sous réserve de satisfaire les conditions requises, cela signifie qu'il devra prendre l'initiative de rompre la relation de travail l'unissant à l'employeur. Il en est de même pour le travailleur indépendant, qui devra cesser toute activité professionnelle. Cette cessation de l'activité ou la rupture de la relation de travail ne concerne toutefois que l'activité relevant du régime au titre de laquelle, l'assuré sollicite la liquidation de sa pension. Mais cela n'a pas toujours été ainsi.

L'obtention de la pension de vieillesse s'inscrit comme un acte de rupture, à l'initiative de l'employeur (mise à la retraite avec accord ou d'office aux 70 ans du salarié) ou celle du salarié (départ en retraite). Une fois cette rupture consommée, l'assuré pourra obtenir le versement de la pension. Mais cet alinéa ne comporte pas de précision sur la durée de cette rupture, laissant ainsi entendre que le pensionné peut acquérir de nouveau le statut de travailleur, salarié ou non, à titre secondaire. Enfin, pour être exact, cet alinéa ne comporte plus une telle précision.

453. À l'origine, lors de l'instauration de la sécurité sociale en 1945[1871], aucune limitation de l'exercice d'une activité professionnelle par un pensionné n'avait été introduite. Cette absence s'explique notamment en raison du faible montant des pensions et du besoin de main-d'œuvre pour la reconstruction[1872]. Si les travailleurs parvenaient à liquider leur pension à taux plein, à l'âge de 65 ans, libres à eux de décider de compléter leur pension par une rémunération liée à la poursuite d'une activité. C'est un changement de paradigme en 1982 qui donne naissance à la restriction dans l'exercice d'une activité par des pensionnés. Introduite dans le Code de la sécurité sociale à l'article L. 161-22 qui énonçait alors que « *[l]e service d'une pension de vieillesse prenant effet postérieurement au 31 mars 1983, liquidée au*

[1871] S. VANLIERDE, « Le cumul emploi-retraite », *Retraite et société*, 2005/3, n°46, p. 246-250.

[1872] « *Les fondateurs de la sécurité sociale n'ont pas prévu de limiter la possibilité de cumul entre une pension de vieillesse et un revenu d'activité. Le pays manquait […] de main-d'œuvre pour se reconstruire ; en outre, les pensions étaient si faibles qu'il fallait bien souvent les compléter* », Rapport du Premier ministre, annexé à l'ordonnance n°82-290 relative à la limitation des possibilités de cumuls entre pensions de retraite et revenus d'activités, *JORF* du 31 mars 1982, p. 983.

titre du régime général de sécurité sociale […], est subordonné à la rupture définitive de tout lien professionnel avec l'employeur ou, pour les assurés exerçant une activité non salariée, à la cessation définitive de cette activité ». Ce faisant, le législateur avait considérablement diminué les possibilités de poursuivre l'exercice d'une activité professionnelle par des pensionnés, en leur refusant d'établir une nouvelle relation de travail avec leur ancien employeur. La rupture étant définitive avec tous les employeurs, les pensionnés n'avaient que deux options, consistant soit à nouer une relation de travail auprès d'un nouvel employeur ou envisager l'exercice d'une activité professionnelle relevant d'un autre régime[1873]. Certaines activités étaient exclues de cette interdiction particulièrement contraignante d'exercer une activité similaire, voire identique à l'ancienne[1874], comme par exemple, les activités artistiques, littéraires, scientifiques exercées de manière accessoire antérieurement à la liquidation, celles des artistes-interprètes ainsi que la participation à des jurys de concours publics[1875] etc. Hormis ces hypothèses, l'ancien salarié, devenu pensionné, ne pouvait pas reprendre une activité auprès de son ancien employeur[1876] et n'avait d'autres choix que de chercher un emploi à partir de 60 ans, s'il avait atteint le taux plein dès l'âge légal d'ouverture des droits.

[1873] J.-M. BOULANGER, *Cumul emploi retraite*, Rapport remis au Conseil d'orientation des retraites, 6 mars 2003, La Documentation française, p.5 (sur la portée de l'article L.161-22 du Code de la sécurité sociale) ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX (Inspection Générale des Affaires Sociales), *Evaluation du cumul emploi retraite*, La Documentation française, 2012, Tome 2, Annexe 3, n°34-35 (salariés).

[1874] Il en était de même pour l'artisan. En procédant à la liquidation de sa pension, il renonçait définitivement à l'exercice de son activité, tant en qualité de travailleur indépendant que de salarié. S'il désirait poursuivre une activité, celle-ci devait s'accomplir dans des locaux différents ou dans une autre zone géographique ; J.-M. BOULANGER, *préc*.

La Cour de cassation faisait preuve d'une particulière sévérité dans l'interprétation de cette cessation définitive d'activité, comme l'illustre une décision de la chambre sociale du 5 avril 1990, Thevel c/ C.R.A.M. de Bourgogne-Franche-Comté (à propos du transfert du siège d'un cabinet d'avocat dans la même rue), pourvoi n°87-15.920, *inédit*.

[1875] Liste limitative énoncée à l'article L.161-22 du Code du travail ancien. Depuis le nombre de dérogations s'est développé.

[1876] S'il le faisait, sa pension de vieillesse était suspendue à partir du 1er jour du mois qui suivait la reprise d'activité.

454. Ces contraintes pesant sur les pensionnés désireux de poursuivre une activité, par choix ou nécessité, ont été partiellement levées en 2003[1877]. La rupture du lien de travail demeure définitive, mais un alinéa a été ajouté : « *[l]es dispositions du premier alinéa ne font pas obstacle à la reprise d'une activité procurant des revenus qui, ajoutés aux pensions servies par les régimes mentionnés au premier alinéa ainsi que par les régimes complémentaires légalement obligatoires régis par le livre IX, sont inférieurs au dernier salaire d'activité perçu avant la liquidation de la ou desdites pensions et sous réserve que cette reprise d'activité, lorsqu'elle a lieu chez le dernier employeur, intervienne au plus tôt six mois après la date d'entrée en jouissance de la pension* ». Condition indispensable à la liquidation de la pension, la rupture ne doit plus pour autant être définitive, puisqu'il est désormais possible pour un travailleur d'établir de nouveau une relation de travail avec son ancien employeur, sous réserve de respecter un délai de 6 mois.

Par la loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008[1878], le législateur a intégré cette modification, puisque la rupture de tout lien professionnel avec l'employeur (ou la cessation de l'activité pour le travailleur indépendant) n'est plus accompagnée de l'adjectif « définitif ». Cette modification a été intégrée, car il est dorénavant possible pour le pensionné de renouer immédiatement une nouvelle relation de travail avec son ancien employeur, sous réserve de détenir une pension à taux plein[1879].

La condition tenant à la rupture du lien professionnel reste la pierre angulaire du régime par répartition, permettant de différencier les travailleurs des pensionnés, les cotisants des bénéficiaires[1880]. Seule la liquidation symbolise cette rupture consommée de la relation de travail, marquant le passage d'un statut à un autre. Toutefois, elle ne signifie pas pour autant le renoncement définitif à l'exercice d'une activité professionnelle.

[1877] Article 15 de la loi n°2003-775 portant réforme des retraites, *JORF* du 22 août 2003, p. 14310 ; D. JOURDAN, « Le cumul emploi-retraite dans le régime général de sécurité sociale », *JCP S* 2006, 1206.

[1878] Art 88 de la Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, *JORF* du 18 décembre 2008, p.19291 ; I. MATHIEU, « Gérer le cumul emploi-retraite : les nouvelles règles », *JCP S* 2009, 1249.

[1879] Modification de l'article L. 161-22 du Code de la sécurité sociale (aL. 2-4).

[1880] Mais également les pensionnés cumulant pension et revenu d'activité des travailleurs-pensionnés bénéficiaires d'une retraite progressive ; v. *infra*, n°478 et s. (à propos de la retraite progressive).

B. La conciliation de droits et d'une liberté à valeur constitutionnelle

455. L'exercice d'une activité professionnelle postérieurement à la liquidation de la pension génère de nombreux problèmes de droit au législateur, qui est amené à concilier une liberté ayant une valeur constitutionnelle (1) et des droits détenant également une telle valeur. L'équilibre auquel le législateur est parvenu résulte d'une habile combinaison entre le souhait de certains pensionnés de poursuivre une activité, le droit au travail des travailleurs d'exercer une activité et le droit à la retraite des pensionnés (2).

1. La constitutionnalité du libre exercice d'une activité professionnelle

456. La liberté du travail[1881] constitue le fondement juridique de la licéité du louage de la force de travail. À ce titre, elle permet à l'individu de décider de mettre à disposition sa force de travail au service d'autrui, moyennant une contrepartie financière, tout en le laissant libre de sélectionner son cocontractant. Cette liberté, brillant par une absence de consécration expresse dans un texte constitutionnel, est issue du décret du 2 et 17 mars 1791, abolissant les corporations et mettant en place un marché du travail. L'Ancien Régime était caractérisé par le fort monopole des corporations, qui organisaient l'ensemble des relations de travail d'une profession (placement, salaire…). Reposant sur un système très hiérarchisé comprenant trois catégories de travailleurs (l'apprenti, le compagnon et le maître), les corporations étaient tenues par les seuls maîtres, catégorie dont l'accès se révélait particulièrement ardu. Cette exclusion a favorisé l'émergence de sociétés de compagnons indépendantes[1882]. L'article 7 du décret d'Allarde[1883] a mis un terme à cette situation de monopole, en énonçant qu' « *À compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession art ou métier qu'elle trouvera bon* ». Le principe de la liberté du commerce et

[1881] P.-Y. VERKINDT, « La liberté du travail » , in *Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, 19e édition, Dalloz, 2013, p. 855 et s.

[1882]Désignés sous le nom de compagnonnages. Ce mouvement s'est décuplé, en dépit des multiples condamnations pénales, au point de devenir très puissant au début du XVIIIe (grèves, interdit de boutiques contre certains maîtres…). Le décret d'Allarde n'a fait qu'exaucer une de leurs très anciennes revendications : la fin des corporations.

[1883]Loi portant suppression de tous les droits d'aides, suppression de toutes les maîtrises et jurandes et établissement de patentes, décret d'Allarde du 2-17 mars 1791, in *Deux Siècles du Droit du Travail, l'histoire par les lois*, dir. par J.-P. LE CROM, Les éditions de l'Atelier, Points d'appui, 1998, p. 25.

de l'industrie (pour les entrepreneurs) était né, accompagné de son équivalent pour l'ensemble des salariés, à travers le principe de la liberté du travail. Mais contrairement à la liberté d'entreprendre, le principe de la liberté du travail n'est qu'une simple déduction de la disposition contenue dans ce décret. Elle exige toutefois intellectuellement à ses lecteurs d'omettre volontairement l'existence de la contrainte de la patente imposée aux entrepreneurs[1884]. Repris par la Constitution de l'an III et celle de 1848[1885], ces deux principes font défaut dans la Constitution de 1946 et celle de 1958.

Malgré tout, la constitutionnalisation du principe de la liberté du travail a tout de même eu lieu. Le préambule de la Constitution de 1958 énonce que « *[l]e peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme […] tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 […]* ». La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen étant muette à propos de cette liberté, il convient alors de se tourner vers le contenu du préambule de 1946. Si l'alinéa 2 porte sur les principes particulièrement nécessaires à notre temps (comprenant le droit au travail et le droit au repos), l'alinéa 1er fait mention non seulement de la Déclaration de 1789, mais des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ces principes comportent certaines caractéristiques qui les distinguent des principes particulièrement nécessaires à notre temps. Si ces derniers sont énumérés au sein du préambule de 1946, les principes reconnus par les lois de la République sont identifiables selon quatre critères. Ils constituent un héritage de la législation républicaine et ils existaient antérieurement au préambule de 1946. En outre, aucune législation ne doit avoir menacé leur pérennité et enfin, pour être élevée au rang de principe, la norme doit être « *suffisamment général[e] et non contingent[e]* »[1886].

[1884] Les entrepreneurs étaient soumis au paiement de la patente (article 7 du décret d'Allarde) ; Réserve émise par J. PÉLISSIER, « La liberté du travail », *Dr. soc*. 1990, p.19.

[1885] L'article 355 de la Constitution du 22 août 1795 dispose que «*il n'y a ni privilège, ni maîtrise, ni jurande, ni limitation […] à la liberté du commerce et à l'exercice de l'industrie et des arts de toute espèce* » et l'article 13 de la Constitution du 4 novembre 1848 énonce : «*La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie*. »

[1886] Sur la constitutionnalisation des principes reconnus par les lois de la République, v. not. L. FAVOREU, L. PHILIP et a., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2011, décision n°6, p.55-60 (à propos de la décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association), spéc. p. 59 (définition) ; X. PRÉTOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. soc*. 1991, p. 197.

C'est par le biais de ce renvoi du préambule de la Constitution de 1958 à celui de 1946 que l'article 7 du décret d'Allarde[1887] se constitutionnalise. Mais il convient immédiatement d'apporter un tempérament à cette constitutionnalisation. Contrairement aux juridictions judiciaires et administratives, le Conseil constitutionnel n'a jamais consacré la valeur constitutionnelle du principe de la liberté du travail[1888]. Il fit son apparition en 1950, dans une décision du tribunal civil de Versailles et fut intégré parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République[1889]. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 22 juin 1963[1890], l'a désigné par une dénomination plus moderne, en définissant le principe de la liberté du travail, comme le « *libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale* ». La juridiction administrative n'a pas été la seule à faire référence à ce principe hérité de la période révolutionnaire, puisque la Chambre sociale de la Cour de cassation le considère comme un principe constitutionnel. De nombreux arrêts y font expressément référence[1891]. Tel est le cas d'une décision du 19 novembre 1996[1892], dans laquelle la chambre sociale prend pour fondement juridique, l'article 7 du décret d'Allarde relatif à la liberté de commerce et d'industrie ainsi que « *le principe de la liberté du travail garanti par la Constitution* ».

[1887] R. VATINET, « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. soc.* 1998, p.534 ; G. LYON-CAEN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D.* 1989, chron. 45, p. 289 (spéc. 290.).

[1888] J. PÉLISSIER, « La liberté du travail », *Dr. soc*. 1990, p. 19.

[1889] T. civ. Versailles, 25 novembre 1950, SA Ford c/ Ferrand, *Dr. soc*. 1951, p. 33 ; Cité par X. PRETOT, in *JCl Administratif,* Fasc. 1418, *Bloc de constitutionnalité*, n°96.

[1890] CE, ass., 22 juin 1963, Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe et Dame Delacroux, *Dr. soc*. 1965, p. 288 ; Cité par J. SAVATIER in *RÉP. TRAV*., Liberté du travail, n°26.

[1891] Soc. 18 avriL. 2000, pourvoi n°97-44.235, *Bull. civ. V,* n°141, p. 110 (sur la déduction d'une prime d'intéressement remboursable en cas de démission du salarié); *Dr. soc*. 2000, p. 646-648, note C. RADÉ ; Soc. 15 mai 2001, pourvoi n°00-42.200, *Bull. civ. V,* n°166, p.131 (faute lourde motivant le licenciement d'un salarié gréviste) ; Soc. 25 février 2004, n°01-43.392, *Bull. civ. V,* n°64, p.59 (sur une clause d'exclusivité imposée à une caissière en CDI à temps partiel. La Chambre fait référence au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle) ; *JCP E* 2004, « Entreprise et droits fondamentaux », 1859, étude par J. RAYNAUD (n°25-27).

[1892] Soc. 19 novembre 1996, pourvoi n°94-19.404, *Bull. civ. V,* n°392, p.280 ; *Dr. soc*. 1997, p. 95, obs. G. COUTURIER. En l'espèce, la cessation de la relation de travail entraînait non seulement l'interdiction d'entrer au service d'une entreprise concurrente, à défaut de l'accord de l'employeur, mais aussi la prohibition de s'établir à son propre compte.

457. Mais aucune décision du Conseil constitutionnel ne consacre expressément ce principe, malgré les diverses occasions offertes lors de contrôles de constitutionnalité portant sur la violation de cette liberté. Le Conseil constitutionnel n'a pas par exemple, saisi l'opportunité qui lui était offerte lors du contrôle de constitutionnalité de loi contenant les dispositions relative aux restrictions du cumul emploi-retraite[1893]. En revanche, pour y faire référence, les Sages la désignent sous un autre intitulé, celui de la liberté professionnelle et ils fondent cette liberté sur autre texte à valeur constitutionnelle, l'alinéa 5 du préambule de 1946. Mais *« les différents termes employés doivent être rassemblés sous une même notion, celle de la liberté du travail »*[1894], car comme l'explique le Professeur SAVATIER, il est difficile d'exercer cette liberté de travailler sans garantir l'effectivité de cette faculté d'être employé par un tiers[1895].

Malgré cette constitutionnalité implicite du principe de la liberté du travail, le maintien de l'article 7 du décret d'Allarde au sein du droit positif doit être confirmé. L'intégration parmi les normes constitutionnelles s'effectue par le biais du préambule de la Constitution, car ce principe se révèle indispensable pour le libre exercice d'autres droits à valeur constitutionnelle[1896].

458. La Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne lui a également conféré une valeur constitutionnelle, expressément. Son article 12 (1) énonce que « *[t]ous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi* […] ». Malgré tout, cette liberté ne doit pas s'analyser en un droit-créance dont l'individu peut se prévaloir lors

[1893] v. *infra*, n°399 et s.

[1894] L. DARDALHON, « La liberté du travail devant le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2005, p.756.

[1895] « *[…] [le] droit au travail […] vise à dépasser la liberté abstraite du travail pour lui permettre de s'exercer effectivement grâce à une possibilité réelle d'accès à un emploi. Mais il n'y a pas en réalité d'opposition entre l'idée de liberté du travail et celle de droit au travail. La liberté du travail est en effet dérisoire si celui qui veut travailler ne trouve pas à s'employer* », J. SAVATIER in *RÉP. TRAV.*, Liberté du travail, n°7.

[1896] A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit du travail français », *Dr. Soc.*1982, p.621.

Cela se confirme à la lecture de l'article L. 2141-1 C. trav énonçant que « *L'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République, en particulier de la liberté individuelle du travail.* »

d'une action exercée contre l'État en cas de défaillance (soit une situation de non-emploi)[1897]. L'appréhension de cette liberté comporte donc des similitudes avec le droit français.

459. Enfin, il convient de signaler que cette liberté est aussi présente en droit de l'Union, au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[1898]. Mais la jurisprudence de la CJUE a bien souvent démontré que le droit au travail des travailleurs âgés pouvait connaître des limitations légitimes, sous réserve de toujours laisser la possibilité d'exercer une activité postérieurement[1899].

2. Une restriction d'ordre constitutionnel

460. La mise en place d'un dispositif admettant le cumul de la pension (voire des pensions si l'assuré a exercé des activités relevant de régimes distincts) et des revenus issus de l'activité est l'illustration même de l'équilibre désiré par le législateur entre le droit au travail et le droit au repos. Tout est en effet lié à la conception de cette dernière période du cycle professionnel, choisie par le législateur, optant pour la pension en tant que revenu différé, ou pour la retraite, en tant que mode d'éviction du marché du travail.

461. Dans les années 80[1900], le législateur avait retenu la seconde option, en limitant l'exercice d'une activité professionnelle postérieurement à la demande de liquidation. En reprenant les termes usités dans le rapport préliminaire à l'ordonnance n°82-290, plusieurs éléments sont révélateurs du choix privilégié par le gouvernement de l'époque. Selon les termes du Premier ministre, au nom de deux raisons majeures, « *une certaine limitation de ces possibilités de cumul est pourtant devenue nécessaire* ». La première justification était liée « *à la situation actuelle de l'emploi, imposant une obligation de solidarité nationale* ». La seconde motivant une telle restriction découlait de l'abaissement à 60 ans, l'âge à partir duquel les assurés comptabilisant le nombre de trimestres requis pouvaient demander la liquidation de leur pension à taux plein.

[1897] F. GAMILLSCHEG, « La liberté du travail en droit allemand », in Liberté du travail, Université de Liège, Actes de colloques de 1967, 1969, p. 39 -76 ; v. aussi : L. GAY, thèse, *op.cit.*, p. 137-138, p.435- 437.

[1898] Art. 15§1 : « *Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée* ».

[1899] v. *supra* n°252-253.

[1900] Les extraits qui vont suivre, sont issus de l'ordonnance n°82-290 *préc*.

La première raison fait écho à l'une des justifications avancées par les États membres pour légitimer une différence de traitement reposant sur l'âge, l'accès des jeunes et des personnes en recherche d'emploi à l'activité professionnelle[1901]. C'est cet impératif générationnel qui constitue une obligation de solidarité nationale, imposant un retrait de la vie active. Le Premier ministre l'exprimait à l'époque très explicitement, « *Au moment où le Gouvernement adopte un ensemble de mesures encourageant notamment les salariés […] à cesser plus tôt leur activité, il importe que le droit à pension donne lieu à un choix clair de l'intéressé entre la poursuite de son activité et le départ en retraite* ». Le Premier ministre poursuivait en expliquant qu'« *il est devenu choquant de pouvoir à la fois prendre sa retraite et garder son emploi lorsque tant d'autres en cherchent* ». Ce faisant, il privilégiait le droit au repos sur le droit au travail, tout en limitant la liberté des pensionnés d'exercer une activité professionnelle.

La seconde justification de cette restriction de la faculté d'exercer une activité professionnelle des pensionnés, était liée à l'assouplissement des conditions de liquidation de la pension. En accordant cette faveur, le gouvernement avait pour objectif d'évincer du marché du travail les travailleurs âgés. La poursuite de l'activité et surtout le cumul de la pension et du revenu issu de l'activité n'auraient pas permis d'atteindre l'objectif.

Ce faisant, le gouvernement entérinait une certaine conception de la retraite, perçue comme un moyen de partager le travail entre les jeunes et les plus âgés au détriment de la liberté d'exercer une activité professionnelle. Le travail apparaît alors sous sa forme abstraite, « *qui s'objective sous forme de salaire* » et non sous sa forme concrète, « *celui qui exprime la personne du travailleur, et qui l'exprime dans ses œuvres* »[1902]. Ainsi, dans l'esprit du gouvernement, puis du législateur, l'accès au marché du travail et plus spécifiquement au revenu issu de ce travail, doit s'adresser prioritairement aux travailleurs les plus jeunes ou ceux en recherche d'emploi. Cette conciliation s'effectue au détriment de l'expression de la liberté du travail des travailleurs éligibles à la pension de vieillesse et conséquemment à l'expression de leur potentiel professionnel. Seul le retrait de la vie professionnelle constitue la perspective d'avenir au nom du partage générationnel du travail. Ce raisonnement fut approuvé par deux fois par le Conseil constitutionnel.

[1901] v. *supra*, n°227 et s.

[1902] A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. soc.* 1993, spéc. p. 717.

Ratifiée, cette ordonnance[1903] obtint une valeur législative à travers son incorporation dans la loi n°83-340 du 31 mai 1983[1904], dont la constitutionnalité fut examinée par le Conseil constitutionnel[1905]. Selon les auteurs de la saisie, l'instauration d'une contribution assise sur la rémunération des pensionnés ayant une activité professionnelle nouvelle et distincte de celle précédemment exercée, dont le coût serait réparti de manière égale au travailleur et l'employeur, constituerait une violation au « *principe de la liberté professionnelle en limitant les possibilités d'exercer un emploi* ». En outre, cela correspondrait à une atteinte au principe constitutionnel d'égalité en pénalisant certaines catégories professionnelles, c'est-à-dire toutes celles exclues des dérogations énoncées par l'ordonnance.

Le Conseil constitutionnel éludant la question du fondement juridique de la liberté du travail, a rappelé qu'il relève de la compétence du législateur conformément à l'article 34 de la Constitution de « *poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice au plus grand nombre possible d'intéressés* ». Les Sages ont ensuite déclaré la conformité de cette loi à la Constitution, puisque le législateur détenait la faculté d'encadrer le cumul des pensions de retraite et les revenus issus de certaines activités et notamment de « *prévoir une contribution de solidarité assise sur les salaires* » destinée à alimenter les caisses de l'Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce. Conséquemment, aucune atteinte au principe de l'égalité ne pouvait être caractérisée, puisque cela est lié à la compétence du législateur.

462. C'est ainsi que les Sages ont avalisé le partage générationnel du travail au détriment de la liberté des pensionnés d'exercer une activité professionnelle. La « *vision purement quantitative du travail* »[1906] admise, celle-ci fut confortée lors de la seconde saisie portant sur la conformité de la loi relative au cumul emploi-retraite en décembre 1985[1907]. Les auteurs de

[1903] Ainsi que l'ordonnance n°82-270 du 26 mars 1982 ; v. *supra*. n°359.

[1904] Loi n°83-340 du 31 mai 1983 portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, *JORF* du 1er juin 1983, p. 1639

[1905] Décision n°83-156 DC du 28 mai 1983, Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, *Rec.* p. 41 ; *ADJA*, 1983, p.619, par R.-F. LE BRIS ; *Revue de droit public*, 1986, p. 395 (§95, 136 et 208), par L. FAVOREU.

[1906] A. SUPIOT, *préc.*

[1907] Décision n°85-200 DC du 16 janvier 1986, Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité, *Rec.* p.9 ; G. LYON-CAEN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D.* 1989, Chron. 45, p. 290 ; Y. GAUDEMET, « Une nouvelle

la saisie contestaient la hausse du taux de cette contribution, arguant que cela constituait une atteinte au droit au travail garanti par le préambule de la Constitution de 1946 et de la liberté d'entreprendre, car « *par le déplafonnement de l'assiette de la contribution de solidarité et par l'élévation de son taux, la loi donne à ce prélèvement un caractère si dissuasif qu'elle aboutit, dans les cas extrêmes, à une véritable interdiction de travailler et méconnaît ainsi le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 aux termes duquel : « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi »*». Le poids de ce prélèvement constituerait en outre une atteinte à la liberté d'entreprendre. De manière désormais classique, le Conseil constitutionnel rappelle le cadre constitutionnel délimitant les compétences du législateur en la matière. Les Sages soulignent que le législateur peut mettre en place une contribution de toutes les personnes en activité en faveur de celles qui en sont privées, en vertu de l'article 34 de la Constitution. Le législateur a donc la faculté non seulement de créer une contribution qu'à l'égard des pensionnés en activité, mais aussi d'en modifier les modalités de calcul. Le Conseil retient ainsi le défaut de méconnaissance du droit au travail, mais aussi de la liberté d'entreprendre, qui est elle aussi soumise aux dispositions légales. C'est seulement le niveau de ce taux qui entraîna l'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la loi. Rappelant la compétence du législateur pour organiser les modalités de la contribution commune selon entre autres, les catégories socioprofessionnelles, conformément à l'article 13 du préambule de 1946, le Conseil constitutionnel a considéré[1908] qu'il y avait rupture caractérisée du principe de l'égalité devant les charges publiques, en raison du niveau du taux de la contribution à l'égard des pensionnés en activité. Comme le relève très justement le Professeur Alain SUPIOT[1909], la recherche de l'exercice du travail par le plus grand nombre s'effectue à travers le partage du travail entre les actifs et les pensionnés, ces derniers étant très fortement encouragés à quitter la scène de la vie active pour laisser des places vacantes ou plus exactement, des revenus d'activité disponibles.

463. Il est alors difficile de ne pas approuver le Professeur Gérard LYON-CAEN[1910] concluant qu'« *une restriction à la liberté professionnelle (pour les retraités) est*

---

dimension du principe d'égalité devant la contribution publique ? A propos de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative au cumul emploi-retraite », *Dr. soc*. 1986, p. 372-378 (décision reproduite).

[1908] Considérants n°15-20 de la décision *préc.* ; v. *infra,* n°467-468.

[1909]Sous réserve de ne pas porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques, comme le confirme la décision du Conseil constitutionnel ; A. SUPIOT, *op.cit.*

[1910] G. LYON-CAEN, *op.cit.*

déclarée constitutionnelle - parce qu'édictée en vue de permettre l'exercice du droit au travail par le plus grand nombre - ». L'équilibre obtenu met en balance le droit au travail des futurs actifs ou ceux en recherche d'activité et la liberté du travail des pensionnés, conciliant un principe particulièrement nécessaire à notre temps et un principe fondamental reconnu par les lois de la République[1911].

464. En 2003, le législateur a décidé d'assouplir les conditions permettant aux pensionnés de cumuler leur pension et les revenus issus d'une activité professionnelle relevant du même régime. Cela a déclenché un certain nombre d'amendements[1912], dénonçant pour la plupart les effets négatifs sur l'emploi des jeunes et l'incohérence du dispositif dans un contexte de chômage important. Le Premier ministre défendant son projet de loi, argua de la nécessité de « *sortir de cette politique malthusienne* » menée depuis vingt ans et surtout que le départ à la retraite d'un travailleur âgé « *ne libère pas un emploi pour un jeune* ». Ce discours s'inscrit véritablement en rupture avec celui tenu en 1982. Ce n'est que grâce à ce changement de paradigme favorable à une hausse de la durée d'activité dans le cycle de vie que le législateur a pu revenir sur cet équilibre promouvant la cessation définitive d'activité des pensionnés. Cette restriction à l'exercice de la liberté de travailler tout en étant pensionné, à l'origine provisoire[1913], avait été reconduite d'année en année jusqu'en 2003. Le mouvement initié par le législateur en 2003 n'a pas été remis en cause depuis.

§2. La libéralisation du cumul légalement admise

465. En admettant la libéralisation du dispositif, la primauté de la liberté du travail des pensionnés est affirmée sur le droit au travail (A). Mais diverses interrogations surgissent, évoquant notamment les risques de dérives liés à la généralisation de l'accès au dispositif (B).

[1911] « *Le principe révolutionnaire de la liberté du travail est interprété à la lueur du principe du droit au travail, particulièrement nécessaire à notre temps* », G. LYON-CAEN, *préc*.

[1912] Débats lors de la 1ère lecture en séance au Sénat du 11 juillet 2003 à propos de l'article 9 du projet de loi n°885 portant réforme des retraites, déposé à l'Assemblée nationale le 28 mai 2003, disponible dans le dossier législatif consacré à la loi n°2003-775 sur le site du Sénat.

[1913] La lecture du rapport annexé à l'ordonnance nous apprend que « *[ces dispositions] ont un caractère exceptionnel, lié à la situation de l'emploi et à l'abaissement de l'âge légal de la retraite. Elles ne peuvent être, à ce stade, ni complètes, puisqu'il faudra l'intervention du législateur, notamment pour les non-salariés, ni définitive* », Ordonnance n°82-290, *op. cit.*

A. La primauté de la liberté du travail retrouvée

466. L'une des orientations poursuivies par la loi n°2003-775 est celle de « *permettre à chacun de construire sa retraite, en donnant davantage de souplesse et la liberté de choix* »[1914]. Pour y parvenir, le législateur français a renoué avec la liberté du travail des pensionnés, en leur offrant davantage d'opportunités de cumuler leur pension et un revenu issu de l'activité. Mais cela a imposé une remise en cause du dispositif ancien, caractérisé par des règles mathématiques particulièrement complexes (1) au profit d'un cadre nouveau laissant la part belle au cumul total (2).

1. L'obstacle du plafonnement du cumul

467. En 1982, la restriction à l'exercice de la liberté du travail des pensionnés était constituée par la contribution imposée par le législateur, de 5 à 10 %. Elle portait sur la rémunération brute des pensionnés dont le montant total des pensions était supérieur au salaire minimum interprofessionnel de croissance, éventuellement majoré en fonction du nombre de personnes à charge. Cette précision technique a son importance, puisqu'elle permettait au pensionné dont le montant total des pensions est faible, de conserver la faculté d'exercer une activité sans être pénalisé. En 1986, le taux prévu par le législateur de 50 % ayant été sanctionné par le Conseil constitutionnel, le législateur éleva cette contribution à seulement 20 %[1915].

Hormis cette hypothèse, nulle autre limitation n'avait été créée par le législateur. Ce sont les régimes complémentaires[1916] qui ont contribué à la complexité du dispositif. Ayant recours à des règles mathématiques spécifiques pour limiter le cumul de la pension versée au titre du régime complémentaire, les partenaires sociaux, chargés de la gestion des régimes ARRCO et AGIRC ont édifié des plafonds destinés à réduire les hypothèses de cumul de la pension et du salaire obtenu par la reprise d'une activité salariée[1917]. Le bénéfice de la pension, au titre de

[1914] Exposé du projet de loi n°885 portant réforme des retraites déposé le 28 mai 2003 in dossier législatif, *op.cit.*

[1915] v. *supra*, n°400 et s.

[1916] J.-M. BOULANGER, *Cumul emploi retraite*, Rapport *op.cit.*, Tome 1, p.7.

[1917] Autonome jusqu'en 1996, les régimes complémentaires ont adopté des règles communes, mais toujours distinctes de celle du régime légal ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, Le cumul emploi-retraite au

ces régimes, était soumis à la cessation de toute activité salariée. Une fois cette condition satisfaite, la pension d'un retraité actif pouvait malgré tout être suspendue si le montant total des pensions et des revenus issus de l'activité était supérieur au montant revalorisé du dernier salaire de la carrière[1918]. Comme le soulignait l'auteur du rapport, ce plafond constituait un obstacle à la prolongation de la vie active postérieurement à la liquidation de la pension. Le pensionné était contraint d'effectuer de savants calculs pour saisir ou non l'opportunité de reprendre une activité professionnelle relevant du même régime que celui lui versant sa pension[1919]. Il convient en outre de préciser que le pensionné n'avait aucune chance de modifier le nombre de trimestres cotisés, puisque la liquidation de sa pension était (et est) de fait, définitive[1920]. Le pensionné actif devait ainsi non seulement envisager la perte liée au montant de la contribution au titre du régime général et en outre, limiter son activité afin de respecter le plafond érigé par les régimes complémentaires.

Enfin, un défaut d'harmonisation était à regretter, ce qui n'améliorait pas la lisibilité du dispositif. Signalons par exemple que les régimes complémentaires admettaient la reprise d'une activité salariée chez l'ancien employeur, ce qui était refusé par le régime général, justifiant la suspension de la pension[1921]. En outre, ces limitations étaient valables seulement pour le cumul intra-régime[1922], excluant ainsi les hypothèses de cumul inter-régime[1923].

---

sein des régimes AGIRC et ARRCO, annexe 8, in *Evaluation du cumul emploi retraite, op. cit.*, Tome 2, n°172-174, p. 75-76.

[1918] J. –M. BOULANGER, *préc.*

[1919] Il en était de même pour les salariés agricoles. L'activité des anciens travailleurs indépendants était également restreinte. Certains d'entre eux ne pouvaient envisager de continuer une activité, puisque cela les privait de leur pension temporairement (tels les artisans relevant de la Caisse nationale d'assurance de compensation d'assurances-vieillesse des artisans). Pour d'autres régimes complémentaires, cela était tout simplement impossible, sauf dérogations prévues par décret (certaines professions libérales) ou sous réserve de changer entièrement d'activité (un ancien commerçant devait exercer une activité non commerciale) ; J.-M. BOULANGER, *préc.*, p. 8 et 10.

[1920]Cela signifie que seul le pensionné actif est libéré de son obligation de cotisation, hormis l'hypothèse dans laquelle le pensionné actif exerce une activité relevant d'un autre régime ; J.-M. BOULANGER, *préc.*, p. 8.

[1921] L. FRICOTTÉ, « Cumul emploi-retraite », *JCP S* 2005, 1370 (rappel des dispositions applicables jusqu'au 31 décembre 2005).

[1922] Le cumul intra-régime désigne l'hypothèse dans laquelle le pensionné bénéficie d'une pension versée au titre d'un régime particulier en raison de son activité précédemment exercée et décide de reprendre une activité relevant de ce même régime. Ce cumul était soumis à condition.

468. Cet aperçu de la complexité des règles[1924] nous conforte dans l'idée que le législateur n'a pas souhaité garantir l'effectivité de l'exercice de la liberté du travail des pensionnés. Semblable à « *un jeu de piste* », le pensionné avait la charge non seulement de s'informer de l'ensemble des règles existantes, mais aussi de calculer « *son parcours et de définir son nouveau véhicule statutaire en fonction de son régime de pension, de son niveau de pension, de l'intensité de l'activité […] et […] de son salaire antérieur* ». La diversité des règles et les limitations édifiées par les régimes faisaient ainsi la part belle au droit au travail des actifs ou futurs actifs au détriment du principe de la liberté du travail des pensionnés.

2. L'assouplissement des règles mathématiques du cumul

469. En 2003, le législateur a souhaité rétablir l'équilibre entre le partage du travail (le droit au travail des futurs actifs et actifs) et l'exercice de la liberté du travail des pensionnés. Certes, le législateur a maintenu un plafond limitant le cumul intra-régime de la pension et des revenus issus de l'activité. Deux règles s'imposaient au pensionné actif. La première était relative au revenu, celui-ci ne devait pas être supérieur au dernier salaire d'activité. La seconde tenait à la reprise de l'activité chez son ancien employeur. Le législateur exigeait un délai de six mois entre la cessation de l'activité au titre de la liquidation et la reprise[1925]. Cela n'a pas entraîné une harmonisation des règles avec celles retenues par les

---

Le cumul inter-régime quant à lui, fait référence à l'hypothèse dans laquelle le pensionné obtient une pension versée par un régime déterminé et choisit d'exercer une activité relevant d'un régime autre. Aucune législation ne limite ce cumul.

C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, Synthèse, *in Evaluation du cumul emploi retraite*, La Documentation française, 2012, Tome 1, n°4-5, p. 3 et, mais aussi dans le tome 1 du rapport, n°46, p. 15.

[1923] Par exemple, un travailleur salarié peut demander la liquidation de sa pension au titre du régime général salarié et ensuite, développer une activité de travailleur indépendant. Aucune limitation ne peut lui être imposée et sa pension ne peut être suspendue ; J.-M. BOULANGER, *préc.*, p.15 ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, Synthèse, *in Evaluation du cumul emploi retraite*, Tome 1, *op.cit.*, n°4 et 6, p. 3 et n°49-52, p.15-16.

[1924] Nous n'avons pas évoqué le cas du travailleur exerçant simultanément des activités salariée et indépendante ; V. Circulaire n° 65/95 du 6 septembre 1995 de la Caisse nationale d'assurance vieillesse relative à la mise en œuvre de la disposition ajoutée par la loi n°95-116 du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social (*JORF* du 5 février 1995 p. 1992).

[1925] G. JACQUET, « Le cumul emploi-retraite : une réglementation obsolète », *LPA* 2006, n°3, p.10.

complémentaires[1926], mais le législateur avait inversé la tendance installée depuis les années 80.

Ce mouvement prit une ampleur plus conséquente en 2008[1927]. Désormais, le pensionné salarié a la faculté de cumuler intégralement sa pension et le revenu issu de son activité auprès de son nouvel employeur ou de son ancien employeur, tant pour le régime de base que les régimes complémentaires ARRCO et AGIRC[1928]. Pour bénéficier de la libéralisation du cumul emploi-retraite, le pensionné doit remplir trois conditions. Ainsi, il doit avoir demandé la liquidation de toutes ses pensions auprès des régimes correspondants[1929]. La rupture de la relation de travail doit en outre avoir été consommée. Enfin, la pension doit avoir été liquidée au taux plein[1930]. En satisfaisant ces trois critères, le pensionné peut bénéficier de la libéralisation du cumul de la pension et du revenu d'activité, ce qui signifie qu'aucun plafond ne viendra limiter l'exercice de sa liberté de travailler. En outre, aucun délai de carence ne limite la reprise de l'activité chez l'ancien employeur.

En revanche, si le pensionné ne satisfait pas l'une de ces conditions, notamment celle de la durée d'assurance requise pour obtenir le taux plein, le montant cumulé se heurtera à un plafond[1931], ainsi qu'à une limitation temporelle de la reprise de l'activité chez l'ancien

---

[1926] Il y a une divergence à propos de la notion salaire utilisé à titre de plafond. Les articles D161-2-7 à D. 161-2-9 du Code de la sécurité sociale le définissent comme les salaires moyens des trois derniers mois soumis à la cotisation sociale généralisée. Il en est tout autre pour les régimes complémentaires, qui lui préfèrent les périodes de salaires significatives, excluant ainsi les primes et la soumission aux cotisations sociales.

L'examen du respect de ce plafond est également différent entre le régime général et les régimes complémentaires, dont la notion de pension comporte quelques particularités….

Sur ces points : L. FRICOTTÉ, *op. cit*, (spéc. D).

[1927] Art 88 de la Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, *op.cit.*

[1928] C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, « Le cumul emploi-retraite dans les régimes complémentaires AGIRC et ARRCO », annexe 8, *in Evaluation du cumul emploi retraite*, *op. cit.*, Tome 2, n°175-181, p.76-77 ;

[1929]CSS art. L.161-22 aL. 4 ; P.-Y. VERKINDT et E. GRAUJEMAN, *Réforme des retraites et emploi des seniors. Le nouveau droit des retraites après les réformes de 2010 et 2012, op.cit.*, p. 163 ; BAUDET-CAILLE et S. DELACROIX, *Les seniors dans l'entreprise*, *Liaisons sociales Coll. Numéros juridiques*, 231/2011, spéc. n°127.

