

Travailleurs âgés et protections sociales en fin de rapports de travail

MÉMOIRE

présenté

par

Genta Azemi

sous la direction du

Prof. Rémy Wyler

Lausanne, le 15 mai 2022

Droit du travail

Semestre de printemps 2022

Table des matières

INTRODUCTION	2
1 GÉNÉRALITÉS.....	3
1.1 HISTORIQUE	3
1.2 DÉFINITION DU « CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL » DES TRAVAILLEURS ÂGÉS	4
2 PROTECTIONS EN DROIT DU TRAVAIL.....	5
2.1 DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL	5
2.1.1 <i>Protection de la santé au travail et mesures d'aménagement</i>	5
2.2 EN CAS DE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	6
2.2.1 <i>Principe</i>	7
2.2.2 <i>Licenciement abusif</i>	7
2.2.2.1 Congé discriminatoire à raison de l'âge.....	7
2.2.3 <i>Autres motifs constitutifs d'un licenciement abusif</i>	8
2.2.3.1 Violation de la personnalité du travailleur	8
2.2.3.1.1 Modalités de licenciement	9
2.2.3.1.2 Examen d'autres alternatives au licenciement ou « aménagements raisonnables »	10
2.2.3.2 Grande disproportion des intérêts en jeu.....	11
2.2.3.3 Évolution jurisprudentielle.....	12
2.2.3.4 Critère d'ancienneté et âge.....	15
2.2.4 <i>Licenciement collectif et plans sociaux</i>	16
2.2.5 <i>Indemnité à raison des longs rapports de travail</i>	17
2.2.5.1 But et nature	17
2.2.5.2 Conditions	18
2.2.5.3 Montants.....	19
3 PROTECTIONS EN DROIT DES ASSURANCES SOCIALES	20
3.1 CHÔMAGE - LACI.....	20
3.1.1 <i>Introduction</i>	20
3.1.2 <i>Quelques spécificités pour les chômeurs âgés</i>	22
3.1.3 <i>Mesures de l'assurance chômage</i>	24
3.2 PRESTATIONS TRANSITOIRES POUR LES CHÔMEURS ÂGÉS - LPTRA	25
3.2.1 <i>Introduction</i>	25
3.2.2 <i>Objet</i>	27
3.2.3 <i>Conditions</i>	27
3.2.3.1 Domicile ou résidence habituelle en Suisse (art. 5 al. 1 LPtra)	27
3.2.3.2 Arrivée en fin de droit dans l'assurance chômage après l'âge de 60 ans (art. 5 al. 1 let. a LPtra)	27
3.2.3.3 Durée minimale d'assurance et revenu minimal (art. 5 al. 1 let. b LPtra).....	28
3.2.3.4 Seuil de la fortune (art. 5 al. 1 let. c LPtra).....	28
3.2.3.5 Absence de rente de vieillesse de la AVS ou de rente de l'AI (art. 5 al. 3 LPtra).....	29
3.2.4 <i>Montant de la prestation transitoire annuelle</i>	29
3.2.5 <i>Remboursement des frais de maladie et invalidité (art. 17-18 LPtra ; art. 28 ss OPtra)</i>	30
3.2.6 <i>Efforts d'intégration (art. 5 al. 5 LPtra, art. 5 OPtra)</i>	30
3.2.7 <i>Quelques réflexions critiques</i>	30
3.3 RENTE-PONT CANTONALE - LPCFAM.....	31
3.3.1 <i>Objet et conditions</i>	31
3.4 PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE – LPP	32
3.4.1 <i>Retraite anticipée</i>	32
3.4.1.1 Principe	32

3.4.1.2	Limitations	33
3.4.1.3	Conséquences financières et financement.....	34
3.4.2	<i>Retraite progressive et maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré (art. 33a LPP)</i> 35	
3.4.3	<i>Activité lucrative après l'âge ordinaire de la retraite (art. 33b LPP)</i>	36
3.4.4	<i>Interruption de l'assurance obligatoire à partir de 58 ans (art. 47a LPP)</i>	38
3.5	ASSURANCE-VIEILLESSE ET SURVIVANTS - LAVS	39
3.5.1	<i>Retraite anticipée.....</i>	39
3.5.1.1	Objet.....	39
3.5.1.2	Conséquences financières	40
3.5.2	<i>Ajournement de la rente de vieillesse</i>	41
CONCLUSION		42
TABLE DES ABREVIATIONS		III
ANNEXES		VI
BIBLIOGRAPHIE		VIII

Introduction

La vieillesse constitue l'étape ultime et inévitable du cycle de vie. Au cours de son existence, l'être humain acquiert maturité personnelle et professionnelle mais s'affaiblit physiquement et/ou psychiquement, comme conséquence du phénomène naturel de vieillissement¹. Ainsi, les personnes âgées deviennent parfois vulnérables et méritent qu'un soin particulier leur soit voué.

