

LE TRAVAIL DES SENIORS EN FRANCE

APPROCHE DE LA QUESTION DU CUMUL EMPLOI/RETRAITE DE 1945 à 2008

Le cumul emploi/retraite est une question d'actualité remise sur le devant la scène sociale depuis quelques mois. Elle soulève les passions, opposant ceux qui défendent l'idée d'un « droit au repos bien mérité » à ceux qui se battent pour le « droit à ne pas être mis au rebus » et à poursuivre une activité tant qu'ils se sentent en capacité de faire face aux exigences du milieu professionnel afin de faire profiter la société de leur expérience et de leurs compétences.

S'il est aujourd'hui impossible de traiter de la question de la retraite sans interroger la légitimité de la poursuite de l'activité professionnelle après l'ouverture des droits à pension vieillesse, le rapprochement de ces deux points n'a cependant pas toujours participé de l'évidence et ce n'est, hormis pour ce qui concerne les agents de la fonction publique¹, que depuis une période récente que le législateur est sollicité pour intervenir en la matière : le cumul emploi/retraite n'est en effet interrogé que depuis quelques décennies. Il suffit de porter l'attention sur les systèmes de retraite ainsi que leur évolution² et, particulièrement, sur ceux issus de l'Ordonnance de 1945³ dont découlent les règles de la protection sociale en vigueur en France pour vérifier cette assertion et mesurer la difficulté à apporter une réponse définitive à ce qui est devenu un problème de société.

¹ - Sur ce point, voir notamment, Lois sur les Pensions de l'Armée de terre et de l'Armée de mer, respectivement des 11 et 18 avril 1831, Recueil Sirey Dalloz 1831, p. 22 et p. 24, spécialement articles 27 (Armée de terre) et 29 (Armée de mer) p. 22 et p. 25 selon les termes desquels « *les pensions de retraites dans la fixation desquelles il sera fait application de l'article 4 de la présente loi ne pourront, en aucun cas, être cumulées avec un traitement civil d'activité* ».

² - Sur la question des pensions vieillesse et de la construction du système français de protection sociale du vieux travailleur, voir en particulier : M-F. Laroque, « La protection sociale des personnes âgées », Revue Française des Affaires Sociales, Juillet-Septembre 1985, « 40 ans de Sécurité Sociale », p. 179 ; Y. Saint-Jours, « Le système français des pensions de vieillesse », Revue de Droit Sanitaire et Social, janvier-mars 1988, p. 1 ; G. Lyon-Caen, « Une vieillesse sans droit », Dalloz, 1991, Chronique, n° XXI, p. 111 ; Y. Saint-Jours « la genèse des retraites en France (une expérience à méditer) », Droit Ouvrier, Novembre 1993, p. 404 ; G. Aubin & J. Bouveresse, « Introduction historique au droit du travail », Presses Universitaires de France, Collection Droit Fondamental, 1995 ; Y. Delbrel, « L'essentiel de l'Histoire du droit social », Gualino éditeur, 2006 ; R. Charvin, « Droit de la protection sociale », L'Harmattan, 2007.

³ - cf Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, J.O.R.F, lois et décrets, 06.10.1945, p. 6280 et Exposé des motifs de l'Ordonnance du 4 octobre 1945 (extraits- texte non paru au J.O), Revue Prévenir, Mars 1982, p. 121.

Au sortir de la seconde guerre mondiale, le législateur a procédé à la construction d'un système de protection sociale à vocation universelle dont la finalité était de généraliser et d'unifier les mécanismes de protection déjà existant à destination de certaines catégories de travailleurs marqués par leur caractère parcellaire et inégal. À cet effet, il a institué « *une organisation de la sécurité sociale destinée à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain, à couvrir les charges de maternité et les charges de famille qu'ils supportent (... assurant ...) le service des prestations prévues par les législations concernant les assurances sociales, l'allocation au vieux travailleur salarié, les accidents du travail et maladies professionnelles et les allocations familiales et de salaire unique aux catégories de travailleurs protégés par chacune de ces législations dans le cadre des prescriptions fixées par celles-ci et sous réserve des prescriptions de la présente ordonnance* »⁴. Cette ordonnance s'est en particulier attachée à mettre en place un système d'allocation dite « aux vieux travailleurs salariés » au profit des personnes cessant leur activité pour raison d'âge. Elle a ainsi couvert une urgence sociale : le problème de l'insuffisance ou de l'absence de ressources des personnes n'étant plus en capacité de subvenir à leurs besoins par les revenus de leur activité professionnelle en raison de la diminution de leurs capacités intellectuelles ou physiques, ne fixant de ce fait aucun seuil d'âge obligeant un salarié à quitter son emploi. Ce texte n'aborde pas la question du cumul emploi/retraite, l'utilité de la poursuite de l'activité professionnelle tant que cela est possible pour la personne relevant alors de l'évidence tant au niveau individuel que collectif au regard du contexte de son émergence. D'une part, rares sont en effet ceux en mesure de prétendre à des droits de type assurantiel leur garantissant des ressources suffisantes après l'arrêt pur et simple de toute activité professionnelle ; imposer une limite d'âge et/ou interdire le cumul emploi/retraite revient donc à imposer à la société de prendre en charge au titre de l'assistance la quasi totalité des personnes en cessation d'activité tout en étant dans l'incapacité de leur garantir un niveau de ressources de substitution satisfaisant, grevant ainsi le budget de l'État et condamnant les personnes à une précarité certaine simplement en raison de leur âge. D'autre part, l'institution de la sécurité sociale s'inscrit dans une société où le travail constitue un élément essentiel de l'identité en termes d'utilité sociale, et non d'épanouissement personnel, comme il participe de l'expression imposée des solidarités familiales, chacun étant appelé à contribuer, dès son plus jeune âge, à son niveau, à la constitution des ressources familiales. Ces valeurs s'expriment en particulier dans le