[1930] A titre de rappel, si l'assuré comptabilise le nombre de trimestres requis, il peut décider de liquider sa pension sous réserve de respecter l'âge légal d'ouverture des droits (60 ans, puis 62 ans en 2017). À défaut, il obtiendra automatiquement le taux plein à l'âge de 65 ans (67 ans au 1er janvier 2017).

[1931] CSS art. L.161-22 aL. 2.

Le législateur a simplement maintenu le régime existant sous l'empire de la loi de 2003.

employeur. Passé ce délai de 6 mois, le pensionné peut renouer une relation de travail avec son employeur.

470. Les nouvelles dispositions sont incontestablement en faveur du principe de la liberté du travail des pensionnés. Ce faisant, le législateur français s'est aligné sur le dispositif allemand. Il convient en effet de noter que le législateur allemand a permis le cumul intégral de la pension et du revenu d'activité en faveur des pensionnés ayant liquidé une pension normale (*Regelaltersrente*). En revanche, les pensionnés ayant procédé par anticipation à la liquidation de leur pension, peuvent continuer d'exercer une activité, mais le cumul est alors restreint par un plafond mensuel[1932].

Mais le fragile rééquilibrage, opéré par le législateur de 2003 et conforté en 2008, demeure fragile et il n'est pas à l'abri d'une nouvelle appréciation privilégiant la primauté du droit au travail des jeunes sur la liberté du travail des pensionnés[1933]. Car à travers cet équilibre, d'autres objectifs peuvent se manifester, parfois plus inquiétants que le partage générationnel du travail.

B. Les obscures dérives de la libéralisation du cumul

471. En exauçant le vœu ancien du Conseil d'orientation des Retraites[1934], le législateur a privilégié le principe de la liberté du travail des pensionnés sur le droit au travail des jeunes et

[1932] Secrétariat général du COR, Document de travail préparé pour la réunion « Emploi et retraite en Europe : étude de cas » du Conseil du 14 décembre 2011, *Emploi et retraite en Europe : le cas de l'Allemagne*, document n°4, p.18.

[1933] Le projet de réforme des retraites de l'actuel gouvernement français remettrait manifestement en cause la condition tenant à la liquidation en imposant la liquidation des pensions de tous les régimes. En outre, le dispositif admettant le cumul de l'emploi et de la pension de vieillesse ne permettrait plus de constituer des droits auprès du régime correspondant en raison de l'exercice d'une activité autre que celle antérieurement exercée ; « Réforme des retraites : des petites mesures techniques passées inaperçues », *Le Monde*, 18 septembre 2013, par N. CHEYSSON-KAPLAN ; Projet de loi disponible sur le site de l'Assemblée nationale.

[1934] COR, *Retraites : renouveler le contrat social entre les générations*, Premier rapport, La Documentation française, 2001, p. 193. Le Conseil énonçait alors « *le droit à la retraite ne prive pas les retraités d'un droit fondamental, le droit au travail* ». Il refusait que soit admis « *pour principe que toute liquidation de retraite priverait les intéressés de ce droit fondamental* » et s'opposait à ce que cette « *situation [soit] tenue pour une norme. Un juste équilibre nécessite un examen régulier de la situation au regard du principe plus général du droit au travail, à tout âge* ».

des personnes en recherche d'emploi. Cette libéralisation est source de polémique, car certains y voient la poursuite d'objectifs moins vertueux que la seule garantie de la liberté du travail des pensionnés. Ces détracteurs considèrent que le cumul emploi-retraite représente une menace à l'encontre non seulement du système par répartition (1), mais aussi envers les actifs (2).

1. L'avènement d'un nouveau pilier.

472. En prenant la décision de libéraliser intégralement le montant de la pension, indépendamment des sommes obtenues par l'exercice d'une activité postérieure à la liquidation, le gouvernement s'est attiré les foudres de certains députés et sénateurs.

La lecture des débats des deux projets de loi relatifs au nouveau traitement du cumul emploi-retraite est particulièrement explicite sur ce point. Lors du débat à propos de l'article 9 du projet de loi n°885 du 28 mai 2003, un certain nombre de députés a considéré que l'assouplissement des règles de cumul n'était qu'une mesure d'anticipation de la diminution des pensions à venir[1935], annonçant et matérialisant la régression sociale[1936]. Pour illustrer ces craintes, l'un des députés avait utilisé l'exemple des États-Unis, État dans lequel les pensionnés ne peuvent pas toujours exercer librement une activité professionnelle, sans autre motivation que la contrainte financière[1937]... Les sénateurs ont également fait part de leur

[1935] « *Compte tenu de la faiblesse des pensions qui seront servies dans les années à venir [en raison de la réforme imposée par le législateur en 2003] et de […] l'appauvrissement des retraités, un certain nombre de travailleurs âgés de plus de 60 ans, voire 65 ans, seront contraints de cumuler une faible pension de retraite avec un salaire* », P. TERRASSE, député ; Extraits issus de la séance du 20 juin 2003, in dossier législatif consacré à la loi n°2003-775, disponible sur le site de l'Assemblée nationale, mais aussi celui du Sénat.

[1936] En ce sens : les députés M. GREMETZ (sur la régression sociale) et P. COHEN « *L'article 9 suffit à démontrer que votre projet de loi est essentiellement fondé sur la remise en cause du montant des retraites […]* ». Le député C. CARESCHE a même dit que « *l'article 9 est […] une forme d'aveu : les retraites ne suffiront pas pour maintenir le pouvoir d'achat, le niveau de vie et de subsistance d'un certain nombre de personnes dans notre pays. Il permettra à des salariés qui partiront à la retraite sans un niveau convenable de vie et de subsistance de trouver un complément de revenus* » ; Extrait issus de la séance du 20 juin 2003, *préc*.

[1937] Le député J. DRAY « *Nous avons tous vu, aux États-Unis, dans des entreprises de services, dans des fast-foods ou des magasins, des dames assez âgées qui marchent difficilement. […] Et à la question « Pourquoi êtes-vous là ? », [les travailleurs âgés] nous répondent : « c'est parce que nous n'avons pas la possibilité d'avoir une bonne retraite et que nous sommes obligés de continuer* », Extraits de la séance du 20 juin 2003, *préc*.

inquiétude vis-à-vis de cet article du projet de loi, dénonçant la poursuite de plus sombres desseins, bien éloignés de la seule garantie de la liberté de travailler des pensionnés[1938].

Ces craintes ont été une nouvelle fois évoquées lors des débats portant sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale. Certains députés ont souligné qu'en autorisant le cumul intégral de la pension et du revenu issu de l'activité, le gouvernement de l'époque évinçait la question de la revalorisation du montant des pensions[1939]. Des sénateurs partageaient cette conviction[1940].

[1938] Le sénateur R. MUZEAU considérait que l'une des motivations réelles de cet assouplissement était de favoriser l'avènement d'une société individualiste : « *Dans les années à venir, les retraites versées au titre de la répartition seront de plus en plus faibles et c'est cette faiblesse […] qui contraindra la partie la plus pauvre de notre population à reprendre une activité* », Extraits de la séance du 11 juillet 2003, à propos des amendements à l'article 9 du projet de loi n°885 portant réforme des retraites, in Dossier législatif relatif à la loi n°2003-775, disponible sur le site du Sénat.

[1939] La députée M. TOURRAINE : « *Vous dîtes que vous ne pouvez pas, pour des raisons économiques, augmenter le montant des pensions, mais que les retraités qui veulent améliorer leur niveau de vie peuvent travailler, comme cela se fait dans certains pays, à commencer par les États-Unis, où l'on voit des personnes relativement âgées travailler dans des restaurants, des cafés, des hôtels etc. Selon nous, ce dispositif est une manière d'éviter la revalorisation des pensions* » ; Extraits issus des débats de la 3e séance du 31 octobre 2008, à propos de l'article 59 du projet de loi de financement pour 2009 n°1157, in Dossier législatif relatif à la loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008, disponible sur le site de l'Assemblée nationale et celui du Sénat.

Dans un même sens : Le député J. MAILLOT « *le système aboutira à encourager une baisse tendancielle du montant des retraites versées* »

[1940] La sénatrice A. DAVID disait : « *[…] avec cet article, vous préparez progressivement l'allongement de la durée de cotisation, en imposant l'idée qu'il est souhaitable pour les comptes sociaux, comme pour le pouvoir d'achat des personnes concernées, de travailler plus longtemps. […] vous voudriez faire croire aux salariés qu['ils] ne seraient concernés par cette mesure que s'ils l'acceptaient. Ce serait un acte volontaire entièrement désocialisé, […] indépendant du contexte social. Or, […] la majorité des retraités ….] susceptible de reprendre une activité professionnelle le feraient principalement parce que l'érosion de leur pension, la baisse de leur pouvoir d'achat, la flambée considérable des prix les y obligeraient. Où est ici la liberté ? Je vois dans un tel choix non pas la liberté, mais […] la contrainte, celle dans laquelle sont placées les personnes dont la pension de retraite ne suffit plus et qui seront obligées de trouver des moyens nouveaux pour continuer à vivre dans la dignité*», Extraits des débats du Sénat à propos de l'article 59 du projet de loi de financement de la sécurité sociale n°1157, in Dossier législatif relatif à la loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008, disponible sur le site du Sénat.

473. Ce danger avait déjà été exposé par des économistes[1941]. La tentation peut en effet être grande d'y percevoir un moyen de réduire les dépenses de la branche vieillesse de la sécurité sociale. Le risque serait constitué par l'avènement d'un nouveau pilier[1942] destiné à « *compenser la baisse des pensions. Les pensionnés pourraient accepter de bas salaires, puisqu'il ne s'agit que de complément retraite* ». Les auteurs soulignent la dangerosité de telles pensées, pouvant être perçues comme des justifications éventuelles de la diminution des pensions.

Une étude révèle que « *[p]rès d'un cinquième des Européens qui travaillent après 65 ans le font parce qu'ils en ont besoin financièrement. […] Les revenus provenant des pensions de retraite publiques, des pensions professionnelles et de l'épargne ont été mis sous pression et les coûts se sont accrus pour beaucoup. […] certains sont à présent confrontés à la nécessité de travailler pour joindre les deux bouts* »[1943]. L'Allemagne pourrait être exposée à cette problématique à une plus grande échelle à l'avenir. Les réformes menées ayant pour objet de moduler le montant des pensions pourraient accroître le besoin des pensionnés de rechercher un revenu additionnel[1944]. En France, le recours à ce dispositif se développe[1945] et les pensionnés actifs sont majoritairement jeunes[1946].

[1941] G. CORNILLEAU, H. STERDYNIAK, Document préparé pour la réunion Retraites et Union européenne du COR du 12 juin 2003, « Les cinq piliers de la retraite », 30 mai 2003, Document n°6.

[1942] Ces auteurs considèrent qu'il existe cinq piliers. Le premier désigne les régimes accordant un revenu minimal. Le deuxième fait référence au régime social contributif par répartition. Le troisième pilier renvoie quant à lui, aux retraites d'entreprise. Enfin, les quatrième et cinquième piliers sont constitués respectivement par la retraite par capitalisation et l'épargne libre. Outre la question du cumul emploi-retraite, les auteurs s'interrogent sur l'émergence d'un septième pilier, intégrant les préretraites, les dispenses de recherches d'emploi et les allocations au titre du handicap ; G. CORNILLEAU, H. STERDYNIAK, *préc*.

[1943] H. DUBOIS, « Le travail après la retraite dans l'Union européenne », *Retraite et société*, 2013/2, n°65, p.155-160 (à propos du rapport Eurofound, 2012a, *Income from work retirement in the EU*, Office of the European Union, Luxembourg) spéc. p.157.

[1944] Un quotidien allemand a relaté l'essor de la reprise de la vie active et ce, même à un âge avancé. En 2000, 280 000 pensionnés exerçaient une activité professionnelle. En 2011, ce chiffre atteint les 761 000, incluant 120 000 personnes âgées de 75 ans et plus. Pour certains, cet accroissement serait lié à la volonté des pensionnés de se sentir utile et pour d'autres, cela correspondrait à un besoin de complément de revenu. Le quotidien avance une autre thèse, considérant qu'il s'agit de l'un des effets des réformes de l'aide sociale, particulièrement attractive en raison du défaut de charges sociales et l'exonération d'impôt ; *Süddeutsche Zeitung*, 28 août 2012, Toujours plus de travailleurs retraités, « *Immer mehr Rentner arbeiten* », par T. ÖCHSNER.

474. Ce risque étant exposé, il convient d'observer les effets financiers de ce dispositif sur les régimes de retraite. Ce complément de retraite se distingue de la surcote, car il génère l'obligation de procéder à la liquidation de la pension. Les effets financiers de ce dispositif se révèlent donc différents. Ces derniers ont été mis en lumière par l'Inspection Général des Affaires Sociales (IGAS dans un rapport datant de juin 2012. Cette étude expose l'impact financier de ce dispositif sur les régimes de retraite. Selon les institutions[1947], il est possible de reconnaître ou non le caractère incitatif à la prolongation de l'activité de ce dispositif. Malgré la difficulté de saisir la volonté du travailleur ou celle du pensionné et donc de mesurer les effets incitatifs, les experts de l'IGAS ont démontré que le cumul emploi-retraite a un rôle bénéfique sur la trésorerie des régimes de retraite sur le long terme. En premier lieu, si le cumul emploi-retraite contribue à reporter la cessation définitive d'activité, cela signifie que les régimes bénéficient de l'affiliation d'un cotisant supplémentaire, avec ou sans constitution de droits[1948].

Enfin, si l'assuré avait tout de même envisagé de poursuivre son activité, deux options s'offrent à lui. Il peut soit faire jouer la surcote, soit le cumul emploi-retraite[1949]. L'IGAS explique dans son rapport qu'il est préférable pour les comptes des régimes de retraite, si l'espérance de vie des assurés est potentiellement longue, de privilégier la voie du cumul

---

[1945] L'IGAS estime que le nombre de retraités actifs intra-régime s'élève à environ 400 000 et à 100 000 pour les retraités inter-régime ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite, op.cit.*, Tome1, n°104-145.

[1946] Selon l'IGAS, environ 50% des cumulants relevant du régime général sont âgés de 60 à 64 ans. L'avancée en âge entraîne une chute de leur nombre. Cela ne concerne que 29% des hommes et 32 % des femmes âgés de 65 à 69 ans, 10% et 11% entre 70 et 74 ans, pour finalement atteindre que 5% les deux sexes confondus, au-delà de 75 ans. La répartition par âge est sensiblement identique pour les autres régimes, hormis pour les commerçantes et les exploitants agricoles ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite, ibid*., Tome 1, n°151 (tableau n°13).

[1947] Le Conseil d'orientation des retraites considère que ce dispositif est incitatif, contrairement à la Cour des comptes, qui est convaincu que l'assuré aurait tout de même poursuivi son activité… ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite, ibid*., Tome 1, n°182.

[1948] La liquidation étant définitive, il est impossible pour l'assuré d'espérer une amélioration de sa pension. En revanche, s'il exerce une activité relevant d'un régime autre, les cotisations sont constitutives de droits à pension.

[1949] C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite, ibid*., Tome 1, n° 184-237, p.44-57.

emploi-retraite[1950]. Contrairement à la surcote, qui améliore durablement la pension, le cumul emploi-retraite intra-régime impose la liquidation de la pension, ce qui génère une « *dépense supplémentaire immédiate* ». Néanmoins, il s'agit d'une dépense moindre pour l'avenir, car la pension n'est pas améliorée. Seul l'effort du pensionné le permet. En ce qui concerne le cumul inter-régime, la liquidation de la pension au titre d'un régime n'affecte pas les droits constitués auprès de la caisse d'un régime autre. Cette option se révèle donc plus coûteuse que le cumul intra-régime[1951].

Les fruits de ce rapport sont conséquents, car dans un contexte de vieillissement actif, le cumul emploi-retraite apparaît comme un moyen d'éluder une amélioration des droits à pension. Les pensionnés ayant la faculté de contribuer par eux-mêmes pendant une période déterminée, à l'embellissement de leur quotidien, la tentation peut alors être grande, d'y voir l'esquisse d'un pilier, destiné à compléter les insuffisances des régimes légaux…

2. La concurrence à tout âge

475. L'autre dérive liée au développement du dispositif admettant le cumul de la pension et du revenu d'activité, réside dans l'accroissement de la concurrence entre les générations. Étant donné que ce revenu d'activité est un complément de la retraite, les pensionnés peuvent accepter une rémunération inférieure à celle des assurés n'ayant pas liquidé leur pension[1952].

Cette inquiétude a été émise lors des débats relatifs aux deux projets de loi ayant assoupli plus ou moins considérablement, le dispositif de cumul. Cette crainte s'est manifestée à travers les propos de certains députés, évoquant les germes d'un conflit intergénérationnel[1953].

[1950] […] *le régime a intérêt dans le long terme à ce que les assurés ayant l'espérance de vie en retraite la plus longue choisisse le cumul emploi-retraite plutôt que la surcote. De même, il serait bénéfique du point de vue du régime, que davantage de femmes accèdent au cumul emploi-retraite, plutôt qu'elles ne perçoivent ultérieurement des pensions surcotées* » C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite, préc.*, n°226.

[1951] C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite, préc.*, Tome 1, n° 235-247, p.54.

[1952] G. CORNILLEAU, H. STERDYNIAK, *op. cit.* ; I. BRIDENNE, C. METTE, « Le cumul emploi-retraite : constats et enjeux », *RFAS*, 2012/4, n°4, p. 136-159, spéc. p.151.

[1953] « […] *nous aurions des jeunes qui voudraient entrer sur le marché du travail et des gens qui seraient en fin d'activité mais qui, parce que le montant de leur retraite ne leur serait pas garanti, seraient conduit à rechercher du travail. C'est un terrible conflit de générations dont vous seriez à l'origine ….] entre ceux qui*

Outre la question du partage du travail, toujours présente, certains sénateurs soulignaient que l'assouplissement du dispositif comportait « *un grave risque d'éclatement des formes d'emploi et d'accroissement de la précarisation* »[1954]. Cela aurait un effet négatif sur l'emploi des jeunes, car les employeurs pourraient privilégier le recrutement de « *cette main-d'œuvre ayant une longue expérience professionnelle, un savoir, un savoir-faire accumulé tout au cours de toute sa vie professionnelle, une main-d'œuvre qualifiée […] à bon marché ou pour le dire autrement, en deçà des conditions actuelles du marché* », générant une « *concurrence déloyale entre jeunes et moins jeunes* »[1955].

Les discours comportent des similitudes évidentes avec celui tenu par le Premier ministre en 1982. Il est « *indécent* » [1956], « *choquant* »[1957] d'admettre un dispositif de cumul en faveur de ceux qui ont déjà un revenu. Car la crainte d'un accroissement de la concurrence entre pensionnés et actifs puise sa source dans la notion même de cumul. Si ce dernier est dénoncé, ce n'est pas lié au refus de l'exercice d'une activité par un pensionné, mais en raison de la rémunération qui y est attachée, faisant de ce pensionné, un cumulant. Cela fait référence à l'accès au revenu, rendu possible par le partage du travail. Reste à savoir s'il convient d'émettre une limite à ce cumul. Comme l'a expliqué Thierry TAURAN[1958], la susceptibilité à l'encontre des dispositifs admettant un cumul varie en fonction des époques et peut revêtir

---

défendraient leur activité et les autres, qui les pousseraient dehors pour prendre leur place », Le député J. DRAY, à propos de l'article 9 du projet de loi n°855, v. dossier législatif *précité*.

Dans ce sens : P. TERRASSE à propos de l'article 9 du projet de loi n°855, v. dossier législatif *précité* : « *le dispositif qui nous est proposé mettra en concurrence celles et ceux qui ont la chance d'avoir une activité professionnelle, qu'ils pourront cumuler avec une retraite, au détriment des jeunes qui veulent entrer dans la vie active, qui eux, ne pourront pas accéder à l'emploi* ».

[1954] La sénatrice A. DAVID, à propos de l'article 9 du projet de loi n°855..., v. dossier législatif *précité.*

[1955] Aboutissant à une dégradation de l'ensemble des salaires, un appauvrissement généralisé….selon la sénatrice A. DAVID. Cette position est partagée par le sénateur M. DEMESSINE ; A propos de l'article 9 du projet de loi n°855…, *préc.*

La sénatrice a eu recours au même argument pour demander la suppression de l'article 59 du projet de loi n°1157 (in dossier législatif, *op.cit.*) : « *vous reprochez aux communistes et à la gauche […] de vouloir partager le travail. Mais que proposez-vous […] ? Uniquement la concurrence entre les salariés de tous âges ! […] préférant partager la misère ou les miettes du travail* ».

[1956] À propos de l'article 9 du projet de loi n°855 (dossier législatif, *préc.*) : terme employé par les députés P. TERRASSE, J. DRAY

[1957] Le sénateur R. MUZEAU, à propos de l'article 9 du projet de loi n°855, in dossier législatif *préc*.

[1958] T. TAURAN, « Les règles régissant les cumuls en matière de sécurité sociale - Cumul de diverses prestations ou cumul de prestations et d'une rémunération d'activité », *Dr. soc*. 2010, p. 316, (spéc. n°2-3).

de multiples apparences. En matière de retraite, le cumul de la pension et du revenu d'activité est lié à l'objectif poursuivi par le législateur ou le pouvoir réglementaire. L'objectif actuellement poursuivi demeure celui de la prolongation de la durée de la vie active, en encourageant l'exercice de la liberté du travail par les pensionnés, quitte à admettre le développement de nouvelles formes de relations de travail, caractérisées par davantage de souplesse que la norme en la matière, le contrat de travail à durée indéterminée[1959].

Or, les pensionnés cumulants peuvent être perçus comme des privilégiés, bénéficiant d'une pension et d'un revenu d'activité, en ayant accepté d'occuper l'emploi d'un autre travailleur, à moindre coût. Il s'agit de la première des inégalités, celle liée à l'accès à l'emploi, opposant les jeunes et les moins jeunes[1960]. La deuxième concerne l'accès à la libéralisation intégrale offerte aux seuls pensionnés, ayant liquidé leur pension à taux plein[1961].

476. Pourtant la présence de ces salariés est une richesse pour les entreprises, tant en termes de compétences que de diversité des âges au sein de l'effectif[1962]. Pour le pensionné actif, la prolongation d'activité peut constituer une source de satisfaction sur plusieurs plans, à la fois financier et personnel[1963] et pour les régimes de pension, ces pensionnés deviennent des cotisants.

[1959] V. *infra*, n°484 et s. et notamment la réflexion du sociologue X. GAULLIER.

[1960] I. BRIDENNE, C. METTE, *préc*., p.151.

[1961]Les pensionnés ayant liquidé leur pension avant d'obtenir le taux plein, ne peuvent bénéficier de la libéralisation intégrale. Ils sont soumis au respect d'un plafond. Une troisième inégalité a été identifiée, liée cette fois-ci à la situation de chaque assuré antérieurement à la liquidation. Être en situation d'emploi améliore considérablement les chances de pouvoir bénéficier de ce dispositif. Ainsi, l'assuré en situation d'emploi et parvenu au taux plein, pourra avoir recours à la libéralisation intégrale. En revanche, un assuré dont le parcours professionnel est particulièrement accidenté, parviendra difficilement au taux plein (ce qui est un obstacle à la libéralisation) et aura peut-être moins d'opportunité postérieurement à la liquidation; I. BRIDENNE, C. METTE, *préc*.

[1962] P.-Y. VERKINDT et E. GRAUJEMAN, *Réforme(s) des retraites et emploi des seniors, Le nouveau droit des retraites après les réformes de 2010 et 2012, op. cit.*, p. 162.

[1963] « *Les Européens vivent plus longtemps et restent en meilleure santé que jamais auparavant. Ils peuvent considérer que le travail rémunéré est une façon de rester en contact avec les autres et d'apporter une contribution à la société. Le travail les aide à rester actif et en bonne santé et à se garder à jour dans un domaine qui les intéresse. Ils peuvent avoir des motivations financières, mais ils travailleraient même sans besoin financier* », H. DUBOIS, *op.cit.*, p. 157.

Conséquemment, ce dispositif doit être perçu comme une opportunité. La dernière période du cycle de vie professionnelle n'a plus une définition unique, définitivement orientée vers les seuls loisirs et le retrait de la vie active. Cette définition doit devenir plurielle et respectueuse de la volonté du pensionné. Pour ce faire, dans son rapport datant de juin 2012, l'IGAS expose des recommandations[1964] permettant une amélioration du cumul emploi-retraite afin d'offrir à chacun le droit d'user selon son désir de « *cette banque du temps* »[1965]. C'est ainsi que l'IGAS préconise d'améliorer l'accès au dispositif[1966] et de fusionner les régimes[1967]. En outre, l'IGAS est également favorable à l'instauration d'une condition de la liquidation de l'ensemble des pensions de l'assuré pour bénéficier de ce dispositif, tout en mettant un terme à la constitution de droits postérieurement à la liquidation de toutes les pensions[1968].

Dans ce sens, v. les résultats de l'enquête menée par le Régime social des indépendants à propos de la motivation de leurs pensionnés cumulants, cités par C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite*, *op. cit.*., Tome 1, n°175, p. 42.

[1964] Douze recommandations sont proposées par l'IGAS. Il convient de prévoir l'organisation d'un débat devant le COR à propos des conditions d'âge et de liquidation de la pension limitant l'accès au dispositif. Ce débat doit aussi être tenu devant les partenaires sociaux chargés de la gestion des régimes complémentaires. L'IGAS conseille en outre d'affiner le chiffrage financier de la réforme, mettre en place des outils de suivi du recours à ce dispositif, organiser des études sur le cumul inter-régime, évaluer les effets sur le taux d'emploi des personnes âgées de plus de 60 ans, informer les travailleurs des options existantes antérieurement et postérieurement à la liquidation et enfin, supprimer la retraite progressive ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite*, *préc.*., Tome 1, n°244-304, p. 55-63.

[1965] Cette expression employée par X. GAULLIER dans son essai *Le temps des retraites, Les mutations de la société salariale*, op. cit., p. 7, mais sa paternité est à attribuer à l'économiste G. REHN *in* « Pour une plus grande flexibilité de la vie de travail », *Observateur de l'OCDE*, 1973.

[1966]L'IGAS conseille de prévoir des mécanismes d'intéressement à destination des bénéficiaires de l'allocation de solidarité pour les personnes âgées, exclues du dispositif en raison des modalités conditionnant le versement de ce minimum vieillesse ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite*, *préc.*., Tome 1, n°272-274

[1967] Non seulement entre les inter-régime et intra-régime, mais aussi entre les bénéficiaires du cumul intégral et ceux soumis au plafond, entraînant ainsi une simplification du dispositif et une gestion moins coûteuse ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite*, *préc.*., Tome 1, n°259-262.

[1968] Tout en maintenant les cotisations, indispensable pour contrer l'effet de dumping social que cela occasionnerait par ce défaut d'effort contributif ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite*, *préc.*., Tome 1, n°265-271 et n°264 (sur la liquidation).

Cela n'est pas conforme à ce que l'économiste J. BICHOT préconisait dans son essai, *Retraites. Le dictionnaire des réformes*, Sauvegarde des Retraites, L'Harmattan, 2010, p. 76. Selon l'auteur, « *quand la liquidation aura cessé d'être irréversible, une grande injustice de l'actuel cumul emploi-retraite disparaîtra : l'absence d'acquisition de droits à pension supplémentaires pour les travailleurs déjà pensionnés. Comment justifier*

L'adoption de ces mesures améliorerait incontestablement la visibilité de ce dispositif tant pour les pensionnés que les actifs.

477. La durée de l'exercice d'une activité professionnelle d'un pensionné, bien souvent brève, apparaît comme un aménagement de la fin de carrière du travailleur âgé. Elle lui permet d'éviter une césure brutale et définitive de la vie active et lui offre un basculement vers un nouveau statut, dépourvu de structure, dont les modalités volontairement vierges, sont laissées au seul libre arbitre du pensionné.

Cette transition d'un statut dont les temps sont organisés à un statut marqué par le seul temps libre n'est pas nécessairement brutale. Le travailleur âgé et le pensionné ont en effet la possibilité de recourir à une transition en douceur, en planifiant leur fin de carrière en mettant en place une accession progressive vers ce nouveau et dernier statut.

Section 2 : L'encadrement de la fin de carrière

478. Encore de nos jours, l'éventualité d'une transition entre le statut de travailleur et celui de retraité reste particulièrement discrète. Un auteur[1969] a constaté qu'« *[o]n reste […] dans une alternative binaire : ou la cessation anticipée d'activité à plein temps ou le travail à plein temps, comme la retraite qui est toujours, elle aussi, à plein temps. Temps de travail et temps libre se juxtaposent sans interférences. Les conditions de départ se caractérisent […] pour la plupart des actifs, par une très grande rigidité qui se manifeste de trois façons : la concentration des départs autour de quelques âges déterminés par la réglementation […], la brutalité de la cessation d'activité et son caractère définitif une fois liquidée la pension de vieillesse* ».

Mais dans un contexte de vieillissement actif, le passage d'un statut à un autre n'a plus vocation à être brutal et définitif. L'auteur déplorait déjà le peu d'alternatives ou marges de choix s'offrant à l'assuré[1970]. Ce souhait d'offrir une retraite plus fidèle aux aspirations de l'intéressé est ancien, mais il s'impose difficilement, ne permettant pas l'avènement d'une retraite aux multiples facettes, en adéquation avec les vœux des assurés, de se retirer

---

l'actuelle spoliation de ceux qui, travaillant tout en percevant une pension, continuent à investir pour la jeunesse, mais n'en retirent aucun bénéfice ? ».

[1969] X. GAULLIER, *Le temps des retraites*, *op. cit.*, p. 42.

[1970] Son essai date de 2003 ; X. GAULLIER, *préc*.

partiellement ou intégralement. La retraite ne pourra revêtir ce sens pluriel, qu'en étant respectueuse de la volonté de l'assuré, lui seul doit pouvoir choisir librement les modalités de la cessation de sa vie active, définitive ou non (§1). Mais la volonté du travailleur âgé peut être contrariée ou influencée par son employeur, parfois convaincu de l'impérieuse nécessité de se séparer des plus âgés (§2).

§1. Les aménagements respectueux de la volonté de l'assuré

478 bis. À l'aube de l'entrée dans la vieillesse, le travailleur âgé peut opter pour la liquidation intégrale de sa pension, sous réserve de satisfaire les conditions d'âge et d'assurance, voire d'âge uniquement. Toutefois, avant d'envisager la liquidation définitive, d'autres alternatives existent, permettant à l'assuré d'envisager une cessation progressive de son activité. Et même après la liquidation définitive, le pensionné n'est pas contraint de renoncer à la vie active (A).

L'objectif de ces dispositifs est de permettre à l'assuré de façonner ou plus précisément, de personnaliser sa retraite, distançant pas à pas, le modèle d'une retraite-retrait définitif de la vie active (B).

A. Une gestion des temps offerte à l'assuré

479. Les choix offerts à l'assuré sont distincts en fonction du report ou de l'accomplissement de la liquidation de la pension. Si l'assuré décide d'attendre avant de solliciter la liquidation de sa pension, diverses options s'offrent à lui. La retraite progressive représente l'une des opportunités pour le travailleur âgé d'aménager la fin de sa carrière, en choisissant une réduction du volume horaire de la vie professionnelle, tout en bénéficiant d'une fraction de sa pension. Mais le législateur a également prévu d'autres alternatives (1).

Une fois la pension définitivement liquidée, les options s'offrant au pensionné s'amenuisent. Mais cela ne signifie pas pour autant la cessation de la vie active. Le pensionné peut demeurer actif, en cumulant sa pension et un revenu d'activité et pour ce faire, de nombreuses formes de relations de travail sont possibles (2).

1. La cessation progressive de l'activité.

480. L'un des aménagements de carrière s'offrant au travailleur âgé, consiste à effectuer une liquidation progressive de sa pension. Cette option ne s'offre donc qu'au seul assuré n'ayant pas encore demandé la liquidation de sa pension. Il s'agit pour l'assuré de bénéficier de façon anticipée d'une partie de sa pension, tout en continuant à exercer une activité à temps partiel[1971]. Le dispositif comporte des similitudes avec le cumul emploi-retraite, mais seulement en ce qu'il permet de bénéficier d'une partie de sa pension tout en obtenant une rémunération. Mais contrairement au dispositif précédemment exposé, la retraite progressive n'impose pas la liquidation définitive de la pension. En outre, le travailleur à temps partiel obtient une fraction de sa pension de retraite et la rémunération correspondant à hauteur de l'intensité de son activité. L'objectif de la retraite progressive est de maintenir le travailleur âgé dans l'emploi, tout en retardant sa demande de liquidation définitive. Contrairement au cumul emploi-retraite, l'assuré peut ainsi continuer à travailler, cumulant une fraction de sa pension et rémunération proportionnelle au volume horaire de son activité, tout en améliorant sa pension future, en obtenant toujours des trimestres de cotisations[1972], voire même bénéficier du dispositif de la surcote, s'il dépasse le nombre de trimestres requis…

Enfin, une dernière précision doit être apportée. Contrairement à la préretraite progressive, abrogée depuis le 1er janvier 2005, ce dispositif n'est pas ouvert qu'aux seuls travailleurs dont l'emploi est menacé[1973], imposant le recours au temps partiel à défaut de pouvoir maintenir le temps plein. Il s'agit véritablement d'un dispositif d'aménagement individuel de la relation de travail ou plus précisément, une faculté offerte au travailleur de répartir différemment son

[1971] M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, C. VICENS, *Etude sur l'évolution des dispositions concernant les seniors ainsi que les critères d'âge et d'ancienneté dans quelques accords de branche*, Rapport au COR, 2007, p.71-73 ; BAUDET-CAILLE et S. DELACROIX, Les seniors dans l'entreprise, *Liaisons sociales Coll. Numéros juridiques*, 231/2011, n°130-137 ; S. CATHY, *JCl Protection social Traité*, Fasc. 436-15, Régime général, retraite progressive ; P-Y. VERKINDT, E. GRAUJEMAN, *Réforme(s) des retraites et emploi des seniors, Le nouveau droit des retraites après les réformes de 2010 et 2012*, *op.cit.*, p. 161 ; v. aussi P. MORVAN, « Seniors et retraités à l'orée de 2009 », *Dr. soc*. 2009, p. 279 *spéc.*

[1972] Il faut préciser qu'il est possible pour l'assuré de cotiser sur la base d'une activité à temps plein, conformément à l'article L. 241-3-1 du Code de la sécurité sociale.

[1973] Définition inspirée du rapport de M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, C. VICENS, *ibid*., p. 71.

temps, laissé à sa seule initiative. Toutefois, il ne peut l'imposer à son employeur, l'assuré doit recueillir son accord[1974].

481. Ce dispositif, créé en 1988[1975], est codifié à l'article L. 351-15 du Code de la sécurité sociale. À l'origine, les conditions pour en bénéficier étaient exigeantes, puisque les assurés devaient comptabiliser un certain nombre de trimestres (160) et être âgés de 60 ans. En outre, le dispositif se révélait peu attractif, puisqu'il ne permettait pas à l'assuré d'améliorer sa pension. Le législateur avait exclu la prise en considération de la durée d'assurance cotisée au titre de l'activité à temps partiel.

La loi n°2003-775 a modifié certaines de ces conditions. Le champ d'application personnel a été étendu, grâce à la diminution du nombre de trimestres[1976] ainsi que l'amélioration de la pension par l'actualisation de la liquidation, par l'intégration de l'effort fourni du travailleur pendant la période à temps partiel[1977]. Mis en œuvre tardivement par décrets en 2006[1978], ce dispositif a été pérennisé par la loi n°2010-1330[1979].

Pour en bénéficier, l'assuré doit remplir quatre conditions. Outre la condition d'appartenance à un régime autre que les régimes spéciaux, il lui faut remplir une condition d'âge, lui imposant d'avoir atteint au moins l'âge d'ouverture des droits à liquidation. En

[1974] Le Code du travail dispose que l'employeur ne peut imposer le passage à un temps partiel (L. 3123-4 C. trav.). Le raisonnement est identique en présence d'une demande d'un salarié (L. 3123-6 C ; trav.). En effet, cela correspond à une modification du contrat de travail et non pas, à un simple changement des conditions de travail ; Sur ce dernier point, v. par exemple : M. DEL SOL, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique du temps choisi ? », *Dr. soc.* 2001, p. 728.

[1975] Loi n°88-15 du 5 janvier 1988 relative à la sécurité sociale, *JORF* du 6 janvier 1988 p. 224.

[1976] 150 trimestres sont requis ; CSS R. 351-39.

[1977] CSS art. L. 351-16 aL. 3 ; Cela correspond d'ailleurs à l'une des préconisations recommandées par le rapport Boulanger, qui conseillait en outre d'élargir le champ d'application personnel de ce dispositif ; J.-M. BOULANGER, *Cumul emploi retraite*, *op.cit.*, p. 50.

[1978] Décrets n°2006-668 et n°2006-670 relatif à la retraite progressive et modifiant le Code de la sécurité sociale, du 7 juin 2006, *JORF* du 8 juin 2006, p. 8658.

[1979] Et notamment par les décrets abrogeant les dispositions du décret n°2006-668 et n°006-670 limitant dans le temps le bénéfice de la retraite progressive, qui avait été prolongé par deux décrets en 2009, jusqu'au 31 décembre 2010 ; Décret n°2010-1730 du 30 décembre 2010, relatif à la retraite progressive du régime général, *JORF* du 31 décembre 2010, p. 23487 et n°2010-1739 relatif à la retraite progressive des artisans, des commerçants et des chefs d'exploitation ou d'entreprise agricole, *JORF* du 31 décembre 2010, p. 23504.

outre, il doit comptabiliser une certaine durée d'assurance et exercer une activité à temps partiel[1980].

En revanche, si l'assuré reprend une activité à temps plein ou une activité à temps partiel supplémentaire, le service de la pension est interrompu[1981]. Il en est de même si l'assuré demande la liquidation définitive.

Il convient de préciser que ce dispositif peut également s'appliquer aux régimes complémentaires ARRCO et AGIRC, accordant à l'assuré non seulement une fraction de la pension, mais aussi l'acquisition de points au titre de cette activité à temps partiel.

482. Toutefois, le travailleur n'est pas contraint d'attendre l'obtention de ce nombre de trimestres pour aménager sa fin de carrière. La législation du travail lui permet en effet de bénéficier d'autres options, peut-être moins intéressantes dans leurs effets. Cette transition d'un statut de travailleur à temps plein vers une retraite à temps plein peut ainsi s'effectuer par une modulation du volume horaire d'activité. Il est tout à fait possible pour l'assuré de réduire son activité en optant pour un temps partiel, conformément à l'article L. 3123-6 du Code du travail. Cette option a été retenue par les partenaires sociaux lors de la signature de l'accord national interprofessionnelle du 13 octobre 2005, considérant cet aménagement des horaires de travail comme l'un des moyens de maintenir dans l'emploi, les travailleurs âgés de 55 ans et plus. Naturellement, un tel choix a des effets sur la pension de l'intéressé, car cela affecte conséquemment sa rémunération[1982]. Comparé à la retraite progressive, ce dispositif se révèle moins attractif, mais c'est une éventualité offerte à chaque assuré, puisqu'elle n'exige pas une condition d'assurance minimum.

483. Enfin, l'accord national interprofessionnel de 2005 a également intégré parmi les dispositifs en faveur de l'aménagement de la fin de carrière des travailleurs âgés, le recours au

[1980] L'exercice d'une activité à temps partiel impose une réduction de l'activité d'au moins 20% à la durée légale du travail. Il est également possible de prendre en considération les stipulations de la convention ou de l'accord collectif, en raison du principe de faveur.

La fraction de la pension servie sera inversement proportionnellement à la réduction horaire de l'activité ; CSS R. 351-41.

[1981] CSS art. L. 351-16 aL. 1er.

[1982] Aussi, l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi, prévoit en son article 19 qu'il est possible de limiter les effets négatifs sur l'acquisition d'une retraite à taux plein, en retenant la base du salaire à temps plein.

compte épargne-temps pour financer une cessation partielle d'activité… Selon l'article L. 3151-1 du Code du travail, ce compte « *permet au travailleur d'accumuler des droits à congé rémunéré ou de bénéficier d'une rémunération […] en contrepartie des périodes de congé ou de repos non prises ou des sommes qu'il y a affectées* ». Le législateur a admis[1983] la faculté au travailleur d'utiliser les droits accumulés pour entre autres, « *cesser de manière progressive son activité* ».

L'aménagement de la fin de carrière est appréhendé dans la seule perspective de la diminution du volume horaire de travail, volontairement choisi par le travailleur âgé. Ce processus peut ainsi être engagé antérieurement à toute liquidation, voire même en manipulant le caractère définitif de liquidation, s'inscrivant véritablement en une phase transitionnelle vers une cessation plus ou moins définitive de la vie active.