La Suisse occupe une place hiérarchique élevée sur le podium des pays offrant les meilleures conditions en matière de sécurité sociale². À cet égard, l'évolution politique et législative reste cependant temporisée. Ce constat est d'autant plus prononcé s'agissant de la protection des travailleurs âgés. La lente progression en faveur de l'institution d'une prévoyance vieillesse est témoin de cette situation. De surcroît, les nombreuses réformes, notamment du système des trois piliers, traduisent l'importance de la problématique mais également la nécessité d'une adaptation permanente aux évolutions sociales et démographiques. Aujourd'hui, les travailleurs âgés de plus de 50 ans occupent une place grandissante sur le marché de l'emploi helvétique³. Ce phénomène s'accompagne d'une hausse du taux de chômage et d'un risque particulièrement élevé de chômage de longue durée chez cette catégorie de personnes⁴. Ainsi, les travailleurs âgés sont soumis à des risques accrus en fin de rapport de travail et rencontrent d'importantes difficultés de réinsertion dans le monde professionnel, raison pour laquelle une attention toujours plus marquée leur est accordée. Pour limiter les effets des aléas de la vieillesse et éviter les conséquences financières, parfois irréversible, d'une rupture anticipée des rapports de travail, une protection spéciale en faveur des travailleurs âgés est nécessaire. À cet égard, les récentes évolutions législatives ont permis de combler, en partie, certaines lacunes de la sécurité sociale suisse.

Ce travail de mémoire a pour objectif de présenter un panorama et aperçu des protections sociales qui sont accordées aux personnes âgées dans le contexte du droit du travail et de la sécurité sociale. La protection des travailleurs âgés en fin de rapports de travail n'étant pas clairement définie, les questions à ce sujet sont multiples : À partir de quel âge un travailleur âgé est considéré comme tel ? Existe-t-il une protection spécifique contre le licenciement de ces travailleurs ? Quelles sont les solutions qui s'offrent aux chômeurs seniors arrivés en fin de droit ? Ou encore quelles sont les conséquences d'une retraite flexible ? Nous tenterons d'y répondre ci-après en suivant une chronologie des étapes pouvant intervenir en fin des rapports de travail.

¹BLOC, p. 11.

² OCDE, *Mieux travailler avec l'âge*, p 5 ;

³ SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 3.

⁴ SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 4

1 Généralités

1.1 Historique

Le système de sécurité sociale suisse, plus particulièrement la mise en place d'une protection spécifique pour les travailleurs âgés, a fait l'objet d'une lente évolution⁵. La mise à l'écart dans le marché de l'emploi (l'âge étant empreint de connotations négatives) et l'absence de protections ou d'aménagements spécifiques, conduisent les travailleurs âgés dans des situations de précarité⁶. La vieillesse est alors source de nombreuses inquiétudes pour les personnes qui arrivent en fin de carrière. Malgré le risque de pauvreté qui pèse sur cette catégorie de personnes, la nécessité d'instaurer une protection sociale en leur faveur et la garantie d'une source de revenu décente ne fut pas toujours sur la scène des débats politiques. Pour pallier les risques liés à la vieillesse, un système de prévoyance relevait d'une importance fondamentale.

Durant le 18^{ème} siècle, le système légal ne prévoyait aucun âge limite au-delà duquel une protection sociale était accordée. Ainsi, les travailleurs âgés, aussi appelés « vieillards », étaient contraint de travailler dans des conditions souvent déplorables jusqu'à atteindre leurs dernières forces, souvent jusqu'à leur dernier souffle⁷. Dès le 19^{ème} siècle, un phénomène de paupérisation de masse⁸ a impliqué un vieillissement démographique, une hausse des maladies ainsi que des invalidités. Puisque les systèmes de protections sociales en faveur des travailleurs âgés étaient quasiment inexistantes, les possibilités d'actions demeuraient abondantes. Les prémices d'une protection sociale ont ainsi vu le jour dès 1907⁹, au travers d'interventions patronales et la création d'assurances collectives privées en faveur des employés. Le secteur privé s'est donc attelé à la tâche, tout en obtenant des encouragements fiscaux¹⁰ de la part de la Confédération, sans pour autant qu'une intervention fédérale ne se profile.

Après la première guerre mondiale, les mouvements ouvriers¹¹ se sont mobilisés et ont revendiqué une meilleure protection sociale durant les rapports de travail, mais également à leur échéance, soit pour leur vieillesse. Alors que le domaine de la prévoyance privée croît rapidement, l'idée d'une assurance-vieillesse et survivants (ci-après : AVS), pour la protection des personnes âgées, commence à se développer au niveau fédéral dès 1919¹². Dans les années 1920, le conseiller fédéral Edmund Schulthess élabore un projet (loi Schulthess) pour l'institution de l'AVS, en prévoyant une obligation d'affiliation pour l'ensemble de la population¹³. Il faut toutefois attendre 1925¹⁴ pour l'introduction d'une disposition constitutionnelle qui permet sa réalisation au niveau fédéral. Accepté par les Chambres fédérales, le projet échoue par le rejet du peuple à l'occasion d'un référendum en 1931¹⁵.