⁴ - cf Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 précitée note 3, Article 1.

Préambule de la Constitution de 1946 qui n'engage la société à l'égard de ses membres que pour autant que certaines circonstances les mettent dans l'impossibilité de subvenir par eux-mêmes à leurs besoins fondamentaux⁵. Elles sont également perceptibles dans les dynamiques fondant les initiatives catégorielles de type prévoyance à caractère facultatif ou obligatoire mixant la capitalisation et la répartition qui ont précédé l'Ordonnance de 1945 en matière de protection du vieux travailleur dont l'activation des dispositifs, parfois référencée à un seuil d'âge dépassant le plus souvent celui de l'espérance de vie, était cependant pour l'essentiel la réponse aménagée à une incapacité à poursuivre une activité professionnelle pour subvenir à ses besoins⁶.

Le système de protection sociale institué par l'Ordonnance du 4 Octobre 1945 est ainsi basé non sur un « droit/obligation » à la retraite mais sur un « droit/liberté » indifférent au cumul emploi/retraite qui n'a été appréhendé et interrogé dans sa légitimité qu'à partir des années soixante-dix ce qui a conduit à sa remise en question et à sa prohibition de principe en 1982⁷, règle qui a fait l'objet de divers aménagements⁸ jusqu'à sa totale remise en cause en 2008⁹.

⁵ - « La Nation assure à l'individu et à sa famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et au vieux travailleur, 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... La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture ». cf Préambule de la constitution du 27 Octobre 1946, in « Les Constitutions de la France depuis 1789 », Présentation par J. Godechot, Flammarion, 1995, p. 390.

⁶ - cf Y. Saint-Jours, « Le système français des pensions de vieillesse » ; du même auteur « la genèse des retraites en France (une expérience à méditer) » ; Y. Delbrel, « L'essentiel de l'Histoire du droit social » ; R. Charvin, « Droit de la protection sociale », précités note 2.

⁷ - cf Ordonnances 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, J.O.R.F, Lois et décrets, 28 mars 1982, p. 951 ; n° 82-290 du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activités, J.O.R.F, lois et décrets, 31.03.1982, p. 983 ; n° 82-297 du 31 mars 1982 portant modification de certaines dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite et relative à la cessation d'activité des fonctionnaires et des agents de l'État et des établissements publics de l'État à caractère administratif, J.O.R.F, lois et décrets, 02.04.1982, p. 1009 ; n° 82-298 du 31 mars 1982 relative à la cessation progressive d'activité des agents titulaires des collectivités locales et de leurs établissements publics à caractère administratif, J.O.R.F, lois et décrets, 02.04.1982, p. 1011 ; Loi n° 83-430 du 31 mai 1983 portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse (et ratification des Ordonnances n° 82-270 et n° 82-290), J.O.R.F, lois et décrets, 01.06.1983, p. 1639 ; Loi n°84-7 du 3 janvier 1984 ratifiant et modifiant l'Ordonnance n° 82-297 portant modification de certaines dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite et relative à la cessation d'activité des fonctionnaires et des agents de l'État et des établissements publics de l'État à caractère administratif et n° 82-298 du 31 mars 1982 relative à la cessation progressive d'activité des agents titulaires des collectivités locales et de leurs établissements publics à caractère administratif, J.O.R.F, Lois et décrets, 04.01.1984, p.153. Sur ce point, voir N. Kerschen, « Politique de l'emploi et droit – La pré-retraite comme statut et comme instrument » in Revue Française des Affaires Sociale, « Âges dans l'emploi – Âges dans le travail », n°1, janvier-mars 1994, spécialement p. 46-47.

⁸ - Sur ce point, essentiellement, Loi n° 93-936 du 22 juillet 1993 relative aux pensions de retraite et à la sauvegarde de la protection sociale, J.O.R.F, lois et décrets, 23.07.1993, p. 10374 et Loi n° 2003-775 du 21 août

L'affirmation de l'interdiction de principe du cumul emploi/retraite en 1982 procède de multiples facteurs.