2. Un éventail de possibilités

484. En France, la liquidation de la pension n'entraîne plus corrélativement une rupture définitive, éloignant irréversiblement le pensionné du monde du travail. Dans les développements précédents[1984], nous avons constaté que le dispositif admettant le cumul de la pension et d'un revenu d'activité accorde au pensionné, la faculté d'exercer une activité professionnelle, relevant soit du même régime que celui assurant le service de la pension (intra-régime), ou autre (inter-régime). Ce dispositif constitue l'un des aménagements de carrière possible, sauf que celui-ci est mis en œuvre postérieurement à la liquidation de la pension. En ce qui concerne le statut, différentes options sont offertes au pensionné, mais également à tout travailleur, indépendamment de son âge. Il convient en effet d'insister sur le fait que les options qui vont suivre ne sont pas spécifiquement dédiées aux seuls pensionnés en recherche d'activité et c'est justement ce point qui se révèle important : le pensionné actif n'est pas distinct du travailleur âgé, ni même du travailleur tout court. Hormis les limites liées au plafonnement du cumul notamment, le pensionné actif reste un travailleur et à ce titre, il dispose d'un éventail de possibilités, semblable à celui s'offrant aux autres travailleurs.

[1983] Et ce depuis la loi n°2010-1330. Son article 76 a enrichi l'article L. 3153-1 du Code du travail d'un nouveau recours possible, autre que le simple complément de rémunération.

A propos de la préparation financière de la fin de carrière et sur l'accord de 2005 : F. FAVENNEC-HÉRY, « L'accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors : un premier pas », JCP S 2005, 1329, spéc. n°18-23.

[1984] V. *supra*, n°450 et s..

485. Classiquement, la première option reste celle du salariat[1985]. Le pensionné peut conclure un nouveau contrat de travail[1986], même avec son ancien employeur. Toutefois, si le pensionné est affecté au même poste, la forme à retenir n'est pas celle du contrat à durée déterminée, car aucun motif légitime ne pourra en justifier le recours[1987]. Cela n'exclut pas son recours si le pensionné est amené à occuper un autre poste.

De même, il est inenvisageable de proposer la conclusion d'un contrat à durée déterminée senior, dont l'objet est de favoriser la réinsertion professionnelle des demandeurs d'emploi âgés de plus de 57 ans, en recherche d'emploi depuis plus de trois mois[1988]. Tel n'est pas le cas du pensionné désireux de conserver une place dans la vie active, ni même du travailleur âgé en situation d'emploi.

486. Outre l'option du contrat de travail, le pensionné peut s'orienter vers le statut de travailleur indépendant[1989]. Sur ce point, il convient de préciser que l'IGAS a souligné le développement d'un phénomène, celui du recours à l'auto-entreprenariat pour continuer à exercer une activité. La simplicité des formalités administratives et des règles dirigeant ce régime[1990] ont notamment séduit un certain nombre d'anciens travailleurs indépendants[1991].

[1985] Le rapport de l'IGAS révèle que 70% des cas de cumul emploi-retraite intra-régime concernent des pensionnés actifs du régime général et d'en déduire que « *le cumul emploi-retraite est majoritairement utilisé comme un aménagement de la fin de carrière, plutôt que la poursuite d'une activité identique ou la reprise d'une activité aussi prenante que celle exercée précédemment à la retraite* ». L'IGAS s'appuie également sur une enquête menée par la CNAV, relevant le recours au temps partiel par les pensionnés actifs ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite*, *op. cit*., Tome 1, n°160 et 168.

[1986] I. MATHIEU, « Gérer le cumul emploi-retraite : les nouvelles règles », *JCP S* 2009, 1249.

[1987] Cette hypothèse n'est pas incluse parmi les justifications du recours au contrat à durée déterminée, prévues à l'article L. 1242-1 du Code du travail.

[1988] Cela s'adresse également aux personnes bénéficiaires d'une convention de reclassement personnalisé ; M.-C. AMAUGER-LATTES, « À propos du CDD senior », *RDT* 2006, chron. n°168 ; F. BOUSEZ, « Le retour des seniors dans l'emploi : le CDD senior », *JCP S* 2006, 1809 ; C. WILLMANN, « Un nouveau contrat aidé : le CDD senior », *Lexbase Hebdo Ed. soc*., 7 septembre 2006, n°226.

[1989] L'étendue de ces options est d'ailleurs très bien exposée sur des sites s'adressant aux « seniors et retraités », en recherche d'un emploi ou d'un complément de revenu. Il convient d'ailleurs de relever que le recours au chèque emploi service universel est proposé aux futurs employeurs particuliers, dans le cadre des services à la personne, conformément aux dispositions des articles L.1271-1 et s. du Code du travail.

[1990] A propos de ce statut : *JCl Entreprise individuelle*, Fasc. 537, Entreprise, auto-entrepreneur.

487. Mais parallèlement à ces options, plus ou moins classiques, de nouvelles formes d'emploi se sont progressivement présentées, offrant des perspectives plus variées que l'opposition binaire, salarié-non salarié. Il en est ainsi du portage salarial, dont la souplesse peut convenir au pensionné. Ce régime résulte d'un compromis entre le désir du travailleur d'être indépendant, tout en bénéficiant des sécurités accordées au salarié et celui de l'entreprise, ayant besoin d'un travailleur sans pour autant recruter un nouveau salarié[1992]. Prévu à l'article L. 1251-64 du Code du travail, le portage salarial est une relation tripartite, comprenant un employeur, un porté et une entreprise utilisatrice. Le porté, c'est-à-dire le pensionné ou le travailleur âgé ou non, est un salarié de l'entreprise de portage. Le porté est aussi un travailleur indépendant, puisqu'il lui revient la charge de prospecter seul ses clients et de négocier les termes de son intervention avec l'entreprise utilisatrice. Le porté exécute la prestation et le client verse les honoraires à la société de portage, laquelle déduit sa commission avant de rémunérer le porté.

Cette alternative au travail salarié et au travail indépendant est souvent présentée comme permettant d'établir une phase transitionnelle pour les travailleurs âgés de plus de 50 ans[1993], même si les chiffres ne le confirment pas. Cette option peut correspondre au souhait du pensionné, désireux d'adopter un statut de travailleur indépendant, tout en se libérant des

---

[1991] « *[…] les cotisants du RSI ayant créé une activité après 60 ans en 2009 et en 2010 ont opté à 75% pour le statut d'auto-entrepreneur. […] 77 % de [ces] créateurs […] affirment qu'ils n'auraient pas créé cette activité sans ce dispositif* », C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite*, *op. cit.*, Tome 1, n° 174 et 177.

[1992] C'est d'ailleurs cette manipulation de la qualification de cette relation professionnelle qui a suscité les foudres de la doctrine, puisque cela n'est pas vraiment conforme au principe d'indisponibilité de la qualification. Le choix du régime ne relève pas de la volonté des parties, mais seulement de la nature de la relation professionnelle ; L. CASAUX-LABRUNÉE, « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », *Dr. soc.* 2007, p.58 ; J.-J. DUPEYROUX, « Le roi est nu », *Dr. soc*. 2007, p. 81.

[1993] À l'origine, le portage salarial était utilisé par des cadres âgés de 50 ans et plus, licenciés. Cela constituait le moyen de trouver rapidement une activité en dispensant conseils et formations notamment. Mais les chiffres démentent cette seule fonction, puisque les portés peuvent être des actifs de tout âge. « *[…] en 2004, 21% des individus […] avaient moins de 35 ans, 47% entre 35 et 50 ans et 32%, 50 ans et plus* ». En outre, il a été constaté que le montant des gains était proportionnel à l'âge, en raison du niveau de l'expertise… ; Chiffres cités par P.-M. MENGER, P. COSTA, D. HANET, C. MARCHIKA, « Travailler par mission : qui et comment ? Le cas du portage », *Dr soc*. 2007, p.46 ; N. CÔTE, « Le portage salarial : entre innovation et dérives », *JCP E* 2002, 1599 (spéc. n°7).

contraintes administratives du fait de son statut de travailleur salarié. En outre, il s'agit d'un temps choisi, puisque les interventions sont négociées par le travailleur lui-même.

Le pensionné peut également décider de mettre son expérience professionnelle à disposition d'une entreprise de travail à temps partagé, lui permettant ainsi de réaliser des prestations auprès de petites et moyennes entreprises[1994] ou d'un groupement d'employeurs[1995] afin d'intervenir ponctuellement au sein de différentes entreprises.

488. Parmi l'ensemble de ces options, le pensionné, désireux d'être actif, fera librement son choix. Toutes ces options tendent vers un même idéal, celui de laisser au pensionné la libre détermination de la répartition de son temps, partagé entre le temps accordé au travail et le temps accordé au repos. Les interventions peuvent être ponctuelles ou d'une durée plus conséquente, aboutissant pourquoi pas à la signature d'un contrat à durée indéterminée[1996], laissant ainsi entendre que la retraite n'est pas nécessairement synonyme de cessation définitive de toute activité professionnelle. Ce faisant, en amoindrissant les obstacles à la limitation de l'activité et donc au principe de la liberté du travail, le législateur leur admet la possibilité de continuer à être des actifs comme les autres, indépendamment de leur âge chronologique.

[1994] Dans ce cas, le travailleur âgé ou le pensionné actif, qualifié, est mis à disposition par une entreprise de temps de travail partagé, à des entreprises clientes, placées dans l'impossibilité de les recruter en raison de leur taille ou de leurs moyens. Les articles L. 1252-1 et s. du Code du travail prévoyant ce nouveau mode de mise à disposition du personnel, a fait l'objet de critiques portant sur l'imprécision des termes de ces dispositions ; P.-Y. VERKINDT, « Le travail à temps partagé ou « Pourquoi faire simple quand… » », *JCP S* 2005, 1118 ; Du même auteur, « Groupements d'employeurs et travail à temps partagé après la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises », *Dr. soc.* 2005, p.1136 ; P. FADEUILHE, « Regard critique sur l'entreprise de temps travail partagé », *Sem. Soc. Lamy* 21 novembre 2005, n°1237.

[1995]Par les articles L. 1253-1 et s. du Code du travail, le législateur a admis la faculté de constituer des groupements d'employeurs, réunissant en principe, des employeurs relevant d'une même branche professionnelle. En se regroupant sous la forme d'une association ou d'une coopérative, les employeurs mutualisent leur moyen pour recruter du personnel, ce qu'il n'aurait pu faire individuellement. Le groupement d'employeurs est donc l'employeur du salarié recruté ; P.-Y. VERKINDT, *préc*. (spéc n°6) ; O. POUEY, « Groupements d'employeurs : les difficultés des relations triangulaires », *JCP* S 2007, 1807 ; V° aussi le dossier « Groupements d'employeurs » de la revue *Droit social*, octobre 2012.

[1996] Il est presque superfétatoire de rappeler que dans ce cas, l'âge du travailleur ne pourra jamais être utilisé pour mettre un terme à la relation de travail (notamment la mise à la retraite d'office).

B. Une gestion des temps guidée par l'humanisme

489. Des aménagements ont donc été apportés au législateur, permettant de faciliter la transition entre la vie active et la retraite, selon les aspirations de chacun, même s'il subsiste des limites matérielles[1997]. Cette gestion des temps librement laissée à la volonté individuelle est une aspiration ancienne (1). Mais certains aménagements font l'objet de critiques, pouvant mettre en péril le maintien de l'un des dispositifs, la retraite progressive (2).

1. L'aspiration ancienne à la progressivité

490. L'aménagement de la fin de la carrière est une préoccupation ancienne. Déjà en 1912, Jean JAURÈS faisait part de ses convictions à l'égard de la cessation définitive de l'activité justifiée par le départ à la retraite[1998]. Il disait notamment que « *[l]a perception de la retraite n'implique nullement la cessation du travail par l'ouvrier. Pour ma part, je ne considère pas du tout comme l'idéal de la vie que tout travail soit suspendu… et je considère comme une organisation barbare, l'organisation industrielle et économique d'aujourd'hui qui fait que, jusqu'à un certain âge, jusqu'à une certaine minute, jusqu'à un certain mouvement imperceptible d'une aiguille sur une horloge, l'homme est surmené et qu'aussitôt que l'aiguille a appuyé sur une petite marque noire, il passe dans le néant du travail, qui est comme une image morne du néant de la vie* ». Selon Jean JAURÈS, « *L'idéal est qu'il produise moins à mesure que ses forces déclinent et que, lorsqu'il s'achemine vers les derniers jours, il en ait une plus large part pour le repos et pour la contemplation du monde […]* ».

D'autres grands hommes ont partagé une telle conviction, tels que Pierre LAROQUE[1999] ou Jacques DELORS[2000]. Tous ont en commun, cette idée de privilégier l'épanouissement des

[1997] A titre de rappel, le droit au travail ne permet pas d'exiger des pouvoirs publics, un travail ; v. *supra*, n°393.

[1998] Extraits des annales de la Chambre des Députés, première séance du 11 juillet 1912 (p. 1478), cités par D. TADDÉI in *Retraites choisies et progressives*, Rapport réalisé par D. TADDÉI, J.-M. CHARPIN, O. DAVANNE, Conseil d'analyse économique, La Documentation française, Paris, 2000, p. 14.

[1999] J. DELORS, *La révolution du temps choisi*, Albin Michel, 1980, p. 129 (sur les aménagements de fin de carrière). L'auteur favorable à une gestion choisie des temps, explique : « *La norme est là. Il faut travailler tant, à tel moment. On peut jouer sur les marges, arriver à l'heure de son choix le matin, revendiquer de plus longs congés d'été ou une retraite anticipée. Rien d'autre* », p. 137.

[2000] P. LAROQUE, *Pour une transition de l'activité à la retraite*, Rapport au ministre du Travail, 1981 ; L'apport de ce rapport imprègne la réflexion de D. TADDDÉI, *préc.*, not. p.20-21.

choix personnels. L'assuré ne doit pas être évincé brutalement et définitivement en raison de son seul âge.

Il convient certainement de lui préférer la substitution par un modèle reposant sur des retraites choisies et progressives[2001]. « *Cette conception humaniste* »[2002] doit être favorisée, puisqu'elle permet aux assurés de « *choisir une progressivité dans leur passage de la vie professionnelle à la retraite* ». Pour réunir les conditions de ce libre choix, l'auteur préconisait que cette mission soit à la charge des pouvoirs publics, tendant à supprimer les obstacles existants afin de garantir collectivement l'effectivité de ce choix. Des financements publics pourraient également être accordés. Selon l'auteur, la progressivité doit être entendue comme la faculté de diminuer progressivement le temps de travail « *au cours des dix années précédant le départ définitif* »[2003], tout en obtenant une fraction de sa pension. Enfin, l'auteur considérait que « *la retraite choisie et progressive s'inscrit, pour l'ensemble des salariés au cœur de ces nouvelles possibilités d'épanouissement personnel et collectif qui s'ouvrent devant eux […]* » [2004].

Initialement la retraite progressive[2005] était perçue comme un moyen « *d'atténuer le caractère brutal de la cessation d'activité, […] souvent mal vécu* »[2006] . Ce traumatisme était réduit par la prise en considération de la volonté de l'assuré, de modifier étape par étape la répartition de son temps et non de lui imposer une entrée de plain-pied dans la vie inactive. Cela concerne donc le principe de la liberté du travail et au droit au travail du travailleur âgé, ou plus précisément du pensionné en activité. Il est difficile de ne pas admettre que cela correspond à « *une gestion positive de la fin de carrière* »[2007], faisant une large place à une conception humaniste. En obéissant au principe de la retraite choisie et progressive, le législateur admet l'existence d'une phase transitoire, s'insérant entre la suractivité et l'inutilité collective. Cela est également conforme au principe de l'adaptation du travail à l'homme,

[2001] D. TADDÉI, *préc*., p. 15.

[2002] Expression empruntée à TADDÉI, *préc.*

[2003]TADDÉI, *préc.*, p.16

[2004] D. TADDÉI, *préc.;* p. 17.

[2005] Et la préretraite progressive à laquelle l'auteur précité, était favorable.

[2006] TADDÉI, *préc.*, p.17 ; D'ailleurs, parmi les motifs du projet de loi n°855, de 2003, l'un d'eux repose sur cette justification, ce souhait de ne pas interrompre brutalement une relation de travail. Le second motif justifiant le maintien, voire l'assouplissement de ce dispositif correspond à la promotion de la prolongation de l'activité professionnelle ; v. l'article 21 du projet de loi n°885 portant réforme des retraites, in Dossier législatif relatif à la loi n°2003-775, disponible sur le site du Sénat.

[2007] Sur ce point : TADDÉI, *préc.*, p. 17-55

favorisant les aménagements permettant de conserver l'homme, malgré son âge, aboutissant à reconnaître le droit au travail pour tous, indépendamment de l'âge. Cela doit s'inscrire dans une vision d'ensemble, coordonnant les actions des entreprises et des pouvoirs publics, bénéficiant à la totalité des travailleurs, entraînant ainsi la prolongation de la vie active et le développement d'une politique des âges dans l'entreprise.

491. Cette idée d'une personnalisation de la fin de carrière est également présente dans l'essai du sociologue Xavier Gaullier[2008]. Soulignant les dangers d'une retraite à la carte qui autoriserait chaque assuré à choisir l'âge de liquidation de la pension, compris entre 55 et 70 ans, sur le montant des pensions, voire plus largement le traitement de la vieillesse par l'anticipation, l'auteur fait part de sa préférence pour des dispositifs aménageant la répartition du temps. Soulignant les imperfections des préretraites, l'auteur est favorable à un assouplissement de la retraite progressive, prenant en considération la période d'activité à temps partiel, ainsi qu'au cumul emploi-retraite. Ce faisant, il promeut la conception d'une retraite plurielle, dont la diversité serait l'expression des multiples choix individuels : « *[l]e scénario de la retraite pluriactive s'oppose à la retraite-troisième âge […] par la fin des rigidités : elle offre des possibilités de choix entre temps de travail et temps hors travail, à plein temps ou à temps partiel, en amont ou en aval de la retraite. Elle permet des départs réversibles, des préretraites progressives, des retraites à temps partiel, le cumul entre salaire et pension. Les durées du travail et de la retraite s'en trouvent modifiées parce que le gain de l'espérance de vie est réparti entre l'un et l'autre. Le travail et la retraite ne s'opposent plus : on travaille autrement et la retraite ne vous exclut pas du travail* »[2009]. La retraite plurielle serait ainsi respectueuse de la volonté de l'intéressé. Si celui-ci décide de cesser toute vie active au jour de la liquidation de sa pension, libre à lui de le faire. Mais le législateur doit aussi accorder la faculté à l'assuré de différer la liquidation définitive de sa pension au profit de son maintien dans la vie active. Toutefois, il convient d'être prudent et ne pas offrir « *un emploi dévalorisé et une retraite au rabais* »[2010]. Au contraire pour atteindre cet idéal d'emploi de qualité et de retraite convenable, l'auteur souligne la nécessaire « *mobilisation de tous les acteurs* », tant français qu'européens. C'est seulement ainsi que la « *retraite-*

[2008] X. GAULLIER, *Le temps des retraites, op.cit.*, p. 51-59.

[2009] X. GAULLIER, *ibid.*, p. 61.

[2010] X. GAULLIER, *ibid.*, p. 65.

événement », synonyme de rupture définitive et irréversible, se transformera en une « *retraite-processus* », offrant la faculté à l'assuré de gérer par lui-même son temps[2011].

Pour ouvrir cette gestion du temps, l'auteur[2012] propose d'employer en matière de retraite, la théorie développée par le professeur SUPIOT[2013], celle des droits de tirage sociaux. Ces nouveaux droits permettraient une meilleure transition entre les différentes phases de la vie professionnelle, entendue au sens large, puisqu'elles intègrent les activités professionnelles, le bénévolat, le travail associatif et domestique ... Ces droits au tirage sociaux[2014] accorderaient à l'individu, une liberté de choix en matière de trajectoire professionnelle, en le laissant libre d'opter pour l'une de ces formes d'activités. Mais les phases entre deux activités ne porteraient pas atteinte à la protection sociale de l'intéressé, car celle-ci serait attachée à la personne du travailleur. Certes, « *[l'] exercice de ces nouveaux droits [sociaux] est enfermé dans les limites d'une créance antérieurement constituée, mais leur réalisation relève d'une libre décision de leur titulaire et non pas de la réalisation d'un risque* ». Appliqué à la retraite et plus largement à la fin de carrière, cela signifierait que le travailleur disposerait de la faculté de modeler par lui-même les aménagements de ses temps de travail et de retraite en fonction de ses besoins et aspirations.

492. Malgré des époques et des contextes différents, la pensée de ces hommes est commune en matière de retraite. Celle-ci ne doit pas confisquer à l'homme, sa faculté d'aménager son temps, de le répartir entre le temps de travail et le temps hors travail. Les aménagements apportés par le législateur pour flexibiliser la retraite, la promotion à une échelle européenne du maintien de l'emploi des travailleurs âgés, ayant ou non liquidé leur

---

[2011] Cela peut être une source d'anxiété pour l'individu, surtout si celui-ci est d'un âge avancé ; X. GAULLIER, ibid., p. 67-70.

[2012] X. GAULLIER, *ibid*., p.64.

[2013] Dir. A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi : transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe,* Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, 1999, p.90-91

[2014] Il s'agit d'un droit de tirage, car il est fondé sur la combinaison de deux conditions, imposant la constitution d'une provision suffisante et la décision de son titulaire de l'utiliser. Ces droits sont sociaux, en raison de leur « *mode de constitution* », reposant sur une alimentation diversifiée et leur objectif, considéré d'utilité sociale.

Ces droits de tirage sociaux permettent « *une libération du temps* » et un « *financement du travail hors marché* » ; A. SUPIOT, *préc.*

pension, tous ces éléments contribuent à la transition vers une retraite-processus[2015]. Cette conception de la retraite, modernisée, est humaniste en ce qu'elle offre le choix à l'individu des modalités de liquidation de sa pension. Pour ce faire, les législateurs doivent impérativement proposer plusieurs aménagements afin de soumettre différentes options aux assurés.

2. Une progressivité critiquée

493. À la lecture du rapport relatif aux retraites choisies et progressives, la retraite progressive apparaît comme l'un des meilleurs moyens de permettre aux travailleurs âgés, prochainement ou déjà éligibles à pension, de modeler leur retraite. Cette « personnalisation » n'a pas rencontré le succès escompté, malgré les assouplissements apportés par le législateur, au point que l'un des rapports de l'IGAS, préconise sa suppression[2016]. Selon l'Inspection, ce dispositif fait doublon avec le cumul emploi-retraite et tend à entretenir cette confusion qui règne en matière d'aménagement de la fin de carrière. Or, « *le cumul emploi-retraite paraît plus souple, plus adapté aux besoins des personnes* » alors que la retraite progressive se révèle très coûteuse pour les régimes[2017]. L'exactitude de cette affirmation quant au coût n'est pas contestable et se justifie par le mécanisme en lui-même. L'objectif de la retraite progressive est de différer la demande de liquidation définitive et en attendant, l'assuré obtient des trimestres supplémentaires, qui seront pris en compte au moment venu, affectant

[2015] Même si cela est atténué par les différences de traitement admises par la directive 2000/78/CE… ; v. *supra* n°191 et s ; v. *supra*. n°441 et s. .

[2016] Il s'agit de la douzième recommandation de l'IGAS ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite, op.cit.,* Tome 1, n° 33.

Le recours à ce dispositif reste marginal, puisqu'en 2010, le nombre de travailleurs en retraite progressive s'élevait aux environs de 2000, tout comme en 2000 ; C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX, *Evaluation du cumul emploi retraite, préc..,* Tome 2, n° 11.

[2017] Cela a été souligné par la Cour des Comptes, expliquant que la retraite progressive génère « *des coûts intemporels élevés pour le régime, ce qui est inévitable pour un dispositif permettant l'amélioration des droits, de bénéficier de la surcote » tout en jouissant d'un revenu issu de l'activité et d'une pension* » ; Cité in *Evaluation du cumul emploi retraite,* par C. DANIEL, L. ESLOUS et F. ROMANEIX *préc.,* Tome 2, n° 21.

Relevons toutefois que le projet de loi actuellement en débat, comporte des assouplissements en faveur de la retraite progressive (abaissement de la condition d'âge notamment), Disponible sur le site de l'Assemblée nationale.

définitivement le montant de la pension. En revanche, le cumul emploi-retraite intervient a posteriori, ce qui ne modifie pas les modalités de calcul du montant de la pension. L'individu qui souhaite améliorer sa pension n'a pas d'autres choix que de renouer avec la vie active, tandis que le pensionné ayant bénéficié de la retraite progressive, profitera des fruits de ce report jusqu'au terme de sa vie, ce qui n'est pas un élément négligeable dans un contexte de vieillissement de la population.

494. Il convient malgré tout de s'attarder quelques instants sur la retraite progressive et cette proposition de suppression. Ce dispositif constitue un des aménagements de la fin de carrière offert au travailleur en situation d'emploi. Dans les développements précédents relatifs à l'éventail de possibilités s'offrant au travailleur pour aménager sa fin de carrière, il convient de relever le peu d'options offertes. Certes, toutes concernent la réduction du volume horaire de travail, mais elles ont des effets sur la rémunération du travailleur. La retraite progressive constitue la seule option accordant au travailleur futur pensionné à titre définitif d'organiser son volume horaire de travail, tout en bénéficiant de sa pension. Toutes les autres options sont antérieures à la liquidation. Une fois la liquidation prononcée, le pensionné immergé dans ce temps plein dédié uniquement à la retraite, n'a d'autres choix que de rêver du cumul emploi-retraite. Il est bien vrai que le législateur n'a pas restreint ces facultés de choisir le statut, sous réserve d'avoir obtenu le taux plein …. Mais une fois la rupture de la relation de travail consommée, il sera peut-être difficile pour le pensionné de reprendre une activité chez son ancien employeur, voire même d'être recruté par un autre … Or, la retraite progressive n'impose pas une rupture définitive, elle offre seulement un aménagement et celui-ci n'est pas limité dans le temps. La prolongation de l'activité peut ainsi s'étendre sur une durée plus conséquente que la durée du cumul emploi-retraite, surtout si l'assuré prend conscience des avantages qui y sont attachés. Le travailleur pensionné pourrait prolonger son activité jusqu'au seuil de la mise à la retraite d'office offerte à l'employeur, soit à 70 ans.

Le cumul emploi-retraite et la retraite progressive constituent les deux dispositifs permettant de concilier l'activité et la retraite, conformément à la volonté de l'assuré. Aussi, la question qu'il convient de se poser est celle de savoir s'il faut prendre en considération le seul critère de l'allongement de l'espérance de vie pour réduire l'éventail des opportunités offertes au travailleur âgé. Car la suppression de ce dispositif réduirait les possibilités d'aménagements du temps offertes aux assurés, restreignant les options à la réduction partielle d'activité pendant la vie active ou à la prolongation de la durée de la vie active pendant la retraite.

Mais avant toute suppression, il est indispensable d'étudier les raisons pour lesquelles la retraite progressive n'a jamais rencontré de succès[2018], permettant au moins d'envisager la mise en œuvre de moyens adaptés pour y remédier et maintenir cette opportunité au travailleur âgé.

§2. Les aménagements conformes à la volonté de l'entreprise

495. L'objectif des États membres de l'Union est d'améliorer le taux d'emploi des travailleurs âgés de 15 à 64 ans. Pour l'atteindre, les législateurs ont apporté moult aménagements tendant à la prolonger la durée de la vie active. Or, cela impose l'abandon de certaines pratiques, s'établissant hors des cadres légaux. Nombre d'employeurs ont en effet utilisé le critère de l'âge pour évincer des travailleurs de leur effectif. L'aménagement de la fin de carrière peut être organisé par l'employeur et parfois, sa volonté rencontre celle des travailleurs, qui acceptent une cessation anticipée d'activité.

Le changement de paradigme qui a animé l'intervention du législateur, entre autres sous l'influence de l'Union, est synonyme de la fin des dispositifs admettant une cessation anticipée d'activité à l'échelle collective, organisée par l'employeur (A), pour lui préférer une gestion des temps relevant du seul assuré. Mais ce basculement ne s'est pas complètement opéré, puisqu'il subsiste encore de tels dispositifs organisant collectivement la cessation anticipée d'activité (B).

A. L'encadrement des préretraites maison

496. Certaines grandes entreprises ont mis en place des « préretraites d'entreprise ». Ces dispositifs peuvent revêtir d'autres dénominations, comme le congé de fin de carrière, la dispense d'activité ou encore la préretraite maison[2019]. Mais ils ont en commun de reposer sur un financement exclusif de l'employeur. Mis en place par accord collectif ou engagement unilatéral de l'employeur, ces dispositifs concernent essentiellement les grandes entreprises.

[2018] Cela avait déjà été constaté dans le rapport Boulanger, *préc.*, p.20. L'auteur du rapport évoquait l'hypothèse que cela ne correspondait peut-être pas à une attente profonde des travailleurs.

[2019] V. BAUDET-CAILLE et S. DELACROIX, Les seniors dans l'entreprise, *op.cit.*, n°116-119 ; M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, C. VICENS, *Etude sur l'évolution des dispositions concernant les seniors ainsi que les critères d'âge et d'ancienneté dans quelques accords de branches*, Rapport au COR, 2007, p. 38-43.

L'employeur mettant en place un tel dispositif est placé face à un choix. Il peut soit rompre la relation de travail en plaçant le travailleur en préretraite (1), soit suspendre le contrat jusqu'à la demande de liquidation de la pension (2) . Dans ces deux hypothèses, la décision de l'employeur ou l'accord collectif modifie le contrat de travail du salarié, imposant nécessairement de recueillir l'accord du salarié. Aussi, cela s'adresse uniquement aux salariés volontaires, bien souvent après proposition de l'employeur.

1. Une rupture onéreuse

497. Il peut ainsi retenir la cessation totale de l'activité prenant effet jusqu'au franchissement du seuil de l'âge de la retraite par le salarié. Dans ce cas, il peut s'engager à lui verser tout ou partie de la rémunération ainsi qu'une indemnité de licenciement. Le travailleur ne fait alors plus partie des effectifs de l'entreprise. Une telle décision de l'employeur est bien souvent liée à des difficultés économiques[2020].

498. Dans l'hypothèse d'une rupture, l'employeur est redevable d'une contribution, dont l'objet est de sanctionner le recours à la préretraite. Cette contribution créée en 2003 par le législateur[2021], porte sur l'ensemble des allocations préretraite maison et ne s'adresse qu'à l'employeur. Les sommes collectées alimentent les fonds de la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés[2022]. Cette manifestation de la volonté du législateur de décourager le recours à la préretraite d'entreprise est liée à la poursuite de l'objectif de maintien des travailleurs âgés en activité[2023] afin d'atteindre le taux d'emploi des travailleurs

[2020]M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, C. VICENS, *préc.*, p. 38 ; Il faut noter que cela n'exempt pas l'employeur de ces obligations en matière de licenciement économique. Cela a été rappelé dans une décision de la Cour de cassation du 13 janvier 2009. En l'espèce, un employeur avait proposé dans le cadre d'un plan social, aux salariés volontaires de bénéficier d'un dispositif de préretraite d'entreprise. L'une des salariées avait accepté et l'employeur l'avait incluse parmi les travailleurs licenciés économiquement. L'oubli du respect de l'ordre des licenciements prévu à l'article L. 1233-4 du Code du travail a été sanctionné par les juges du fond et conforté par la Cour de cassation, qui a considéré que l'action du salarié est recevable « *peu important qu'il ait accepté de bénéficier du revenu de substitution mis en place par l'employeur jusqu'à la liquidation des droits à la retraite* » ; Soc. 13 janvier 2009, pourvoi n°07-44.398, *Bull. civ. V,* n°5 ; *Dr. soc*. 2009, p.376, obs. G. COUTURIER ; *Jurisprudence Sociale Lamy* du 23 février 2009, n° 250.

[2021] Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, *op.cit.*

[2022] CSS art. L. 137-10 .

[2023]Comme le révèle l'exposé des motifs pour l'article 11 du projet de loi n°855 portant réforme des retraites, in dossier législatif relatif à la loi n°2003-775, *op. cit.*

âgé fixé lors du sommet de Stockholm. Résolu à mettre un terme à cette gestion des travailleurs âgés adoptée par certains employeurs, le législateur porta ce taux à 23,85 % pour les préretraites conclues après le 27 mai 2003. Ce taux fut progressivement augmenté jusqu'à la promulgation de la loi n°2007-1786. Le taux a été arrêté à 50 % pour les préretraites conclues postérieurement au 11 octobre 2007[2024].

Cela ne dispense pas le préretraité du paiement des cotisations liées à la cotisation sociale généralisée (CSG) et la contribution pour le remboursement de la dette sociale portant sur l'intégralité de l'avantage accordé par l'employeur. Un durcissement des modalités de calcul de la CSG a également été opéré, puisque par le passé, le préretraité pouvait bénéficier d'un taux moindre, voire d'une exonération[2025]. Désormais, ce taux est porté à hauteur de celui retenu pour les revenus d'activité[2026]. À cela s'ajoutent les cotisations d'assurance maladie[2027] ainsi que la contribution additionnelle de solidarité pour l'autonomie[2028].

Ce faisant, le législateur a condamné le recours aux préretraites d'entreprise, synonyme de cessation définitive d'activité, en décourageant les aspirations des employeurs et de certains salariés, par l'application d'une mesure les sanctionnant financièrement. Certains auteurs ont d'ailleurs souligné que la taxation financière ne constitue pas une mesure en faveur de la promotion de la poursuite de l'activité. Elle correspond davantage à une sanction en raison de son défaut de prise en considération de l'âge des intéressés[2029]. Cette pénalisation financière

---

[2024] Art. 16 de la loi n°2007-1786 du 19 décembre 2007 de financement de la sécurité sociale pour 2008, *JORF* du 21 décembre 2007, p. 20603 ; P. MORVAN, « LFSS pour 2008 : haro sur les préretraites, mises à la retraite et retraites anticipées », *JCP S* 2008, 1051 (spéc n°12-19).

[2025] Cela est valable pour les préretraites prenant effet à partir du 11 octobre 2007. En effet, dans sa rédaction antérieure, l'article L. 136-2 du Code de la sécurité sociale avait inclus parmi les éléments exclus de l'assiette de contribution, les avantages liés à la préretraite qui n'excèdent pas un certain seuil (III, 1°). A défaut de bénéficier de l'exonération de CSG, l'article L. 136-8 du Code de la sécurité sociale prévoyait le bénéfice de deux taux minorés en faveur des préretraités, dont l'un s'adressait aux préretraités ayant de faibles allocations. La nouvelle rédaction de ces deux articles modifiés par l'article 17 de la loi n°2007-1786 a mis un terme à ce traitement de faveur ; V. BAUDET-CAILLE et S. DELACROIX, *préc.*, n°118

[2026] Ph. COURSIER et J.-G. PICHON, « À propos des indemnités de fin de carrière », *Sem. Soc. Lamy* 10 décembre 2007, p.5.

[2027] CSS D. 242-12 .

[2028] Créée par la loi n°2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 (*JORF* du 18 décembre 2012, p. 19821).

[2029] Cet effet pervers a aussi été souligné par le Professeur MORVAN *in «* Un droit « pénal » de la gestion des carrières », *Dr. soc.* 2011, spé. p. 275, n°4 ; Le terme de « contribution punitive » est également employé par Y. LEROY, in *RÉP. TRAV.*, v° Âge du salarié, n°156.

pourrait avoir des effets en matière de licenciement, puisque les entreprises pourraient rechercher le recours à d'autres moyens pour mettre un terme à la relation de travail[2030]. En outre, les auteurs précisent que « *les entreprises [sont pénalisées] à l'occasion d'un acte important participant à la gestion de la carrière de leurs salariés âgés, [indépendant] des considérations macro-économiques ou […] avec la politique sociale de la nation* ». Car cette contribution entraîne la limitation de la faculté des entreprises d'aménager la fin de carrière des travailleurs âgés, voire les en prive. Une autre option demeure, même si celle-ci se révèle elle aussi, assez coûteuse.

2. Une coûteuse dispense d'activité

499. Quant à la seconde option qui lui est offerte, l'employeur écarte la cessation totale de l'activité, pour lui préférer une simple réduction du volume horaire. Ce faisant, il accorde un congé de fin de carrière total ou partiel au travailleur, toujours comptabilisé au sein des effectifs de l'entreprise. Le contrat n'est alors pas rompu, son exécution est simplement suspendue. Le travailleur est tout simplement dispensé d'activité totalement ou partiellement. Dans ce dernier cas, le travailleur intervient toujours au sein de l'entreprise, mais de manière réduite.

500. L'avantage versé par l'employeur dans l'attente de la retraite constitue une rémunération, comme l'a affirmé une décision de la Cour de cassation du 19 décembre 1991[2031]. En l'espèce, un employeur avait accordé à certains travailleurs âgés, des congés de fin de carrière, les dispensant complètement d'activité et il s'opposait à l'application du taux commun applicable pour les cotisations de l'assurance maladie, maternité, invalidité-décès, lui préférant le taux réduit applicable aux préretraites ou aux revenus de remplacement versés aux travailleurs placés dans l'impossibilité définitivement ou temporairement de travailler. En outre, le travailleur en situation de congé de fin de carrière n'a pas la faculté de bénéficier des indemnités journalières versées en cas de réalisation du risque. Mais la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas été sensible à ces griefs. En effet, la Cour d'appel avait fait le constat que ces travailleurs en congé d'attente de la retraite, percevaient une « *rémunération prévue par le contrat de travail* », laquelle ne pouvait « *être assimilée aux revenus de*

[2030] Et pourquoi pas une rupture conventionnelle… ; v. *supra*, n°446 et s. .

[2031] Soc. 19 décembre 1991, n°89-16.324, inédit ; *RDSS* 1992, p.663 ; M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, C. VICENS, *op.cit.*, p.38-39.

remplacements payés, suivant des modalités définies par la loi à certains travailleurs se trouvant définitivement ou momentanément hors d'état de travailler », ce qui justifiait ainsi l'application du taux normal, comme le confirme la Chambre sociale.

Cette décision se révèle intéressante en ce qu'elle admet l'existence d'une distinction entre le congé de fin de carrière, interprété comme une suspension du contrat, de la préretraite d'entreprise s'accompagnant d'une cessation définitive de la relation de travail. Cet autre aménagement de la fin de carrière offert au travailleur âgé de 55 ans et plus ne prend fin qu'à la demande de liquidation de la pension effectuée par le travailleur ou à l'initiative de l'employeur, selon les nouvelles modalités énoncées à l'article L. 1237-5 du Code du travail[2032]. Dans l'attente de la mise en œuvre de cette demande ou du franchissement du seuil des 70 ans par le travailleur, l'employeur reste lié par cette relation de travail, ce qui peut se révéler dissuasif en raison du coût financier.

501. En instaurant ces contributions, taxant financièrement le recours aux préretraites d'entreprise, préretraites « maison » et autres congés de fin de carrière, le législateur a décidé de réduire les capacités d'aménagement de la fin de carrière des travailleurs offertes aux employeurs, exprimant ainsi sa volonté ferme et décidée d'assurer la cohérence de ses démarches en faveur de l'emploi des travailleurs âgés. Car en parallèle, le législateur a effectué une véritable sélection des dispositifs de préretraites publiques, ne conservant que celle en faveur des travailleurs ayant été exposés à l'amiante[2033] et ce, dans un seul but : promouvoir la prolongation de la durée de la vie active. Malgré la sanction, l'actualité nous révèle que les préretraites d'entreprise résistent.

B. La résistance des préretraites d'entreprise

502. Au préalable, il convient de se demander pour quelle raison cette préretraite d'entreprise ne peut pas constituer un mode d'aménagement possible de la fin de carrière. Après tout, comme l'ont souligné des auteurs, ces dispositifs sont spécifiques à l'entreprise et

[2032] V. *supra*, n°440.

[2033] Le législateur a mis progressivement un terme au dispositif AS-FNE (v. *supra*, n°420 et s.), à la préretraite par cessation anticipée d'activité en faveur des travailleurs exerçant une activité pénible ainsi qu'à la préretraite progressive (v. *supra*, n°480 et s.).

A propos de l'amiante : V. BAUDET-CAILLE et S. DELACROIX, *Les seniors dans l'entreprise*, *op.cit.*, n°97-105

ne contraignent que l'entreprise. Cela pourrait constituer une nouvelle modalité offerte de manière unilatérale ou par le biais du droit négocié, aux travailleurs volontaires approchant l'âge d'ouverture des droits à retraite. Ces propositions de départs anticipés sont conformes au souhait de certains salariés, qui profitent de cet aménagement synonyme de cessation d'activité[2034]. Parfois, cela ne correspond pas véritablement à une aspiration profonde des salariés[2035]. En mettant en place un tel dispositif, l'entreprise se dote alors d'un moyen pour « *élargir la cessation anticipée d'activité en faveur d'autres tranches d'âge* »[2036], ce qui peut se révéler utile par exemple, pour pallier le défaut de droit de mise à la retraite. Cela peut également constituer une politique sociale spécifique à l'entreprise.

Les clauses contenues dans cet accord présentent parfois des restrictions assez importantes au droit au travail des préretraités. Elles s'avèrent alors difficilement conciliables avec le rééquilibre opéré par le législateur, entre le droit au travail et le droit au repos.