Durant la seconde guerre mondiale, des avancées majeures se sont produites au profit de l'institution de l'AVS. La première protection sociale fédérale contre le risque vieillesse a

⁵ZELTNER, p. 20.

⁶REPETTI/PHILLIPSON, p. 51.

⁷OFAS, *Histoire de la sécurité sociale en Suisse*, disponible sous : <https://www.histoiredelasecuritesociale.ch/risques/vieillesse> (consulté le 6 avril 2022).

⁸ZELTNER, p. 10.

⁹OFAS, *Histoire de la sécurité sociale en Suisse*.

¹⁰REPETTI/PHILLIPSON, p. 48- 49.

¹¹REPETTI/PHILLIPSON, p. 51 ; OFAS, *Histoire de la sécurité sociale en suisse*.

¹²BERENSTEIN, p. 24; ZELTNER, p. 28.

¹³BERENSTEIN, p. 29.

¹⁴REPETTI/PHILLIPSON, p. 52.

¹⁵BERENSTEIN, p. 32; REPETTI/PHILLIPSON, p. 53.

émergé avec l'adoption de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants en 1946, dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} janvier 1948¹⁶. Cet événement fut un tournant décisif pour la protection sociale des travailleurs âgés et a conduit à l'apparition officielle d'un nouveau groupe social : les personnes retraitées¹⁷.

Le système en place était toutefois loin d'apporter une protection adéquate. Le montant des rentes octroyées¹⁸ était dérisoire et ne permettait pas de maintenir un niveau de vie décent. Dès lors, huit révisions du système AVS ont eu lieu entre 1951 et 1975, ayant pour principal objectif d'améliorer le système des rentes et d'affirmer le rôle de l'état dans la prévoyance vieillesse. En 1965, principalement en raison du montant médiocre des rentes, il s'est avéré nécessaire d'introduire un système de prestations complémentaire pour combler les carences¹⁹.

La doctrine des trois piliers a fait surface dans le courant des années 1960 : le premier pilier couvrant les besoins du minimum vital au travers de la prévoyance publique, le deuxième pilier permettant de maintenir le niveau de vie antérieur par la prévoyance professionnelle et le troisième pilier constituant la prévoyance individuelle. Le processus législatif a suivi son cours et le système des trois piliers fut accepté par le peuple en 1972 sur son principe. La crise économique et la pression des lobbys privés ont cependant freiné l'aboutissement du projet²⁰. Finalement, la loi sur la prévoyance professionnelle fut adoptée en 1982 et entra en vigueur trois années plus tard. Jusque dans les années 2000, le système de prévoyance professionnelle s'est développé et le nombre d'affiliés s'est multiplié. Une première révision est intervenue en 2003, pour permettre aux salariés à bas revenu d'accéder au système de prévoyance professionnelle.

Plus récemment, plusieurs projets de réformes ont vu le jour, mais peu ont abouti, en raison de nombreux refus aux votations populaires ou par l'absence de consensus parlementaire, due à la sensibilité du sujet.

La dépendance de la population au système de retraite et les diverses préoccupations relatives à la protection sociale des travailleurs âgés demeure aujourd'hui encore un sujet d'actualité, les projets de réformes « LPP 21 » et « AVS 21 » en sont un exemple.

1.2 Définition du « champ d'application personnel » des travailleurs âgés

Il n'existe pas de définition ou de délimitation permettant d'identifier clairement les personnes âgées pour lesquelles une protection spécifique est due²¹.

Après la Suède et l'Islande, la Suisse occupait, en 2020 déjà, la troisième position des pays avec un taux élevé d'employés âgés entre 50 et 64 ans²². Les statistiques publiées démontrent à cet égard une hausse du nombre de travailleurs âgés en Suisse²³. Ce phénomène s'explique essentiellement par l'évolution démographique²⁴, en particulier par l'arrivée imminente de la génération des « *Baby-boomers* » (personnes nées entre 1955 et 1969) à l'âge de la retraite. Une augmentation parallèle du taux de chômage parmi les personnes âgées de 50 ans à 64 ans a été

¹⁶ REPETTI/PHILLIPSON, p. 54.

¹⁷ OFAS, *Histoire de la sécurité sociale en Suisse*.

¹⁸ OFAS, *Histoire de la sécurité sociale en Suisse*.

¹⁹ BERENSTEIN, p. 45.

²⁰ OFAS, *Histoire de la sécurité sociale en Suisse*.

²¹ HUMBERT, p.871; PÄRLI, p. 11.

²² Cf. Annexe 1.