Elle est liée au souci de l'État d'apporter une réponse adaptée à la question de la crise de l'emploi frappant en particulier les jeunes qui ne peuvent y avoir massivement accès à partir des années soixante-dix en raison des difficultés liées au contexte économique. Face à l'émergence du chômage structurel la société choisit d'offrir sous réserves de conditions d'âge le versement d'une pension vieillesse de type assurantiel à taux plein ou assistantiel¹⁰ en contrepartie de la cessation de toute activité au titre de leur relation de travail d'origine.

Elle rencontre tout à la fois un possible, en raison de la préconstitution majoritairement suffisante de droits de type assurantiels pour permettre à ceux qui sont concernés par cette politique de pouvoir prétendre à des pensions vieillesse à taux plein dont le niveau leur assure une existence décente, et un désir, celui des personnes de pouvoir consacrer un temps de leur vie à des activités autres que professionnelles, perspective envisageable du fait de l'allongement de l'espérance de vie lié à l'amélioration de la condition physique des individus et de la mobilisation des solidarités trans-générationnelles par l'Ordonnance de 1945.

Afin de cerner l'appréhension juridique de la question du cumul emploi/retraite posés en 1982, il conviendra, après en avoir présenté le principe (I), d'en examiner les aménagements (II).

I- L'interdiction de principe du cumul emploi/retraite issue de la législation de 1982

Saisi de la question de la légitimité du cumul d'un emploi avec le service d'une pension vieillesse, le législateur de 1982 a opté pour sa prohibition qu'il a proclamée dans le cadre des Ordonnances de 1982¹¹, faisant de cette dernière une règle impérative dont il a fixé

2003 portant réforme des retraites, J.O.R.F, Lois et décrets, 22.08.2003, p. 14310 qui a modifié de manière significative les conditions de constitution des droits à pension.

⁹ - cf Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, J.O.R.F, Lois et décrets, 18.12.2008, p. 19291 et Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009 (rectificatif), J.O.R.F, Lois et décrets, 18.01.2009, p. 1063.

¹⁰ - En ce sens, voir notamment M-F Laroque, « La protection sociale des personnes âgées » in Revue Française des Affaires Sociales, juillet-septembre 1985, précité note 2, spécialement p. 190-191 ; N. Kerschen, « Politique de l'emploi et droit – La pré-retraite comme statut et comme instrument », précité note 7.

¹¹ - cf Ordonnances n° 82-290 du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activités, n° 82-297 du 31 mars 1982 portant modification de certaines dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite et relative à la cessation d'activité des fonctionnaires et des agents de l'État et des établissements publics de l'État à caractère administratif et n° 82-298 du 31 mars 1982

les termes avec précision (A) tout en réservant une certaine souplesse dans son application qui reste modulable (B).

A- Les termes de l'interdiction du cumul emploi/retraite

Le choix de l'interdiction du cumul emploi/retraite a conduit le législateur de 1982 à poser le principe de la cessation obligatoire d'activité (1) et à se pencher sur les effets de cette dernière (2).

1- L'affirmation de la cessation obligatoire d'activité

Le principe de cessation obligatoire d'activité posé en 1982 par le législateur revêt le caractère d'une obligation à caractère universel.

Selon les termes de l'exposé des motifs de l'Ordonnance n° 82-290 en effet : *« il est demandé... à tous ceux qui demandent la liquidation, après soixante ans, d'une pension attribuée soit au titre du régime général des travailleurs salariés, du régime des salariés agricoles, ou de l'un des régimes spéciaux des salariés, soit au titre du code des pensions civiles et militaires de retraites de cesser leur activité professionnelle, quelle qu'elle soit. L'intéressé devra quitter l'entreprise ou la collectivité publique qui l'employait, ou renoncer à l'activité professionnelle qu'il avait entreprise »*¹².

La cessation d'activité s'impose ainsi à toute personne impliquée dans une relation de travail relevant des secteurs privé ou public comme une conséquence directe de l'ouverture de ses droits à pension vieillesse. Elle concerne tant les travailleurs indépendants, que les salariés et les fonctionnaires des fonctions publiques d'État, territoriale ou hospitalière¹³ tous corps de rattachement confondus.

L'institution de la règle de la cessation obligatoire d'activité a été accompagnée d'un aménagement de ses effets.

2- Les effets de la cessation obligatoire d'activité

relative à la cessation progressive d'activité des agents titulaires des collectivités locales et de leurs établissements publics à caractère administratif, précitées note 7.

¹² - cf Ordonnance n° 82-290 du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activités précitée note 7. Sur ce point, voir notamment, F. Kessler, « Droit de la protection sociale », Dalloz, Collection Cours Dalloz, Série Droit Privé, 2^{ème} édition, 2005, spécialement n° 591, p. 230.

¹³ - cf Ordonnance n° 82-290 du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activités, précitée note 7.

La cessation obligatoire d'activité entendue comme l'interdiction de poursuivre son activité professionnelle lors de la liquidation des droits à pension vieillesse emporte nécessairement l'arrêt du versement de la rémunération liée à cette activité.