Ces clauses comportent de nombreuses similitudes. Dans bien des cas, la préretraite est totale, ce qui signifie une cessation anticipée de l'activité. Le public visé est souvent âgé d'au moins 57 ans, ou compris dans une fourchette d'âge allant jusqu'à 60 ans[2037], en contrat à durée indéterminée. Parfois, ce critère d'âge est assorti d'une condition tenant à l'obtention du taux plein dans une durée déterminée. En ce qui concerne l'allocation de remplacement, elle est généralement fixée en fonction d'un pourcentage du salaire brut antérieur. L'acquisition

[2034] Constat du sénateur B. CAZEAU : « *Il est vrai que certains salariés, notamment dans de grandes entreprises disposant de moyens importants, ne sont pas mécontents d'abandonner un travail fatigant, accompli dans une ambiance de plus en plus tendue et sans espoir d'amélioration* », lors du débat relatif à l'article 10 du projet de loi de financement de la loi de la sécurité sociale pour 2008, séance du 13 novembre 2007, disponible dans le dossier législatif dédié à la loi n°2007-1786 du 19 décembre 2007 sur le site du Sénat.

[2035] Dans ce sens, le sénateur B. CAZEAU : « *Cependant, l'écrasante majorité des salariés n'ont pas le choix et doivent s'accommoder d'une préretraite subie […]*», mais aussi le sénateur G. FISCHER, « *Quiconque connaît le monde du travail le sait pertinemment, ce n'est pas le salarié qui demande le plus souvent à bénéficier d'une préretraite. Et, lorsqu'il le fait, c'est à cause des conditions de travail qui lui ont été imposées, parce qu'il est physiquement épuisé. Donc, presque toujours, ce sont les employeurs qui décident du plan de préretraite, ce qui offre peu de choix aux salariés concernés. La plupart de temps, entre le licenciement sec et la préretraite, bon nombre de salariés n'hésitent pas !* », à propos de l'article 10 du projet de loi…., *préc.*

[2036] M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, C. VICENS, *op.cit.*, p.42.

[2037] Même s'il est possible que les reports de l'âge légal d'ouverture des droits et celui de la retraite à taux plein, pourrait modifier cette fourchette.

des droits à la retraite peut être incluse. Une condition tenant à la durée d'ancienneté est parfois requise[2038].

503. Certaines décisions de la Cour de cassation nous permettent d'avoir un aperçu des conditions requises retenues par l'employeur ou les partenaires sociaux. Il est parfois exigé du travailleur qu'aucune activité salariée ne soit reprise. De même, il lui est parfois impossible de solliciter une indemnité chômage ou de s'inscrire en tant que demandeur d'emploi. En signant la convention de préretraite maison, le travailleur âgé accepte la fin de la relation de travail l'unissant à l'employeur, tout en obtenant en contrepartie une rente représentant un pourcentage de son salaire antérieur jusqu'à la date de liquidation de sa pension à taux plein[2039]. Les accords conclus par des grandes entreprises comportent bien souvent de telles incompatibilités, entraînant une remise en cause de la contrepartie financière versée[2040].

Il est alors difficile de ne pas considérer que ce dispositif constitue une restriction à l'exercice de la liberté du travail du préretraité, qui n'aura pas de perspective autre que d'attendre la liquidation de sa pension pour rêver d'un autre avenir, sauf à envisager l'exercice d'une activité de travailleur indépendant.

504. Malgré la « *contribution punitive* »[2041] érigée par le législateur, les préretraites « maison » subsistent. Bien qu'il soit difficile de mesurer statistiquement le nombre de dispositifs existants[2042] ou de saisir la motivation des entreprises y ayant recours[2043], il est tout de même possible d'estimer l'ampleur du phénomène.

En premier lieu, les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales prennent connaissance à travers les déclarations remises par les employeurs du nombre de salariés ayant bénéficié d'un dispositif de préretraite « *ou placés en cessation anticipée*

[2038] M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, C. VICENS, *op.cit.*, p.41 ; Pour un exemple ancien à propos de la branche pétrole du groupe Total : Liaisons sociales Quotidien du 11 juin 1998, n°12683.

[2039] Soc. 13 janvier 2009, pourvoi n°07-44.398, *op.cit.* ; Soc. 4 juillet. 2012, pourvoi n°11-13.235, inédit.

[2040] Dans ce sens, il faut notamment signaler l'accord conclu par une société de grande distribution signé le 31 mai 2012 à propos de la préretraite en faveur des travailleurs en mobilité externe.

[2041] Expression empruntée au Professeur MORVAN, *op. cit.*, p.275.

[2042] M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, C. VICENS , *op.cit.*, p.39.

[2043] Il convient de signaler qu'une étude sur les préretraites d'entreprise a été menée entre octobre 2012 et août 2013 portant sur les motivations des entreprises, les modalités de mise en œuvre de ces dispositifs et les facteurs les influençant. Les résultats ne sont pas encore connus. Pour plus de détails : http://travail-emploi.gouv.fr/etudes-recherches-statistiques-de,76/etudes-et-recherches,77/appels-a-projets,312/appels-a-projets-clos-recherches,952/2012-marche-d-etude-les,15057.html

d'activité »[2044]. Parmi les informations contenues au sein de cette déclaration, il y a l'âge et le montant de l'avantage accordé. Il convient de noter que l'encadrement du traitement de l'âge par l'employeur se poursuit également à travers la notification du nombre de travailleurs mis à la retraite d'office, mais aussi licenciés ou ceux dont le contrat a été rompu conventionnellement. Sur ces deux derniers points, l'employeur doit déclarer tous les licenciements et ruptures conventionnelles concernant des travailleurs âgés de 55 ans et plus.

En second lieu, cela peut s'effectuer par la prise en considération des sommes payées par les employeurs au titre de la contribution spécifique, obligation légale à laquelle l'employeur ne peut échapper. En effet, l'agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) a pu en saisir l'ampleur au moins financière[2045]. Cette contribution portant sur le montant total des avantages accordés en cas rupture de la relation de travail dans le cadre d'un dispositif de préretraite-maison, a ainsi porté sur un total d'environ 433 millions d'euros[2046]… Pourtant l'ACOSS a noté que ces dispositifs concernent très peu d'entreprises, dont le nombre est estimé aux alentours de cinq cents.

Enfin, à titre subsidiaire, la presse[2047] relaye la signature de tels accords, nous révélant que certaines grandes entreprises aménagent encore de cette façon, la fin de carrière de leurs travailleurs âgés, avec l'accord des représentants des salariés. Ce faisant, elles contribuent à l'entretien du consensus hérité des années 70 à propos de la retraite et la place du travailleur âgé dans l'entreprise[2048].

[2044] C. trav. art. L. 1221-18 aL. 1er.

[2045] DARES, « Les cessations anticipées d'activité en 2011 : stabilisation des entrées en retraite anticipée pour carrière longue et extinction progressive des autres dispositifs publics », *DARES Analyses*, novembre 2012, n°83, p. 13.

[2046] Lors de l'instauration en 2003 de cette contribution, l'assiette totale des avantages de préretraites assujettis à cette contribution était de 15 millions en 2004 ; DARES, *préc*.

[2047] « Partir en retraite à 58 ans avec 75% du salaire ? », *Ouest France*, 4 février 2013 ; « Les préretraites font leur retour chez Renault », *la Croix*, 16 janvier 2013 ; « Les seniors variables d'ajustement des entreprises », *Le Monde*, 22 juin 2010, par B. BISSUEL.

[2048] v. *supra*, n°420 et s.

Conclusion du chapitre 2

505. La promotion de la prolongation de la vie active s'effectue non seulement par une manipulation des conditions limitant la liquidation de la pension, mais aussi par un nouveau modelage de la fin de carrière. Lors de ces développements, nous avons constaté que le législateur français avait déployé ses interventions au-delà de la période de liquidation, accordant ainsi la faculté aux pensionnés d'exercer une activité professionnelle, presque sans limites. Certains pensionnés restent en effet soumis à un plafonnement du cumul des revenus issus de l'activité. Le législateur a donc encadré et redéfini les règles qui limitaient l'exercice de la liberté du travail des pensionnés.

Ce mouvement ne s'est pas limité seulement à la question financière liée au cumul, il a également atteint celle de la répartition des temps entre l'activité professionnelle et le repos. Longtemps conçus tous deux comme des temps pleins, hermétiques l'un à l'autre, le législateur s'est en outre évertué à développer des transitions entre ces deux mondes, avec plus ou moins de succès. L'assuré se voit ainsi offert la faculté d'aménager par lui-même la répartition de son temps, voie privilégiée pour favoriser l'émergence d'une retraite personnalisée, choisie par l'intéressé, mais aussi plurielle, conjuguant simultanément temps de repos et temps d'activité.

Ce choix ne doit résulter que de la seule volonté de l'assuré et à ce titre, le législateur condamne les dispositifs perpétuant un modèle hérité des années 70, organisant l'éviction des plus âgés au profit de l'employeur. Or, les aménagements des temps doivent au contraire promouvoir la prolongation de la durée de la vie active de l'assuré.

Conclusion du titre 2

506. Le report de l'âge légal de la retraite a ainsi été secondé par des dispositifs œuvrant à la prolongation de la durée de la vie active. L'objectif est de remettre en cause l'utilisation du critère de l'âge, comme élément motivant l'éviction de certains travailleurs.

Les législateurs ont donc façonné des dispositifs destinés à encourager l'effort des travailleurs âgés et surtout accroître leur volonté de demeurer dans la vie active. Cela n'a pas signifié pour autant la fin de tous les régimes dérogatoires au régime légal. Ces derniers ont été maintenus accordant la faculté à certains travailleurs, de cesser par anticipation la vie active.

Concurremment, les législateurs ont restreint la liberté contractuelle de l'employeur, en réduisant à peu de chose, leur faculté de rompre le contrat en raison du franchissement du seuil de l'âge légal de la retraite.

L'ensemble de ces dispositifs concourt à l'avènement de la flexibilité en matière de retraite. En différant sa demande de liquidation, l'assuré peut bénéficier d'un bonus ou d'un malus, s'il décide au contraire de l'anticiper. Par cette flexibilité, l'assuré sous réserve de respecter les conditions, peut librement choisir du moment -qu'il juge opportun- pour procéder à la liquidation de sa pension. Les opportunités offertes au pensionné de continuer à exercer une activité postérieurement à cette demande, ne font que confirmer l'avènement d'une nouvelle conception de la retraite, celle d'une retraite personnalisée, obéissant aux aspirations de l'assuré. Les aménagements de fin de carrière, offerts au travailleur âgé, certes limités, contribuent à cette œuvre.

Conclusion de la partie 2

507. Il n'existe donc pas d'âge à partir duquel le travailleur est sommé de quitter la vie active. Contrairement à l'âge d'accès au travail, aucun législateur n'a créé une limite d'âge imposant une cessation définitive d'activité. Le critère de l'âge légal de la retraite constitue simplement une condition limitant le seuil de la dernière étape de la vie professionnelle, la retraite. Ce critère fait partie des piliers de la sécurité sociale, puisqu'il contribue à l'organisation de la protection collective face à la vieillesse. Car, s'il n'existe pas d'âge à partir duquel le travailleur est contraint de cesser toute activité professionnelle, cela ne le met pas à l'abri du risque de perte d'indépendance économique. La solidarité intergénérationnelle instituée lors de la création de la sécurité sociale permet d'assurer une protection en faveur du travailleur exposé à un risque en raison de son âge. La *malchance* de connaître cet âge s'est progressivement accrue, inscrivant cette nouvelle période dans la durée et la certitude. Le hasard étant devenu la norme, viennent alors la question du financement et la recherche de nouvelle solidarité en complément de cette protection collective.

Mais le critère de l'âge a une double dimension, pleinement exprimée en matière de vieillesse. L'âge ne permet pas seulement de révéler cette solidarité collective, il est aussi un levier des politiques sociales. Le recours au critère de l'âge pour conditionner des demandes de liquidation de la pension de vieillesse l'a progressivement détourné de son objet. Les législateurs l'ont en effet pendant longtemps et parfois encore, utilisé en tant que levier de la police des âges. En employant l'âge comme un instrument permettant d'évincer les travailleurs âgés de la vie active, les législateurs ont façonné une certaine définition de la retraite, synonyme de cessation définitive d'activité. Le critère de l'âge s'est ainsi métamorphosé en levier des politiques sociales, dont l'objet est de faciliter l'insertion professionnelle des plus jeunes et le retour à l'emploi des demandeurs d'emploi. C'est ainsi que le critère de l'âge fut employé comme instrument en faveur du partage du travail entre les générations.

Même s'il se révèle difficile de délaisser cette autre fonction de l'âge, le travail des législateurs sur la conception de la retraite en cours, permet au critère de l'âge de renouer avec son autre fonction, celle d'instrument au soutien d'un principe général du droit, celui de l'égalité de traitement.

Conclusion générale

508. Cette étude relative à « L'âge en droit social » nous a permis de prendre conscience de l'importance capitale de l'existence de ce critère de l'âge au sein des normes sociales. À défaut d'être un concept juridique, cette notion apporte un correctif à la nécessité commune et universelle de subvenir à ses besoins primaires par la mise en œuvre de sa force de travail moyennant une contrepartie financière.

Elle nous a ainsi révélé qu'il est tout à fait légitime d'ériger une limite d'âge d'exercice d'une activité professionnelle en faveur des mineurs. Leur liberté du travail n'est pas pleine et entière en vertu d'un objectif supérieur lié à leur développement physique et psychique. Il convient donc de se réjouir de cette exclusion organisée par les législateurs, qui admettent malgré tout quelques dérogations. En restreignant l'accès à l'indépendance économique, ils poursuivent un objectif universellement reconnu[2049], celui de protéger les jeunes d'une primo-insertion précoce[2050], libérant corrélativement du temps disponible pour l'éducation scolaire et les distractions propres à cet âge. Le critère de l'âge en droit social constitue donc une protection par l'éviction. Ces jeunes accèdent, sous réserve de satisfaire certaines conditions, à la vie active.

509. Le critère de l'âge en droit social est empreint de la capacité productive de l'être. En l'exerçant, l'individu obtient une contrepartie financière. Cette capacité peut être altérée ou minorée par l'âge de l'individu et représenter un obstacle à l'indépendance économique de l'être. Cette problématique a progressivement été prise en considération par le législateur, qui s'est emparé des considérations physiologiques spécifiques à ces âges pour les traduire juridiquement, organisant conséquemment le cycle de vie active de l'être. Progressivement, ces normes ont été intériorisées par les membres composant la société, faisant naître l'idée que chaque âge a sa place, sa fonction, productive ou non dans la société.

La jeunesse était dédiée à la formation initiale. L'âge adulte était destiné à la vie active et productive et la vieillesse, était le temps du retrait. Ce critère constitue un levier de la police des âges, œuvrant à l'organisation par âge de la société.

[2049] V. *supra,* n°28 et s.

[2050] Selon la volonté de leurs ascendants ou celle de tiers…

510. Ces deux phénomènes, la physiologie et la culture sont des éléments qui permettraient de visualiser l'image illustrant un concept juridique de l'âge. Mais l'ambivalence de l'âge fait obstacle à l'avènement d'un tel concept. En adoptant une démarche téléologique, nous avons constaté que le critère de l'âge peut poursuivre deux finalités. Le premier objectif est lié à celui justifiant l'éviction des jeunes travailleurs mineurs de la vie active, la protection de leur corps et de leur esprit en cours de formation. L'autre but poursuivi lors du recours au critère de l'âge, réside dans l'organisation du marché du travail. La dualité des objectifs de l'âge se manifeste à travers l'interprétation donnée par la jurisprudence en ce qui concerne les différences de traitement admises. Pourtant en raison de leur appartenance à une commune humanité, les individus ne devraient pas faire l'objet d'une éviction en raison de leur âge.

Il en est ainsi à propos du principe de la dignité humaine, qui ne peut souffrir d'exception. En ayant recours à l'âge, le législateur ne fait que conforter la nécessité de protéger les individus dont la jeunesse ou la vieillesse est susceptible de réduire l'effectivité du principe de la dignité humaine, à travers l'une de ses ramifications. Le critère de l'âge n'est donc pas seulement un levier, mais il est aussi un instrument au soutien du principe général de la dignité humaine.

En ce qui concerne l'égalité de traitement, le droit dérivé et le principe de non-discrimination admettent l'existence de différences de traitement en raison de l'âge justifiées.

Par conséquent, il se révélait impossible de conférer la qualification de concept à l'âge, en raison des finalités potentielles poursuivies par le législateur. À défaut, l'on se contentera de reconnaître la qualification de notion à l'âge.

511. Cela se confirme à l'issue des développements de la seconde partie de notre étude. La seconde prise en considération de l'âge lors de la vie active est manifestement moins positive, puisque la dualité de l'âge est pleine et entière en matière de retraite. À la fois levier organisant l'éviction des travailleurs éligibles à pension et le partage intergénérationnel du travail et instrument des principes généraux de non-discrimination et de la dignité humaine, le critère de l'âge s'efface difficilement et marque le travailleur.

Au cours de nos développements, nous avons relevé que la norme juridique permet d'instituer des normes d'âge, progressivement intégrées par les individus, permettant l'avènement d'une culture de l'âge. Les efforts des législateurs pour rajeunir – dans le sens du report de la survenance de la vieillesse - les travailleurs âgés constituent peut-être les premiers pas vers l'émancipation du travailleur, affranchi de tout âge.

Mais cet idéal, respectueux de la volonté du travailleur de demeurer dans la vie active partiellement, totalement ou de s'en exclure intégralement, apparaît difficilement compatible avec les différences de traitement admises en droit interne et en droit de l'Union européenne. Car leur présence ne fait que mettre en exergue la particularité de ces travailleurs, dont l'éviction peut être légitimée, avec une souplesse certaine. Or, l'exercice du droit au travail de certains travailleurs, en raison de leur âge plus ou moins avancé, ne saurait servir de variables d'ajustements dans une société de tous les âges.

Ce levier des politiques sociales qui permet de restreindre l'acquisition d'un statut, celui de pensionné, contribue au bon fonctionnement de la solidarité intergénérationnelle, en départageant les cotisants des pensionnés. Cette solidarité serait actuellement à la dérive, menacée par la survenance de situation d'iniquité, imposant la multiplication de mesures destinées à garantir l'équité. Face à cette difficile équation et à la tentation de glisser vers la tendance individualiste, la solution siège très certainement dans le développement d'une solidarité professionnelle, notamment à travers la généralisation des régimes de retraite d'entreprise.

512. Cette recherche de nouvelle solidarité s'inscrit dans un projet plus vaste relatif à la modernisation de la pensée de la vieillesse. Au-delà de la simple incitation, l'Union européenne fait véritablement la promotion de la modernisation de la vieillesse.

En favorisant ce rééquilibrage entre ces deux périodes de la vie du travailleur, au niveau européen, une convergence se crée, tendant à l'avènement d'un âge européen de la vieillesse, malgré le défaut de compétence de l'Union en la matière.

Ce mouvement en faveur du rajeunissement de la vieillesse s'accompagne de nombreux dispositifs dont l'objectif est de privilégier la prolongation de la vie active. Les régimes dérogatoires à l'âge légal font l'objet d'une nouvelle appréciation. Des incitations financières sont érigées. La liberté contractuelle de l'employeur est très sévèrement restreinte.

Toutes ces mesures tendent à assurer le respect de la volonté du travailleur âgé de demeurer en activité, permettant ainsi d'étouffer les considérations liées à l'âge, faisant de ce travailleur âgé, un travailleur avant tout. L'objectif est donc de lutter contre les discriminations, considérées comme des différences de traitement prohibées et portant atteinte à la liberté du travail de certains travailleurs, victimes de leur âge.

Fruit d'une saisie progressive par le législateur, la vieillesse s'est peu à peu détachée de la notion de risque social, pour devenir une étape du cycle de vie. Cette étape, sauf accident de parcours, chacun détient la certitude de la connaître. Le hasard est ainsi devenu la norme et

l'allongement de l'espérance de vie a développé la durée de cette période postérieure à la vie active. Dans un contexte de vieillissement de la population, les législateurs sont incités à repenser la répartition du cycle de vie, entre le temps consacré à la vie active et celui dédié au seul repos. La progression de la longévité humaine constitue également un élément bouleversant ce modèle du parcours de vie professionnelle reposant sur les âges. En élevant la durée de la dernière période du cycle de vie professionnelle, les législateurs ont favorisé le maintien de période d'activité pendant la vieillesse.

Respecter la volonté du travailleur âgé, c'est également prévoir des passerelles entre ces deux temps, longtemps hermétiques l'un à l'autre. Le travailleur âgé et le pensionné détiennent ainsi la faculté de modeler ces deux temps, en fonction de leur aspiration. Malheureusement, l'étendue de ces options pourrait à l'avenir connaître des restrictions motivées par des impératifs financiers.

Privilégier une nouvelle gestion des temps, par le travailleur lui-même, voire le pensionné, impose de combattre des pratiques toujours à l'œuvre chez des grandes entreprises, perpétuant l'éviction des travailleurs en raison de leur âge, mode de gestion des travailleurs âgés hérité des années 70.

513. Mais à l'issue de cette étude, ce n'est plus la dernière étape du parcours professionnel dont il convient de se préoccuper. Il faut élargir l'horizon, en prenant en compte l'ensemble du phénomène physiologique, ce vieillissement qui touche chacun d'entre nous au fur et à mesure des secondes qui s'écoulent. C'est seulement par ce changement de perspective que l'âge d'un individu s'éclipsera, au profit d'une préoccupation constante de la protection de son intégrité physique et psychique, du maintien et de l'amélioration de ses capacités, favorisant ainsi l'émergence de la diversité des âges au sein de la société.

514. Cette nouvelle acception de la vieillesse génère un certain nombre d'interrogations.

À l'origine, les législateurs s'étaient saisis de ce critère afin de classer les individus et fonder l'organisation de la solidarité intergénérationnelle. En franchissant le seuil d'âge légal de la retraite, les travailleurs éligibles à pension peuvent bénéficier d'un revenu différé financé par la collectivité. Le régime légal de retraite revêt incontestablement une dimension collective.

Face au vieillissement de la population et l'allongement de la durée de la vie, les législateurs ont multiplié les dispositifs tendant à promouvoir la prolongation de la vie active, tout en préservant des voies de cessation anticipée en faveur de certains assurés. L'ensemble

de ces dispositifs contribue à la flexibilité de l'âge de la retraite, offrant à chacun la faculté de décider du moment de liquider sa pension. Ce faisant, les législateurs permettent l'avènement d'une retraite personnalisée, individualisée, destinée à mettre un terme à cette vieillesse dans laquelle les travailleurs âgés, « *ne manqu[ai]ent pas de mettre leur* vie *de mettre sa vie là où la nature, le sentiment et la société [les] pouss[ai]ent à se jeter tout[..] enti[er]*[2051] ». Cette prise en considération de la volonté individuelle de l'assuré doit être saluée, car elle apporte de la souplesse dans la réalisation de l'opération de liquidation de la pension. Le traitement de la vieillesse doit être personnalisé, partiellement individualisé pour être en harmonie avec la volonté de l'assuré. Il y a lieu de la sécuriser par l'intervention du législateur, car à défaut, l'individu sera seul face à sa vieillesse.

515. Enfin, cette tendance au report de l'accession à la dernière période du cycle de vie professionnel peut déranger. Il n'est pas certain que l'ambition première des législateurs soit d'offrir la faculté aux travailleurs de façonner leur retraite.

En effet, le critère de l'âge exprime encore le degré de productivité de l'individu tout au long de sa vie. Partant d'une productivité réduite, l'individu connaît ensuite l'âge de la pleine productivité, pour enfin entrer dans une troisième période, qui serait caractérisée par une productivité déclinante. Ces seuils marquant la vie active permettent une réification de l'être, qui est alors perçu comme un matériau plus ou moins performant en fonction de son âge. Pour conserver cette performance, le travailleur est de plus en plus sollicité et appelé à entretenir son employabilité afin de prolonger sa présence sur le marché du travail.

Le critère de l'âge contribue donc à « *l'ingénierie de la ressource humaine* »[2052], en organisant l'accession et l'éviction des travailleurs. Or, le report de la survenance de la vieillesse n'obéit pas véritablement à des impératifs humanistes[2053], mais il est essentiellement marqué par la poursuite d'intérêts financiers. Une remise en cause de la faculté de liquider progressivement sa retraite ne ferait que conforter ce choix, tout comme le développement de nécessaires, voire indispensables compléments à la pension de vieillesse.

516 Il convient donc d'être particulièrement prudent en manipulant les curseurs d'âge, car sous couvert de garantir le droit au travail des plus âgés, le législateur perpétue la dimension

[2051] Phrase inspirée de BALZAC, in *La femme de trente ans*, *op. cit.*, p. 96.

[2052] Expression empruntée au Professeur SUPIOT, in *Le travail en perspective*, *op. cit.*, p. 12.

[2053] Comment serait-il possible d'admettre qu'un objectif légitime d'ordre économique puisse primer sur des êtres humains en raison de leur seul âge ?

organisationnelle de ce critère. L'homme reste un matériau dont il convient de réguler l'entrée et la sortie définitive de la vie active. Ce faisant, il n'a apporté aucune solution à ceux considérés comme « *inutiles au monde* » [2054]. La seule réponse au sens de la vie est d'ordre productif[2055], dans lequel « *[l]a société ne se soucie de l'individu que dans la mesure où il rapporte »*[2056]. L'idéal d'une société inclusive, intégrant tous les âges du cycle, peu important le niveau de productivité, doit être privilégié sur des considérations relevant du marché économique. Indépendamment de son âge, plus ou moins avancé, l'individu doit rester avant tout un être humain, bénéficiant d'un éventail de possibilités, lui permettant de façonner sa carrière, en fonction de ses aspirations fondamentales.

[2054] A. SUPIOT, *préc*., p. 12.

[2055] S. de BEAUVOIR, *La vieillesse, op.cit.,* p. 568-569 : « *Par le sort qu'elle assigne à ses membres inactifs, la société se démasque : elle les a toujours considérés comme du matériel. Elle avoue que pour elle, seule le profit compte et que son humanisme est pure façade. Au XIXe siècle, les classes dominantes assimilaient explicitement le prolétariat à la barbarie. Les luttes ouvrières ont réussi à l'intégrer à l'humanité. Mais seulement en ce qu'il est productif. Les travailleurs vieillis, la société s'en détourne comme d'une espèce étrangère* ».

[2056] S. de BEAUVOIR, évoquant la vieillesse, *préc*. p. 569

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX : TRAITES, MANUELS, COURS

BART J., *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Monchrestien, Lextensoéditions, Paris, 2009.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du Droit*, Dalloz, 5ème éd., 2012.

BONFILS Ph. et GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Précis Dalloz, 1ère éd., 2008.

BOULOC B., *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 22ème éd., 2011.

CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz Cours, 10ème éd., 2012.

CABRILLAC R., (collectif), Libertés et droits fondamentaux, 19ème éd., Dalloz, 2013.

CAMERLYNCK G.-H., *Traité du droit du travail*, Tome 1, Contrat de travail, Dalloz, 1ère éd., 1968.

CAPITANT H. et CUCHE P., *Précis de législation industrielle*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 1936.

CAPITANT H., TERRÉ F. et LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 12ème éd., 2008.

CHAUCHARD J.-P., *Droit de la sécurité sociale*, 4ème éd., LGDJ, 2005.

DOUCHY-OUDOT M., *Droit civil, 1ère année*, HyperCours, Dalloz, 7ème éd., 2013.

DUPEYROUX J.-J., BORGETTO M. et LAFORE R., *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17ème éd., 2011.

FAVOREU L. et a., *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 6 éd., 2012.

FAVOREU L., PHILIP L. et a., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2011.

FERRAND F., *Le droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997.

LYON-CAEN G., *Traité de droit du travail*, Tome 2, Les salaires, dir. CAMERLYNK G.-H., Paris, Dalloz, 1967.

MARAIS A., *Droit des personnes*, Dalloz, coll. Cours, 2012.

MORVAN P., *Droit de la protection sociale*, Lexis Nexis, 5ème éd., 2011.

NETTER F., *La sécurité sociale et ses principes*, Dalloz, nouv. éd., 2004.

GERMAIN M., *Législation industrielle*, Paris, Les cours de droit, 1921.

HENNION S., LE BARBIER-LE BRIS M. et DEL SOL M., *Droit social européen et international*, Thémis Droit, PUF 2013.

KESSLER F., *Droit de la protection sociale*, Dalloz, coll. Cours, 4ème éd., 2012.

MALAURIE P., *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 5ème éd., 2010.

MALAURIE P. et FULCHIRON H., *La Famille*, Defrénois, 4ème éd., 2011.

MORVAN P., *Droit de la protection sociale, Lexis Nexis*, Manuel, 5ème éd., 2011.

PÉDAMON M. et KENFACK H., *Droit commercial*, Précis Dalloz, 3ème éd., 2011.

PÉLISSIER J., AUZERO G. et DOCKÈS E., *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26ème éd., 2012.

PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E., *Les grands arrêts du Droit du travail*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 4ème éd., 2008.

PIC P., *Traité élémentaire de législation industrielle*, Première partie, Législation du travail industriel, Paris, éd. A. Rousseau, 1894.

ROUAST A. et DURAND P., *Précis de législation industrielle (Droit du travail)*, Paris, éd. Firmin-Didot, 4ème éd., 1950.

REBOURG M., *Droit de la famille*, (sous la dir. de MURAT P.), éd. Dalloz Action, 2010/2011.

RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, LGDJ, 2ème éd., 1946.

RODIÈRE P., *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008.

SAINT-JOURS Y., *Traité de sécurité sociale*, Tome 1, Le droit de la sécurité sociale, LGDJ, 1980.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11ème éd., 2012.

SUDRE F., (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 6ème éd., 2011.

SUPIOT A., *Le droit du travail*, Que sais-je, PUF, 3ème éd., 2006.

TERRÉ F. et FENOUILLET D., *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7ème éd., 2005.

TEYSSIÉ B., *Droit civil, Les personnes*, Litec, 14ème éd., 2012.

VERDIER J.-M., COEURET A. et SOURIAC M.-A., *Droit du travail, rapports individuels*, volume II, 14ème éd., 2007.

OUVRAGES SPECIAUX : MEMOIRES, THESES, MONOGRAPHIES ET AUTRES TRAVAUX

I. THÈSES

AUBERT-MONPEYSSEN T., *Subordination juridique et relation de travail*, thèse Toulouse, éd. CNRS, 1988.

BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.320, 1999.

BORGETTO M., *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993.

BOUHAIRI S., *La protection des enfants contre l'exploitation au travail dans les principaux instruments internationaux et européens*, Thèse, Strasbourg, 2012.

BOUILLOUX A., *L'âge du salarié*, Thèse, Lyon II, 1993.

BOUQUET S., *La réglementation européenne relative à la non discrimination fondée sur l'âge : conséquences sur le droit du travail français*, thèse allemande trad., Peter Lang, 2012.

BROTTES J., *Du principe de non-discrimination au principe de l'égalité de traitement*, Thèse, Université Lyon 3, 2007.

CAMAJI L.-E., *La personne dans la protection sociale, Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008.

CASSAGNABÈRE C., *La responsabilité envers soi-même*, Thèse, Rennes 1, 2011.

COGULET-BONNET F., *L'incidence de l'âge sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, Thèse, éd. Jeunesse et droit, Paris, 2008.

COLLET-THIRY N., *L'encadrement contractuel de la subordination*, Thèse, Panthéon-Assas, Paris II, 2012.

EPIARD L., *Le retour des demandeurs d'emploi indemnisés sur le marché du travail : la voie des politiques d'incitation*, Thèse, Nantes, 2007.

GAURIAU B., *La nullité du licenciement*, Thèse, Paris I, 1992.

GAY L., *Les droits-créances constitutionnels*, thèse publiée coll. Droit public comparé et européen, Bruylant, 2008.

GODELAIN S., *La capacité juridique dans les contrats*, coll. des Thèses, Fondation Varennes, LGDJ, 2007.

HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes***,** Bibliothèque de droit public, Tome 232, LGDJ, 2003.

KLEIN P., *L'opération de prévoyance*, Thèse, Paris II Panthéon-Assas, 2011.

LACOUR C., *Vieillesse et vulnérabilité*, Thèse, PUAM, 2007.

LA ROSA S. de, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire***,** Bruylant, 2007.

MANDIN L., *Des préretraites au vieillissement actif : l'évolution des politiques sociales pour les travailleurs âgés de plus de 50 ans en France et en Allemagne, 1970-2007*, Thèse de Science Politique, IEP PARIS, 2007.

MARTINI M., *Les retraites professionnelles*, Thèse droit, Paris II, 2011.

MARTIN P., *Le travail des enfants en Allemagne et sa réglementation*, Thèse, Université de Paris, 1911.

MAZIÈRE P., *Le principe d'égalité en droit privé*, PUAM, 2003.

MERCAT-BRUNS M., *Vieillissement et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, Bibliothèque de droit privé, Tome 350, LGDJ, 2001.

METZ A. de, *La prestation de travail : contribution à l'étude juridique*, Thèse, Rennes 1, 2005.

MICHEL G., *La loi 14 avril 1924 et la réforme du régime des pensions de retraite*, Thèse, Université de Montpellier, 1925.

MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Thèse, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 1999.

PÉPIN N., *Le lien de subordination juridique dans les relations de travail*, thèse, Université de Montpellier I, 2010.

ROUSSEAU M., *La cause du licenciement*, Thèse, Rennes 1, 1994.

II. MONOGRAPHIES

ABADIA G., BRISBART C., COSSET Y., DELÉPINE A., CHAPOUTHIER-GUILLON A., GORVEL A., , *Les maladies professionnelles. Guide d'accès aux tableaux du régime général et du régime agricole de la sécurité sociale*, INRS, 9ème éd., mai 2012.

ALLENDE M., d' *La protection sociale complémentaire d'entreprise*, Lamy, Wolters Kluwers France, 2012.

AMAUGER-LATTES M.-C. et DESBARATS I., *Droit de l'emploi des seniors*, Lamy, Axe Droit, 2011.

ANDREANI E., *Les retraites*, éd. Le Découverte, 1986.

ANTONMATTÉI P.-H., DERUE A., FANTUNI-QUINTON S., HOURDAN D., MORAND M., VACHET .G, VANTAL J., VEKINDT P.-Y., *Les risques psychosociaux : identifier, prévenir, traiter*, Lamy, Coll. Axe droit, 2010.

BABIN M., *Santé et sécurité au travail*, Coll. Lamy Axe Droit, Wolters Kluwer France, 2011.

BARJOT A., *La sécurité sociale, son histoire à travers les textes*, Tome 3, Comité d'histoire de la sécurité sociale, 1998.

BAUDET-CAILLE V. et S. DELACROIX, *Les seniors dans l'entreprise*, Liaisons sociales

Coll. Numéros juridiques, 231/2011.

BICHOT J., *Retraites, le dictionnaire de la réforme*, *Sauvegarde des Retraites*, L'Harmattan, 2010.

BORGETTO M. et LAFORE R., *Droit de l'aide et de l'action sociales*, coll. Domat, droit public, Montchrestien, 8ème éd., 2012.

BOURGEOIS L., *Solidarité*, Paris, Armand Colin, 3ème éd., 1901.

BOURGEOT S. et BLATMAN M., *L'état de santé du salarié. De la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, éd. Liaisons, Droit Vivant, 2ème éd., 2009.

BOZO A. et PIKETTY T., *Pour un nouveau système de retraite, des comptes individuels de cotisations financés par répartition*, éd. de la Rue d'Ulm, 2008.

BRAIBANT G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Témoignage et commentaire*, Le Seuil, 2001.

CABRILLAC R., *Libertés et droits fondamentaux*, (collectif), Dalloz, 19ème éd., 2013.

CENTRE TECHNIQUE DES INSTITUTIONS DE PREVOYANCE, *La retraite supplémentaire collective des salariés*, Les guides pratiques de la prévoyance collective, 2011, disponible sur: http://ctip.asso.fr

CHARPENTIER F., *Les retraites en France et dans le monde : Nouvelles problématiques*, Economica 2009.

CHARVIN R., *Droit de la protection sociale*, éd. L'Harmattan, 2007.

CHAUCHARD J.-P. et HARDY-DUBERNET A.-C. (dir.), *La subordination dans le travail : Analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail, collectif,* La Documentation française, 2003.

COCHEME B. et LEGROS F., *Les retraites. Genèse, acteurs, enjeux,* éd. Armand Colin, 1995.

CONAC G., PRETOT X. et TEBOUL G., *Le préambule de la Constitution de 1946*, Dalloz Coll. Thèmes et commentaires, 2001.

COURSIER Ph. et SERIZAY B. (dir), *La protection sociale complémentaire en questions*, Litec Professionnels, Paris, 2011.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER N. et DOUGUET F. (dir), *La santé au travail à l'épreuve des nouveaux risques*, Lavoisier, éd. Technique Et Documentation, Paris, 2010.

DEL SOL M.,

- *L'entreprise face aux risques professionnels*, éd. Liaisons sociales, 2003.
- *Quels liens entre santé et travail dans notre système de protection sociale ?* (2004-2006), rapport final, MiRe, 2006, (synthétisé in *La lettre de la MIRE*, n° 11, oct. 2006, p. 10-12).

DELORS J., *La révolution du temps choisi*, Albin Michel, 1980.

DUBREUIL A., *Ma retraite, le cahier pratique pour préparer, calculer et compléter votre retraite*, éd. Prat, 2011.

DUPEYROUX J.-J., *Evolution et tendances des systèmes de sécurité sociale des pays membres des Communautés Européennes et de la Grande-Bretagne*, Rapport pour la CECA, Luxembourg,1966.

DURAND P., *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, rééd. 2005.

DURKHEIM E., *De la division du travail social*, Coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, PUF, 8ème éd., 1967.

EWALD F., *Histoire de l'État Providence*, Biblio Essai, Grasset, 1986.

FERRAND J. et PETIT H., *Fondations et naissances des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2003.

FIELDS G.S. et MITCHELL O.S., *Retirement Pensions and Social Security*, Cambridge, 1984.

FILOCHE G. et CHAVIGNE J.-J., *Une vraie retraite à 60 ans c'est possible*, éd. Gawsewitch, 2010.

FRIOT B.,

- *Et la cotisation sociale créera l'emploi*, La Dispute, 1999.
- *L'enjeu des retraites*, Travail et salariat, La Dispute, 2010.

GARELLO J. et LANE G., *Futur des retraites et retraites du futur*, VoL. 1, Le futur de la retraite par répartition, Institution de Recherches Economiques et Fiscales et Contribuables associés, Aix-en Provence, 2008.

GAULLIER X., *Le temps des retraites : Les mutations de la société salariale, La République des idées, La République des Idées*, éd. Le Seuil, 2003.

GIRARD C. et HENNETTE-VAUCHEZ S., *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus en voie de juridicisation,* Droit et justice, PUF, 2005.

GUILLAUME M. (dir.), *La sécurité sociale, son histoire à travers les textes*, Tome 1, 1780-1870, Comité d'histoire de la sécurité sociale, 2ème éd., 1994.

HATZFELD H., *Du paupérisme à la sécurité sociale, 1850-1940, Essai sur les origines de la sécurité sociale en France*, Espace social, Presses Universitaire de Nancy, 1989.

HENNION–MOREAU S. et KAUFMANN O. (dir.), *Les retraites professionnelles en Europe, Betriebliche Altersversorgung in Europa, Occupational pension schemes in Europe*, Bruylant, 2007.

HESSE Ph.-J. et J.-P., LE CROM, *La protection sociale en France sous le régime de Vichy*, Presse Université de Rennes, mai 2001.

JEAMMAUD A., *Le licenciement*, Dalloz, coll. Conn. du droit, 1993.

KAUFMANN O., HENNION S. (dir.), *Steuerung der betrieblichen Altersversorgung in Europa : garantierte Sicherheit ?Governance of Occupational Pensions in Europe : Guaranteed Security ?, Gouvernance des retraites professionnelles en Europe: Sécurité garantie?*, Springer-Verlag Heidelberg, 2011.

KAUFMANN O., KÖHLER P. A., *L'assurance pension en Allemagne*, Verband Deutscher Rentenversicherungträger, 1ère éd., Francfort, 1992.

KERSCHBAUMER J., *Das Recht der Gesetzlichen Rentenversicherung und die Deutsche Einheit, Verlag für Sozialwissen*, Wiesbaden, 2011.

KÖHLER P. A., ZACHER H. F., *Un siècle de sécurité sociale, 1881-1981. L'évolution en Allemagne, France, Grande-Bretagne, Autriche et Suisse*, en collab. avec HESSE Ph.-J., publié par le Centre de recherche en histoire économique et sociale de l'Université de Nantes et le Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht avec le concours de l'Association française d'histoire de la sécurité sociale, 1982.

KONINCK T. de et LAROCHELLE G. (coord.), *La dignité humaine. Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, coll. Débats philosophiques, PUF, Paris, 2005.

LAGARDE de G., *Le rapport Beveridge : technique et méthodes des assurances anglaises*, éd. Martin-Mamy, Crouan et Rocques, 1945.

LE CROM J.-P. (dir.), *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, éd. de l'atelier, Point d'appui, Paris, 1998.

LE GOFF J., *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, 2004.