²³ SECO, *Rapport : Chômeurs âgés 2021*, p. 3 ; SECO, *Indicateur de la situation des travailleurs âgés sur le marché suisse du travail*, p. 3.

²⁴ FF 2019 7797, 7802 ; HUMBERT, p. 868.

constatée, puis corolairement une augmentation du chômage de longue durée pour les personnes de plus de 55 ans²⁵.

En droit du travail, hormis l'art. 339b CO²⁶ qui confère le droit à une indemnité en raison des longs rapports de travail pour les personnes de 50 ans au moins, aucune autre protection spécifique n'est prévue par la loi. La jurisprudence du Tribunal fédéral semble néanmoins accorder une protection accrue contre le licenciement abusif aux travailleurs de plus de 50 ans au bénéfice d'une grande ancienneté. S'agissant des assurances sociales, en particulier l'assurance chômage, les efforts de protections supplémentaires en faveur des travailleurs âgés concernent principalement les assurés âgés de plus de 55 ans²⁷.

Compte tenu de ce qui précède et des définitions couramment retenues²⁸, il semblerait que le travailleur est considéré comme « âgé » à partir de 50 ans.

2 Protections en droit du travail

En l'état actuel du droit, les travailleurs âgés ne bénéficient pas d'une prise en compte spécifique de l'état physique ou psychique lié à la vieillesse, contrairement aux femmes enceintes, par exemple²⁹. Cette lacune est par conséquent comblée par voie prétorienne, en application des principes généraux.

Tout au long des rapports de travail, l'employeur est soumis à de nombreuses obligations. Cette seconde partie traitera à la fois des obligations de l'employeur au cours de l'exécution du contrat, mais également les incombances qui doivent être respectées en cas de licenciement, dans la situation caractéristique des travailleurs âgés.

2.1 Dans l'exécution du contrat de travail

2.1.1 Protection de la santé au travail et mesures d'aménagement

L'une des causes principales d'abandon de la vie professionnelle des travailleurs âgés résulte d'atteintes à la santé³⁰. Les effets biologiques du vieillissement nécessitent la mise en place de précautions spécifiques afin de préserver la santé déjà fragilisée des travailleurs âgés.

Les problèmes d'ergonomie, de postures douloureuses, les tâches fatigantes ou encore l'augmentation du rythme due à l'évolution du monde du travail, sont des causes fréquentes d'atteintes à la santé physique et psychiques des travailleurs³¹ et requièrent donc des aménagements appropriés³². Le besoin d'aménagement des conditions de travail gagne en importance pour un travailleur âgé dont la santé s'altère avec le temps. Une série de mesures non exhaustives permet de remédier à ces problèmes : ajustement des équipements de travail, réduction du taux de travail, création des postes spécifiques moins pénibles physiquement, adaptation des tâches et responsabilités en fonction des capacités individuelles, augmentation du temps de récupération (pauses et/ou vacances prolongées), etc.³³. Certaines

²⁵ Cf. Annexe 3 ; SECO, *Rapport : Chômeurs âgés 2021*, p. 2 ; SECO, *Indicateur de la situation des travailleurs âgés sur le marché suisse du travail*, p. 3.

²⁶ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre Cinquième : Droit des Obligations) (CO), RS 220.

²⁷ Cf. Titre 3.1.

²⁸ KNUTTI, p. 2.

²⁹ WITZIG, p. 201.

³⁰ KNUTTI, p. 4, 8.

³¹ KNUTTI, p. 17.

³² SECO, *Commentaire de l'OLT 3*, art. 2 OLT 3, p. 1.

³³ KNUTTI, p. 26 ; SECO, *Commentaire de l'OLT 3*, art. 2 OLT 3, p. 2.

branches de travail qui sollicitent un effort physique particulier ou une attention accrue des employés, prévoient souvent des dispositions conventionnelles pour la protection des travailleurs âgés. C'est notamment le cas dans le domaine de la construction ou des transports publics³⁴ où il est tenu compte de l'âge du travailleur dans la fixation de la durée des vacances. Pour les entreprises de transport publics, l'art. 21 OLDT³⁵ prévoit ainsi un accroissement de la durée des vacances à partir de l'âge de 50 ans.

Dans tout rapport de travail, l'employeur est soumis à l'obligation de protection de la santé de ses employés (328 CO et 6 LTr³⁶), tant psychique que physique (art. 2 al. 1 OLT 3³⁷), en tenant compte également des besoins spécifiques de chacun³⁸. Contrairement aux jeunes employés, il n'existe pas de loi similaire à l'OLT 5³⁹ pour les travailleurs âgés. Dès lors, la protection des travailleurs âgés se fonde sur les dispositions générales de la LTr et ses ordonnances. L'employeur a néanmoins l'obligation de protéger la santé de ses employés en tenant compte des possibilités de l'entreprise et des capacités individuelles des travailleurs, ce qui inclut également l'âge et les différences de performances, qui peuvent varier d'un employé à l'autre au sein d'une même catégorie de personnes⁴⁰.