En contrepartie de cette perte de revenus liés à l'activité professionnelle, la personne concernée bénéficie, en application des principes posés en 1945 par les textes organisant la protection sociale, de l'accès à un revenu de substitution. Ce dernier, fondé sur des droits assurantiels et/ou assistantiels, est basé sur l'ouverture et la liquidation de droits à la retraite de base conduisant au versement de pensions vieillesse ou du minimum vieillesse qui peuvent être accompagnés, en cas d'ouverture et de liquidation d'éventuels droits à retraite complémentaire, du versement de pensions vieillesse complémentaires.

La règle de la cessation obligatoire d'activité ainsi posée revêt une certaine part de flexibilité dans son application.

B- Une application modulable

Tout en proclamant la règle de la cessation obligatoire d'activité le législateur de 1982 a incidemment posé le principe du caractère modulable de sa mise en oeuvre (1) et déterminé l'expression de cette dernière (2).

1- Les fondements de la modulation

L'obligation de cessation d'activité est intrinsèquement liée par le législateur de 1982 à l'ouverture des droits à pension vieillesse et ceux qui l'ont suivi se sont cantonnés à l'exploitation de la variabilité des critères d'âge, de durée d'activité professionnelle initialement retenus et de leur articulation pour faire évoluer la règle selon les circonstances et leur sensibilité propre sans en modifier la nature.

La cessation d'activité étant une conséquence de la liquidation des droits à pension vieillesse, les conditions de cette liquidation ont une incidence directe sur celle-ci.

C'est dans le caractère modulable de l'ouverture des droits à pension vieillesse que s'enracine celui de la cessation d'activité.

2- L'expression de la modulation

Le caractère modulable de l'ouverture des droits à pension vieillesse qui emporte celui de la cessation d'activité prend, selon le statut des personnes concernées - fonctionnaires ou salariés ou autres - et les époques, la forme d'une anticipation ou d'une prolongation dépendant de la volonté de l'employeur, de la collectivité publique de rattachement ou de la personne concernée elle-même dans les termes fixés par les textes en vigueur.

Pour s'en tenir aux seules personnes relevant du régime général de la sécurité sociale et du régime des assurances sociales agricoles¹⁴, en 1982¹⁵, le législateur a fixé un seuil d'âge, soixante ans¹⁶, auquel l'individu a été autorisé à faire valoir ses droits à pension vieillesse ou à poursuivre son activité professionnelle en vue de l'obtention d'une pension vieillesse à taux plein acquise en toutes circonstances sur la base de 150 trimestres validés¹⁷ ou à soixante-cinq ans¹⁸, âge au-delà duquel la poursuite de l'activité tout en n'étant pas interdite a été découragée par son absence d'incidence sur la constitution des droits à pension vieillesse¹⁹ et, ainsi que le relèvent la plupart des auteurs, comme « *cette réforme (a augmenté) sensiblement le niveau des prestations... : les travailleurs qui (ont pris) leur retraite à cet âge (ont pu le faire ...) dans de bien meilleures conditions financières* »²⁰ ; sans intervenir de manière directe sur l'âge minimal auquel les individus peuvent prétendre à l'ouverture de leur droit à retraite, les législateurs qui se sont succédés depuis 1982 ont régulièrement durci les conditions d'obtention de la pension vieillesse à taux plein, portant progressivement à 164 le nombre de trimestres de cotisations nécessaires à cet effet²¹, aménageant ainsi de fait un recul

¹⁴ - Sur l'ensemble de la question, voir notamment, P. Morvan, « Droit de la protection sociale », Litec, 3^{ème} édition, 2007. Pour ce qui concerne les autres régimes, voir notamment, F. Kessler & C. Moniolle, « Le droit des retraites dans la fonction publique », Éditions ENSP, 2000.

¹⁵ - cf 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, précitée note 7 ; M-F. Laroque, « La protection sociale des personnes âgées », Revue Française des Affaires Sociales, Juillet-Septembre 1985, précité note 2, spécialement p. 189-192.

¹⁶ - cf 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, précitée note 7, article 1^{er}.

¹⁷ - cf 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, précitée note 7, article 1^{er}.

¹⁸ - cf 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, précitée note 7, article 1^{er}.

¹⁹ - cf 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, précitée note 7, article 1^{er}.

²⁰ - cf M-F. Laroque, « La protection sociale des personnes âgées », Revue française des affaires sociales, juillet-septembre 1985, spécialement p. 189, précité note 2.

²¹ - cf notamment en ce sens, Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée note 8, article 5. Sur l'évolution de la législation en matière de protection sociale depuis 1982, voir notamment, Ph. Chenillet & F. Kessler, « Retraites : entre la réforme de structure et le replâtrage – Commentaire de la loi du 22

de l'âge auquel les individus utilisent la faculté de prétendre à leur droit à retraite²² - et transformé le seuil plancher de soixante ans laissé au libre arbitre des personnes concernées en seuil couperet remis à la discrétion de l'employeur²³.