LECLERC M.., *La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes*, T. II, 1870-1945, dir. par LAGRAVE M**.,** Comité d'histoire de la sécurité sociale, 1996.

LEROUGE L. (dir.), *Les risques psychosociaux en Europe : analyse jurisprudentielle, droit communautaire, Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède*, L'Harmattan, 2013.

LUCHAIRE F., *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987.

LYON-CAEN G., *Le droit du travail non-salarié*, Paris, Ed. Sirey, 1990.

LYON-CAEN G. et SUPIOT A. (dir.), *La transition d'une situation à une autre en droit du travail, Le travail en perspective*, coll. Droit et Société n°22, LGDJ, 1998.

MARTIN Ph. (dir.), avec les contributions de **BADEL M., LABORDE J.-P., LAFORE R., MARTIN Ph., KAUFMANN O., CARBY HALL J., FALISZEK K. et. WÓDZ K, RUBEL J.,** *Le risque vieillesse en Europe : Quels droits, quelles protections ?* Rapport final, Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Paris, 2005.

MASINGUE B., *Senior tuteur, comment faire mieux ?*, La Documentation française, mars 2009.

PAUGAM S., *Le lien social*, Que sais-je, 2013.

PÉDAMON M., *Le contrat en droit allemand*, Droit des affaires, LGDJ, 2ème éd., 2004.

PÉLISSIER J., *La réforme du licenciement*, éd. Sirey, Paris, 1974.

PERALDI LENEUF F., *L'interprétation des principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de non discrimination par la Cour de justice des Communautés européennes,* La Documentation française, 2001.

PIGENET M. (dir.), *Retraite, Une histoire des régimes spéciaux*, éd. ESF, 2008.

PORTALIS J.-E.-M., *Discours préliminaire au 1er projet de Code Civil*, coll. Les voix de la cité, éd. Confluences, 1999.

RADÉ C., *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise. Tous égaux, tous différents*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 2011.

RÉMOND A., *Les retraites en question*, La Documentation française, 2009.

SAVATIER R., *Du droit civil au droit public à travers les personnes*, LGDJ, 2ème éd., 1950.

SCHMÄHL W., *The 2001 pension reform in Germany. A paradigm shift and its effects*, ZeS-Arbeitspapier, 2002, 11.

SERVOISE R., *Le 1er plan Beveridge. Réalités d'aujourd'hui et de demain*, éd. Domat Montchestien, 1946.

SMITH A., *La richesse des nations*, Collection Le Monde, Flammarion, Paris, 2009.

SUPIOT A.,

- *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Paris, 1999.
- *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, éd. du Seuil, 2005.
- *Critique du droit du travail*, PUF, 2007.
- *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, éd. du Seuil, 2010.

TAMBURI G., CHASSARD Y., *Fonds de pension – Comment font les autres pays*, Economica, Paris, 2002.

TEYSSIÉ B.,

- *Le licenciement*, Economica, 1997.
- *(dir.) Les notions fondamentales du droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009.

TZITZIS S., *Droit et Valeur Humaine*, Buenos Book International, 1ère éd., Paris, 2010.

VAN LANGENDONCK J., *La flexibilité de l'âge de la retraite*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989.

VARINARD A. (prés.), *Adapter la justice pénale des mineurs, Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions*, La Documentation française, 2008.

VERKINDT P.-Y., GRAUJEMAN E.,

- *Réforme(s) des retraites et emploi des seniors, Le nouveau droit des retraites après les réformes de 2010 et 2012*, Ed. Liaisons, Wolters Kluwer France, 2e éd., 2012.
- *Réforme des retraites et emploi des seniors, Le nouveau droit de la retraite après la loi du 9 novembre 2010*, éd. Liaisons, Wolters Kluwer France, 2011.

WORMS F., *Droits de l'Homme et Philosophie*, F., éd. CNRS, 2009.

AUTRES OUVRAGES

I. ENCYCLOPÉDIES, DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1ère éd., 2003.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J-P., RIALS S. et SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 1ère éd., 2008.

ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

BORGETTO M., CHAGNOLLAUD D. et DRAGO G. (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentau*x, Dalloz, 2006.

CANTO-SPERBER M., *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, voL. 1, PUF, 2004.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 7ème éd., 2005.

BEVORT A., JOBERT A., LALLEMENT M., MIAS A., (dir.), *Dictionnaire du travail*, Quadrige, PUF, 2012.

KAUFMANN O., *Wörterbuch Arbeits-und Sozialrecht, Französisch-Deutsch, Deutsch-Französisch, Dictionnaire de droit du travail et de droit de la sécurité sociale, Français-Allemand, Allemand-Français*, Verlag C.H. Beck, München, 2004.

LA VILLEGUERIN Y. de, *Social 2013*, Les dictionnaires pratiques RF, Groupe Revue Fiduciaire, 32ème éd., 2013.

LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1ère éd., 2002.

LECOURT D. (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, PUF, 4ème éd., 2006.

RAYNAUD P., RIALS S., *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 3ème éd., 2008.

Dictionnaire *Le Petit Larousse illustré 2011*, Paris, 2010.

II. RÉPERTOIRES

AUBRÉE Y., *Répertoire du droit du Travail*, Dalloz, Contrat de travail (Existence-formation).

BUFFELAN-LANORE Y., *JCl Civil Code*, Article 414.

CARBONNIER I., *JCl Civil Code*, Articles 371-387.

CASTAIGNEDE J., *JCl Pénal Code*, Article 122-8.

CATHY S., *JCl Protection social Traité*, Fasc. 436-15, Régime général, retraite progressive.

CAUSSAIN J.J.,

- *JCl Sociétés Traité*, Fasc. 133-50, directoire.
- *JCl Sociétés Traité*, Fasc. 133-60.

CRISTAU A., *Répertoire du droit du Travail*, Dalloz, Contrat de travail à durée indéterminée.

DUTHEILLET-LAMONTHEZIE B., *JCl Civil Code*, Article 909.

DUBUISSON E., *JCl Entreprise*, Fasc n° 952-1, EIRL.

GOSSELIN-GORAND A., *JCl Com*. Fasc. 50, n° 16-17.

ISSA-SAYEGH J., *JCl Civil Code*, Articles 1235-1248.

LEROY Y., *Répertoire du droit du Travail*, Dalloz, Âge du salarié.

LICARI F.-X., *JCl Civil Code*, article 779.

MARIA I., *JCl Civil Code*, article 8.

MENY Y., DRESSAYRE P., *JCl Civil Code*, article 7,

PETIT B. et ROUXEL S., *JCl Civil Code*, articles 1111-1115.

PETTITI C., *JCl Travail Traité*, Fasc. 30-30, Licenciement pour motif personnel.

PRETOT X., *JCl Administratif*, Fasc. 1418, Bloc de constitutionnalité.

RICHEVAUX M., *JCl Travail Traité*, Fasc. 9-15 relatif aux jeunes.

SAUVAGE F., *Répertoire Droit civil*, Dalloz, Mandat de protection future.

SAVATIER J., *Répertoire du droit du Travail*, Dalloz, Liberté du travail.

SIMLER C., *JCl Civil Code*, articles 1123-1225-1.

TAURAN T., *JCl Protection sociale*,

- Fasc. n°435, Régime général, assurance vieillesse, réforme des retraites.
- Fasc. n° 436, Régime général, assurance vieillesse.

TOPOR. L., *Répertoire Droit Civil*., État capacité des personnes.

VALLANSSAN J., *JCl Com.* Fasc. 37, Compétence des tribunaux de commerce.

DOSSIERS PRATIQUES FRANCIS LEFEBVRE, *Réforme des retraites*, éd. Lefebvre, 2011.

ARTICLES ET CHRONIQUES

ALBERT C., GRAVE N. et OLIVEAU J.-B., « Surcote : les raisons d'un échec relatif », *Retraite et Société* 2008/2, p.33.

ALFANDARI E.,

- « Le volontariat civil », au service des associations, *RDSS* 2001, p.125 et s.
- « L'évolution de la notion de risque social, les rapports de l'économie et du social », *Revue Internationale de Droit Économique* 1997, n° 1.

ALT-MAES F., « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *RSC* 1994, p.35-52.

AMAUGER-LATTES M.-C. et DESBARATS I.,

- « Le contrat de génération : quels leviers pour l'alliance des âges ? », *RDT* 2013, p. 331 et s.
- « Emploi des seniors et rupture conventionnelle : des liaisons dangereuses… », *Sem. Soc. Lamy* 2008, n°1352.
- « À propos du CDD senior », *RDT* 2006, chron. n°168

AMIEL O., « Le solidarisme, une doctrine juridique et politique française de Léon Bourgeois à la Ve République, *Revue Parlement[s]* », 2009, n° 11, p. 149.

ANDRÉ C., « L'obligation salariale de sécurité est-elle une obligation de sécurité ? » *JCP S* 2008, étude, 1094.

ANTONMATTÉI P.-H., « GPEC : le renforcement de l'obligation triennale de négocier », *Dr. soc.* 2013, p.791 et s.

APROBERTS L., « Les points dans le régime de base allemand », *La lettre de l'Observatoire des retraites*, n°14, mars 2005.

ARCHER F., « La réforme du droit des mineurs délinquants », *Dr. pén.* 2011, étude 24.

ATKINSON A.B. et SUTHERLAND H., "Two nations in early retirement? The case of Britain", in *Age, work and social security,* ed. A.B. ATKINSON and M. REIN, St-Martin Press, 1993, New-York, p.140.

AUZERO G., « Commentaire des articles 12 à 17 (Titre II) de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés », *Lexbase Hebdo éd. sociale* du 31 mars 2013, n° 514.

BADEL M., « Souffrance au travail et risque professionnel. La difficile appropriation du mal-être du salarié par le droit de la sécurité sociale », *RDSS* 2006, p.918 et s.

BAILLON-WIRTZ N., « L'enfant simplement conçu », *Revue Lamy Droit civil* 2011, n° 87.

BARTHELEMY J.,

- « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr soc*. 2008, p.566 et s.
- « Source et nature des engagements d'un organisme assureur désigné par une convention collective pour gérer les garanties collectives de prévoyance dans la branche », *Dr. soc*. 2010, p.1203 et s.
- « L'impact de la réforme des retraites sur la protection sociale non légale », *Dr. soc.* 2011, p.319 et s.
- « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L.1 du code du travail et à la décision des sages du 13 juin 2013 », *Dr. soc.* 2013, p.673 et s..

BÉAL S., « Manquement à l'obligation d'adaptation et d'employabilité et indemnisation », *JCP S* 2008, 1283.

BENALLAH S., « La surcote : premiers éléments de bilan d'une mesure emblématique de la réforme des retraites de 2003 », *Retraite et Société* 2011/1, p.33.

BENAMARA-BOUAZIZ S., *Dr. ouv*. 1991, p.361

BELLOUBET-FRIER N., « Le principe d'égalité (1) », *AJDA* 1998, juillet-août, hors-série, p.154 et s.

BENOIT-ROHMER F., « Dignité humaine et brevetabilité des embryons », *RTDE* 2012, p.396.

BÉRAUD J.-M.,

- « La mise à la retraite : un droit qui se cherche », *Dr. soc*. 1992, p.812.
- « Protéger qui exactement ? Le tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », *Dr. soc*. 2013, p.197 et s.

BERTHOU K., « Différences de traitement : esquisse des « exigences professionnelles essentielles » après la loi du 28 mai 2008 », *Dr. soc*. 2009, p.410 et s.

BICHOT J.,

- « Fonder un autre système de sécurité sociale sur un nouveau principe de justice commutative », *Dr. soc.* 1982, p.658 et s.
- « Retraites : à quand la fin des annuités ? » *Futuribles* 1999, p. 5 et s.
- « La retraite entre passé et avenir », *Dr. soc.* 2010, p.424 et s.

BICHOT J., **EPARVIER N.**, « Les retraites à la lumière des compensations démographiques », *Dr. soc.* 1986, p.345 et s..

BIOY X., « Le concept de dignité », in *La dignité saisie par les juges en Europe*, actes de la Journée d'études du 23 mai 2008. Droit et justice, Bruylant, Bruxelles, 2010, p.13 et s.

BONFILS Ph.,

- « La loi LOPPSI 2 et le droit pénal des mineurs », *D.* 2011, chron., p.1162 et s.
- « L'autonomie du droit pénal des mineurs, entre consécration et affaiblissement », *AJ pén.* 2012, p.312 et s.

BONNECHERE M.,

- « Principe de non-discrimination dans l'emploi à raison de l'âge », *Dr. ouvr*. 2010, n°745, p.457 et s.
- « Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? », *Dr. ouvr*. 2012, n°764, p.182 et s.

BONNETÊTE M.-C., « De la notion de faute à la notion de cause. La notion de cause réelle et sérieuse dans la loi du 13 juillet », *D.* 1974. chron., p. 191 et s.

BONNETÊTE M.-C. et LYON-CAEN G., « La réforme des licenciements à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc*. 1973, p. 493.

BORGETTO M., « Protection sociale et sécurité matérielle (Droit à la) », in *Dictionnaire des droits fondamentau*x, dir. D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO, Dalloz, 2006, p.643 et s.

BOUDINEAU C., « La réforme des retraites », *LPA* du 22 décembre 1993, n°153, p.17 et s.

BOURGEOT S. et BLATMAN M., « De l'obligation de sécurité de résultat au droit à la santé des salariés », *Dr. soc.* 2006, p. 653 et s.

BOUSEZ F.,

- « La prestation », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, dir., TEYSSIÉ B., éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, p.149 et s.
- « Le retour des seniors dans l'emploi : le CDD senior », *JCP S* 2006, 1809.

BRIBOSIA E. et BOMBOIS T., « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations, Réflexions autour des arrêts Wolf, Petersen et Kücükdeveci de la CJUE », *RTDE* 2011, p.41 et s.

BRIDENNE I., METTE C., « Le cumul emploi-retraite : constats et enjeux », *RFAS*, 2012/4, n°4, p. 136 et s.

BROCAS A.-M., « Les régimes de retraite face au différentiel d'espérance de vie entre les hommes et les femmes », *Dr. soc*. 2011, p. 290 et s.

BROCAS A.-M. et DECISIER G., « La réforme des retraites d'août 2003 : un processus engagé pour 15 ans qui suppose d'importants changements dans le champ de l'emploi », *RDSS* 2004, p.507 et s.

BRUGUIERE J.-M., « La dignité schizophrène ? », *D.* 2005, chron., p.1169.

BRUSORIO M., « La loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique : la recherche sur l'embryon enfin autorisée », *Gaz. PaL. 2*004, doctr., 2362.

BRUSORIO-AILLAUD M., Chronique de droit patrimonial du divorce, *Lexbase Hebdo. éd. privée* du 3 novembre 2011, n°460.

BURGARD J.J., « L'âge des dirigeants », *Revue sociétés* 1971, p.137 et s.

CARON M. et VERKINDT P.-Y., « L'effort humain. Regard sur la pénibilité », *D.* 2011, chron., p.1576 et s.

CASAUX-LABRUNÉE L., « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », *Dr. soc.* 2007, p.58 et s.

CASTAIGNÈDE J., « La loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *D.* 2003, chron., p.779 et s.

CAUSSAT L. et LELIEVRE M.,

- *Construire des indicateurs de pensions : une entreprise qui révèle les particularités nationales des systèmes de retraite*, *DREES*, avril-juin 2004, Dossiers Solidarité et Santé, n° 2.
- *Les indicateurs européens de cohésion sociale*, *DRESS*, études et résultats, janvier 2007, n°549.

CERMOLACCE A., « Les contrats du mineur », *Dr. fam.* Juin 2006, étude 27.

CESARO J.-F., « La subordination », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. TEYSSIÉ B., éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, p.129 et s.

CHABAUT C., « Le financement des études par les parents », *Dr. fam.* 1999, chron., 12.

CHADELAT J.-F., « Le Fonds de solidarité vieillesse », *Dr. soc.* 1994, p.727 et s.

CHAGNY Y., « Une négociation pour les restructurations : la G.P.E.C. », *Dr. soc*. 2008, p.72 et s.

CHARIOT P., « Âge osseux : données médicales récentes, réponses à finalité juridique », *AJ Pénal* 2008, p.128 et s.

CHARPENTIER F., « Fonds de pension : l'état du dossier », *Dr. soc.* 1996, p.170 et s.

CHASSARD Y., « L'émergence du concept de l'employabilité », *Dr. soc*. 1998, p.903 et s.

CHAUCHARD J.-P.,

- « De la définition du risque social », *Revue Travail et Protection sociale*, juin 2000, n°10.
- « Les avatars du travail indépendant », *Dr. soc*. 2009, p.1065 et s.
- «Sur un malentendu tenace : « la retraite à 60 ans » », *Dr. soc*. 2011, p. 244 et s.
- « Les nécessaires mutations de l'État Providence : du risque social à l'émergence d'un droit besoin », *Dr. soc*. 2012, p.135 et s.
- « L'évitement du salaire », *Dr. soc*. 2011, p. 36 et s.
- « Les métamorphoses du risque social. Éléments de réflexion », Comptrasec-WorkingPapers, 2013/2, mars 2013.

CHAUMETTE P., « Commentaire de la loi du 31 décembre 1991 relative aux obligations de l'employeur et du salarié en matière de sécurité au travail », *Dr. soc.* 1992, p.337 et s.

CHAUVIN P. et CRETON C., Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, *D.* 2008, p.638 et s.

CHAUVY Y., « La portée constitutionnelle de la sécurité sociale », *Dr. ouv*. sept. 1995, p. 425 et s.

CHAVENT-LECLÈRE A.-S., « Adaptation du Code pénal français aux engagements européens », *AJ pénal* 2013, p.510 et s.

CHEMLA E., « Retraites : majorations de durée d'assurance et égalité », *Dr. soc*. 2010, p.190 et s.

CHENILLET P., « Assurance vieillesse, Communauté européenne et libre concurrence », *RDSS* 1993, p.554 et s.

CHENILLET P., KESSLER F., « Retraites : entre la réforme de structure et replâtrage », *RDSS* 1994, p.167 et s.

COEURET A., « La responsabilité du salarié en matière de sécurité et prévention des risques professionnels », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2002, 2ème partie, Études et documents.

CONTE P. et MONTANIER J.-Cl., « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *JCP N* 1986, I, p.401 et s.

CORNU G., « L'âge en droit civil », in *Mélanges en l'honneur de ROUBIER (P.)*, Tome II, Droit privé, Dalloz Sirey, Paris, 1961, p.9 et s.

CORPART I., « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N* 2003, 1523.

CÔTE N., « Le portage salarial : entre innovation et dérives », *JCP E* 2002, 1599.

COURSIER Ph., « La sortie individuelle du régime de protection sociale complémentaires», *in La protection sociale complémentaire en questions, op.cit*.,

COURSIER Ph. et PICHON J.-G., « À propos des indemnités de fin de carrière », *Sem. Soc. Lamy* 10 décembre 2007, p.5.

COUTURIER G., « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », *Dr. soc* 2011, p.10 et s.

CRIJNS L., « Les pensions de vieillesse et les problèmes y afférents dans les 10 États membres de la Communauté Européenne », *Dr. soc.* 1984, p. 573 et s.

CUZACQ N., « Les dispositions relatives au Perco », *JCP E* 2011, 1164.

DARDALHON L., « La liberté du travail devant le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2005, p.756 et s.

DAUXERRE L., « Le contrat de génération », *JCP S* 2013, 1119.

DEL SOL M.,

- « Les faux semblants des retraites d'entreprise », *RDSS* 1/2008, p. 43 et s.
- « Risques et limites du développement des retraites professionnelles en Europe », in *Vers un modèle social européen* ?, dir. MARTENS S. et REVAUGER J.-P., coll. Perspectives européennes, P.U.B., p. 161 et s.
- « Dispositions portant sur l'épargne retraite et les retraites supplémentaires d'entreprise (art. 107 à 117 de la loi) », *Lexbase Hebdo éd. sociale*, 2 décembre 2010, n° 419.
- « Les dispositions relatives aux régimes de retraite supplémentaire à cotisations définies et à prestations définies », *JCP E* 2011, 1163.
- « Le décret sur la retraite anticipée pour "carrière longue" : une vraie réforme... mais pas celle du retour à la retraite à 60 ans », *Lexbase Hebdo éd. sociale*, 26 juillet 2012, n° 495.
- « Commentaire de l'article 1er de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 », *Lexbase Hebdo éd. sociale*, 4 juilllet 2013, n° 534.
- **«** Les systèmes de retraite au révélateur de la crise financière », Steuerung der betrieblichen Altersversorgung in Europa : garantierte Sicherheit ? Governance of Occupational Pensions in Europe : Guaranteed Security ?, Gouvernance des retraites professionnelles en Europe: Sécurité garantie?, dir. KAUFMANN O. et HENNION S., Springer-Verlag Heidelberg, 2011, p.277 et s.
- « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique du temps choisi ? », *Dr. soc*. 2001, p. 728 et s.

DELUMEAU M., « Généralisation de la couverture santé et portablité prévoyance : les apports de la loi relative à la sécurisation de l'emploi », in Chronique de protection sociale d'entreprise, Première partie, *Sem. soc. Lamy* du 14 octobre 2013, n°1601.

DESPAX M., « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982, p.11 et s.

DIEU F., « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *JCP Administration et collectivités territoriales,* 2010, 2355.

DOCKÈS E.,

- « La détermination de l'objet des obligations du contrat de travail », *Dr. soc*.1997, p. 140 et s.
- « Notion de contrat de travail », *Dr. soc*. 2011, p.546 et s.

DONDERO B. et CANNU P., « Après le sexe des administrateurs, leur âge… », *Revue de Jurisprudence commerciale*, mai-juin 2012, n° 3, p.8 et s.

DREYER E., « La dignité des personnes âgées » in *Droit et vieillissement de la personne*, acte du colloque de Besançon en octobre 2007, coll. Droit et Débats, Litec, p.32 et s.

DREYFUS M., « Autour des régimes spéciaux : retour sur l'évolution de la protection sociale en France », in *Retraites : une histoire des régimes spéciaux,* ESF éd., 2008, p.27 et s.

DUBOUIS L., « Le droit de l'Union européenne et l'éthique biomédicale », *RAE* 2003, n° 2, p.203 et s.

DUBOUT E., « La dignité dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *La dignité saisie par les juges en Europe,* actes de la Journée d'études du 23 mai 2008. Droit et justice, Bruylant, Bruxelles, 2010, p.79 et s.

DUMAS P., « L'accès des mineurs non accompagnés à la protection dans les États membres de l'Union européenne », *RDTE* 2013, p.35 et s.

DUMERY A., « La sanction des actes passés par le mineur non émancipé bilan et perspectives », *Gaz. PaL. 2*009, n° 8.

DUPEYROUX J.-J.,

- « Les organismes de sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Dr. soc.* 1993, p.494-495.
- « Sur les régimes de retraite complémentaires, bref rappel de quelques données de base », *Dr. soc*. 2000, p.409 et s.
- « L'âge en droit social », *Dr. soc*. 2003, p.1041 et s.
- « Le roi est nu », *Dr. soc*. 2007, p. 81 et s.

DUPRAY A. et RECOTILLET I., « Mobilités professionnelles et cycle de vie », *Economie et Statistique,* 2009, n° 423, p.36 et s.

DUTHEILLET DE LAMOTTE O., « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cahier constitutionnel*, n°29, octobre 2010.

ESCHYLLE J.-F., « La capacité commerciale du mineur émancipé », *RTD com.* 2013, p.203 et s.

EUZÉBY A., « Protection sociale et économie nationale », *Dr. soc.* 1984, p.199 et s.

FABRE-MAGNAN M., « Le sadisme n'est pas un droit de l'Homme », *D.* 2005, chron. p.2973 et s.

FADEUILHE P., « Regard critique sur l'entreprise de temps travail partagé », *Sem. Soc. Lamy* 21 novembre 2005, n°1237.

FANTONI-QUINTON S., QUANDALLE-BERNARD J., « Pénibilité, un concept à géométrie très variable », *RDSS* 2012, p.163 et s.

FANTONI-QUITON S. et VERKINDT P.-Y., « Obligation de résultat en matière de santé au travail, À l'impossible, l'employeur n'est tenu ? », *Dr. soc.* 2013, p.229 et s.

FAVENNEC-HÉRY F.,

- « L'accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors : un premier pas », *JCP S* 2005, étude 1129.
- « La GPEC : l'environnement juridique », *Dr. soc*. 2007, p.1068 et s.
- « L'obligation de sécurité du salarié », *Dr .soc.* 2007, p.687 et s.
- « Regards sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail : les apports de la loi du 13 juillet 1973 », in LE CROM J.-P., *Deux siècles de droit du travail. L'histoire par les lois*, éd. De l'atelier, 1998, p. 251 et s.
- « La rupture conventionnelle du contrat de travail, mesure phare de l'accord », *Dr. soc.* 2008, p.311 et s.

FAVIER Y., « La nécessaire protection des revenus du travail de l'enfant », *AJ famille* 2006, p.147 et s.

FERNANDEZ R., LECCIA C. et VELLUTINI M., « De la dignité dans l'histoire des idées politiques », in *La Dignité*, dir. PONTIER J.-M., PUAM, 2003, p.15 et s.

FIESCHI B., « Le suivi des fiches de prévention », *JCP S* 2013, 1041.

FIGEROU C., « La nouvelle précarité en droit du travail », *Lexbase hebdo éd. sociale* du 28 juin 2006, n°218.

FOUCAULD J.-B. de, « Introduction à la réflexion », in *Retraites: équité et solidarité entre les générations*, Colloque du COR, du 23 novembre 2006, La Documentation française, Paris, 2007, p.10 et s.

FRICOTTÉ L., « Cumul emploi-retraite », *JCP S* 2005, 1370.

GAMILLSCHEG F., « La liberté du travail en droit allemand », in Liberté du travail, Université de Liège, Actes de colloques de 1967, 1969, p. 39 et s.

GAURIAU B.,

- « Commentaire de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises », *JCP S* 2005, étude 1121.
- « L'exclusivité de la rupture conventionnelle », Dr. soc. 2008, p. 1065 et s.

GAY L., « La notion de « droit-créance » à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cahier du Conseil constitutionnel* n°16, juin 2004.

GÉNIAUT B., « Le contrat de travail et la réalité », *RDT* 2013, p.90 et s.

GINON A.-S., GUIOMARD F., « Le suicide peut-il constituer un risque professionnel », *Dr. ouv.* juillet 2008, p.367 et s.

GINON A.-S. JEAN-MARIE N., WISMER F., « Protection sociale complémentaire : quelle généralisation ? », *RDT* 2013, p.303 et s.

GOMEZ-MUSTEL M.-J., « Les enjeux de l'obligation d'adaptation », *Dr. soc.* 2004, p.504 et s.

GOURDON V., « Vieillesse, vieillesses : un regard historique », in *Le vieillissement en Europe, Aspects biologiques, économiques et sociaux,* dir. BARNAY T. et SERMET C., Coll. Études, La Documentation française, 2007, p.23 et s.

GRAU E. R., « Notes sur les concepts juridiques », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, 1994/3, p.769 et s.

GRESLE, « Les travailleurs indépendants et la protection sociale », *Dr. soc*. 1983, p.259 et s.

GRIMALDI M.,

- « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », *Defrénois*, 1991, p. 385 et s.
- « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », in *L'enfant, la famille et l'argent*, acte du colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliqués au droit privé de l'Université de Lille II, LGDJ, 1991, p.102 et s.

GROUDEL H., « Critère du contrat de travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Études offertes à CAMERLYNCK G.H., Dalloz, 1978, p.49 et s.

GUERY C., « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », *D.* 2001, chron. p.3293 et s.

HARFF Y., « Droit au repos et droit au travail, retraite de crise et marginalisation des travailleurs âgés », *RFAS* 1982, p.19 et s.

HAQUET A., « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE* 2001, p.305 et s.

HAUSER J.,

- « Incapacité juridique et emploi », *Dr. soc.*1991, p.553 et s.
- « La famille de l'article 1384 alinéa 4 : une compagnie d'assurance ? », *RTD civ. 1997*, p.648 et s.

HÉAS F.,

- « Retour sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *JCP S* 2008, 1300.
- « Observations sur le concept de dignité appliqué aux relations de travail », *Dr. ouv*. 2010, n°746, p. 460 et s.
- « La définition juridique de la pénibilité au travail », *Travail et Emploi*, n°104, octobre-décembre 2005, p.25 et s.
- « Pénibilité et droit du travail », *JCP S* 2009, 1038.

HENNION S.,

- « La force normative du droit social européen », *JCP S* 2009, 1091.
- « Violences, vulnérabilités et responsabilités des travailleurs sociaux », *RDSS* 2012, p.1109 et s.

- « Questions sociales », in *Annuaire de droit de l'Union européenne 2011*, éd. Panthéon-Assas, 2013.
- « À propos de l'affaire Hogan », Chronique de protection sociale d'entreprise, Seconde partie, *Sem. Soc. Lamy* 21 octobre 2013, n° 1602.

HENNION-MOREAU S.,

- « Les incapacités de défiance à l'égard du personnel des établissements sociaux », RDSS 1992, p.342 et s.
- « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Dr. soc.* 2001, p.957 et s.
- « Le droit européen et la sécurité économique de l'enfant », *in Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, dir. GADBIN D. et KERNALEGUEN F., Bruylant, 2004, p. 243 et s..
- « L'impact du droit communautaire sur les retraites professionnelles d'entreprise », *in Les retraites professionnelles en Europe, Betriebliche Altersversorgung in Europa, Occupational pension schemes in Europe*, dir. HENNION–MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant, 2007, p. 19 et s.

HESSE J.-P., « Autour de l'histoire de la notion de risque », *Les nouveaux risques sociaux, Annuaire de l'Institut européen de sécurité sociale*, 1996, p. 5 et s.

HEUSCHLING L., « La dignité de l'être humain dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in *La dignité saisie par les juges en Europe*, dir. BURGORGUE-LARSEN L., *Droit et justice* n°95, 2010, Bruylant, p.115 et s.

HILT P., « Les enfants artistes de moins de seize ans : un emploi sous haute surveillance », *AJ famille 2006*, p.136 et s.

HOQUET J.-Y., « Le Comité de la Protection sociale (CPS) : une instance communautaire pour quoi faire ? », *Dr. soc*. 2005, p.91 et s.

HORDERN F., « 1848 - L'exercice du droit au travail », in *Les sans emploi et la loi : hier et aujourd'hui*, Acte du colloque de Nantes, juin 1987, Ed. Quimper, 1988, p.31 et s.

HUET J., « Détournement (bancaire) de mineur », *D.*1987, chron. 215.

HUYETTE M., « Dépression, accident du travail et faute inexcusable », *D.* 2004, chron. 906.

INGALENS J., « La GPEC, intérêts et limites pour la gestion du personnel », *Dr. soc*. 2007, p.1074 et s.

JACQUET G., « Le cumul emploi-retraite : une réglementation obsolète », *LPA* 2006, n°3, p.10 et s.

JEAMMAUD A.,

- « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1340, suppl., p. 15 et s.
- « Les principes dans le droit du travail français », *Dr. Soc.*1982, p.621 et s.

JOLIVET A., « La politique européenne en faveur du vieillissement actif », *Retraite et Société*, juin 2002, n°36, p.140 et s.

JULIENNE F.,

- « Le mineur acteur de la vie économique ? (à propos de la loi du 15 juin 2010) », *Dr. fam*. 2010, étude 31.

- « La banque, les parents et le mineur », *Revue de la recherche juridique, Droit* prospectif, décembre 2012, n° 3, p.1421 et s.

KAUFMANN O.,

- « Le droit social comparé », *Electronic Journal of comparative* law, mars 2004, vol 8.1, disponible : <http://www.ejcl.org/81/art81-1.html>.
- «L'assurance invalidité : de ses débuts en Allemagne et en France jusqu'aux relations internationales», Actes du 114e congrès national des sociétés savantes, Colloque sur l'histoire de la sécurité sociale, Chambéry, 1991, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, Paris, 1992, p.124 et s.
- « La structure du système allemand de protection sociale », *Folio* juin 2013, n°13, p.10-13.
- « La place des retraites professionnelles d'entreprise dans la protection de la vieillesse », *in Les retraites professionnelles en Europe, Betriebliche Altersversorgung in Europa, Occupational pension schemes in Europe*, dir. HENNION - MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant, 2007, p.5 et s.
- « Les retraites professionnelles professionnelle d'entreprise dans la crise », in Steuerung der betrieblichen Altersversorgung in Europa : garantierte Sicherheit ? Governance of Occupational Pensions in Europe : Guaranteed Security ?, Gouvernance des retraites professionnelles en Europe: Sécurité garantie?, dir. KAUFMANN O. et HENNION S., Springer-Verlag Heidelberg, 2011, p.11 et s.
- « Réforme des retraites complémentaires : l'interdépendance des retraites de base et des retraites complémentaires », in Chronique Protection sociale d'entreprise, *JCP E* 2007, 2530.
- « La réforme des retraites en Allemagne », *Sem. soc. Lamy*, du 21 mai 2001, n°1029.

KENGNE G., « La banque et le mineur », *LPA*, 5 février 1997, n° 16.

KERSCHEN N.,

- « L'influence du rapport Beveridge sur le plan de sécurité sociale de 1945 », *Revue française de Science politique*, 1995, Vol. 45, n° 4, p.577 et s.
- « La réforme française des retraites de 2010 : un exemple d'européanisation des politiques sociales », *Droit et Société* 2011/1, n° 77, p.87 et s.

KESSLER D., « L'avenir de la protection sociale », *Commentaires*, n°87, automne 1999, p.619 et s.

KESSLER F.,

- « La réforme des retraites en Allemagne », *Liaisons sociales Europe*, n° 34/2001, p.5.
- « La réforme des retraites et l'allongement de la durée d'activité », *JCP S* 2010, 49.
- « Qu'est-ce qu'un risque social ? », *Encyclopédie de la protection sociale, Quelle refondation ?*, CHARPENTIER F. (dir.) Paris, Economica, 2000, p. 245 et s.

KÖHLER P. A., « Die Reform der gesetzlichen Rentenversicherung in Schweden », *Die Angestellten Versicherung*, Februar 1999, Jahrgang 46, Heft 2, p. 86 et s.

LACOUR C., « L'extension de l'incapacité spéciale de recevoir de l'article 909 du Code civil : droit positif et droit prospectif », *Dr. fam.* 2010, étude 35.

LAFORE R., « Les nouveaux modes de régulation juridique. L'exemple des politiques d'insertion », in *L'État à l'épreuve du social*, dir. AUVERGNON P., MARTIN P., ROZENBLATT P. et TALLARD M., Syllepse, 1998, p.40 et s.

LAGESSE P., BOUFFIER N., « Les frontières de la rupture conventionnelles », *Dr. soc*. 2012, p. 14.

LAIGRE Ph., « Les organismes de sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Dr. soc.* 1993, p.488 et s.

LAMY B. de, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* 2004, chron. p.1910 et s.

LANGLOIS Ph.,

- « Que faire de l'interdiction de la discrimination en raison de l'âge ? », *Dr. soc*. 2006, p.155 et s.

LANQUETIN M.-T.,

- « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Dr. soc.* 2008, p.778 et s.
- « Les retraites des femmes : quelle égalité ? », *Dr. soc*. 2011, p. 278 et s.

LAROQUE P., « De l'assurance à la sécurité sociale : l'expérience française », *Revue Internationale du Travail*, 1948, 57, p.628 et s.

LAUTRETTE L., « Protection sociale complémentaire : la CJUE : un juge libéral ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Janv. 2011, dossier n°6.

LAZERGES C., « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel », *RSC* 2011, p.728 et s.

LE BARBIER-LE BRIS M., « Différences de traitement en raison de l'âge : vous avez dit « discriminations » ? », *RJS* 6/09, chron. p.443 et s.

LECHEVALIER A., « La réforme des retraites publiques en Allemagne », *Revue de l'Observatoire Français des Conjonctures Économiques*, n°68, 1999, p.83 et s.

LE GOFF J., « Employabilité et handicap », *RDSS* 2011, p.796 et s.

LE MEUR J.-R., « Rupture conventionnelle : un succès menacé », *Les cahiers du DRH*, 2013, n°196.

LEGRAND H.-J., « Sur un nouvel objet juridique indéfini, la GPEC », *Dr. soc*. 2006, p.330 et s.

LEGROS J., « L'âge minimal du mineur entrepreneur : 16 ans », *Droit des sociétés* 2012, repère 11.

LEMOULAND J.-J., « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ.* 1997, p.1 et s.

LEROUGE L., « Le renouvellement de la définition de l'accident de travail », *RDSS* 2007, p.696 et s.

LETURMY L., « Droit pénal des mineurs : nouvelle confusion dans les sanctions éducatives », *Dr. pén.* 2007, étude 10.

LETZNER P. et SCHMITT V., « La mise en œuvre de la méthode ouverte de coordination dans le secteur de l'assurance vieillesse en Allemagne : un processus d'harmonisation », *Retraite et Société* 2007/1, n° 50, p.234 et s.

LHERNOULD J.-Ph.,

- « Nouvelles directives libérales de la CJCE en matière de retraite complémentaire », *Dr. soc*. 2000, p.1114 et s.
- « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale, Aménagement du temps de travail dans les services de garde hospitaliers », *RJS* 12/2003, chron. p. 942-945.
- « L'égalité entre les sexes dans les régimes privés de pension », *Dr. soc.* 2004, p.1000 et s.
- « La coordination des régimes nationaux de sécurité sociale hors des règlements n°1408/71 et n°883/2004 : constat de faiblesse ou tremplin pour de nouvelles ambitions ? » *JCP S* 2009, 41.
- « Discrimination en raison de l'âge : la Cour de justice dans le rôle du funambule », *RJS* 4/2010, chron. p.257.
- « Le monopole des régimes de protection sociale à l'épreuve de la jurisprudence récente de la CJUE », *Dr. soc*. 2011, p.1265-1267.
- « Clauses guillotines : la Cour de justice peaufine l'édit de tolérance », *RJS* 11/2011, chron. p.755 -761.
- « L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Des limites aux réformes visant à abaisser l'âge de mise à la retraite », *RJS* 2013, chron. p.164-165.
- « Discrimination en raison de l'âge résultant d'une norme étatique », *RJS* 1/2011, chron., p.3-6.

LINDEN A., « Garantie des droits fondamentaux du salarié : éléments de jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. ouv*. 2011, p.73 et s.

LOISEAU G., « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. soc.* 2010, p.297 et s.

LOKIEC P., « L'adaptation du travail à l'homme », *Dr. soc.* 2009, p.755 et s.

LOSCHAK D., « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Dr. soc.* 1982, p.22 et s.

LOURDELLE H., « Le développement des régimes de pension complémentaires européen : frein à la mobilité des travailleurs ou risque pour le développement des régimes de pension de sécurité sociale », *RDSS* 1/2008, p.29 et s.

LYON-CAEN A.,

- « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc*. 1990, p.68 et s.
- « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Dr. soc*. 2003, n° spéc. « L'âge en droit social », p.1047 et s.

LYON-CAEN G.,

- « Une vieillesse sans droit », *D*. 1991, chron. 21.

- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D*. 1989, p. 289 et s.
- « Le droit au travail », in *Les sans emploi et la loi : hier et aujourd'hui*, Acte du colloque de Nantes, juin 1987, Ed. Quimper, 1988, p. 203 et s.
- « La transition d'une situation à une autre en droit du travail », in *Le travail en perspective*, dir. A. SUPIOT, coll. Droit et Société n°22, LGDJ, 1998, p. 635 et s.

MAGGI-GERMAIN N.,

- « La capacité du salarié », *Dr. soc*. 2009, p.1236 et s.
- « À propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue », *Dr. soc*. 1999, p.692 et s.
- « La formation professionnelle continue entre individualisation et personnalisation des droits des salariés », *Dr. soc*. 2004, p.482 et s.
- « Le compte personnel de formation », *Dr. soc.* 2013, p.687 et s.

MAGNOL J., « L'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante », *RSC* 1946, p.7 et s.

MAILLARD J., « Scolie sur le rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982, p. 20 et s.

MARTIN D., « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *Aff. Hütter, RJS* 1/2009, chron., p.678.

MARTIN Ph.,

- « Épargne salariale et retraite : les avatars de la protection sociale d'entreprise en Europe », *Dr. soc*. 2003, p.202 et s.
- « Portabilité des retraites et mobilité salariale », in *Les retraites professionnelles en Europe, Betriebliche Altersversorgung in Europa, Occupational pension schemes in Europe*, dir. HENNION - MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant, 2007, p. 133 s.

MARTINON A.,

- « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *Dr. soc*. 2011, p.613 s.
- « Le salaire », *Les notions fondamentales du droit du travail*, (dir.) TEYSSIÉ B., éd. Panthéon Assas, LGDJ, Paris, 2009, p.161 et s.

MASSIAS F., « Bilan de la jurisprudence récente relative à la protection offerte par l'article 3 Conv. EDH en matière de privation de liberté », *RSC* 2003, p.144 et s.

MASSON A.,

- « Les transferts entre les générations : transferts publics et privés entre les générations », *Futuribles* mars 2013, p.20 et s.
- A. MASSON, « L'équité intergénérationnelle : un concept opérationnel ? », in *Retraites: équité et solidarité entre les générations*, Colloque du COR, du 23 novembre 2006, La Documentation française, Paris, 2007, p. 22 et s.