L'art. 44 al. 2 OLT 1⁴¹ est l'une des rares dispositions légales faisant explicitement référence aux travailleurs d'un certain âge. Cette norme prévoit la possibilité pour les employés de plus de 45 ans, qui effectuent du travail de nuit (plus de 25 nuits par an), de demander un examen médical plus fréquent. Les employés qui effectuent du travail de nuit ont en effet droit à un suivi médical tous les deux ans puis, dès l'âge de 45 ans, à un examen par année. Cet intervalle plus fréquent se justifie en raison des risques d'atteinte à la santé qui augmentent avec l'âge⁴². En outre, lorsque des signes de risques d'atteinte à la santé apparaissent, il est préconisé de procéder au transfert à un travail de jour et renoncer au travail de nuit dès l'âge de 60 ans⁴³.

De façon générale, nous constatons une absence de protection spéciale pour les travailleurs âgés. La mise en place de mesures adéquates repose dès lors presque exclusivement sur l'appréciation et le bon vouloir des employeurs qui sont soumis aux devoirs de protection de la santé.

L'État joue un rôle important à cet égard, notamment en incitant les employeurs par des mesures et accompagnements spécifiques, mais également en montrant l'exemple⁴⁴. Tous ces efforts permettent à long et à moyen terme de préserver la santé des travailleurs âgés tout en les maintenant actifs dans le marché du travail.

2.2 En cas de rupture du contrat de travail

La fin des rapports de travail pour les travailleurs âgés est un tournant décisif dans leur vie, tant au moment de l'âge de la retraite qu'en cas de licenciement. Les travailleurs âgés sont souvent des employés fidèles, ayant travaillé de longues années auprès d'un même employeur et

³⁴ WITZIG, p. 203.

³⁵ Ordonnance du 29 août 2018 sur le travail dans les entreprises de transports publics (OLDT), RS 822.211.

³⁶ Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr), RS 822.11.

³⁷ Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3), RS 822.113.

³⁸ PÄRLI, p. 9.

³⁹ Ordonnance du 28 septembre 2007 sur la protection des jeunes travailleurs (OLT 5), RS 822.115.

⁴⁰ KNUTTI, p. 19.

⁴¹ Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT1), RS 822.111.

⁴² SECO, *Commentaire de l'OLT 1*, art. 44 OLT 1.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ DFE/DFI, *Participation des travailleuses et travailleurs âgés*, p. 28 ss.

possédant une expérience considérable dans leur profession⁴⁵. À la suite d'un licenciement ils sont confrontés à plusieurs difficultés : des difficultés de réinsertion dans le monde professionnel, une perte de motivation ou des difficultés d'adaptation à un nouvel environnement de travail⁴⁶. En l'absence de protections légales spécifiques contre le licenciement des travailleurs âgés, la jurisprudence leur accorde une protection supplémentaire et comble ainsi ce déficit en définissant progressivement quelques lignes directrices permettant de guider à la fois employeurs et employés.

2.2.1 Principe

Le marché du travail suisse s'inscrit dans un système de marché libéral où la liberté contractuelle régit les rapports entre individus. Cela étant, chaque partie peut unilatéralement mettre fin⁴⁷ à un contrat de travail de durée indéterminée en vertu de l'art. 335 al. 1 CO. L'employeur est ainsi libre de résilier les rapports de travail, sans avoir à invoquer un motif particulier⁴⁸, sous réserve du respect de l'article 336 CO qui consacre une protection contre la résiliation abusive.

2.2.2 Licenciement abusif

2.2.2.1 Congé discriminatoire à raison de l'âge

L'art. 336 CO consacre une protection contre le licenciement lorsque ce dernier repose sur des motifs injustifiés. L'art. 336 let. a CO prévoit ce qui suit : « *Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie pour des raisons inhérentes à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise.* ». Il convient dès lors de préciser la portée des termes « *raisons inhérentes à la personnalité* ». Selon la définition du Tribunal fédéral⁴⁹, il s'agit de « *toutes les caractéristiques qui servent à individualiser une personne et qui sont dignes d'être protégées par l'ordre juridique* ». L'âge constitue dès lors une caractéristique personnelle du travailleur⁵⁰, au même titre que la nationalité, la religion ou l'orientation sexuelle, de sorte que le licenciement d'un employé en raison de son âge est en principe discriminatoire, par conséquent abusif⁵¹. Pour être abusif, un licenciement devrait reposer uniquement sur ce motif, or, une telle situation est rare en pratique car les résiliations reposent généralement sur une pluralité de motifs⁵². Le travailleur supporte sur ce point le fardeau de la preuve (art. 8 CC⁵³) et est souvent confronté à des difficultés à cet égard⁵⁴.