Le caractère modulable de la règle de cessation obligatoire d'activité ainsi acquis plus que posé est cependant fortement circonscrit par le législateur dans des termes qui affectent autant les personnes concernées - salariés, fonctionnaires ou même libéraux - que les employeurs et les collectivités publiques de rattachement.

Ainsi, pour reprendre l'exemple des personnes relevant du régime général de la sécurité sociale, celles-ci, bien qu'étant autorisées par les textes à poursuivre leur activité professionnelle sans limite d'âge expresse, ne sont pas fondées à s'opposer à une mise à la retraite à l'initiative de leur employeur dès lors qu'elles remplissent les conditions de versement d'une retraite à taux plein²⁴.

De même, les employeurs et les collectivités publiques de rattachement ne sont pas habilités à mettre à la retraite salariés et agents de la fonction publique - sous réserve des mises à la retraite pour limite d'âge et de leurs aménagements, inaptitude physique ou d'office à titre de sanction prévues par les textes à destination des fonctionnaires dans certaines circonstances²⁵ - dès lors que les conditions d'âge et de trimestres de cotisations permettant aux personnes concernées de prétendre à une pension vieillesse à taux plein ne sont pas remplies²⁶. Les textes en vigueur interdisent également aux employeurs l'utilisation des clauses dites couperet qui prévoiraient par anticipation, au moment de l'embauche du salarié ou par avenant à son contrat de travail, l'organisation contractuelle de son départ en retraite en raison de son âge ou de sa possible prétention au versement d'une pension vieillesse²⁷.

juillet 1993 et des décrets du 27 Août 1993 », RDSS, n°1, janvier-mars 1994, p. 167 ; J-P. Chauchard, « Droit de la sécurité sociale », L.G.D.J., 4^{ème} édition, 2005, spécialement n° 457, p. 367 à n° 471, p. 384 ; J-J. Dupeyroux, « Droit de la sécurité sociale », Dalloz, 15^{ème} édition, 2005, spécialement n° 811, p. 585 à n° 824, p. 597 ; R. Charvin, « Droit de la protection sociale », L'Harmattan, 2007, spécialement p. 198-203.

²² - Voir en ce sens notamment, F. Kessler, « Droit de la protection sociale », précité note 12, spécialement p. 229 et suivantes.

²³ - cf Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée note 8, article 16.

²⁴ - cf article L. 1237-5 du code du travail.

²⁵ - cf article 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1994 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, article 81 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, article 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

²⁶ - cf Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée note 8, article 16.

²⁷ - cf article L. 1237-4 du code du travail. Sur ce point, voir notamment, J. Le Goff, « Droit du travail et société », Tome 1, « Les relations individuelles de travail », Presses Universitaires de Rennes, 2001, spécialement p. 798 ; A. Coeuret, B. Gauriau & M. Miné, « Droit du travail », Sirey, 2006, spécialement n° 520, p. 379.

Le principe ainsi posé en 1982 d'interdiction de cumuler un emploi avec une retraite qui s'exprime par l'obligation de cesser son activité s'imposant à celui dont les droits à pension vieillesse sont ouverts admet cependant quelques aménagements.

II- Les aménagement de l'interdiction de cumul emploi/retraite issus de la législation de 1982

Les aménagements de l'interdiction de cumul emploi/retraite organisés par le législateur sont circonscrits avec précisions (A) et emportent des effets prédéterminés par les textes (B).

A- Le domaine des aménagements de l'interdiction de cumul emploi/retraite

Le législateur s'est attaché à définir autant les bénéficiaires (1) que les conditions (2) des aménagements de l'interdiction de principe de cumul emploi/retraite.

1- Les bénéficiaires des autorisations de cumul emploi/retraite

Les aménagements de l'interdiction de principe de cumul emploi/retraite concernent l'ensemble des personnes ayant bénéficié de la liquidation de leur droit à pension vieillesse.

Les aménagements les plus anciens²⁸ visent les agents des trois fonctions publiques qui sont également les premiers à avoir bénéficié d'un système de pension vieillesse dont

²⁸ - Sur ce point, voir notamment, Lois sur les Pensions de l'Armée de terre et de l'Armée de mer, respectivement des 11 et 18 avril 1831, Recueil Sirey Dalloz 1831, précitées note 1; Loi des 9 et 13 juin 1853 sur les pensions civiles, recueil Sirey Dalloz, 1853, p. 98, spécialement article 28, p. 101 selon les termes desquels « *lorsqu'un pensionnaire est remis en activité dans le même service, le paiement de sa pension est suspendu, (lorsqu'il est remis en activité dans un service différent, il ne peut cumuler sa pension et son traitement que jusqu'à concurrence de 1500F* » ; Loi du 14 avril 1924 portant réforme du régime des pensions civiles et des pensions militaires, J.O.R.F, lois et décrets, 15.04.1924, p. 3495, spécialement article 59, p. 3500 selon les termes duquel « *les titulaires de pensions civiles et militaires d'ancienneté nommés à un emploi civil rétribué... ne peuvent cumuler leurs pensions avec le traitement attaché à cet emploi qu'autant que le total n'excède pas 18000F* » ; Décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions, J.O.R.F, Lois et décrets, 31.10.1936, p. 11360, en particulier Titre V « pensions et rémunérations » et en derniers lieux, Ordonnances du 25 août 1944 relative au cumul de retraites, de rémunérations et de fonctions publiques, J.O.R.F, lois et décrets, 30 août 1944 (document absent à la consultation), n° 45-110 du 30 mai 1945 modifiant et complétant l'Ordonnance du 25 août 1944 relative au cumul de retraites, de rémunérations et de fonctions publiques, J.O.R.F, lois et décrets, 02.06.1945, p. 3154, n° 1632 du 23 juillet 1945 relative au cumul de retraites et de rémunérations publiques, au cumul de deux ou plusieurs pensions et à celui des indemnités spéciales temporaires afférentes à plusieurs pensions, J.O.R.F, lois et décrets, 24.07.1945, p. 4579 ; loi n° 48-1450 du 20 septembre 1948 portant réforme du régime des pensions civiles et militaires et ouverture de crédits