MATHIEU B.,

- « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, chron. 211.

- « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *D.* 2005, chron. p.1649 et s.

MATHIEU I., « Gérer le cumul emploi-retraite : les nouvelles règles », *JCP S* 2009, 1249.

MÉNETEAU G., « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD civ*. 1990, p.611 et s.

MENGER P.-M., COSTA P., HANET D., MARCHIKA C., « Travailler par mission : qui et comment ? Le cas du portage », *Dr soc*. 2007, p.46 et s.

MERCEREAU F., « La retraite à 60 ans », *Dr. soc.* 1982, p.452 et s.

MEYER F., « La discrimination en fonction de l'âge en droit communautaire : aperçu de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », *Dr. ouv*. mai 2011, p. 352 et s.

MEYER F. et GUILLON F., « La reconnaissance des pathologies psychiques », *Sem. Soc. Lamy* du 16 mai 2011, n°1492, p.4 et s.

MEYER F. et KESSLER F., « Les mesures d'hygiène et de sécurité à l'épreuve du droit communautaire : à propos de la transposition de la directive CEE 89/391 », *Dr. ouvrier* 1992, p. 161 et s.

MICHÉA F., « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge. Retour sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », *Dr. soc.* 2010, p.1060.

MINÉ M.,

- « La discrimination dans l'emploi, les apports de la nouvelle loi à la lumière du droit communautaire », *Sem. soc. Lamy* du 17 décembre 2001, n°1055, suppl., p.13-21.
- « Discriminations : une transposition laborieuse », *RDT* 2008, p.532 et s.
- « Discriminations : une transposition laborieuse…(suite) », *RDT* 2008, p.741 et s.

MOIZARD N., « Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise », *Dr. soc*. 2008, p.693 et s.

MOLFESSIS N., « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *la Dignité de la personne humaine*, dir. M.-L. PAVIA et T. REVET, Economica, Paris, 1999, p.127 et s.

MOREAU M.-A., « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.* 2002, p.1112 et s.

MOREAU S., « L'activité désintéressée : fiction ou réalité en droit social ? », *RDSS* 1981, p. 508 et s.

MOREAU Y., « La réforme des retraites du 21 août 2003 : une étape importante dans un processus de long terme », *Dr. soc.* 2003, p.909 et s.

MORVAN P.,

- « Le contrat de 1ère embauche », *JCP S* 2006, n° 15, 1289.
- « Le discours « anti-CPE » : démagogique, déprimé ou suicidaire ? », *JCP S*, act. 125.
- « Seniors et retraités à l'orée de 2009 », *Dr. soc.* 2009, p. 275 et s.
- « LFSS pour 2008 : haro sur les préretraites, mises à la retraite et retraites anticipées », *JCP S* 2008, 1051.
- « Un droit « pénal » de la gestion des carrières », *Dr. soc*. 2011, p. 274 et s.
- « « Securitas omnia corrumpit » ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs », *Dr. soc*. 2007, p. 647 et s.

- « L'épargne retraite dans tous ses états », *Dr. soc*. 2006, p.179 et s.

MULLER F.,

- « Quelle sécurité pour l'épargne retraite professionnelle? L'exemple des régimes de retraite à prestations définies », *RDSS* 1/2008, p.15 et s.
- « Le régime professionnel dans la directive 2003/41 », in *Les retraites professionnelles en Europe, Betriebliche Altersversorgung in Europa, Occupational pension schemes in Europe*, dir. HENNION - MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant, 2007, p.105 et s.
- « Quelle prise en compte de la pénibilité au travail après la loi sur les retraites ? », *Sem. Soc. Lamy du 6 décembre 2010*, n° 1470, p. 5 et s.

NEIRINCK C., « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in *Ethique, droit et dignité de la personne*, mélanges BOLZE, Economica, 1999, p. 39 et s.

NELLY J.-M., WISMER F., « Clause de désignation : un débat de société », *RDT* 2013, p.306 et s.

NETTER F.,

- « Les retraites en France avant le XX^e^ Siècle », *Dr. soc.*1963, p.358 et s.
- « Les retraites en France au cours de la période 1895-1945 », *Dr. soc*. 1965, p. 448 s.
- « Les problèmes posés par les régimes complémentaires de retraites », *Revue économique* 1967, Vol. 18, n°2, p. 292 et s.

NIESS A., « Léon Bourgeois, juriste et ange de la paix », *Revue Parlement[s]*, 2009, n°11, p.135 et s.

PEANO M.-A., « L'intuitu personae dans le contrat de travail », *Dr. Soc*. 1995, p.129 et s.

PÉLICIER-LOEVENBRUCK S., DOUGADOS S. et FRÈREJACQUES G., « Sécurisation de l'emploi et formation professionnelle », *JCP S* 2013, 1289.

PELISSIER J.,

- « La liberté du travail », *Dr. soc*. 1990, p. 19 et s.
- « Âge et perte d'emploi », *Dr. soc.* 2003, p. 1061 et s.
- « Le contrat de première embauche a vécu », *RDT* 2006, p. 20 et s.

PELISSIER J. et LARDY-PELISSIER B., « À propos du CDD senior », *RDT* sept. 2006, p.168 et s.

PÉLISSIER J. et MORVAN P., « Fallait-il inventer le CNE (et le CPE) ? », *RDT* 2006, p.144 et s.

PELLET R., « L'Europe et « la privatisation des États providence » », *Dr. soc*. 2011, p. 203 et s.

PELLOUX R., « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit français », *Revue de Droit Public* 1982, p. 914 et s.

PERELMUTTER C., « Éduquer sans frapper », *Gaz. Pal*., 13 mai 2010, n°133, p.10 et s.

PETIT F.,

- « La constitutionnalisation du droit du travail », *JCP S* 2010, 1352.

- « La pénibilité au travail, un nouveau risque professionnel ? », *Dr. soc.* 2011, p.262 s.
- « Le bénéfice de l'âge. Quand l'âge devient source de bonification, non plus de discrimination », *Dr. soc*. 2012, p. 252 et s.
- « Les nouveaux contours de l'obligation de sécurité à la lumière des outils de prévention de la pénibilité », *Dr. soc*. 2013, p.42 et s.

PEZARD A., « La retraite par capitalisation », *LPA* du 9-10-11 février 2000, n°28, n°29 et n°30.

PHILIPPE C., « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, chron. p.29.

PIGENET M., « Exigences de loyauté et contraintes professionnelles : aux origines des régimes spéciaux de retraite », in *Retraites : une histoire des régimes spéciaux*, ESF éd., 2008, p.11 et s.

PIWNICA D., « Les méthodes d'évaluation de la prestation compensatoire », *JCP G* 2011, 31.

POUYANNE J., « Le nouveau droit pénal intéressant les mineurs ou la difficulté d'être entre la protection et la répression », *Dr. pén*. 2003, chron. n°14.

POUEY O., « Groupements d'employeurs : les difficultés des relations triangulaires », *JCP* S 2007, 1807.

PRÉTOT X.,

- « L'âge légal de la retraite relève-t-il de la loi ? », *Dr. soc*. 2011, p.250 et s.
- « Assurance vieillesse : les conditions d'ouverture des droits à pension au titre des carrières longues », *Dr. Soc.* 2011, p. 269 et s.
- « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. soc*. 1991, p. 187 et s.

PRIEUR J., « L'EIRL: la nouvelle donne pour l'entrepreneur », *Droit et Patrimoine* 2011, p. 202 et s.

PROST A., « Le cas de la France » in *Un siècle de protection sociale en Europe, Comité d'histoire de la sécurité sociale*, 2001, Paris, p.27 et s.

PUTMAN E., « Brevetabilité du génome et des éléments du corps humain : la directive 98/44/CE n'est pas contraire à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne », *RJPF* 2002, n°3, p. 9 et s.

QUEISSER M., « La réforme des pensions de retraite et les organisations internationales : de la critique à la convergence », *Revue internationale de sécurité sociale* 1/2000, n°53, p.43 s.

RADÉ C.,

- « Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt Bertrand, deuxième Chambre civile, 19 février 1997) », *D.* 1997, chron. p.279 s.
- « Le régime de la mise à la retraite n'est contraire ni au droit pour chacun d'obtenir un emploi, ni au principe d'égalité », *Revue de droit constitutionnel appliqué*, avril-juin 2011, n°2/2011, p.238 et s.
- « Des critères du contrat de travail », *Dr. soc*. 2013, p.202 et s.

RAUX D., « Les régimes ARRCO et AGIRC sont désormais soumis à la coordination européenne », *Sem. soc. Lamy* 2000, n° 979.

RAY J.-E.,

- « De la sub/ordination à la sub/organisation », *Dr. soc.* 2002, p.5 et s.
- « Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement », *Dr. soc*. 2008, p.954 et s.

RAYNAUD J., « Chronique Entreprise et droits fondamentaux », *JCP E* 2004, 334.

REINHARD H.-J., « Occupational pension schemes in Germany - Recent developpements and taxation » issues, *in Les retraites professionnelles en Europe, Betriebliche Altersversorgung in Europa, Occupational pension schemes in Europe*, dir. HENNION - MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant, 2007, p. 315 et s.

RETTERER S., « Le concept de dignité en droit communautaire », in *Ethique, droit et Dignité de la personne,* Mélanges BOLZE, p.87 et s.

REVET T., « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc*. 1992, p. 859 et s.

RICHEVAUX M., « Relations de travail et lutte contre les discriminations après la loi du 16 novembre 2001 », *Dr. ouv*. 2002, n° 646, p.290 et s.

RITTER G. A., « La sécurité sociale en Allemagne de Bismark à nos jours », in *Un siècle de protection sociale en Europe. Colloque des 24, 25, 26 octobre 1996 à l'occasion du cinquantenaire de la sécurité sociale*, Comité d'histoire de la sécurité sociale et l'Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, La Documentation française, 2001, p.7 et s.

RODIÈRE P., « Le salaire dans les écrits de Gérard Lyon-Caen », *Dr. Soc*. 2011, p.6 et s.

ROMAN D., « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », *RDSS* 2008, p.267 et s.

ROSSI E., « Réformes des retraites : des mesures tout en mesure »**,** *Lexbase Hebdo éd. sociale* du 5 septembre 2013, n° 598.

ROUSSEAU D. et RIGAUD D., « Protection sociale complémentaire : quelle généralisation ? », *RDT* 2013, p.303 et s.

ROQUE J., « La prémajorité », *Dr. fam.*, avril 2009, étude 20.

ROUX J., « La reconnaissance par le Conseil constitutionnel du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice des mineurs », *Revue Droit Public*, 2002, p.1731 et s.

RUELLAN R., « Retraites : l'impossible réforme est-elle achevée ? », *Dr. soc.* 1993, p.911 s.

SARGOS P., « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilités », *JCP S*, doct. 104.

SAÏD K., « La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : vers l'admission d'une justification des discriminations ? », *RDT* 2008, p.389 et s.

SAINT-JOURS Y.,

- « L'âge de la retraite ne constitue-t-il pas un principe fondamental du droit de la sécurité sociale ? », *RDSS* 1987 p.136 et s.
- « La protection sociale complémentaire d'entreprise », *Dr. soc*. 1992, p.141.
- « Les retraites supplémentaires par capitalisation : côté pile et côté face », *Dr. soc*. 1996, p.627-628.
- « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », *D*. 2007, chron. 3024.

- « L'obligation de sécurité du salarié : prévention et responsabilité », *Dr. ouvr*. 2007, p. 560-565.

SAINTOURENS B.,

- « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Revue des sociétés* 2011, p.210 et s.
- « Mineur et activité commerciale : la réforme de 2010 », *RTD com*. 2011, p.686 et s.

SAINTE-ROSE J.,

- « L'enfant à naître, un objet sans destinée humaine », *JCP G* 2004, I, 194.

SAVATIER J.,

- « Contribution à une théorie générale de la profession », in *Dix ans de conférences d'agrégation*, Études offertes à HAMEL J., Dalloz, 1961, p.3 et s.
- « Les clauses conventionnelles sur l'âge de la retraite », *Dr. soc*. 1987, p.1 et s.

SCHMITT M.,

- « Nouvelles décisions de la Cour de justice sur la discrimination liée à l'âge : un pas en avant, deux pas en arrière », *RDT* 2010, p.240 et s.
- « La dimension sociale du Traité de Lisbonne », *Dr. soc*. 2010, p. 682 et s.
- « L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La privation de tout repos quotidien au profit des travailleurs, même occasionnels, est incompatible avec la directive 2003/88 », *RJS* 2011/2 chron. p.101 et s.

SECHE J.-Cl., « L'organisation juridique de la mobilité et de la protection sociale », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1991, p. 94.

SERIZAY B.,

- « La retraite supplémentaire, vecteur d'équité sociale », *Sem. soc. Lamy* 2009, n°1411.
- « La réforme des retraites et l'impact sur les retraites supplémentaires », *JCP E* 2010, 1527.
- « Protection sociale complémentaire : l'espoir », *JCP E* 2013, 1395.
- « La mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire », in *La protection sociale complémentaire en questions*, dir. Ph. COURSIER et B. SERIZAY, Litec Professionnels, Paris, 2011, p. 13 et s.
- « Enjeux et mutations en matière de retraites extra-légales », *JCP S* 2010, 1323.

SEUVIC J.-F., « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », in *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges BOLZE, p.359 et s.

SINGER G., « Le contrat de génération : une volonté d'allier les âges au service de l'entreprise », *Lexbase Hebdo éd. sociale* du 14 mars 2013, n°519.

SIMON D., « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ? », *Europe* 2010, étude n°3.

STAPF-FINE H., « Les retraites professionnelles d'entreprise : zone d'ombre et de lumière », *Steuerung der betrieblichen Altersversorgung in Europa : garantierte Sicherheit ? Governance of Occupational Pensions in Europe : Guaranteed Security ?, Gouvernance des*

retraites professionnelles en Europe: Sécurité garantie?, dir. KAUFMANN O. et HENNION S., Springer-Verlag Heidelberg, 2011, p.381 et s.

STOKI A., « Les sanctions pénales de la négociation collective sur la GPEC », *JCP S* 2011, 1226.

SUDRE F., « Droits de l'Homme ; Droit de la Convention Européenne pour la Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales », *JCP G* 2002, I, 157, étude n° 35.

SUPIOT A.,

- « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc*. 2000, p.131 et s.
- « Les Europes possibles », *Esprit*, janvier 2009, p.168 et s.
- « Le travail, liberté partagée », *Dr. soc*. 1993, p.715 et s.

TAURAN T.,

- « Mise en œuvre du dispositif carrière longue », *JCP S* 2010, 46.
- « La réforme des retraites résultant de la loi du 9 novembre 2010. Les grandes lignes du texte », *Dr. ouv*. 2011, p.163 et s.
- « LFSS pour 2012 : mesures portant sur l'assurance vieillesse », *JCP S* 2012, 3.
- « Le retour partiel à la retraite à 60 ans dans le cadre du dispositif carrière longue », *JCP S* 2012, act. 337.
- « Les règles régissant les cumuls en matière de sécurité sociale - Cumul de diverses prestations ou cumul de prestations et d'une rémunération d'activité », *Dr. soc*. 2010, p. 316 et s.

THEZE M., « Le contrat de génération », *Les cahiers Lamy du CE*, 2013, n° 124.

TISSANDIER H.,

- « Les CDD « seniors » sont-ils conformes au droit communautaire ? », *RJS* 4/2006 chron., p.257-261
- « Rupture du contrat de travail en raison de l'âge : une occasion manquée », *RJS* 2/2008, chron. p.97.
- « Un principe général de non-discrimination en raison de l'âge ? De « Mangold » à « Barstch », suite et (peut-être) fin », *RJS* 2009, chron., p.11-14
- « Âge, ancienneté et expérience : le mélange des genres », *RJS* 8/2012, chron., p.580-581.
- « L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Une décision sans surprise : la rupture automatique du contrat de travail à 67 ans est une différence de traitement justifiée », *RJS* 1/2013, chron., p.17-18.

TOURNAUX S., Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail, *Dr. soc*. 2013, p.576 et s.

TOUZÉ V., « Quelle place pour la retraite par capitalisation en France ? », *Revue Banque du* 1er juin 2013, p.20 et s.

TRAVERSA E., Jurisprudence communautaire en matière de politique sociale, *RTDE* 1991, étude, p. 425 et s.

TULKENS F., « Chronique internationale, Les droits de l'homme en détention », *RSC* 2001, p.881 et s.

VANLIERDE S., « Le cumul emploi-retraite », *Retraite et société,* 2005/3, n°46, p. 246 et s.

VATINET R., « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. soc.* 1998, p.534 et s.

VEIL M., « Retraite à 67 ans : baisse des pensions ou nouvelle culture du travail dans la vieillesse », *Chronique internationale de l'IRES*, n°105, mars 2007, p. 3 et s.

VERKINDT P.-Y.,

- « Le droit des revenus professionnels du mineur », in *L'enfant, la famille et l'argent,* Colloque Leradp, LGDJ 1998, p.80, n°23.
- « Changer le regard sur le travail des séniors après l'ANI du 13 octobre 2005 », *Sem. soc. Lamy* du 31 octobre 2005, n°1234, p.6 et s.
- « L'acmé de l'obligation de l'employeur de sécurité du chef d'entreprise », *Sem. soc. Lamy* du 25 mars 2008, n°1346, p.10 et s.
- « La négociation d'entreprise sur les seniors », *Dr. soc.* 2009, p.915 et s.
- « La réforme des retraites », *Dr. Soc.* 2011, p.256 et s.
- « Contrat de génération : enfin un peu d'innovation ! », *Les Cahiers du DRH* 2013, n°194.
- « La réforme des retraites, Entre le clair et l'obscur », *Dr. Soc*. 2011, p.256 et s.
- « La liberté du travail », in *Libertés et droits fondamentaux,* R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, 19e édition, Dalloz, 2013, p. 855 et s.
- « Le travail à temps partagé ou « Pourquoi faire simple quand… » », *JCP S* 2005, 1118.
- « Groupements d'employeurs et travail à temps partagé après la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises », *Dr. soc*. 2005, p.1136 et s.

VERKINDT P.-Y. et WACONGNE M., « Le travailleur vieillissant », *Dr. soc.* 1993, p.939 et s.

VIALA Y., « CNE et CPE : des projets similaires en Allemagne », *JCP S* 2006, 1534.

VITANYI B., « La signification de la «généralité » des principes de droit », *RGDIP* 1976, p.536 et s.

WAQUET Ph.,

- « Le contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc*. 1992, p.980 et s.
- « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. soc.* 2003, p.276 et s.

WINDAL C. et SAURET A., « La réforme des retraites : à la recherche d'un nouvel équilibre ? », *LPA* du 7 février 2011, n°26.

WILLMANN C.,

- « L'activité bénévole du chômeur », *Dr. soc*. 1999, p.162 et s.
- « Le service gratuit à la recherche de son contrat », *RDSS* 1999, p.350 et s.

- « Tour d'horizon de la loi portant réforme générale des retraites », *Lexbase Hebdo éd. sociale*, 11 septembre 2003, n° 85.
- « La place de l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 dans les politiques de vieillissement actif », *Lexbase Hebdo éd. sociale* du 24 novembre 2005, n° 191.
- « L'exclusion du calcul des effectifs des jeunes de moins de 26 ans », *Dr. Soc*. 2005, p.1142 et s.
- « Promouvoir le « vieillissement actif » : les modestes propositions des partenaires sociaux (ANI du 13 octobre 2005) », *Dr. soc*. 2006, p.144 et s.
- « Les difficultés d'accès des jeunes au marché du travail : des politiques en quête de sens », *RDSS* 2010, p.355 et s.
- « Réforme de l'assurance vieillesse et des politiques de vieillissement actif. La loi du 9 novembre 2010, entre solidarité et égalité », *RDSS* 2011, p.340 et s.
- « « Le partage générationnel du travail ». À propos du contrat de génération, loi n°2013-185 du 1er mars 2013 », *Dr. soc*. 2013, p.529 et s.
- « Commentaire de l'art. 5 de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi sur la création d'un compte personnel de formation », *Lexbase Hebdo éd. sociale*, du 4 juillet 2013, n°534.
- « Retraite : mesures d'ajustement ou réforme de fond ? », *Dr. soc.* 2013, p.769 et s.
- « Un nouveau contrat aidé : le CDD senior », *Lexbase Hebdo Ed. soc*., 7 septembre 2006, n°226.

YVOIRE A. d', « Comment respecter l'équité entre les générations », *Encyclopédie de la protection sociale, Quelle refondation ?*, dir. F. CHARPENTIER, Paris, Economica, 2000, p. 373 et s.

ZÖLLNER D, « La République fédérale d'Allemagne », in *Un siècle de sécurité sociale, 1881-1981. L'évolution en Allemagne, France, Grande-Bretagne, Autriche et Suisse*, KÖHLER P. A., ZACHER H. F. (dir.) en collab. avec HESSE Ph.-J., publié par le Centre de recherche en histoire économique et sociale de l'Université de Nantes et le Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht avec le concours de l'Association française d'histoire de la sécurité sociale, 1982.

RAPPORTS OFFICIELS ET ETUDES

(Classés par ordre antéchronologique).

I. CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES (COR)

Les rapports et documents de travail sont disponibles sur le site Internet du COR.

- Compléments aux perspectives de régimes de retraite en 2020, 2040 et 2060 : les projections régime par régime, réunion du Conseil du COR, du 26 mars 2013.
- COR, *Retraites : un état des lieux du système*, La Documentation française, janvier 2013.

- COR, *Retraites : fiches pour l'information et le débat*, mai 2013, Fiche n°10, « Les droits à la retraite au titre de la solidarité et au décès du conjoint ».
- COR, *Retraite perspective 2020-2040-2060*, 11e rapport du COR, La Documentation française, décembre 2012.
- Réunion du COR du 15 février 2012, portant *Contribution aux travaux du COPILOR sur les indicateurs : taux de remplacement et équité entre les générations* : http://www.cor-retraites.fr/article399.html.
- Réunion du Conseil du 14 décembre 2011 portant sur l' *Emploi et retraite en Europe : étude de cas*, document de travail n°4, « Emploi et retraite en Europe : le cas de l'Allemagne » : http://www.cor-retraites.fr/article398.html
- 7e rapport, *Retraites : annuités, points ou comptes notionnels ? Options et modalités techniques*, 27 janvier 2010.
- *Les systèmes de retraite face à la crise en France et à l'étranger*, Actes du colloque du 3 décembre 2009, La Documentation française, 2009.
- Réunion du COR du 18 mars 2009 relative au *pilotage des régimes de retraite selon les différents modes d'acquisition des droits à la retraite et les exemples à l'étranger*, document de travail n°4.10 à propos de la Suède : http://www.cor-retraites.fr/article346.html.
- Étude sur l'évolution des dispositions concernant les seniors ainsi que les critères d'âge et d'ancienneté dans quelques accords de branche, par AMAUGER-LATTES M.-C., DESBARATS I., VICENS C., Rapport au COR, 2007.
- Réunion du COR du 12 juin 2003, Retraites et Union européenne, document n°6 « Les cinq piliers de la retraite » de CORNILLEAU G., STERDYNIAK H., mai 2003.
- *Pénibilité et retraite*, rapport remis au COR, par STRUILLOU Y., avril 2003, La Documentation française, 2003.
- Réunion du COR du 4 avril 2002, *Prospective des retraites et inégalités : régime général, indexation, prélèvements sociaux et fiscaux des actifs et des retraités, Indexation des pensions, note de problématique générale et premiers éléments de chiffrage*, mars 2002 : http://www.cor-retraites.fr/article113.html
- Réunion du COR du 16 mars 2001 relative à l'inaptitude, incapacité, invalidité, pénibilité et retraite, document de travail n°13, La prise en compte de la pénibilité du travail dans les systèmes de retraite des pays de l'OCDE : http://www.cor-retraites.fr/article387.html
- Retraites : renouveler le contrat social entre les générations, Premier rapport, La Documentation française, 2001.

II. COMMISSION EUROPÉENNE ET AUTRES COMITÉS

ECONOMIC AND POLICY COMMITTEE AND EUROPEAN COMISSION,

- *Ageing Report 2012: Economic and budgetary projections for the 27 EU Member States* (2010-2060).

- *The impact of ageing on public expenditure: projections for the EU25 Members States on pensions, health care, longterm care, education und unemployment transfers (2004-2050), European Economy, Special Report 1/2006, European Communitie, Luxembourg.*
- *2009 Ageing report : Economic and budgetary projections for the EU-27 Members States (2008-2060), 2/2009, 2009, Luxembourg.*

ECONOMIC AND POLICY COMMITTEE AND POLICY COMMITTEE, EUROPEAN COMMISSION, *The 2012 Ageing Report: Underlying Assumptions and Projection Methodologies, European Economy, 4/2011, European Union, 2011.*

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK, European risk observatory report, *OSH in figures: stress at work, facts and figures*, European communities, 2009.

COMMISSION EUROPEENNE

- Commission Staff working document *on the application of Council Directive 94/33/EC on the protection of young people at work,* du 27 octobre 2010, SEC (2010) 1339.
- Comité des Régions, *Les personnes âgées dans la vie active. Présentation d'actions pertinentes menées par les collectivités locales et régionales*, Communautés Européennes, 2002, Luxembourg.
- Communication au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique Social et Européen et au Comité des Régions, du 18 novembre 2011, *Approche globale de la question des migrations et de la mobilité,* COM (2011), 743.
- Communication de la Commission au Conseil, concernant le projet de rapport conjoint sur l'emploi du 13 novembre 2002, COM (2002), 621, non publiée.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Viabilité à long terme des finances publiques dans l'UE,* COM 2006, 574 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et sociale et au Comité des régions du 21 décembre 2010, « *Révision de la directive sur le temps du travail […]* », COM (2010) 801 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Concrétiser le plan de mise en œuvre stratégique du partenariat européen d'innovation pour un vieillissement actif et en bonne santé,* 29 février 2012, COM (2012), 83 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 17 juin 2013, *Quatrième rapport annuel sur l'immigration et l'asile* (2012), COM (2013), 422 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010-2014)* du 6 mai 2010, COM (2010), 213 final.

- Communication de la Commission du 12 octobre 2006, *L'avenir démographique de l'Europe, transformer un défi en opportunité*, COM (2006), 571 final.

- Communication de la Commission européenne [..] relative à la mise en œuvre pratique des dispositions des directives sur la santé et la sécurité au travail n°89/391 (directive-cadre), 89/654 (lieux de travail), 89/655 (équipements de travail), 89/656 (équipements de protection individuelle), 90/269 (manutention manuelle des charges) *et 90/270 (équipements à écran de visualisation)* du 5 février 2004, COM (2004), 62.

- Communication de la Commission des Communautés européennes, du 21 mai 1999, *Vers une Europe pour tous les âges, Promouvoir la prospérité et la solidarité entre les générations*, COM 1999, 221 final.

- Communication de la Commission du 11 octobre 2000, *L'évolution à venir de la protection sociale dans une perspective à long terme, Des pensions sûres et viables*, COM 2000,622 final.

- Communication de la Commission *Modernising and improving social protection in the European Union* du 12 mars 1997, COM (1997), 102.,

- Livre blanc de la Commission, *Croissance compétitivité, emploi. Les défis et les pistes pour entrer dans le XXIème siècle*, COM 93, 700 (anglais).

- Livre vert de la Commission européenne, juillet 2010, *Vers des systèmes de retraites adéquats, viables et sûrs en Europe*, COM (2010), 365.

- Livre blanc de la Commission Européenne, *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables*, COM 2012, 55 final.

- Livre blanc de la Commission, *Politique sociale européenne. Une voie à suivre pour l'Union*, COM 94, 333.

- Livre vert du 10 juin 1997 de la Commission européenne, *Les retraites complémentaires dans le marché unique*, COM (97) 283, non publié.

- Rapport conjoint du Comité de protection sociale et du Comité de politique économique de novembre 2001 sur les objectifs et méthodes de travail dans le domaine des pensions : application de la méthode ouverte de coordination.

- Rapport conjoint de la Commission et du Conseil sur des pensions viables et adéquates (7165/03) du 10 mars 2003.

- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *rapport à mi-parcours relatif à la mise en œuvre du Plan d'action pour les mineurs non accompagnés* du 28 septembre 2012, COM (2012), 554 final..

- Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social et au Comité de régions du 21 décembre 2010 *sur la mise en œuvre par les États membres de la directive 2003/88/CE « directive sur le temps de travail »*, COM (2010), 802 final.

- Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions s*ur l'application de la directive 94/33/CE relative à la protection des jeunes au travail*, COM/2004/0105.

- Rapport de synthèse de la Direction générale de l'emploi et des affaires sociales à la Commission européenne, *Manuel d'orientation sur le stress lié au travail, piment de la vie… ou coup fatal ?*, Commission Européenne, 2002, 14 p.

- Rapport élaboré conjointement par la Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'inclusion de la Commission européenne et le Comité de la protection sociale, *Pension Adequacy in the European Union 2010-2050*, 23 mai 2012

III. CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE

- Décision du Conseil du 12 juillet 2005 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JO* L 205 du 6 août 2005, p. 21-27.

- Décision n°2003/578/CE du Conseil du 22 juillet 2003 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JO* n° L-197 du 5/08/2003, p.13-21.

- Décision n°2010/707/UE du Conseil du 21 octobre 2010 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JO* n°L-308 du 24 novembre 2010, p.46-51.

- Décision n°2013/208/UE du Conseil du 22 avril 2013 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JOUE* n° L-118 du 30 avril 2013, p.21-22.

- Déclaration du 7 décembre 2012 du Conseil relative à *l'Année européenne du vieillissement actif et de la solidarité intergénérationnelle (2012): La voie à suivre* (SOC 992/SAN 322).

- Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de l'Allemagne pour 2013 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de l'Allemagne pour la période 2012-2017, du 29 mai 2013, COM (2013), 360 final.

- Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2013 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour la période 2012-2017, du 29 mai 2013, COM (2013), 355 final.

- Recommandation n°82/857/CEE du Conseil du 10 décembre 1982 relative aux principes d'une politique communautaire de l'âge de la retraite, *JO* L 357 du 18 décembre 1982.

IV. CONSEIL EUROPÉEN

- Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Barcelone du 15-16 mars 2002 : http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/71026.pdf

- Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Bruxelles du 23 et 24 mars 2006 : http://www.rpfrance.eu/IMG/CONSEIL_DE_LUNION_EUROPEENNECONCLUSIONS_DE_LA_PRESIDENCE.pdf

- Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Stockholm du 23 -24 mars 2001 : http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00100-r1.%20annr1%20cor2.f1.html

V. PARLEMENT EUROPÉEN

- *Document de travail sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne*, du 6 février 2013, LIBE_DT(.2013)504195, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures,GRIESBECK N., Rapporteur

- Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 *sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables* (2012/2234).

V. AUTRES RAPPORTS

BANQUE MONDIALE, *La crise du vieillissement : mesures destinées à protéger les personnes âgées et promouvoir la croissance*, 1994.

BARON X., BRUGGEMAN F., CHEMIN-BOUZIR C., GILBERT P. (coord.), rapport pour la DARES, Accords d'entreprises sur la GPEC : réalités et stratégies de mise en œuvre, de, en deux volumes (analyses et monographies), laboratoire Groupe de recherche en gestion des organismes REGOR, Institution d'Administration des entreprises de Paris, octobre 2012, disponible sur : http://www.chaire-mai.org/19-mars-12-journee-detude-et-table-ronde-sur-le-theme-apres-la-loi-et-dans-la-crise-la-gpec-a-t-elle-encore-un-avenir/

BOT Y.,

- conclusions présentées le 7 juillet 2009, Kücükdeveci, aff. C-555/07, *Rec*. p. I-365.
- conclusions présentées le 3 septembre 2009, Petersen, aff. C-341/08, *Rec*. 2010, p.I-47.
- conclusions présentées le 3 septembre 2009, Colin Wolf c/ Stadt Frankfurt am Main, C-229/08, *Rec.* p. I-1.

BOULANGER J.-M., *Cumul emploi retraite*, Rapport remis au Conseil d'orientation des retraites, La Documentation française, 6 mars 2003.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Mesurer les progrès dans la lutte contre le travail des enfants - Estimations et tendances mondiales 2000-2012*, Programme international pour l'abolition du travail des enfants (IPEC), Genève, BIT, 2013, 48 p.

CONSEIL D'ÉTAT, rapport *sur le principe d'égalité*, extrait du rapport public de 1996, STASSE F. (dir.), La Documentation française, Paris, 1998.

CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution 1810 (2011), *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe* du 15 avril 2011.

COUR DE CASSATION,

- Rapport annuel de la Cour, 2009, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, La Documentation Française, 2010

- Rapport annuel de la Cour de cassation, 2008, 3ème partie, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*.
- Rapport annuel de la Cour de cassation, 2002, 2ème partie, Etudes et documents, La responsabilité du salarié en matière de sécurité et de prévention des risques professionnels, par A. COEURET.

COUR DES COMPTES DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, rapport Résultats 2010, Prévisions 2011 et 2012, septembre 2011.

DAMALSSO R., GOMEL B., MÉDA D., SERVERIN E., SIBAUD L., *Des ruptures conventionnelles vues par des salariés*, Centre d'études de l'emploi, Rapport de recherche, n°80, octobre 2012.

DIRECTION DE L'ANIMATION DE LA RECHERCHE, DES ÉTUDES ET DES STATISTIQUES (DARES),

- *Analyses*, octobre 2013, n°74 ; comm. Sem. soc. Lamy. 21 octobre 2013, p. 2 et s.
- *Analyses*, mai 2013, n°31, par C. MINNI, « Les ruptures conventionnelles de 2008 à 2012 », p.7.
- *Analyses*, novembre 2012, n°83 « Les cessations anticipées d'activité en 2011 : stabilisation des entrées en retraite anticipée pour carrière longue et extinction progressive des autres dispositifs publics », p. 13.
- *Analyses n°54*, septembre 2010 ; comm. « Emploi des seniors : les craintes liées au vieillissement s'atténuent et les pratiques d'entreprises évoluent », *JCP S* 2010, act. 439.
- Les accords collectifs d'entreprise et plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés : une analyse de 116 textes, Document d'études, février, 2011.
- *Sem. Soc. Lamy* 2010, n°1462, « Les ruptures conventionnelles touchent surtout les seniors ».
- Synthèse, *Emploi des seniors, Synthèse des principales données sur l'emploi des seniors*, septembre 2011, n°164 ; comm. *Sem. Soc. Lamy* 2011, n° 1499, act., « La rupture conventionnelle séduit les petites entreprises et les seniors »

DIRECTION DE LA RECHERCHE, DES ÉTUDES, DE L'ÉVALUATION ET DES STATISTIQUES, (DREES), *Les retraités et les retraites*, coll. Etudes et Statistiques, éd. 2013.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F. (prés.), rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La Documentation française, décembre 1999.

DELBOS L. (dir.), rapport final, *L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne, Etude comparative et perspectives d'harmonisation*, décembre 2010 : www.france-terre-asile.org/childrenstudies

DEMONTÈS C., Rapport sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2012, Tome V, la vieillesse, n°74 du 2 novembre 2011: http://www.senat.fr/rap/l11-074-5/l11-074-513.html

EUROFOUND, rapport 2012a, *Income from work retirement in the EU*, Office of the European Union, Luxembourg.

EUROSTAT, *European social statistics*, Eurostat Pocketbooks, éd. 2013.

IGAS (Inspection Générale des Affaires Sociales), **DANIEL C., ESLOUS L. et ROMANEIX F.**, *Evaluation du cumul emploi retraite*, La Documentation française, Tome 1 et 2, 2012.

KOKOTT J ; conclusions présentées le 13 juillet 2006, Carol Marilyn Robins Affaire C-278/05, *Rec.* p.I-1053.

LAROQUE P., *Pour une transition de l'activité à la retraite*, Rapport au ministre du Travail, 1981.

LASFARGUES G. en collaboration avec **MOLINIÉ A.-F**. et **VOLKOFF S,** rapport de recherche n°19, *Départs à la retraite et travaux pénibles*,**.,** Centre d'études de l'emploi, avril 2005.

LECLERC D., rapport relatif au projet de loi de réforme des retraites, n°733 (2009-2010) : http://www.senat.fr/rap/l09-733-1/l09-733-1.html

LECLERC D., rapport n°90 (2009-2010) à propos du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 (assurance vieillesse) : http://www.senat.fr/rap/l09-090-5/l09-090-5_mono.html

MAZÁK , conclusions présentées le15 février 2007, Palacios de la Villa, aff. C-411/05, *Rec*. p. I-8531.

MOREAU Y., rapport de la Commission pour l'avenir des retraites, *Nos retraites demain : équilibre financier et justice*, La Documentation française, juin 2013.

POISSON F. (prés.), rapport d'information déposé par la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales, en conclusion des travaux de la mission sur la pénibilité au travail, n° 910, tomes 1 et 2 (annexes), 27 mai 2008.

RUIZ-JARABO COLONNA D., conclusions présentées le 24 janvier 2008, Othmar Michaeler, Subito GmbH et Ruth Volgger, C-55/07 et C-56/07, *Rec*. p.I-3135.

SHARPSTON E., conclusions présentées le 22 mai 2008, Bartsch, C-427/06, Rec. p. I-7245.

TADDÉI D., comm. CHARPIN J.-M., DAVANNE O**.**, rapport *Retraites choisies et progressives*, La Documentation française, Paris, 2000.

TIZZANO A. , conclusions présentées le 30 juin 2005, Mangold, C-144/04, *Rec.* p. I-9981.

TRSTENJAK, conclusions présentées le 28 avril 2010, Gisela Rosenbladt, C-45/09, *Rec*. p. I-9391

VASSELLE A., DEMONTÈS C. et LARDEUX A., rapport d'information n°673 (2009-2010), *Les retraites en Allemagne : des enseignements à tirer ?* au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale et de la commission des affaires sociales, juillet 2010 : http://www.senat.fr/notice-rapport/2009/r09-673-notice.html.

VILLALÓN C., conclusions présentées le 19 mai 2011, Reinhard Prigge et a. c/ Deutsche Lufthansa, aff. C-447/09, *Rec*. p.I-8003

NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS

BARÈGES A., note sous soc. 5 déc. 2007, n° 06-42.905, « Le refus de suivre une formation est-il fautif ? » *JCP S* 2008, 16.

BARTHÉLÉMY J., note sous soc. 2 mars 2010, n° 09-40.914 à 09-40.917, *Dr. soc*. 2010, p.174.

BÉAL S. et DODET A., note sous soc. 23 oct. 2007, n° 06-40.950, « Obligation d'adaptation et obligation d'employabilité », *JCP E* 2008, 1401.

BÉAL S., HALLOPEAU M. et KLEIN P., note sous CJUE, 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et Fils SARL*, « Validité et exercice des clauses de désignation avec obligation de migration des accords de prévoyance », *JCP S* 2011, 1146.

BEIGNIER B., note sous CA de Nîmes, 04 décembre 1997, « L'incapacité de recevoir par testament ne s'applique pas aux infirmières », *Dr. fam.* 1998, comm. n°92.

BENAMARA-BOUAZIZ S., « L'âge de la retraite et la rupture du contrat de travail », *Dr. ouv*. 1991, p. 361.

BOMBOIS T., note sous CJCE, 5 mars 2009, Aff. C-388/07, « L'arrêt Age Concern : radioscopie flou(té)e de l'article 6 de la directive 2000/78 », *CDE* 2009, n°3-4, p.569-616.

BONNECHERE M.,

- note sous l'aff. C-88/08, *Dr. ouv. 2010*, n°740, p.161-162.
- note sur l'arrêt Mangold, *Dr. ouv*. 2006, n°696, p.362-363.

BOULOC B.,

- note sous crim. 14 févr. 2006, n° 05-82.287, Bull. crim., n° 43, « Prêt illicite de main d'œuvre », *RDT Com.* 2006, p.688.
- note sous cass 17 janvier 1996, Bull., n° 31, « Interdiction du prononcé de l'interdiction de séjour d'un condamné de soixante-cinq ans », *RSC* 1996, p.850.

BOUTEILLE M., note sous 2ème civ. 17 février 2011, « Précision sur l'exonération de la responsabilité parentale », *D.* 2011, p.1117.

BOUVERESSE A., note sous CJUE, 3ème ch., 21 février 2013, affaire numéro C-46/12, « Notion de travailleur », *Europe*, 2013, comm. 169.

BURGARD M., note sous CA Dijon, ch. civ., sect. C, 19 oct. 2007, JurisData n° 2007-358181, « Les circonstances dans lesquelles le jeune majeur bénéficie de l'obligation d'entretien », *Dr. fam*. 2008, comm. 93.

CARRÉ S., note sous soc. 3 juilL. 2012, n° 11-13.795, « Variation sur l'âge du pilote », *JCP S* 2012, comm. 1409.

CASSIA P., note sous CJCE, 14 oct. 2004, aff. C-36/02, Omega, « Dignité de la personne et droit communautaire », *Dr. adm.*, Janvier 2005, comm. 11.