Le caractère abusif de la résiliation est écarté si l'employeur invoque un motif justificatif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a *in fine* CO. La correcte exécution de la prestation de travail ainsi que le respect du devoir de fidélité de l'employé, constitue « *un lien avec le rapport de travail* »

⁴⁵ KNUTTI, p. 19.

⁴⁶ KNUTTI, p. 20-23.

⁴⁷ ATF 127 III 86, c. 2a), JdT 2001 I 160.

⁴⁸ CR CO I-PERRENOUD, art. 336 N 1. ; WYLER, *Marathon du droit*, p. 191 ; PÄRLI, p. 4 ; TF, arrêt 4A_419/2007 du 19 janvier 2008 c. 2.1.

⁴⁹ TF, arrêt 4C.72/2002 du 22 avril 2002, c. 1a.

⁵⁰ HUMBERT, p. 870-871 ; CR CO – PERRENOUD : art. 336 N 17 ; TF, arrêt 4A_419/2007 du 19 janvier 2008 c. 2.1 ; ATF 130 III 699, c.4.1, JdT 2006 I 193.

⁵¹ Commentaire Contrat de travail – DUNAND, art. 336 N 27 ; PÄRLI, p. 5 ; WITZIG, p. 204.

⁵² Commentaire Contrat de travail – DUNAND, art. 336 N 27 ; CORREA/KNÜSEL/LE GOFF, p. 37-39 ; WITZIG, p. 204.

⁵³ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

⁵⁴ TF, arrêt 4A_419/2007 du 29 janvier 2008 c. 2.3 ; TF, arrêt 4A_60/2009 du 3 avril 2009, c.3.1.

au sens de cette disposition⁵⁵. Dès lors, le licenciement n'est pas abusif lorsque le travailleur fournit une qualité de services insuffisante⁵⁶. Tel est le cas lorsque le travailleur âgé, en raison notamment d'une réduction sensible de la capacité de travail et une diminution importante des performances, n'est plus en mesure de fournir un travail convenable⁵⁷. Avant de procéder au licenciement du travailleur âgé, l'employeur devra néanmoins veiller au respect de son obligation de diligence accrue⁵⁸ issue de la jurisprudence, en particulier son devoir d'information et de mise en garde préalable sur les conséquences du manquement.

Par ailleurs, le licenciement d'un employé âgé ayant atteint l'âge légal de la retraite n'est pas abusif⁵⁹. En effet, la rupture des relations de travail à l'âge de la retraite n'est pas automatique⁶⁰, à moins que cela soit convenu contractuellement, explicité dans un règlement du personnel, une convention collective de travail ou par un renvoi à un règlement de l'institution de prévoyance⁶¹. Une limitation contractuelle des relations de travail en raison de l'âge a toutefois été jugée discriminatoire et contraire aux directives européennes par la CJUE⁶² dans le cadre d'une affaire⁶³ interdisant aux pilotes d'avion de plus de 60 ans de poursuivre leur activité au sein de la compagnie aérienne. Cette position n'est cependant pas contraignante en droit suisse, qui autorise de telles limites y compris avant l'âge légal de la retraite⁶⁴. À titre de comparaison, contrairement à ce qui prévaut en droit privé, en droit public, les rapports de travail prennent fin sans résiliation lorsque l'âge légal de la retraite est atteint (art. 10 al. 1 LPers-CH⁶⁵ ; art. 55 al. 1 let. a LPers-VD⁶⁶), sous réserve de dispositions d'exécutions contraires.

2.2.3 Autres motifs constitutifs d'un licenciement abusif

L'art. 336 CO énumère de façon non exhaustive les motifs constitutifs d'un licenciement abusif et concrétise l'interdiction générale de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC⁶⁷. D'autres motifs sont dès lors envisageables lorsqu'ils revêtent une gravité proche de celle figurant à l'art. 336 CO⁶⁸. Deux fondements sont principalement retenus dans le contexte du licenciement d'un travailleur senior. La violation de la personnalité du travailleur d'une part et la grande disproportion des intérêts en jeu d'autre part⁶⁹.

2.2.3.1 Violation de la personnalité du travailleur

Le caractère abusif d'un licenciement réside non seulement dans le motif invoqué mais également sur la manière dont ce droit est exercé⁷⁰. Dans une relation contractuelle, l'employeur

⁵⁵ ATF 127 III 68, c. 2c), JdT 2001 I 160.

⁵⁶ TF, arrêt 4A_419/2007 du 29 janvier 2008, c. 2.2.

⁵⁷ HUMBERT, p. 872/875; BSK OR - PORTMANN/RUDOLPH, art. 336 N 5.

⁵⁸ CR CO – PERRENOUD: art. 336 N 19.

⁵⁹ PÄRLI, p. 10 ; WITZIG, p. 209.