l'émergence remonte à l'Ancien Régime²⁹ et les prémices à l'Antiquité même. Ils ont été introduits par la loi³⁰ dans le Code des pensions civiles et militaires de retraite et inscrits dans ce même code aux articles L. 84 à L. 89. Ils sont portés par un ensemble de mesures légales et réglementaires visant les agents de la fonction publique d'État, dispositions s'appliquant également aux agents des fonctions publiques hospitalière et territoriale en application d'un décret de 1965³¹.

Les professions libérales ainsi que les artisans, commerçants et industriels ont eux aussi fait l'objet de l'attention du législateur et sont visés par des dispositions du Code de la sécurité sociale³².

Les aménagements les plus récents concernent les salariés. Les principes les régissant ont été initialement posés par l'Ordonnance du 30 mars 1982³³ en son article premier, texte qui a fait l'objet de multiples révisions depuis sa publication, dont celle opérée en 2003 par la loi du 21 Août portant réforme des retraites³⁴ qui a largement modifié les conditions de mise en œuvre des aménagements de l'interdiction de principe de cumul emploi/retraite.

2- Les conditions du cumul emploi/retraite

Les conditions dans lesquelles le cumul d'un emploi et d'une retraite est admis par les textes sont liées à ses modalités d'exercice. Ces derniers portent un certain nombre de règles renvoyant à ce critère qui conditionnent la légitimité du cumul emploi/retraite et admettent, dans certaines limites, la possibilité d'aménagements contractuels aux principes qu'ils posent.

Concernant les règles posées par les textes, il convient de relever que la seule interdiction fondamentale posée à partir de 1982 à destination des salariés - interdiction visant

pour la mise en application de cette réforme, J.O.R.F, lois et décrets, 21.09.1948, p. 9298, spécialement article 58, p. 9306 ; loi n° 64-1339 du 26 décembre 1964 portant réforme du code des pensions civiles et militaires de retraite, partie législative, J.O.R.F, lois et décrets, 30.12.1964, p. 11835, spécialement, Annexe, articles L. 84 à L. 89, p. 11845-11846.

²⁹ - Sur ce point, voir notamment, F. Kessler & C. Moniolle, « Le droit des retraites dans la fonction publique », précité note 14.

³⁰ - cf loi n° 64-1339 du 26 décembre 1964 portant réforme du code des pensions civiles et militaires de retraite, partie législative, précitée note 28 ; F. Kessler & C. Moniolle, « Le droit des retraites dans la fonction publique », précité note 14, spécialement, p. 89-92.

³¹ - cf décret n° 65-773 du 9 septembre 1965 portant règlement d'administration publique et modifiant le décret n°49-1416 du 5 octobre 1949 pris pour l'application de l'article 3 de l'Ordonnance n°45-993 du 17 mai 1945 et relatif au régime de retraite des tributaires de la caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales, J.O.R.F, lois et décrets, 12 septembre 1965, p. 8131, spécialement articles 59 et 60, p. 8137.

³² - cf respectivement les articles L. 643-6 et L.634-6 du Code de la sécurité sociale.

³³ - cf ordonnance n° 82-290 du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activités, précitée note 7.

³⁴ - cf Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée, note 8.

également les agents des trois fonctions publiques, les professions agricoles, artisanales, industrielles, commerciales et libérales - est celle de poursuivre toute activité, à titre onéreux ou gratuit, auprès de son dernier employeur une fois les droits à pension vieillesse liquidés³⁵. Cette prohibition a été partiellement levée en 2003 par la loi du 21 août portant réforme des retraites qui a autorisé la reprise d'une activité chez le dernier employeur sous réserve que cette dernière intervienne après expiration d'un délai de carence de 6 mois³⁶, délai qui ne s'applique pas aux agents des trois fonctions publiques qui ont la possibilité de poursuivre leur activité antérieure et de cumuler les revenus de cette activité avec leur pension vieillesse³⁷. Les textes n'ont jamais prévu aucune autre interdiction ou limitation en termes de statut, de type de lien juridique avec l'employeur ou la collectivité publique intéressée, de temps d'activité ni de rémunération de l'activité qui peut être conduite à titre onéreux ou gratuit.