CAVALLINI J.,

- note sous CJCE, grande ch., 22 nov. 2005, aff. C-144/04, Mangold c/ Helm, « De la suppression des restrictions à la conclusion d'un CDD lorsque le salarié est senior », *JCP S* 2005, 1414.
- note sous CJCE, 1er avril 2008, Aff. C-267/06, *Tadao Maruko*, « Couple de même sexe et accès aux pensions de veuvage ou de survie », *JCP S* 2008, 1416.
- note sous CJCE, gde ch., 16 oct. 2007, aff. C-411/05, Palacios de la Villa c/ Cortefiel Servicios SA, « Mise à la retraite d'office et non-discrimination fondée sur l'âge », *JCP S* 2008, 1152.
- note sous CJCE, gde ch., 23 sept. 2008, aff. C-427/06, Birgit Bartsch c/ Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, « Portée du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *JCP S* 2008, 1595.
- note sous CJUE, gde ch., 19 janv. 2010, aff. C-555/07, Kücükdeveci c/ Swedex GmbH & Co. KG, « Délai de préavis de licenciement et principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *JCP S* 2010, 1082.
- note sous CJUE, gde ch., 12 oct. 2010, aff. C-499/08, Ingeniørforeningen i Danmark c/ Region Syddanmark, « Le fait d'être éligible à une pension de retraite ne peut fonder la perte d'une indemnité de licenciement », *JCP S* 2010, 1481.
- note sous CJUE, gde ch., 12 oct. 2010, aff. C-45/09, Gisela Rosenbladt c/ Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH, « La validité des clauses guillotine en droit de l'Union européenne », *JCP* S 2010, 1480.
- note sous CJUE, gde ch., 12 janv. 2010, aff. C-341/08, Petersen c/ Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe et a., « Discrimination fondée sur l'âge et justification par un but de politique sociale », *JCP S* 2010, 1081.
- note sous CJUE, 2e ch., 7 juin 2012, aff. C-132/11, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH c/ Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH, « Prise en considération partielle de l'expérience professionnelle : pas de discrimination indirecte fondée sur l'âge », *JCP S* 2012, 40.
- note sous CJUE, 3e ch., 21 févr. 2013, aff. C-46/12, L. N. c/ Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte, « La qualité d'étudiant ne chasse pas celle de travailleur européen », *JCP S* 2013, 1179.

CÉRÉ J.-P., note sous CEDH 7 juin 2001, 04-11-1950, « Article 3 de la Convention européenne et détention prolongée d'une personne âgée et malade », *D.* 2001, p. 2335.

CHAGNY Y., note sous Crim. 13 janv. 2009, pourvoi n° 08-80.787, « Travail forcé », *Dr. soc.* 2009, p.608.

CLAVIÈRE B. de, note sous Soc. 16 févr. 2011, n° 09-72.061 et Soc. 16 févr. 2011, n° 10-10.465 « Discrimination fondée sur l'âge : primauté du droit de l'Union et uniformisation du contrôle juridictionnel », *RDT E*, 2012, p.520.

CORREIA V., note sous CJUE, Grande ch., 13 sept. 2011, aff. C-447/09, Prigge e.a., « Condamnation des mesures fixant l'âge maximal d'exercice de la profession de pilote à 60 ans au nom du principe de non-discrimination », *Revue de droit des transports*, 2011, comm. n°186, p.35-38,

COUTURIER G.,

- note sous soc. 19 novembre 1996, pourvoi n°94-19.404, *Dr. soc*. 1997, p. 95.

- note sous soc. 13 janvier 2009, pourvoi n°07-44.398, *Dr. soc*. 2009, p.376.

COUTURIER J.-P., note sous 1ère civ, 28 janv. 2009, 07-14.272, « Sur quel(s) fondement(s) un enfant qui n'était pas encore né au décès de son père peut-il être personnellement tenu des frais d'obsèques de ce dernier ? », *LPA* 2009, n°175, p.7.

DAUXERRE L., note sous soc. 4 oct. 2011, n° 10-18.862, « Éléments de la vie privée, rupture du contrat de travail et droit disciplinaire », *JCP S* 2011, act. 394.

DORSNER-DOLIVET A., note sous 2ème civ. 19 février 1997, n° 94-21.111, « Du nouveau dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants », *RDSS* 1997, p.660.

DRAGO R., note sur la décision du Conseil constitutionnel du 30 mars 2006, JCP *G* 2006, II, 10064.

DRIGUEZ L.,

- note sous CJCE, 5 mars 2009, aff. C-388/07, Age Concern England, « Différence de traitement en raison de l'âge : licenciement et refus d'embauche », *Europe* 2009, comm. 190.
- note sous CJCE, 1er avril 2008, aff. C-267/06, *Tadao Maruko*, « Discrimination en raison de l'orientation sexuelle », *Europe* mai 2008, comm. 150.
- note sous CJCE, 18 juin 2009, aff. C-88/08, Hütter, « Différence de rémunération en raison de l'âge », *Europe* 2009, comm. 311.
- note sous CJUE, 12 janv. 2010, aff. C-341/08, Petersen, « Principe de non-discrimination à l'emploi en raison de l'âge (2) », *Europe* 2010, comm. 117.
- note sous CJUE, 12 janv. 2010, aff. C-229/08, Wolf, « Principe de non-discrimination à l'emploi en raison de l'âge (1) », *Europe* 2010, comm. 116.
- note sous CJUE, gde ch., 12 oct. 2010, aff. C-499/08, Andersen, « Discrimination en raison de l'âge (1) », *Europe* 2010, comm. 432.
- note sous CJUE, gde ch., 12 oct. 2010, aff. C-45/09, Rosenbladt, « Discrimination en raison de l'âge (2) », *Europe* 2010, comm. 433.
- note sous CJUE, 2e ch., 8 sept. 2011, aff. jtes C-297/10, Hennigs et C-298/10, Land Berlin, « Salaire et discrimination en raison de l'âge, Salaire et discrimination en raison de l'âge », *Europe* 2011, comm. 429.
- note sous CJUE, gde ch., 13 sept. 2011, aff. C-447/09, Prigge et a., « Discrimination en raison de l'âge », *Europe* 2011, comm. 430.
- note sous CJUE, 2e ch., 5 juilL. 2012, aff. C-141/11, Hörnfeldt, « Rupture du contrat de travail à 67 ans et inégalité de traitement », *Europe* 2012, comm. 342.
- note sous CJUE, 1re ch., 6 nov. 2012, aff. C-286/12, « Commission c/ Hongrie, Limite d'âge des juges », procureurs et notaires en Hongrie, *Europe* 2013, comm. 44.
- note sous CJUE, 2e ch., 7 juin 2012, aff. C-132/11, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH, « Egalité de traitement et expérience professionnelle », *Europe* 2012, comm. 340.

DROCHON V. et TAFFINI R., « De l'incitation à la négociation dans l'entreprise sur la qualité de vie au travail », *JCP S* 2013, act. 372.

DUBOS O., note sous CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, Werner Mangold c/ Rüdiger Helm, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie », *JCP G*, 2006, II, 10107.

DUBOUT E., note sous CJCE, grande ch., 22 nov. 2005, aff. C-144/04, Mangold c/ Helm, *RAE* 2005, p.723.

DUPARC C., note sous crim. 13 janvier 2009, n° 08-80.787, « Le travail forcé est incompatible avec la dignité humaine », *AJ Pénal* 2009, p.181.

FABRE A., note sous 2ème civ. 22 fév. 2007, « Tentative de suicide d'un salarié en arrêt maladie : application de la législation du travail », *D.* 2007, p.791-792.

FAVOREU L., comm. décision du Conseil constitutionnel, n°83-156 DC du 28 mai 1983, Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, *Revue de droit public*, 1986, p. 395.

GABA H.K., note sous soc. 23 mars 2005, n° 03-42.404, « L'obligation de sécurité salariée : le malaise jurisprudentiel demeure », *D.* 2005, 1758.

GALLOUX J.C.,

- note sous CJCE 9 octobre 2001, n° C-377/98, « La directive sur la brevetabilité des inventions biotechnologieques confortées », *D.* 2002, p.2925.
- note sous CJUE gde ch. 18 octobre 2011, aff. C-34/10, Oliver Brüstle, « L'embryon communautaire », *D.* 2012. p.410.

GAUDEMET Y., comm. décision du Conseil constitutionnel, n°85-200 DC du 16 janvier 1986, « Une nouvelle dimension du principe d'égalité devant la contribution publique ? A propos de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative au cumul emploi-retraite », *Dr. soc*. 1986, p. 372.

GAURIAU B.,

- note sous CJCE, 2e ch., 18 janv. 2007, aff. C-385/05, CGT et a. c/ Premier ministre et a., « Les jeunes de moins de vingt-six ans doivent être pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise », *JCP S* 2007, 1082.
- note sous CE, 1re et 6e ss-sect., 6 juilL. 2007, n° 283892, n° 284472, n° 284555, n° 284718, CGT et a., « Les jeunes de moins de 26 ans doivent être pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise », *JCP S* 2007, 1572.

GALLOIS J., note sous TGI de Niort, 17 septembre 2012, arrêt numéro 11/01855, « L'enfant simplement conçu peut-il réellement se prévaloir d'un préjudice d'affection ? », *RPJF* 2013, n°1, p.13-15.

GAVALDA C., note sous CJCE, 9 oct. 2001, Pays-Bas C/ Conseil et Parlement européen, aff. C-377/88, *JCP E* 2002, 1424.

GHESTIN J., note sous décision n°2013-672 DC du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013, « La consécration constitutionnelle de la liberté contractuelle », *JCP G* 929, note

GOLDIE-GENICON C., note sous 1ère civ. 4 novembre 2010, n° 07-21.303, « De l'incapacité du psychiatre et de son concubin de recevoir des libéralités », *Revue des contrats* 2011/2, p.555-562.

GRIMALDI M., note sous civ. 4 novembre 2010, n° 07-21.303, « À propos de l'incapacité du médecin à recevoir de son malade : l'interprétation stricte des exceptions n'est pas fétichisme de la lettre de la loi... ou hommage à Gérard Cornu », *RTD civ*. 2011, p.163.

HAUSER J.,

- note sous civ. 1re, 9 février 2011, n° 09-71.102, inédit, « Entretien des enfants majeurs et obligation alimentaire réciproque : la Cour de cassation ajoute à la confusion », *RTD civ.* 2011, p. 342-343.
- note sous Ass. plén. 29 juin 2001, « L'Assemblée plénière et le foetus : brèves remarques », *RTD civ*. 2001, 560.
- note sous CJUE, 18 oct. 2011, Olivier Brüstle, « Brevetabilité des inventions sur l'embryon », *RDT civ* 2011, p.97, (suite) p. 506, (suite et fin) *RTD civ*. 2012, p. 85.
- note sous 1ère civ. 28 janv. 2009, n° 07-15.243 et civ. 1re, 28 janv. 2009, n° 07-14.272, « Le temps et la filiation (5) : des filiations rétroactives, avantages et inconvénients pour les uns et les autres », *RTD civ*. 2009, p.307.

HERVIO-LELONG A., note sous Cass. ass. plén., 13 déc. 2002 : 1° Cts Minc et a. c/ Épx Gohill et a., arrêt n° 493 P, Juris-Data n° 2002-016996 ; 2° Cts Poullet c/ Koral et a. arrêt n° 494 P, Juris-Data n° 2002-016997, « La consécration d'une responsabilité objective des parents du fait de leur enfant mineur », *JCP G* 2003, II, 10010.

HERZOG-EVANS M., note sous crim. 9 septembre 2008, n° 08-81.336, « Pas d'interdiction de séjour pour un condamné âgé de plus de 65 ans », *AJ Pénal* 2008, p.504.

HENNETTE-VAUCHEZ S., note sous CJUE, gr. ch., 18 oct. 2011, *Brüstle*, C-34/10, « L'embryon de l'Union », *RTDE* 2012, p.355.

IDOT L.,

- note sous CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, Mangold, « Mesures pour faciliter l'emploi des seniors et non discrimination », *Europe* 2006, comm. nº 18.
- note sous CJCE, 16 oct. 2007, aff. C-411/05, Palacios de la Villa, « Clauses de mise à la retraite d'office et égalité de traitement », *Europe* 2007, comm. nº 338.
- note sous CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-385/05, CGT, CFDT, et a. « Notion de travailleur et décompte des effectifs », *Europe* 2007, comm. n° 93.
- « Notion d'entreprise et affiliation à un régime complémentaire de soins de santé », *Europe* 2011, comm. 180.
- note CJUE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau GmbH contre Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*, aff. C-350/07, *Europe* 2009, comm. 198.

IMOLA S., note sous CJCE, 14 octobre 2004, Omega, affaire C-36/02, *RAE* 2003-4, p.681-685.

JEANSEN E., note sous CJUE, 8 sept. 2011, aff. C-297/10 et C-298/10, Mme H. et a. c/ Eisenbahn-Bundesamt et a., « Impact de la négociation collective sur le principe de non-discrimination en raison de l'âge », *JCP S* 2011, comm. 1546.

JOSSELIN-GALL M., note sous 2ème civ. 2 déc. 1998, SARL Aube cristal c/ Mme X, ès qual. et a., « Responsabilité civile des parents : conditions d'exonération », *JCP G* 1999, II, 10165.

JOURDAIN P.,

- note sous 2ème civ. 19 février 1997, *Bull. civ.* II, n° 56, « Chambardement dans la responsabilité des père et mère : la Cour de cassation révise le fondement et le régime de la responsabilité », *RTD civ.* 1997 p. 668.

- note sous 2ème civ. 19 février 1997, *Bull. civ.* II, n° 56, « Responsabilité du fait des mineurs : le changement de cap de la Cour de cassation », *D.* 1997, p. 265.

KAUFMANN O., note sous CJUE, 10 septembre 2009, Commission des Communautés européennes c/ RFA, C-269/07, *JCP E* 2010, 1597 (spéc. n°9).

KERBOURC'H J.-Y., note sous soc. 30 nov. 2011, n° 10-23.986, « Partage des voix lors de l'élection des membres du bureau : le triomphe de l'âge », *JCP S* 2012 n° 13, comm. 1141.

LABÉE X.,

- note sous TGI Lille, 5 décembre 1996, n° [XTGIL051296X], « La dépouille mortelle est une chose sacrée », *D.* 1997, p.376.
- note sous TGI Paris, ord. réf., 21 avril 2009, n° 09/53100, « Interdiction de l'exposition "Our body, à corps ouvert"», *D.* 2009, p.1192.
- note sous TGI Lille, ord. non-conciliation, 6 décembre 2012, n° 12/0816, « L'enfant conçu n'est pas créancier d'aliments », *Dr. fam.* 2013, comm. 39.

LACOSTE-MARY V., note sous CJUE 5 juillet 2012, affaire numéro C-141/11, Torsten Hörnfeldt, « Discrimination », *Dr. ouv*. 2013, n°774, p.62-64.

LAHALLE T., note sous soc. 25 juin 2013, n° 12-13.968, « " Mister France" est un travailleur », *JCP* S 2013, comm. 1386.

LARRIBAU-TERNEYRE V.,

- note sous 1ère civ. 30 juin 2004, n° 02-11.355, « Rente viagère : pas besoin d'être octogénaire mais confirmation d'un contrôle étendu des motifs », *Dr. fam*. 2004, comm. 223.
- note sous CA Paris, 24e ch., 2 nov. 2006 : Juris-Data n° 2006-321802, « Ou l'état de santé ne suffit pas, à défaut d'un âge avancé, à justifier d'une prestation compensatoire en rente viagère », *Dr. fam*.2007, comm. 43.

LAULOM S.,

- note sous CJCE, 18 janvier 2007, C-385/05, CGT et autres, « Les moins de 26 ans définitivement réintégrés dans le calcul des seuils d'effectif », *Sem. soc. Lamy* du 29 janv. 2007, n° 1292, p.5-8.
- note sous CJCE, 16 octobre 2007, affaire C-411/05, Felix Palacios de la Villa, « L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge », *Sem. soc. Lamy* du 28 janv. 2008, n° spé., p.23-26.
- note sous soc. 11 mai 2010, n° 08-45.307, « Le contrôle strict des différences de traitement fondées sur l'âge par la Cour de Cassation », *D*. 2010, p.2489.
- « L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge », *Sem. Soc. Lamy* du 26 avr. 2011, n°1489, suppl., p. 9-21.
- « L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge », *Sem. soc. Lamy* du 26 mars 2012, n° 1531, suppl., p.31-38.

LAVAUD-LEGENDRE B., note sous crim. 13 janvier 2009, n° 08-80.787, « La vulnérabilité : fondement tacite du travail forcé et de l'atteinte à la dignité », *D*. 2009, p.1935.

LE BRIS R.-F., note sous décision n°83-156 DC du 28 mai 1983 du Conseil constitutionnel, *ADJA*, 1983, p.619.

LE COHU P., note sous soc. 5 juin 2013, n°11-21.255, « Comment veiller à l'employabilité des salariés ? », *Gaz. pal.*, 17 août 2013, n°229, p.19.

LEBEL C., note sous 1ère civ. 27 février 2013, n° 11-28.359, « Créance de salaire différé d'un enfant dans le cadre de l'exploitation agricole des parents : précisions jurisprudentielles », *Lexbase Hebdo éd. privée* du 28 mars 2013.

LEBORGNE-INGELAERE C., note sous soc. 11 juillet 2007, n° 06-43.804, « Contrat de travail : entre bénévolat et salariat », *JCP S* 2007, 1743.

LEBRETON G., note sous CE ass. 27 octobre 1995, n° n° 143578, « Ordre public, ordre moral et lancer de nain », *D.* 1996, p. 177.

LENA M., note sous CEDH 25 avril 2013, « Surpopulation carcérale : condamnation de la France pour traitement dégradant », *D.* 2013. 1138.

LEVINET M., note sous CEDH, Gd. Ch., 8 juilL. 2004, n° 53924/00, Vo c/ France, « La dénégation par le juge européen du droit au respect de la vie de l'enfant à naître », *JCP G* 2004, II.10158.

LHERNOULD J.-Ph.,

- note sous CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International*, C-67/96, « Le monopole des organismes de protection sociale (encore) à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence », *JCP* 2000, II, 10325.
- note sous CJCE 5 mars 2009, affaire C-388/07, « Comment justifier les différences de traitement en raison de l'âge dans le cadre des relations de travail ? », *JSL* 2009, n°254, p. 10-12.
- note sous soc. 29 mai 2013, pourvoi n°11-22. 376, « Les handicapés placés dans un centre d'aide par le travail ont-ils droit au congé payé ? », *Dr. soc.* 2013, p. 656.
- « La Cour de cassation sera très vigilante sur les discriminations liées à l'âge », *Liaisons sociales Europe*, 2010, n°253.
- « La Cour de justice accepte la mise à la retraite de procureurs à 65 ans », *Liaisons sociales Europe* 2011, n°283, p.4
- « Limite d'âge et discrimination : quelle frontière entre le licite et l'illicite », *Liaisons sociales Europe* 2011, n°286, p.5.
- « La CJUE créé des turbulences dans les compagnies aériennes », *Liaisons sociales Europe*, 2011, n°285, p. 9.

LOISEAU G.,

- note sous 1ère civ. 6 février 2008, n° 06-16.498, Juris-Data n° 2008-042654, « L'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est plus conditionné par son niveau de développement », *JCP G* 2008, II, 10045.
- note sous CA Paris, pôle 1, Ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09315, Juris-Data n° 2009-002649, « Des cadavres mais des hommes », *JCP G* 2009, n° 25, p. 23.
- note sous CA Paris, pôle 2, Ch. 5, 5 février 2013, n° 12/10020, Juris-Data n° 2013-00184, « Exposition de cadavres : les contrats d'assurances sont aussi licites », *JCP G* 2013, n° 15, 411, p. 714.

LYON-CAEN A., note sous soc. 28 février 2002, société Eternit contre Madame Chavatte veuve Hammou et autres, n° 838, n° 99-18.389, « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. soc.* 2002, p.445.

MALAURIE Ph., note sous CEDH 29 avril 2002, Diana Pretty contre Royaume-Uni, High Court of Justice, Family Division, « Euthanasie et Droits de l'Homme : Quelle liberté pour le malade ? » *Rép. du Notariat Defrénois*, 2002, p.1131-1149.

MARCIALI S., note sous CJUE 19 janvier 2010, affaire n° C-555/07, Seda Kücükdeveci contre Swedex GmbH & co KG, « Invocabilité des directives et des droits fondamentaux dans les litiges entre particuliers devant les juridictions nationales », *LPA* 2010, n°51, p. 3-8.

MARRION B., note sous 1ère civ. 16 septembre 2010, n° 09-67.456, « Exposition Our body : corps ouverts mais expo fermées ! », *JCP G* 2010,1239.

MARIA I.,

- note sous CA Bordeaux, 6e civ. 20 mars 2012, n° 11/06774, JurisData n° 2012-005585, « Rejet d'une demande d'émancipation non justifiée », *Dr. fam*. 2012, comm. 103.
- Obs. sous L. n° 2012-387, 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 32 : Journal Officiel 23 Mars 2012. « Mineur et EIRL ou la prémajorité nécessairement au-delà de 16 ans », *Dr. fam*. 2012, comm. 104.
- note sous CA Paris, pôle 3, ch. 7, 14 janv. 2013, n° 12/03648, JurisData n° 2013-003866, « Une belle réhabilitation du mandat de protection future », *Dr. fam*. 2013, comm. 61.

MARTINON A., note sous soc. 23 juin 2010, n° 09-41.912, Bourgau contre SAS ITTS, Juris-Data n° 2010-010295, « Autonomie de l'obligation d'adaptation », *JCP S* 2010, 1470.

MARZAK, Conclusions du 15 fév. 2007, à propos de l'aff. Palacios de la Villa.

MATHIEU B., note sous const. const. 1 er août 2013, décision n° 2013-674 DC, « Recherche sur l'embryon : une jurisprudence en demi-teinte », *JCP G* 2013, 904.

MAYAUD Y.,

- note sous ass. plén. 29 juin 2001, n° 99-85.973, « Il ne peut y avoir d'homicide involontaire sur un fœtus », *D.* 2001, 2917.
- note sous crim. 4 mars 2003, n° 02-82.194, Bull. crim. n° 58, « Conditions indignes de travail et violences volontaires par harcèlement moral », *RSC* 2003, p.561.
- note sous crim. 7 décembre 2005, n° 05-81.316, bull. crim. n° 326, « Le jeune âge de la victime, facteur de contrainte ou de surprise constitutive d'agression sexuelle », *RSC* 2006, p.319.
- note sous crim. 29 mars 2006, n° 05-81.003, bull. crim. n° 95, « Recours à la prostitution d'une mineure : le débat sur l'âge ! », *RSC* 2006, p.603.
- note sous crim. 8 juin 2010, n° 10-82.039, « De la particulière vulnérabilité liée à l'âge de la victime d'un viol », *RSC* 2010, p.619.

MERCAT-BRUNS M., note sous arrêt, soc. 11 mai 2010, n° 08-45.307 et n° 08-43.681, « Retour sur les discriminations à raison de l'âge », *RDT* 2010, p.587.

MICHEL V., note sous CJCE, grande ch., 23 sept. 2008, aff. C-427/06, Bartsch c/ Bosch und Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH, « Principe de non-discrimination en raison de l'âge », *Europe*, nov. 2008, comm. 335.

MOIZARD N.,

- note sous CJUE, 1re ch., 6 novembre 2012, Commission européenne c. Hongrie, aff. C-286/12, « Discrimination en raison de l'âge et mise à la retraite d'office de magistrats hongrois », *RDT* 2013, p.111-113.

MOORTEL B. Van de, note sous CA de Bordeaux, 3 juin 2003, 1ère ch., section A, arrêt n° 02/06127, « Accordéontologie de l'avocat ou l'art et la manière d'être digne », *Gaz. paL. 2* octobre 2003, n°275, p.3.

MORAND M., note sous CE 10 octobre 2011, requête n° 301014, Union syndicale Solidaires Isère, Juris-Data n° 2011-021910, « Le repos quotidien s'impose au contrat d'engagement éducatif », *JCP S*. 2011, 1568.

MOREAU M.-A., note sous CJCE, 14 juin 2007, aff. C-127/05, « L'obligation générale de préserver la santé des travailleurs (ou ne pas oublier l'ancrage communautaire de certains textes) », *Dr. soc*. 2013, p. 410.

MUIR E., note sous arrêt "Werner Mangold c. Rüdiger Helm", *RDUE* 2006, p.466-472.

MURPHY C., note sous CJUE 19 janvier 2010, affaire n° C-555/07 Landesarbeitsgericht Düsseldorf contre Seda Kücükdeveci/Swedex GmbH & Co KG, *RDUE* 2010, p. 379-387.

NEIRINCK C., note sous CA Fort-de-France, 26 nov. 2010, n° 10/539 : JurisData n° 2010-028234, « Un nouveau motif d'émancipation du mineur : l'intérêt des tiers », *Dr. Fam.* juin 2011, comm. 97.

OTTENHOF R., note sous crim. 19 avril 2005, *JCP* 2005, IV, 20353, « L'abus de faiblesse (art. L. 122-8, c. consom.) est constitué à la fois par l'atteinte à la vulnérabilité de la victime et par la disproportion de l'engagement extorqué », *RCS* 2006, p.325.

PETERKA N., note sous 1ère civ. 1 juillet 2003, *Rép. du Notariat Defrénois* 2004, n°1, p.31.

PEYRONNET M., note sous soc. 5 juin 2013, pourvoi n° 11-21.255, « Obligation de maintenir la capacité du salarié à occuper un emploi », *D.* 2013, actualité du 4 juillet 2013.

PRADEL J., note sous crim. 2 décembre 2003, pourvoi n°03-82.344, X, « Violences involontaires sur femme enceinte et délit d'homicide involontaire », *D* .2004, 449.

PRÉTOT X.,

- note sous soc. 28 février 2002, pourvoi n° 99-17.201 et soc. 11 avril 2002, pourvoi n°00-16.535, « La nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur : une jurisprudence *contra legem* ? », *D*. 2002, p. 2696.
- note sous civ. 2ème 7 octobre 2010, « Assurance vieillesse : les conditions d'ouverture des droits à pension au titre des carrières longues », *Dr. Soc.* 2010, p.269-273.
- Note sous CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International*, C-67/96 « La *CJCE* et les fonds de pension néerlandais : ad augusta per augusta»

RADÉ C.,

- note sous soc. 11 mai 2010, *Lexbase Hebdo sociale* du 27 mai 2010, n°396.
- note sous soc. 18 avril 2000, pourvoi n°97-44.235, *Dr. soc*. 2000, p. 646.

RAOUL-CORMEIL G., note sous 1ère civ. 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-14.272, « Fondement de l'obligation à la dette des frais funéraires », *D.* 2009, p.1927.

RÉMILLEUX P., note sous crim. crim. 29 mars 2006, pourvoi n° 05-81.003, « Recours à la prostitution de mineur : l'apparence physique suffit à prouver la minorité », *AJ pénal* 2006, p.262.

RUIZ-JARABO COLONNA D., Conclusions de l'avocat général, à propos de l'aff. du 24 avr. 2008, C-55/07 et C-56/07, *Rec.* p.I-3135.

SAVATIER J., note sous soc. 23 octobre 2007, n° 2190, *Dr. soc.* 2008, p.126-127.

SCHMITT M., note sous l'aff. The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing, *RDT* 2009, p.385-387.

SCHUTTER O. de, « L'aide au suicide devant la CEDH, à propos de l'arrêt Pretty contre le Royaume Uni du 29 avril 2002 », *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme,* 2003, n°53, p. 71 et s.

SIRO J., note sous CA de Bordeaux, Ch. sociale, section B, 3 février 2010, Juris-Data n° 2011-002114, « La dépression du salarié harceleur constitutive d'un accident du travail », *JCP G* 2011, 291.

SIMON D.,

- note, aff. C-36/02, Omega), *Europe* 2004, comm. 407.
- note sous décision du CE, 22 mai 2013, requête n°351183, « Limites d'âge dans la fonction publique : une occasion manquée pour le Conseil d'État d'interroger la Cour de justice, *Europe*, 2013, repère 9.

ROBIN-OLIVIER S., note sous CJCE, 22 novembre 2005, affaire C-144-04, Mangold, « Les contrats à durée déterminée des "séniors" à l'épreuve du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *RDT* 2006, p. 133.

TAURAN T.,

- note sous 2ème civ. 7 octobre 2010, M. X... c/ Urssaf des Pyrénées-Atlantiques, n° 09-69.830, *RDSS* 2010, p. 1175.
- « Le retour partiel à la retraite à 60 ans dans le cadre du dispositif carrière longue », *JCP S* 2012, act. 337.

THOMAS S., note sous CJCE 23 septembre 2008 dans l'arrêt C-427/06 Birgit Bartsch contre Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, article 13 CE, *RDUE* 2009, p.119-122.

VACHET G., note sous Soc. 19 décembre 1991, n°89-16.324, *RDSS* 1992, p.663.

VALORY S., note sous 1ère civ. 12 mai 2010, n° 08-21.112, « Rappel d'une règle élémentaire : la contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant ne cesse pas de plein droit à sa majorité », *RJPF* 2010, p.28.

VÉRICEL M., note sous Soc. 6 octobre 2010, n° 09-65.103, « Obligation patronale de sécurité et tabagisme passif », *RDT* 2011, p.322.

VERKINDT P.-Y.,

- note sous soc. 6 oct. 2010, n° 09-65.103, « Obligation de sécurité de résultat : dura lex... » *JCP S* 2011, comm. 1043.

- note sous soc. 6 oct. 2010, n° 09-66.140, « Visite médicale de reprise : vigilance ! », *JCP S* 2011, comm. 1027.

VERON M.,

- note sous crim. 27 avr. 2011, n° 10-82.200, « La portée du secret médical », *Dr. pén.* juin 2011, comm.77.
- note sous crim. 25 nov. 2008, « Le cantonnement à un poste pénible », *Dr. pén.* 2009, comm. 30, p.31-32.
- *Dr. pén.* 1996, n° 125.

VINEY G., note sous 2ème civ. 19 février 1997, Bertrand c/ Domingues et a. [arrêt n° 92 P + B], « Responsabilité de plein droit des parents encourue du fait des dommages causés par leur enfant mineur habitant avec eux », Les conclusions de l'Avocat général Roland KESSOUS, *JCP G* 1997, II, 22848.

VILLALARD Z. et CALBIAC J. de, « Accord national interprofessionnel de sécurisation de l'emploi du 11 janvier 2013 », *JCP S* 2013, act. 30.

WILLMANN C.,

- note sous crim. 4 mars 2003, n° 02-82.194, *Dr. soc.* 2004, p.112-113.
- note sous CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, Werner Mangold c/ Rüdiger Helm, « Le CDD senior allemand censuré par la CJCE », *Lexbase Hebdo sociale* du 12 janv. 2006, n° 197.
- « L'ordonnance n°2005-892 serait contraire au droit communautaire (à propos des conclusions de l'avocat général, CJCE aff. C-385/05) », *Lexbase Hebdo sociale* du 27 sept. 2006, n° 229.
- note sous CJCE, 16 octobre 2007, aff. C-411/05, Félix Palacios de la Villa c/ Cortefiel Servicios SA, « La mise à la retraite d'office n'est pas nécessairement discriminatoire au nom des politiques de l'emploi », *Lexbase Hebdo sociale* du 6 déc. 2007, n° 284.
- note sous crim. 13 janvier 2009, n° 08-80.787, « Conditions de travail: condamnation du travail forcé », *JPC S* 2009, 14.
- note sous CJCE, 5 mars 2009, aff. C-388/07, The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) c/ Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, « Comment la CJUE caractérise une discrimination fondée sur l'âge et apprécie la justification d'une différence de traitement », *Lexbase Hebdo sociale*, du 21 oct. 2010, n° 413.
- note sous CJUE, 12 janvier 2010, 2 arrêts, aff. C-229/08, Colin ; aff. C-341/08, Domnica ; CJUE, 19 janvier 2010, aff. C-555/07, Seda Kücükdeveci, « Discrimination selon l'âge : ente interdiction et validation », *Lexbase Hebdo sociale* du 4 fév. 2010, n° 381.
- note sous soc. 14 septembre 2012, n° 12-40.052, « Mise à la retraite d'un salarié à la retraite avant l'âge de 65 ans en application d'une disposition conventionnelle étendue : pas de renvoi devant le Conseil constitutionnel », *Lexbase Hebdo sociale* du 4 octobre 2012, n° 500.
- note sous CJUE, 7 juin 2012, aff. C-132/11, « Une différence de traitement en fonction de la date de recrutement n'est pas qualifiable de discrimination fondée sur l'âge », *Lexbase Hebdo sociale* du 14 juin 2012, n° 489.

OUVRAGES NON JURIDIQUES

ARIÈS Ph., L'enfant dans la famille, in *Histoire des populations françaises*, éd. du Seuil, 1971, Paris.

ARISTOTE, *Les politiques*, trad. P. PELLEGRIN, GF Flammarion, 1990, Paris.

BALZAC H. de, *La femme de trente ans*, Hatier Poche, 2006.

BARNAY T. et SERMET C., (dir.), *Le vieillissement en Europe. Aspects biologiques, économiques et sociaux*, La Documentation française, 2007.

BEAUVOIR S. de, *La vieillesse*, Gallimard, 1970.

BELLONE L., *Amélioration de la condition de l'homme au travail ; Manuel d'ergonomie, les éditions d'organisation*, Paris, 1976.

BERNARD M., *Le corps*, éd. Le Seuil, 1995.

BLANCHARD J., *Bréviaire à l'usage des princes et des pauvres gens. Sentences des XIV^e^ et XV^e^ siècles* réunies par, Coll. Agora, Paris, 2011.

BUCKLEY E. F., Trad. de GODET S., *Légendes de la Grèce antique*, Librairie Payot et Cie, 1931.

CASTEL R., *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Fayard, 1995.

CATANG P.-Y., *Écart entre le travail prescrit et le travail réel : contribue-t-il à l'augmentation des contraintes psychologiques et organisationnelles des salariés de la mise en rayon des supermarchés de la région Grenobloise ?*, Thèse de médecine, Grenoble, 2012.

CICÉRON, *De la vieillesse, Caton l'Ancien*, Les belles lettres, 2008.

COMMELIN P., *Mythologie grecque et romaine*, éd. Garnier Frères, 1960.

DEJOURS C., L'évaluation *du travail à l'épreuve du réel*, INRA, Paris, 2003.

DEJOURS C. (dir.), *Conjurer la violence. Travail, violence et santé*, éd. Payot et Rivages, 1ère éd. en 2007, rééd. en 2011.

FELLER E., *Histoire de la vieillesse, 1900-1960, du vieillard au retraité*, éd. Seli Aslan, Paris, 2005.

GUILLEMARD A.-M.,

- *L'âge de l'emploi, Les sociétés à l'épreuve du vieillissement*, Armand Colin, 2003.
- *Le déclin du social*, PUF, 1986.

HARICHAUX P. et LIBERT J.-P. (dir.),

- *Ergonomie et prévention des risques professionnels, Tome 1, L'environnement physique du travail et ses contraintes*, Chiron éd., 2003, Paris.
- *Ergonomie et Prévention des risques professionnels, Tome 2, Les contraintes musculo-squelettiques et leur prévention*, par Chiron éd., 2003, Paris.

HOBBES, *Le Léviathan*, trad. R. ANTHONY, Tome 1 De l'homme, éd. M. Giard et C., 1921.

HOMÈRE, *L'Odyssée*, annoté par Ph. BRUNET, trad. V. BÉRARD, éd. Gallimard, avril 1999, IX, 170-453, p.171-180.

KANT E., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. DELBOS, Librairie Delagrave, Paris, 1986.

LA FONTAINE J. de, *Fables*, Le Livre de poche, 2002.

Le BRETON D., *Conduites à risque, essai*, PUF, 2002.

MIAS A., *Les risques professionnels, Peut-on soigner le travail*, Ellipses, 2010.

ORRIEUX C. et SCHMITT PANTEL P., *Histoire grecque*, Quadrige, PUF, 1ère éd., 1995.

PAILLAT P., *Vieillissement et vieillesse*, Que sais-je ?, PUF, 2ème éd., 1982.

PERCHERON A. et REMOND R. (dir.), *Âge et politique*, coll. La Vie Politique, Economica, Paris, 1991.

PERVIN L. A. et JOHN O. P., *La personnalité : de la théorie à la recherche*, adaptation française, Coll. Ouvertures psychologiques, De Boeck, Bruxelles.

RENAUT A., *Égalité et discriminations, Un essai de philosophie politique appliquée*, Ed. Seuil, 2007.

ROUSSEAU J.-J., *Discours sur les sciences et les arts, Discours sur l'origine, et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1971, GF Flammarion.

ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Les classiques Hatier de la philosophie, 1999.

SALLES C., *Naissance d'une nation, des origines à 987*, Histoire de France illustrée, Larousse, Paris, 1988.

SAURET C. et THIERRY D., *La Gestion prévisionnelle et préventive des emplois et des compétences*, L'Harmattan, 2ème éd., 1993.

SAUVEUR Y., *Images de la vieillesse dans la France contemporaine : Ambiguïtés des discours et réalités sociales*, Société, EUD, 2013.

SIMON J., *L'Ouvrier de 8 ans*, 1891, éd. BiblioBazaar, réed. 2008.

TRINQUET P., *Prévenir les dégâts du travail : l'ergoprévention*, Le travail humain, PUF, 1ère éd., 2009.

VALENTIN M., *Travail des Hommes et savants oubliés ; Histoire de la médecine du travail, de la sécurité et de l'ergonomie*, éd., Docis, 1978, Paris, 329 p.

VILLERMÉ L. R., *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Paris, 1840.

VILLEY M., *Le droit romain*, Que sais-je, PUF, 2002, p. 53-57.

VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Garnier Flammarion, 1964.

WEINERT P., BAKENS M., BOLLEROT P., PINESCHI-GAPENNE M., WALWEI U., *L'employabilité de la théorie à la pratique*, collectif éd. par Lang, 2001.

ARTICLES NON JURIDIQUES

CASTELAND J.-C., « Évolution générale de la mortalité en Europe occidentale de 1900 à 1950 », *Population* 1960, vol.15, p.70 et s.

DEBRAND T., LENGAGNE P., « Pénibilité du travail et santé des seniors en Europe, Questions d'économie de la santé », n°110, mars 2007, IRDES (à propos de l'enquête européenne SHARE 2004).

DELAY B., « La transmission des savoirs dans l'entreprise », *Informations sociales* 2006/6, n°134.

DESCAMPS R., « Le DIF, la maturité modeste », *Bref du Céreq*, mai 2012, n°229-2.

DUBOIS H., « Le travail après la retraite dans l'Union européenne », *Retraite et société*, 2013/2, n°65, p.155 et s.

DUPRAY A. et RECOTILLET I., « Mobilités professionnelles et cycle de vie », *Economie et Statistique*, 2009, n°423, p.36.

ERIKSON P., « Comme à toi jadis on l'a fait, fais-le moi à présent… », *L'Homme* 2003/3-4, n°167-168, p. 129-158.

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK, Wellbeing at work: creating a positiv work environment, *E-fact* 76, 19 août 2013

FAURIE I., FRACCAROLI F. et LE BLANC A., « Âge et travail : des études sur le vieillissement au travail à une approche psychosocial de la fin de la carrière professionnelle », *Le travail humain*, tome 71, 2/2008, p.159-160.

FELLER E., « L'hospice des vieux (1900-1970). De la construction à l'écroulement d'un idéal de prise en charge de la vieillesse », in *Regards croisés sur la protection sociale de la vieillesse*, FELLER E. et CRIBIER F., Comité d'histoire de la sécurité sociale, La Documentation française, 2005, p. 43-82.

GOURDON V., « Vieillesse, vieillesses : un regard historique », in *Le vieillissement en Europe, Aspects biologiques, économiques et sociaux,* dir. T. BARNAY et C. SERMET, Coll. Etudes, La Documentation française, 2007, p.17 et s.

GUILLEMARD A.-M., « Politiques publiques et cultures de l'âge. Une perspective internationale », *Politix*, 2005/4, n° 72.

HERAN F., « L'inexorable privilège du vieillissement », *Alternatives économiques, Hors-série* n°85, 2011, p.26-27.

JOURBIER J.-M., « Compétence(s), qualification(s), un enjeu de reconnaissance », *Revue CFDT*, mars 2001, p.23.

LADISLAS R., « Biologie du vieillissement », *Communications*, n°37, Le continent gris. Vieillesse et vieillissement, 1983, p.17-30.

LAMINE DIOUF M., « La case de l'homme : un rituel au service du narcissisme et de l'intégration de la loi chez l'adolescent africain », *Perspectives Psy*, 2010/2, voL. 49, p. 137-143.

LASPEYRES F., « Le passage scolaire allemand dans l'œil du cyclone PISA », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, Tome 39, n°1, janvier-mars 2007, p.17-22.

LE BRAS H., « Les politiques de l'âge », *L'Homme*, 2003/3-4.

LE GRAND-SÉBILLE C., « Des rites pour se situer », in *Fins de vie, éthique et société*, dir. HIRSCH E., éd. ERES, 2012, p.460-467.