⁶⁰ TF, arrêt 4A_311/2009 du 8 octobre 2009, c.3.3 ; HUMBERT, p. 876.

⁶¹ Arbeitsvertrag – STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 335 N 4; HUMBERT, p. 876.

⁶² 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 ; Arbeitsvertrag – STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328 N 12.

⁶³ CJUE, Affaire C-447/09 du 13 septembre 2011.

⁶⁴ HUMBERT, p. 876.

⁶⁵ Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération, RS 172.220.1.

⁶⁶ Loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'État de Vaud, RSV 172.31.

⁶⁷ CR CO – PERRENOUD : art. 336 N 55.

⁶⁸ ATF 132 III 115, c. 2.1 ; TF, arrêt 4A_419/2007 du 29 janvier 2008, c.2.3 ; LEMPEN, p. 79.

⁶⁹ WITZIG, p. 204 – 205.

⁷⁰ ATF 132 III 115, c.2.2.

doit veiller au respect de la personnalité de ses employés. Ce devoir de protection ancré à l'art. 328 CO concrétise la protection de la personnalité des art. 27 et 28 CC et implique entre autres le devoir de préserver la santé, l'honneur personnel et professionnel, la réputation, l'intégrité physique et psychique des employés⁷¹. En soi, la violation de ce devoir est constitutive d'une violation contractuelle, or, dans certaines circonstances elle peut fonder le caractère abusif d'un licenciement, en particulier lorsque le travailleur est âgé et bénéficie d'une grande ancienneté au sein de l'entreprise. La protection de la personnalité des travailleurs âgés implique de multiples obligations sous-jacentes consistant, pour l'essentiel, en une obligation de diligence accrue quant aux modalités du licenciement⁷². Ceci s'explique notamment par les effets importants du licenciement sur la situation personnelle et professionnelle des employés seniors et en raison de leur fidélité. Cependant, tout comportement inconvenant de l'employeur n'implique pas nécessairement que le licenciement est abusif⁷³. En effet, seuls les comportements manifestement contraires au contrat, soit les atteintes graves à la personnalité des employés, sont sanctionnés. Pour parvenir à une telle conclusion, il faut procéder à une appréciation globale des circonstances du cas⁷⁴.

2.2.3.1.1 Modalités de licenciement

Les travailleurs âgés au bénéfice d'une ancienneté au sein de l'entreprise profitent d'une protection accrue face au licenciement, sans toutefois que cela ne constitue une protection absolue⁷⁵ ou remette en cause le principe de la liberté contractuelle⁷⁶. L'employeur qui envisage de mettre fin aux rapports de travail doit avoir des égards particuliers sur la façon de licencier un employé senior⁷⁷. La jurisprudence du Tribunal fédéral a permis de définir plus concrètement l'étendue de ce devoir. À cet égard, les juges fédéraux ont procédé au renforcement de la protection des travailleurs âgés au travers de trois nouvelles obligations : un devoir d'information préalable, le droit d'être entendu du travailleur et la recherche de solutions pour le maintien du contrat⁷⁸.

Dans un premier temps, l'employeur doit informer l'employé du licenciement envisagé de façon appropriée en lui signalant notamment l'insuffisance des prestations. Cette information préalable constitue une forme d'avertissement ayant pour objectif principal la prise de conscience de la déficience des services. Sans nécessairement revêtir une forme particulière⁷⁹, elle doit être formulée de façon appropriée au regard des circonstances afin d'atteindre le but prédéfini. La communication peut prendre la forme d'une réprimande, d'observations ou d'une admonestation étant toutefois précisé que la forme écrite est préconisée notamment pour des raisons de clarté et de preuve⁸⁰. Cette information doit mettre en évidence la faiblesse des prestations de l'employé, par exemple par le biais d'évaluations internes⁸¹. Ainsi, l'employeur doit attirer l'attention du travailleur sur les conséquences de ces défaillances pour la poursuite des rapports de travail, tout en octroyant une seconde chance au travailleur âgé, en lui offrant

⁷¹ CR-CO I, LEMPEN, art. 328 N 1; Haftpflichtkommentar – HUGENTOBLE, art. 328 OR N 4.

⁷² CR-CO I, LEMPEN, art. 328 N 42.

⁷³ ATF 132 III 115, c.2.3 ; JdT 2006 I 152 ; TF, arrêt 4A_44/2021 du 2 juin 2021, c. 4.1.2.

⁷⁴ SATTIVA, p. 3.

⁷⁵ HUMBERT, p. 873.

⁷⁶ TF, arrêt 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, c.4.2

⁷⁷ LEMPEN, p. 83

⁷⁸ WYLER/HEINZER, p.823; HUMBERT, p. 873-874; RUDOLPH, p. 437.

⁷⁹ WYLER, *Marathon du droit*, p. 192.

⁸⁰ TF, arrêt 4A_419/2007 du 19 janvier 2008 c. 2.6.