Concernant les aménagements contractuels relatifs à la question du cumul emploi/retraite, ne sont exclus par le droit en vigueur que ceux qui revêtiraient la forme d'une clause de non concurrence dite abusive, c'est-à-dire non limitée dans son objet, le temps, l'espace et qui ne prévoirait pas une juste contrepartie financière³⁸.

Le législateur qui n'a pas tenu à encadrer de manière excessivement restrictive les conditions dans lesquelles le cumul d'une activité, rémunérée ou non, avec le bénéfice d'une pension vieillesse s'est cependant penché avec attention sur les effets qu'il entend faire produire au cumul emploi/retraite lorsque le bénéficiaire d'une pension vieillesse use de la faculté qui lui est offerte de poursuivre une activité après la liquidation de ses droits.

B- Les effets des aménagements de l'interdiction de cumul emploi/retraite

³⁵ - « le service d'une pension de vieillesse... liquidée au titre du régime général de la 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 », « le paiement d'une pension civile ou militaire de retraite... est subordonné, pour le bénéficiaire, à la cessation définitive de toute activité dans la collectivité publique... auprès de laquelle il était affecté en dernier lieu... ». cf ordonnance n° 82-290 du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activités, précitée note 7, articles 1 et 3.

³⁶ - cf Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée, note 8, article 15 modifiant l'article L. 161-22 du code de la sécurité sociale.

³⁷ - cf Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée, note 8, article 64 modifiant les articles L. 84 à L. 86-1 du code des pensions civiles et militaires de retraite.

³⁸ - cf article L. 1221-1 du code du travail. Sur ce point, voir notamment, Lamy Social- Droit du travail/Charges sociales, Édition Lamy, 2008, spécialement n° 44 8 et suivants.

Les textes relatifs à l'interdiction de cumul emploi/retraite traitent avec précision des effets des aménagements portés à ce principe tant au regard de la constitution des droits à pension vieillesse (1) que de la perception de la pension vieillesse elle-même (2).

1- Les effets des aménagements sur la constitution des droits à pension vieillesse

La règle implicitement posée et maintenue dans toutes les législations traitant de la question des pensions vieillesse est que le fait de reprendre une activité après la liquidation des droits à pension vieillesse est sans incidence sur la constitution de ces derniers.

Pour ce qui concerne les salariés, la mise en perspective des différents textes modifiant les régimes de retraite adoptés en 1982³⁹ montre que ni les dispositions de l'Ordonnance traitant des droits à pension vieillesse ni celles de l'Ordonnance relative au cumul emploi/retraite ne prévoient que la poursuite de l'activité après la liquidation des droits à retraite permet de contribuer à leur augmentation. Si la première aménage la possibilité de travailler au-delà de soixante-cinq ans, âge auquel le taux plein est en tout état de cause acquis, afin de pouvoir réunir la durée de cotisation de 150 trimestres ou de s'en approcher dans le but de bénéficier d'une pension vieillesse complète ou plus confortable, et permet de totaliser les périodes cotisées dans un ou plusieurs régimes de base quels qu'ils soient, dans le silence des textes il apparaît clairement que l'ouverture des droits à pension vieillesse met un terme à la constitution de ces mêmes droits et la seconde ne porte pas de dispositions particulières allant dans un autre sens en ce domaine.

Il est en de même pour les agents des trois fonctions publiques, l'Ordonnance n° 82-290 n'envisageant la question du cumul emploi/retraite pour ces derniers que dès lors qu'ils sont entrés en jouissance de leur pension vieillesse ce qui implique qu'elle est définitivement liquidée et que la poursuite d'activité n'a pas d'incidence sur sa consistance⁴⁰, et en toute logique pour toute autre personne exerçant son activité professionnelle dans un autre cadre⁴¹.

Les textes postérieurs n'ont apporté aucune modification en la matière⁴².

³⁹ - cf note 7.

⁴⁰ - cf ordonnance n° 82-290 du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activités, précitée note 7, article 3.

⁴¹ - cf ordonnance n° 82-290 du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activités, précitée note 7, article 1.

⁴² - cf note 7.

Contrairement à la question de la constitution des droits à pension vieillesse celle de l'incidence de la poursuite d'une activité sur la perception de la pension vieillesse après sa liquidation fait l'objet de dispositions expresses.

2- Les effets des aménagements sur la perception de la pension vieillesse

La légitimité du maintien, en tout ou partie, de la perception de la pension vieillesse lorsque son bénéficiaire reprend une activité qui peut éventuellement entraîner une rémunération n'a pas été systématiquement interrogée et a fait, de la part de ceux qui s'en sont saisis, l'objet de réponses inégales selon les régimes et les époques.