LANZIERI G., "The greying of the baby boomers : A century-long view of ageing in European populations", *Eurostat Statistiques in focus*, 23/2011.

LORIAUX M., « Du vieillissement démographique à l'intégration des âges : la révolution de la géritude », *Population*, 1995, 50ème année, n° 6, p.1611-1625.

MEHL R., « Valorisation des âges dans la société actuelle », in Les âges de la vie, tome II, VII colloque national de démographie, Strasbourg le 5-7 mai 1982, *travaux et documents*, cahier n°102, PUF, éd. INED, p.70-72.

MONTEIL C. et ROBERT-BOBEE I., « Les différences sociales de mortalité : en augmentation chez les hommes, stables chez les femmes », *INSEE Première*, juin 2005, n° 1025.

MULLER P., « L'analyse cognitive des politiques publiques : vers une sociologie politique de l'action publique », *Revue française de science politique*, n° 2, 2000, p.189-208.

REYNAUD J.-D., « Le management par les compétences : un essai d'analyse », *Revue Sociologie du travail*, 2001, n°43, p.7.

SÈVE M., « Les Grecs de l'Antiquité connaissaient-ils leur âge ? », Les âges de la vie, *Le Portique*, 2008, n°21.

SUPIOT A., « Ressources humaines et non "matériel humain" », *Le Monde initiatives*, nov. 2003, p.14.

SUTTER J., « Âge physiologique et âge chronologique », Actes du colloque *Alliance National contre la dépopulation. Trois journées pour l'étude scientifique du vieillissement de la population*, 22-23-24 avril 1948, fascicule III.

VALETTE-CAGNAC E., « Être enfant à Rome. Le dur apprentissage de la vie civique », dossier Enfant et apprentissage, *Terrain*, 2003, n°40, p.49-64.

VALLIN J. et MESLÉ F., « Espérance de vie : peut-on gagner 3 mois indéfiniment ? », *Population* 2010, n°473, p.1-4.

WEBOGRAPHIE

- Site du *Deutsche Rentenversicherung*, site : www.deutsche-rentenversicherung.de
- Sites de la sécurité sociale, section de l'assurance retraite : www.lassuranceretraite.fr et www.retraites.gouv.fr.
- Site de l'Assemblée nationale et du Sénat : http://www.assemblee-nationale.fr/ et http://www.senat.fr/

- Pour la traduction de la Loi fondamentale : http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz/
- Site du Conseil d'orientation des retraites : http://www.cor-retraites.fr/
- Site du Conseil de l'Union Européenne : http://consilium.europa.eu/
- Site de la CJUE : http://curia.europa.eu/
- Site pour la consultation du SGB VI : http://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/
- Site du droit de l'Union européenne : http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm
- Site de la Cour fédérale du travail de la République fédérale d'Allemagne : http://bundesarbeitsgericht.de
- Site de l'assurance retraite du royaume de l'Angleterre : Pension and retirement planning : www.direct.gov.uk
- Site du Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé : http://travail-emploi.gouv.fr/
- Le régime suédois de sécurité sociale, sur le site du Centre des Liaisons Européennes et Internationales de sécurité sociale : http://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_suede.html

AUTRES

AFP « Le droit de vote aux élections locales accordées aux 16-18 ans ? », *Libération*, 24 septembre 2013.

BOURBON J.-Cl., « Les préretraites font leur retour chez Renault », *la Croix*, 16 janvier 2013.

BISSUEL. B., « Les seniors variables d'ajustement des entreprises », *Le Monde*, 22 juin

2010.

CHEYSSON-KAPLAN N., « Réforme des retraites : des petites mesures techniques passées inaperçues », *Le Monde*, 18 septembre 2013.

JANIN C. « Partir en retraite à 58 ans avec 75% du salaire ? », *Ouest France*, 4 février 2013 ;

LE MONDE, « Retraites : 62 ans, trois millions de manifestants, 26% de popularité pour Sarkozy », *Le Monde*, article du 29 octobre 2010.

ÖCHSNER T. , « *Immer mehr Rentner arbeiten* » Toujours plus de travailleurs retraités, *Süddeutsche Zeitung*, 28 août 2012.

Ouest France, rencontre tripartite à Deauville du 18 octobre 2010, Ouest France, 19 octobre 2010.

PREUSS R. et OSEL J., *« Acht Jahre Freizeit, welche wir opfern müssen* », *Süddeustche Zeitung* du 17 juin 2013.

REUTERS (agence de presse) « *Volkswagen : Proteste gegen Rente mit 67* », *Spiegel*, paru le 31 janvier 2007, accessible sur le Spiegel.online.

SERIZAY B., « Les retraites supplémentaires », Capstan TV, 17 janvier 2012.

SHÔHEI IMAMURA, *La Ballade de Narayama*, film, 1983.

Index

Par numéro de paragraphe

A

Accord national interprofessionnel,
- accord national interprofessionnel pour un nouveau modèle économique et social…, 134, 304
- voir *Aménagement de carrière*
- voir *Gestion prévisionnelle des emplois*

Actes patrimoniaux, voir *Parents.*
Adaptation
- évolution des emplois (à l'), 129, 132
- poste de travail (au), 125, 127, 132
- travail à l'homme (du), 124 - 125, 490 - 491

Adolescent, 89
Adulte, 95, 121
Age
- cycle de vie, 60 - 64
- critère de sélection, 80
- définition, 6 - 7
- dimension objective, subjective, 10-11
- dispense de recherche d'emploi, 420, 422
- exclusion (critère d'), 83
- expérience, 80 - 81
- individualisation, 9,
- loi applicable (détermination), 13
- levier, 55, 149, 191, 258, 366, 507
- mesures spécifiques, 82
- preuve (identification), 9 -10
- risque social, voir *Vieillesse*

Age légal de la retraite,
- élaboration, 346 - 349
- flexibilité voir *Flexibilité*
- rôle (financement), 282 -283
- généralisation, 354 - 357, 359, 361
- principe fondamental de sécurité social, 366
- seuils d'âge (relèvement), 368 - 369, 371, 383-384
- convergence européenne, 383 -384

Allongement de la durée de la vie, 46, 339 -340
Aménagement du temps de travail, 125
Aménagements de carrière,
- activité post- liquidation (pension), 485 -487
- aménagement du temps de travail, 482
- accord national interprofessionnel, 482 - 483
- cessation progressive (activité), 480 - 481

B

BISMARCK 283, 346, 349, 414

C

Capabilité, 144
Capacité juridique, 18 - 19, 73, 114 - 115
- voir *Jouissance*

Capacité de production, 29 - 32., 35, 43
Capacité professionnelle (définition), 131
Capitalisation (système par capitalisation), 283,
Carrière professionnelle (dimension culturelle), 88, 89
Cause réelle et sérieuse, voir *Licenciement*
Clause
- cessation automatique de la relation de travail, 208, 238, 245, 435, 444 - 445 .

-clause - guillotine, voir *Clause de cessation automatique de la relation de trava*il
-clause - couperet,voir *Clause de cessation automatique de la relation de trava*il
- souples, 436

Clause de non régression (directive n°94/33/CE), 119
Clause de désignation (retraite d'entreprise), 324- 327
Comité de la protection sociale, 381 - 382
Comité de pilotage des régimes de retraite, 296
Comité de politique économique, 381
Compétence (du travailleur),
- voir *Employabilité*
- définition, 143

-employeur (défaut d'obligation), 143
- salarié (responsabilité), 143-144

Concept (définition), 49-51, 98, 153, 259
Contrat à durée déterminée senior, 485
Contrat de génération, 96, 136, 146
Contrat de première embauche, 96
Coordination des systèmes de sécurité sociale, 377
Corps (être humain), 114, 124, 139 - 140, 151, 189
Culture de l'âge, 55, 88 - 90, 148
Cumul emploi-retraite,
- dispositif, 464, 469 - 470
- Inspection Générale des Affaires Sociales, 474, 476
- liberté du travail, 456 - 459
- limitation, 452-454, 467 - 468
- menaces, 472 - 473, 475
- restriction (justification), 460 - 463
- surcote (distinction), 474

D

Droit individuel à la formation, 144
Décote, 368, 370, 404 -407,
Différence de traitement,
- discrimination (distinction)213 -215,
- justification, voir *Discrimination*

Différence sexuelle (régime de pension dérogatoire), 419
Dignité humaine,
- cadavre, 170
- CICÉRON, 158
- définition, 151, 156
- discrimination, 181
- droit européen, 163
- droit de l'Union européenne, 164
- fondements philosophiques, 156 - 160
- droit objectif, droit subjectif, 172- 176
- embryon, foetus, 166-168
- enfant, 179
- esclavage, 161, 162

- KANT, 160
- mort,169 - 170
- PLATON, 157
- principe matriciel, 180
- SAINT-THOMAS D'ACQUIN, 159
- travail (au), 179, 181, 187 - 189
- valeur constitutionnelle, 161, 162
- volonté, voir Droit objectif, droit subjectif
- vulnérabilité, 175, 181
Directive n°2000/78/CE
- aménagements raisonnables (handicap), 237
- applicabilité, 217
- effet direct vertical, 217
- champ d'application matériel, 222, 223
-transposition, 208, 210 - 211, 216 - 218
Discrimination,
- définition, 203
- distinction (égalité de traitement),voir *Egalité*
- directives n°2000/43/CE et n°2000/78/CE, 79,
- handicap (motif prohibé), 203-204, 209, 227
- harcèlement moral, 181
- incrimination pénale, 79
- justification, voir *Principe de non-discrimination*
- principe général de l'Union, voir *Principe de non-discrimination*
- positive, 214
Droit
- retraite (à la), 359, 361, 362, 393, 393 bis, 394 , 396
- repos (au), 354, 355, 361, 362, 393, 393 bis, 394, 396,
- travail (au), 460, 464, 469, 474, 544, 570
Droit social
(définition) 30- 34
Droit-créance, 394, 395, 458
Droits de tirage sociaux (SUPIOT), 491

E

Effort contributif,
- Allemagne, 323, 403
- France (pension légale), 401, 402
Egalité (principe),
- discrimination (distinction), 192
- fondements philosophiques, 196-200
- humanisme, 200
- mise en œuvre (directive), 204, 217, 218
- terminologie, 213-215
- Union européenne, 202
Emancipation
- juste motif (demande d'émancipation), 76, 77
- mariage 75
- procédure 76
Embryon
- voir *Dignité humaine*
Employabilité,
- définitions, 129
- employeur (rôle) 131, 132
- obligation d'adaptation au poste de travail 132
- obligation d'adaptation à l'évolution de l'emploi, 132
- Union européenne (lignes directrices), 130
Enfance,
- création, 70, 71
- culture, 86, 87
Entreprise
- caractérisation, 326
- monopole, 325
Entreprise de travail à temps partagé, 487
Equipement de protection individuelle,
- voir *Intégrité physique*
Equité,
- voir *Pacte intergénérationnel*
Ergonomie,
- définition, 126
- exemples: (bruit) 126, (pièces de travail) 127
- négociation collective, 135
- trouble musculo-squelettique, 127
esclavage,
- v. *Dignité humaine*, 116
- travail des enfants, 29
- VOLTAIRE, 200

F

Famille (cellule), 14
Flexibilité
- âge légal de la retraite, 359, 361, 375
- conciliation, 398
- décote, voir *Décote*
- surcote, voir *Surcote*
Fœtus,
- voir *Dignité humaine*
Fonds national pour l'emploi, 420, 422

G

Garantie de ressources, 359
Générations,
- concurrence (entre) 475
- échange, voir *Solidarité* -
partage du travail, voir *Partage du travail*
Gouvernement des âges, 69, 90
Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences,
- acccord national interprofessionel, 133 - 134
- contrat de génération, 136,
- définition, 133-134
- employeur (obligation), 136 - 137
- formation (refus du salarié), 142
- travailleurs âgés (négociation) , 135

H

Handicap,
- dérogation (âge légal de la retraite)
- Allemagne, 361, 368
- France, 416
- motif prohibé, voir *Discrimination*
- personnes gravement handicapées
- décote, 370, 406, 415
Harcèlement,
- définition (directive n°2000/78/CE), 203
- harcèlement moral, 181
Humanisation
- âge (objectif), 148
- rapport juridique, 97
- technique de production (adaptation du travail à l'homme), 124
Humanisme,
- voir *Egalité*,
- voir *Retraite progressive*

I

Inspection Général des Affaires Sociales (IGAS), 474, 476, 486, 493,

Incapacité,
- acte de commerce (mineur), 109
- voir *Capacité*
Indépendant (travailleur),
- voir *Travailleur indépendant*
- travailleur mineur, 109-112
Intégrité physique
- alerte (dispositif), 140
- équipement de protection individuelle, 139
- obligation de moyen (travailleur), 140
- obligation de sécurité (employeur), 121
Intégrité psychique, 189
Invalidité,
- âge, 67, 68, 341, 346-347
- assistance, 345
- diminution de la capacité de gain 414
- menace (histoire, France), 67
- pension vieillesse -invalidité (Allemagne), 68, 346 - 347

J

Jeune travailleur,
- effectif, 96
-présomption d'immaturité professionnelle (d'inaptitude professionnelle), 96
Jouissance, 20
Justice
- distributive/ contributive, 295
- pacte intergénénationnel (injustices), 293

L

Liberté de l'industrie, 70
Liberté du travail,
- droit à l'emploi (conciliation), 461
- droit de l'Union européenne, 459
- fin de carrière (retraite progressive), 490
- partage du travail, voir *Partage du travail*
- travailleur mineur, 101
- valeur constitutionnelle, 456 - 458
Licenciement
- abus de pouvoir (employeur), 430
- cause réelle et sérieuse, 429, 432
- fondement juridique (directive n° 2000/78/CE), 220
- mise à la retraite, voir *Mise à la retraite*
- motif prohibé, 430 - 431, 508
Liquidation (pension),
- BISMARCK (conditions), 346
- conditions (Allemagne), 361, 368 - 369
- conditions (France), 356 - 357, 371, ,
- définitive, voir *Cumul emploi-retraite*
- faculté (assuré), 396
- histoire (France), 348-349,
- incitation financière, voir *Décote*, voir *Surcote*
- progressive
- Royaume - Uni, 383
- Suède (conditions), 300
- taux plein, 401 - 403
Liquidation progressive, 480- 481
Longue carrière (pension française), 412
Longue durée (pension allemande), 361, 368, 406, 413

M

Majorité, 73,104
- histoire 92- 93
- civile, 93, 95
- légale, 73, 111, 195
- pénale, 94
Maladies
- professionnelles (tableau), 189
- psychiques, 189
Méthode ouverte de coordination, 47, 379, 381
Mineur,
- activités professionnelles, voir *Travailleur mineur*
- apprentissage, 103, 114
- compte bancaire (ouverture), 116
- définition, 103
- discernement, 74
- responsabilité civile, 15, 94
- responsabilité pénale, 94
- scolarité (obligation), 102- 105
- salaire, voir *Travailleur mineur*
Mineur émancipé, voir *Emancipation*
Mise à la retraite,
- article 6 §1 de la directive n°2000/78/CE, 220, 253, 302, 445
- distinction, 444
- régime 438 - 440,

O

Objectif légitime,voir *Principe de non discrimination*
Obligation de sécurité, voir *Intégrité physique*
Obligation scolaire, voir *Mineur*
Organisme de sécurité sociale (caractérisation), 326

P

Parents
- administration des biens 16, 20, 21
- autorité 14
- discernement (mineur), 74
- entretien (obligation d'), 14, 107
- responsabilité 15
- représentation, 73
- sanction 17
- sécurité 16
Pacte intergénérationnel,
- âge (rôle), 282, 301
- solidarité, voir *Solidarité intergénérationnelle*
- équité, voir *Equité*
Partage du travail,
- conciliation, 469 - 470
- génération, voir *Génération*,
- limitation (cumul emploi-retraite), 462-464
- objectif légitime (différence de traitement), 447
- obligation de solidarité nationale, 462
Pénibilité,
- notion, 184 - 186, 423
- compte personnel de prévention, 188, 424
Pension de vieillesse,
- annuités (mécanisme de modulation), 290
- indexation, 287- 288
- invalidité, voir *Pension vieillesse- invalidité*
- liquidation (faculté), 396 -397
- modalité de calcul, 402 - 403
- salaire différé, 359, 400
- taux de remplacement, 286
- taux plein (définition), 402
- trimestres, 289
Pensionnés cumulants, 475
Pilier
- cumul emploi- retraite, 473

- théorie, 265,
Polices de l'âge, 85 - 86
Portabilité des droits acquis,voir *Retraite professionnelle*
Portage salarial, 487
Préretraite, 420 - 421,
Préretraite d'entreprise,
- congé de fin de carrière, 502
- convention de préretraite maison, 502 - 503
- dispositif, 497 - 499
- contribution punitive, 500 - 501, 504
Préretraite progressive, 480
Présomption
- fragilité, 22, 24
- incapacité, (vieillesse- invalidité), 346 - 347, 365
- inemployabilité (immaturité), 96
- inexpérience professionnelle, 96
- pertinence (de), 254
Prévoyance individuelle, voir *Vieillesse*
Prévoyance d'entreprise, voir *Retraite d'entreprise*
Principe d'égalité de traitement, voir *Egalité*
Principe de non-discrimination à raison de l'âge, voir *Différence de traitement*, voir *Discrimination*, voir *Non-discrimination*
- avènement (jurisprudence Mangold), 216, 218 - 219, 224
- dérogation,
  - article 2 §5 de la directive n°2000/78/CE, 231- 232, 240
  - article 4 §1 de la directive n°2000/78/CE, 233- 234
  - article 6§1 de la directive n°2000/78/ CE, 235, 243-247, 251-253
  - article 6 §2 de la directive n°2000/78/ CE, 236
- effet direct, voir *Directive n °2000/78/CE*
- fondement (juridictions nationales), 207, 211, 219 - 220, 445
- justification (différence de traitement),
  - partenaires sociaux, 232, 254, 444
- limite (application), 224 - 225
- méthodologie (interprétation), 444 - 445
- objectif légitime,
- - appréciation, 445
  - contexte, 243
  - controverse, 245 - 247
  - détermination, 243, 244
- - partage du travail, 443, 444
  - santé et sécurité publique, 231 - 232
- proportionnalité
  - mesure appropriée, 251
  - mesure excessive, 253
  - mesure nécessaire, 252 -253,
- terminologie, 214 - 215
- valeur juridique (droit de l'Union), 203 - 204
- valeur juridique (droit national), 205, 209
Principe fondamental de la sécurité sociale, 366
Principe
- définition, 150
- matriciel, 180
- principe général du droit, 202
Profession, 35
Professionnel, 41

Q

Question prioritaire de constitutionnalité, 205

R

Réforme
- paramétrique, 288 - 291, 296
- structurelle, 297
- systémique, 296 - 299
Régime
- cotisations définies (à), 315 - 316
- points (Allemagne), 403
- pension suédoise, 300
- prestations définies (à), 314 -315
Rémunération,
- indemnité (rupture conventionnelle), 447
- retraite d'entreprise, 310
Répartition (système par),
- définition, 281
- équité, voir *Pacte intergénérationnel*,
Retraite,
- âge, voir *Age légal de la retraite*
- -BISMARCK, voir *BISMARCK*
- définition, 396 - 397
- droit au repos, voir *Droit au repos*
- droit à la retraite, voir *Droit à la retraite*
- généralisation, 358
- ordonnance de 1945, 355- 356
- pension, voir *Pension de vieillesse*
- plan français de sécurité sociale, 354
- retraites ouvrières et paysannes, 348 - 349
Retraite progressive,
- dispositif, 494
- fin de carrière, voir *Liberté du travail*
- humanisme, 490 - 491
- succès, 493
Retraite professionnelle (retraite d'entreprise),
- affiliation obligatoire, 327
- anticipation collective
  - protection sociale complémentaire, 304
  - sécurisation (fonds), 334,
  - interface (entreprise) 335.
- avantage différé, 310
- avantage social, 308 - 309
- collectif (création), 312
- dispositif, 317 - 319
- employeur (engagement), 372
- épargne retraite, 318
- garantie collective, 312
- historique, 343
- portabilité (prestation) , 331- 332
Riester, 287, 318, 323, 403
Risque,
- définition, 339,
Risque social, 365
Risque vieillesse,
- caractérisation, 268, 340, 347, 349, 350, 355
- encadrement, voir *Réforme paramétrique*
- incapacité, voir *Présomption*
- individuel, 342
- invalidité, 341
Rupture conventionnelle, 446 - 447

S

,

Salariat,
- définition, 36 - 38

- cumul emploi-retraite, 485
- mineur, voir *Travailleur mineur*
Santé,
- objectif légitime, voir *Principe de non discrimination*
- pénibilité, 186 - 187
- psychique, 189
- travailleur, voir *Adaptation du travail à l'homme*, voir *Ergonomie*
- travailleur mineur, 117 - 119
Savoir-faire,
- transmission, 146
- travailleur, 145
Solidarisme (BOURGEOIS), 272
Solidarité,
-âge (rôle), 282
- BOURGEOIS, voir *Solidarisme*
- DURKHEIM, 270
- état de nature,
  - HOBBES, 198
  - ROUSSEAU, 199, 273
  - SMITH, 275
  - VOLTAIRE, 200
- intergénérationnelle, 277 - 279
- polysémie (définition), 278
- SAUVY, 280
- SUPIOT, 280
Stratégie Europe 2020, 130
- taux d'emploi , voir *Taux d'emploi*
Stratégie européenne pour l'emploi,
- lignes directrices, 130 - 131
Système de protection sociale
- étages (théorie), 265
-piliers (théorie) 265
Surcote, 408 - 409, 474

T

Taux d'emploi,
- travailleurs âgés, 388
- Stratégie Europe 2020, 387 - 388, 495
Taux de remplacement du salaire, voir *Pension*
Travail des enfants,
- conventions OIT, 29
- prohibition; 70 - 71, 104 - 105
Travail (réel / prescrit), 145
Travailleur indépendant,
-définition, 39-42
- minorité, voir *Travailleur mineur*,
Travailleur mineur
- activités (limitation), 117, 118
- activité commerciale, 76, 109
- contrat de travail (conclusion), 114 - 115
- dérogation (activité professionnelle), 103 - 105, 108, 112
- durée du travail, 117- 119
- évaluation des risques, 119
- indépendant (travailleur), 109 - 111
- intégrité physique (activités dangereuses), 117 - 119
- salaire (perception), 116
Travailleur salarié, voir *Salariat*

U

Union européenne
- compétence d'appui, 376
- défaut de compétence, (retraite), 376
Usure (physique du travailleur),
- adaptation du travail à l'homme, voir *Adaptation du travail à l'homme*
- distinction (vieillissement), 123
- prématurée (refus), voir *Ergonomie*
- travailleur, voir *Intégrité physique*

V

Validation des Acquis de l'Expérience, 190
Vie professionnelle, v. *Carrière professionnelle*
Vieillesse,
- assistance, 345, 349
- élaboration, 67- 68, 338 - 342, 345, 347, 350
- prévoyance individuelle, 342
- risque social, 365
- vieillissement (distinction), 45
Vieillissement,
- âge, 98 - 99
- défi budgétaire, 382
- distinction (vieillesse), 45
- distinction (usure), 123
- définition, 46
- Union européenne, 47
Vieillissement actif,
- lignes directrices, 130
- Union européenne; 378 - 380
Vulnérabilité,
- atteinte à la personne (gravité), 27
- atteinte à la dignité, voir aussi *Dignité*
- travailleur mineur,
  - consentement, 113 - 115
  - intégrité (physique), 117 - 120
  - rémunération, 116

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION **1**

§1. L'ÂGE, UN MARQUEUR DU TEMPS 5
1. Les définitions de l'âge 5
2. L'impératif d'une acception commune 9
§2. L'ÂGE SAISI PAR LE DROIT 13
1. L'âge au soutien de la cellule familiale 14
2. La protection du patrimoine du vulnérable 18
3. Des dérogations justifiées par l'âge 24
4. Une protection pénale accrue 30
§3. L'ÂGE EN DROIT SOCIAL 33
1. La capacité de production, cœur du droit social 34
2. La relation professionnelle, cadre d'exercice de la capacité de production 40
a. La relation de travail subordonnée 42
b. L'activité indépendante 46
§4. ÂGE, VIEILLISSEMENT ET VIEILLESSE, TRIPTYQUE D'UNE PROBLEMATIQUE RENOUVELEE DE LA SAISIE DES AGES 51
§5 LA DEMARCHE METHODOLOGIQUE RETENUE 57

PARTIE 1. LE CONCEPT DE L'ÂGE DANS LES RELATIONS PROFESSIONNELLES **63**

TITRE 1. LES FONDEMENTS DE L'ÂGE DANS LES RELATIONS PROFESSIONNELLES 65
Chapitre 1. Les fondements culturels du concept de l'âge *67*
Section 1. La police de l'âge, saisie du cycle de vie 69
§1. L'âge, un instrument de réglementation ancien 69
A. La dimension organisationnelle originelle de l'âge 70
1. La saisie de la dimension physiologique dans l'Antiquité 70
2. Un instrument au soutien de la stratégie politique et militaire 73
B. Les prémices des polices d'âge modernes 77
1. La naissance juridique de la vieillesse. 77
2. La naissance juridique de l'enfance 80
§2. L'âge, facteur d'humanisation de la société moderne 82
A. Le législateur, promoteur de l'accession progressive de l'autonomie 83
B. Le législateur, bâtisseur de l'inclusion sélective 90
Section 2 : L'adhésion sociétale à la norme juridique 96
§1. La culture de l'âge, l'acceptation de la norme juridique 97
A. La reconnaissance culturelle de l'enfance 97
B. La dimension culturelle de la vie professionnelle 100
§2. Le rejet de la modification de la culture de l'âge, source de conflits 103
A. L'unité de la majorité à l'épreuve de la modernité 103
B. Le refus de la présomption légale d'une maturité laborieuse 110

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ..... **115**

Chapitre 2. Les fondements physiologiques du concept de l'âge *117*
Section 1: Les fondements physiologiques de l'accès à l'emploi. 118
§1 La réglementation de l'accès à l'indépendance économique du mineur 119
A. Le seuil d'âge d'extinction de l'obligation scolaire au soutien de la formation initiale 120
B. L'encadrement légal de l'activité professionnelle du mineur 128
§2. L'accès à la vie professionnelle face aux justifications physiologiques des seuils d'âge 135
A. La reconnaissance de la liberté contractuelle du jeune travailleur 136
B. La perception du salaire, l'accession à une pré-majorité par le travail 140
C. Une protection justifiée par la jeunesse du corps et de l'âme du travailleur mineur 143
Section 2 : Le vieillissement dans l'emploi. 150
§1. L'adaptation de l'emploi au vieillissement du salarié. 152
A. L'adaptabilité du travail à l'Homme encouragée 153
1. L'adaptation du travail à la physiologie du salarié 153
2. Le refus d'une usure prématurée 158
B. Le maintien de l'employabilité recherché 163
1. La promotion de l'adaptation à l'environnement professionnel 164

2. Le maintien des capacités, une obligation légale impérieuse ... 168
3. L'anticipation du vieillissement ... 171
§2. La gestion du vieillissement par le salarié ... 181
A. Le salarié face au vieillissement de son corps ... 182
B. Le salarié face au vieillissement de ses capacités ... 184
1. Le travailleur, acteur de sa « *capabilité* » ... 184
2. Le travailleur, acteur de la transmission du savoir ... 189

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ... 192

CONCLUSION DU TITRE 1 ... 194

TITRE 2. L'ÂGE AU REGARD DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT DANS LES RELATIONS PROFESSIONNELLES ... 197
Chapitre 1. La dignité dans l'âge ... 201
Section 1 La défense de la dignité à tout âge. ... 202
§1. La dignité, au cœur de l'Homme ... 203
A. L'élaboration autonome d'un concept juridique, la dignité humaine. ... 203
1. La naissance d'un concept philosophique ... 204
a. La dignité, une qualité réservée au bon citoyen ... 204
b. La dignité, une qualité humaine ... 207
c. Les racines philosophiques modernes ... 208
2. L'intégration dans l'ensemble normatif ... 210
B. La détermination des limites de l'humanité ... 215
§2 : Les effets de l'appartenance à l'humanité. ... 221
A. La dignité humaine face à la volonté individuelle ... 221
B. Le devoir de dignité ... 225
Section 2 La dignité humaine au travail. ... 228
§1. L'âge au soutien de la dignité ... 228
A. L'avènement de la dignité des enfants ... 229
B. L'âge, instrument d'un principe matriciel ... 230
§2. La pénibilité, un instrument au soutien de la dignité en attente ... 234
A. La pénibilité, une atteinte à l'intégrité physique. ... 234
1. La définition juridique de la pénibilité ... 234
2. La reconnaissance d'une atteinte à la dignité ... 238
B. Les insuffisances de la pénibilité ... 241

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ... 245

Chapitre 2. L'égalité de traitement dans l'âge ... 247
Section 1. L'âge au soutien de l'égalité de traitement ... 248
§1. La recherche de l'égalité à tout âge ... 248
A. La prohibition des discriminations en raison de l'âge affirmée ... 248
2. Les sources juridiques ... 252
a. Le droit de l'Union. ... 252
b. Le droit français ... 257
c. Le droit allemand ... 261
B. Le principe de non-discrimination dans l'ordre juridique ... 262
1. Les enjeux terminologiques ... 263
2. L'avènement du principe général de non discrimination en droit de l'Union ... 266
§2 : La recherche sélective de l'égalité ... 275
A. L'étroite délimitation du champ d'application matériel par la directive ... 275
B. L'oubli de la portée d'un principe général du droit ... 277
Section 2 L'âge au soutien d'une inégalité légitime ... 283
§1. Une différence de traitement légitime ... 283
A. Les différences de traitement admises. ... 283
1. Les dérogations interprétées strictement. ... 284
a. La défense des intérêts d'une société démocratique ... 284
b. L'exigence professionnelle essentielle et déterminante. ... 288
2. L'acceptable discrimination à raison de l'âge ... 291
B. L'objectif légitime, une raison impérieuse d'intérêt général ... 295
1. L'objectif légitime des dérogations interprétées strictement ... 295
2. L'objectif légitime de la différence de traitement acceptable ... 296
a. La souplesse de son identification ... 296
b. Le risque de l'objectif légitime stigmatisant. ... 299
§2. Une différence de traitement proportionnée ... 303
A. Le contrôle de proportionnalité au secours de la non discrimination ... 303
1. Le très souple test de l'efficacité de la mesure ... 304

2. Le rigoureux examen de la nécessité 305
B. La négociation collective au soutien de la non discrimination 309

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 311

CONCLUSION DU TITRE 2 312

CONCLUSION DE LA PARTIE 1. 314

PARTIE 2. LA PLACE DE L'ÂGE DANS LA FIN DES RELATIONS PROFESSIONNELLES 317

TITRE 1. LE SEUIL D'ÂGE DANS L'ACCÈS À LA RETRAITE 319
Chapitre 1. Les fondements du seuil d'âge 321
Section 1 : La solidarité face à la vieillesse 323
§1. Le pacte intergénérationnel au soutien de l'indépendance économique des anciens 324
A. Une protection collective 324
1. Le solidarisme, fondement du lien social 325
2. Le solidarisme, fondement de la protection de la vieillesse 329
B. L'âge dans l'organisation de la solidarité 334
1. L'âge au soutien de la solidarité 335
2. L'âge dans la capitalisation 335
§2. Le pacte intergénérationnel face à l'allongement de la durée de la vie des pensionnés 337
A. Des réajustements paramétriques au soutien de la solidarité 338
1. Un taux de remplacement du salaire en baisse 340
2. L'encadrement de l'indexation des pensions 340
3. Le nombre d'annuités requis en hausse 342
B. L'équité au soutien du pacte intergénérationnel 345
1. L'équité du pacte recherchée 345
2. La caractérisation de l'équité 348
3. L'effort contributif individuel, la voie de l'équité ? 351
Section 2 : L'anticipation collective face à la vieillesse 357
§1. L'anticipation de la vieillesse dans la relation de travail 360
A. Une garantie collective professionnelle 360
1. Un avantage différé 360
2. Un avantage collectif 363
B. Une anticipation socialement organisée 364
1. Les options offertes aux employeurs 364
a. Le libre choix du régime 364
b. Le libre choix du dispositif 367
2. Une anticipation avantageuse 371
§2 : L'anticipation collective au soutien des régimes légaux de pension 373
A. Une anticipation collective à diffuser 373
B. Un service économique d'intérêt général en latence 376
C. Une anticipation collective à sécuriser 383

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 389

Chapitre 2. La détermination du seuil d'âge 391
Section 1 : La détermination de l'âge légal de la vieillesse 392
§1. Le temps du défaut d'âge légal 392
A. L'âge, un risque individuel de perte d'indépendance économique 393
B. L'âge, un risque potentiellement protégé 398
§2. L'édification de l'âge légal de la vieillesse 401
A. L'appréciation bismarkienne de l'âge de la vieillesse 402
B. L'appréciation française de l'âge de la vieillesse 406
Section 2. La délimitation contemporaine de l'âge légal de la vieillesse 410
§1. L'âge légal d'accès à un temps de repos 411
A. L'avènement d'un âge légal de repos en France 412
1. La généralisation française de l'âge de la retraite 412
2. La consécration légale d'un âge de repos 417
B. Les assouplissements de l'âge légal pour l'obtention de la pension allemande 420
§2. L'avènement d'un âge européen de la vieillesse ? 424
A. Le refus du défaut d'âge légal 424
1. L'âge, pilier du régime légal de pension 424
2. Les modifications de l'âge légal de la pension vieillesse 429
b. L'adaptation française de l'âge légal de la retraite 432
B. L'âge légal de la retraite sous surveillance européenne 436
1. La légitimité de l'attrait des institutions européennes 436
a. Le défaut de compétence en matière de régime légal 437

b. La MOC, outil d'intervention de l'Union. 440
c. Le contrôle croissant de l'Union. 444
2. La modernisation de l'âge de la vieillesse 448

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 452

CONCLUSION DU TITRE 1 453

TITRE 2 : LA CONCILIATION DE LA LIQUIDATION DE LA PENSION DE VIEILLESSE ET LES RELATIONS PROFESSIONNELLES 455
Chapitre 1 L'âge de la retraite et la rupture des relations professionnelles. *457*
Section 1. L'encadrement de la cessation d'activité à l'initiative du travailleur 459
§1. La flexibilité de l'âge légal de la pension vieillesse 459
A. La conciliation de deux droits à valeur constitutionnelle 459
1. La constitutionnalité du droit au repos et du droit au travail 460
2. L'équilibre entre le droit au travail et le droit au repos 465
B. La primauté du droit au travail légalement consacrée 468
1. L'instrument du législateur 469
2. La sanction de l'anticipation de la demande de liquidation 474
3. L'incitation à l'ajournement de la demande de liquidation 477
§2. L'encadrement des régimes dérogatoires 480
A. Le maintien des régimes dérogatoires justifiés. 481
1. Les longues carrières. 481
2. L'invalidité et le handicap 484
B. L'extinction des régimes au fondement discutable 489
1. La différence sexuelle 489
2. L'emploi et son défaut 492
3. La pénibilité physique 495
Section 2. La faculté restreinte de rupture à l'initiative de l'employeur 497
§1. L'encadrement de la liberté contractuelle de l'employeur 498
A. La prohibition des licenciements fondés sur l'âge 498
1. L'exigence légale et judiciaire d'un licenciement motivé 498
2. L'âge, un motif de licenciement prohibé 502
B. La licéité de la rupture fondée sur l'âge légal de la retraite 506
1. L'encadrement des stipulations contractuelles et conventionnelles 506
a. La prohibition des clauses guillotines 506
b. La licéité des clauses souples 508
2. Le cadre juridique de la mise à la retraite 510
a. L'avènement de la mise à la retraite 510
b. Une mise à la retraite conditionnée 513
3. La licéité méthodologiquement appréciée 514
§2 : La liberté contractuelle retrouvée 520

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 523

Chapitre 2 La conciliation de l'âge de la retraite et les relations professionnelles *525*
Section 1 : L'encadrement des revenus du pensionné en activité. 526
§1. La compatibilité de la liquidation de la pension et du revenu d'activité légalement reconnue 526
A. La liquidation, une rupture consommée 526
B. La conciliation de droits et d'une liberté à valeur constitutionnelle 530
1. La constitutionnalité du libre exercice d'une activité professionnelle 530
2. Une restriction d'ordre constitutionnel 534
§2. La libéralisation du cumul légalement admise 538
A. La primauté de la liberté du travail retrouvée 539
1. L'obstacle du plafonnement du cumul 539
2. L'assouplissement des règles mathématiques du cumul 541
B. Les obscures dérives de la libéralisation du cumul 543
1. L'avènement d'un nouveau pilier. 544
Section 2 : L'encadrement de la fin de carrière 552
§1. Les aménagements respectueux de la volonté de l'assuré 553
A. Une gestion des temps offerte à l'assuré 553
1. La cessation progressive de l'activité. 554
2. Un éventail de possibilités 557
B. Une gestion des temps guidée par l'humanisme 561
1. L'aspiration ancienne à la progressivité 561
2. Une progressivité critiquée 565
§2. Les aménagements conformes à la volonté de l'entreprise 567
A. L'encadrement des préretraites maison 567

1. Une rupture onéreuse 568
2. Une coûteuse dispense d'activité 570
B. La résistance des préretraites d'entreprise 571

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 575

CONCLUSION DU TITRE 2 576

CONCLUSION DE LA PARTIE 2 577

CONCLUSION GENERALE 579

BIBLIOGRAPHIE 585

INDEX 639

TABLE DES MATIÈRES 644

Résumé
L'allongement de la durée de la vie humaine et le déficit du rapport démographique constituent de véritables défis pour les systèmes sociaux des États membres.
Pour y faire face, les législateurs doivent à la fois développer une politique de protection des plus jeunes dans le cadre des relations professionnelles, tout en revisitant les logiques des seuils d'âge notamment au regard de la fin de ces relations.
Cette étude a vocation à s'interroger sur l'existence d'un concept de l'âge. Fort d'une histoire culturelle, confortée par une analyse du phénomène physiologique du vieillissement par le législateur, le critère de l'âge entretient des liens particuliers avec les principes généraux du droit de l'Union, tel que le principe de la dignité humaine et le principe de l'égalité de traitement. Malgré tout, le critère de l'âge conserve une ambivalence certaine, mise en exergue à travers le principe général du droit de l'Union de non-discrimination à raison de l'âge. Cette ambivalence se manifeste plus fortement encore à l'issue des relations professionnelles, posant ainsi la question de la place de l'âge à la fin de la vie active. Ce curseur au soutien du pacte intergénérationnel, conditionnant le bénéfice de la liquidation de la pension, connaît actuellement un renouveau, dépassant les frontières des États membres. Une convergence dans le traitement de la vieillesse se crée, tendant au développement de nouvelles solidarités dans le cadre de l'entreprise (régimes professionnels d'entreprise). Il s'agit en outre de favoriser la poursuite de l'activité à un âge élevé (relèvement de l'âge légal de la retraite, décote, surcote, encadrement des régimes dérogatoires, prohibition des ruptures de la relation de travail fondée sur l'âge…) et de repenser les rapports entre les relations de travail et l'âge (cumul emploi - retraite, retraite progressive…). Ce faisant, les législateurs promeuvent un traitement de l'âge qui s'inscrit dans la problématique générale de la longévité humaine en Europe.

Mots clés : Âge – Police de l'âge – Droit social – Droit social de l'Union européenne – Minorité – Santé et sécurité au travail – Pénibilité – Dignité – Égalité de traitement – Principe de non-discrimination - Vieillesse – Retraite – Contrat de travail – Longévité humaine – Solidarité – Retraite d'entreprise – Aménagement du temps de travail

Abstract
Dealing with longer life expectancy and demographic deficit is currently a huge challenge for the social system of European member states.
To face this challenge, it is necessary for legislators to develop a dedicated protection policy for the young people in a business relationship context and, at the same time, to redefine age limits policy especially in business relationship termination situation.
The presented study focuses on the factuality of the « age » concept. Based on cultural history, confirmed by the legislator analysis of the physiological aging, « age » criterion is closely linked to general principles in E.U. legislation like, for example, the human dignity and the equal treatment. However, the « age » criterion still remains ambivalent which is underlined by the non-discrimination principle. This ambiguity is emphasized in business relationships which leads to the influence of the « age » in an ending working life situation. This intergenerational pact support, which influence the proceed of the pension liquidation, is currently experiencing a revival beyond E.U. member state boundaries. A converging point is achieved in old-age treatment which leads to new solidarity development schemes inside companies (like for example the company occupational scheme).
An important objective is to promote the pursuance of a professional activity in order to retire later (increasing in the statutory retirement age, increment or reduce of the retirement pension, restriction of derogations, proscription of business relationship breaches if they are based on age, …) and to redefine the connection between age and business relationships (combined work and retirement, phased retirement, …). By this way, legislators promote a human longevity based age treatment in Europe.

Key words: Age – Age policy – Social law – E. U. Social Law – Minority (age)– Health and security at work – Work hardness – Dignity – Equal treatment – Principle of non-discrimination - Old age – Retirement – Employment contract – Human longevity – Solidarity – Occupational pension – Organization of working time