Ainsi, les agents de la fonction publique ont été les premiers à destination desquels des règles ont été édictées par le législateur qui les a ensuite fait évoluer⁴³ jusqu'à la Loi du 21 août 2003 qui limite de manière générale le montant brut des revenus d'activité par année civile au tiers du montant brut de la pension pour l'année considérée⁴⁴ tout en organisant un certain nombre de dérogation autorisant le cumul intégral au bénéfice de certaines activités⁴⁵ ou en raison de la qualité de certains bénéficiaires⁴⁶.

De même, les bénéficiaires du régime général de la sécurité sociale ont également fait l'objet d'un traitement qui a subi des évolutions profondes et désordonnées depuis l'institution de la sécurité sociale. De l'Ordonnance du 4 octobre 1945⁴⁷ à la Loi du 21 décembre 2006⁴⁸, sans oublier l'Ordonnance du 30 mars 1982⁴⁹ ni la Loi du 21 août 2003⁵⁰, ceux-ci sont passés d'un cumul intégral, par défaut d'interdiction, à un cumul restreint dont l'ampleur n'a cessé de varier pour arriver à deux seuils : l'un, concernant les revenus dits faibles, s'élevant au maximum à 1,6 fois le SMIC, l'autre, au montant du dernier salaire

⁴³ - cf note 28.

⁴⁴ - cf article L . 85 du code des pensions civiles et militaires de retraite issu de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée note 8.

⁴⁵ - cf article L . 86-I du code des pensions civiles et militaires de retraite issu de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée note 8.

⁴⁶ - cf article L . 86-II du code des pensions civiles et militaires de retraite issu de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée note 8.

⁴⁷ - cf Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, précitée note 4.

⁴⁸ - cf Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007, J.O.R.F, 22.12.2006, Lois et décrets, p.19315 et Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007, J.O.R.F, 20.01.2007, Lois et décrets, p.1201.

⁴⁹ - cf Ordonnance n° 82-290 du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activités, précitée note 7.

⁵⁰ - Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée note 8.

d'activité perçu⁵¹. Tout dépassement de ces limites entraîne la suspension du versement des pensions vieillesse⁵².

Le traitement de la question du cumul emploi/retraite a fait l'objet d'aménagements du même ordre au bénéfice des autres professions en 2003⁵³.

Conclusion

Peu utilisé dans les faits⁵⁴, le cumul emploi/retraite a longtemps plus relevé d'une question idéologique ou existentielle que sociétale. L'idée comme les termes du traitement du cumul emploi/retraite posés en 1982, souvent remis en cause tant par ceux se sentant évincés de l'emploi que ceux contraints à poursuivre une activité en raison de la faiblesse de leurs droits à pension vieillesse et limités par les seuils de cumuls autorisés ou, à l'opposé, par les défenseurs du « droit au repos » proclamé en 1982⁵⁵, ont été revisités en 2008 dans le cadre de l'élaboration de la Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 qui a autorisé le cumul intégral d'une pension vieillesse et d'un revenu d'activité professionnelle à partir du 1^{er} janvier 2009⁵⁶. Ces nouvelles dispositions légales interviennent dans un contexte où la question du financement des retraites se pose, comme dans de nombreux pays, avec de plus en plus d'acuité en raison de l'évolution défavorable de la courbe démographique française au regard de la nature du mécanisme de financement de notre système de protection sociale basé sur la répartition. Ne posant plus aucun frein au cumul emploi/retraite, elles sont susceptibles de contribuer indirectement au déclin du système de protection sociale français en matière de pensions vieillesse en ouvrant la voie à un désengagement possible de l'État et de faire ainsi glisser la question du cumul emploi/retraite, devenu nécessité, dans le champ des problèmes

⁵¹ - cf article L. 161-22 du Code de la sécurité sociale issu de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée note 8.

⁵² - cf article L. 161-22 du Code de la sécurité sociale issu de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée note 8.

⁵³ - cf pour les professions libérales, article L. 643-6 du code de la sécurité sociale, pour les professions agricoles, article L. 732-41 du code rural issus de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée note 8 et pour les industriels et les commerçants, article 81 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, précitée note 8.

⁵⁴ - cf N. Coeffic, DREES, Ministère de l'emploi et de la solidarité, « Le cumul emploi-retraite : plus fréquent chez les hommes de moins de 60 ans », Études et résultats, Éditions Ministère de l'emploi et de la solidarité, n° 14, avril 1989.

⁵⁵ - cf 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, précitée note 7.

⁵⁶ - cf Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, précitée note 9, spécialement article 88 visant les salariés (I), les agents de la fonction publique (V), les professions libérales (VI), les artisans et professions agricoles (VII), les commerçants et industriels (VIII) selon les termes duquel « ... une pension vieillesse peut être entièrement cumulée avec une activité professionnelle... ».

sociaux opérant ainsi un retour en arrière replongeant les personnes dans la situation qui était celle des vieux travailleurs avant 1945, voire même au-delà.

Catherine Taglione

Marie-France Viard

DEA Sciences juridiques et politiques

DEA Droits de la personne et protection de l'humanité

Mention Droit Privé

Mention Droit Privé

Formatrice en travail social

Doctorante en droit privé