⁸¹ WYLER/HEINZER, p. 826.

la possibilité de s'améliorer par le biais d'objectifs raisonnables, à accomplir dans un délai convenable. Des tentatives de solutions alternatives au licenciement sont donc requises, puisque le maintien de la relation de travail est l'objectif de l'avertissement.

Dans un arrêt de 2014⁸², le Tribunal fédéral a estimé que le licenciement était abusif en raison de l'absence d'entretien préalable avec l'employé au cours duquel l'employeur lui signale ses manquements, leurs conséquences et l'octroi d'une dernière chance. De cette façon, l'arrêt semble avoir introduit un droit d'être entendu pour le licenciement de travailleurs âgés avec une grande ancienneté. Selon WYLER, il ne s'agit pas d'un droit formel au sens de l'art. 29 al. 2 Cst⁸³. L'introduction de cette obligation paraît discutable pour certains auteurs⁸⁴ eu égard au principe de la séparation des pouvoirs. À cet égard, il convient de préciser que ces exigences supplémentaires ne constituent pas un prérequis général dans le cadre d'une procédure de licenciement ordinaire en droit privé⁸⁵ mais s'appliquent pour les travailleurs âgés eu égard à l'obligation de diligence accrue de l'employeur dans ce contexte particulier⁸⁶.

À des fins de comparaison, l'on peut relever une similitude des exigences découlant de la jurisprudence rendue en droit privé avec celles de la fonction publique en matière de licenciement. En effet, il existe au niveau du droit public fédéral et cantonal une exigence d'avertissement préalable⁸⁷. Alors que cela découle de la jurisprudence au niveau fédéral, dans le canton de Vaud, une telle communication est expressément inscrite dans la loi et doit revêtir la forme écrite (art. 59 al. 3 LPers-VD)⁸⁸. En outre, un droit d'être entendu formel, avant un licenciement, résulte également de procédure administrative fédérale, respectivement cantonale⁸⁹.

Pour le surplus, certaines branches de travail prévoient expressément une protection spéciale en faveur des travailleurs âgés dans le cadre des résiliations des rapports de travail. C'est notamment le cas dans le domaine bancaire, où il existe un devoir d'assistance renforcé envers les employés plus âgés, reprenant ainsi les obligations supplémentaires issues de la jurisprudence fédérale⁹⁰.

2.2.3.1.2 Examen d'autres alternatives au licenciement ou « aménagements raisonnables »

Dans le cadre de l'octroi d'une seconde chance, l'employeur doit examiner la possibilité d'employer le travailleur âgé ailleurs au sein de l'entreprise ou aménager raisonnablement les conditions de travail afin de tenter d'autres alternatives au licenciement⁹¹. Le défaut ou l'insuffisance de recherche de solutions alternatives peut le cas échéant constituer un licenciement abusif⁹². L'objectif est avant tout d'apporter aux salariés seniors des solutions qui

⁸² TF, arrêt 4A_384/2014 du 12 novembre 2014.

⁸³ Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101 ; WYLER, *Marathon du droit*, p. 192, LEMPEN, p. 84.

⁸⁴ HUMBERT, p. 873-874.

⁸⁵ TF, arrêt 4A_419/2007 du 19 janvier 2008 c. 2.6. ; TF, arrêt 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, c.3.2 ; BRUN POGGI, p. 449 ; HUMBERT, p. 873 ; WYLER/HEINZER, p. 824.

⁸⁶ BRUN POGGI, p. 453.

⁸⁷ BRUN POGGI, p. 447.

⁸⁸ WYLER/BRIGUET, p. 64/113.

⁸⁹ WYLER/BRIGUET, p. 22-29.

⁹⁰ Convention du 1^{er} janvier 2020 relative aux conditions de travail du personnel bancaire (CPB), art. 12a CPB, disponible sous https://www.arbeitgeber-banken.ch/files/content/pdf/sozialpartnerschaft/VAB_2020_F.pdf (consulté le 28 avril 2022).

⁹¹ HUMBERT, p. 874 ; LEMPEN, p. 82-83 ; WYLER, *Marathon du droit*, p. 192 -193.

⁹² HUMBERT, p. 874.

soient socialement acceptables⁹³ et adaptées à leur capacité résiduelle de travail tout en permettant la poursuite des rapports de travail. Dans cette hypothèse, il n'est pas exclu que l'employé soit affecté à une fonction qui implique des tâches ou responsabilités différentes, sans bénéficier d'un droit absolu au maintien de ses missions ou fonctions précédentes⁹⁴. Dans cette configuration, l'employeur doit procéder par la voie du congé-modification. Le refus de l'employé soustrait le licenciement de son éventuel caractère abusif lorsque l'alternative proposée est raisonnable et adaptée au cas d'espèce⁹⁵.

Selon un arrêt récent du Tribunal fédéral⁹⁶, plus le poste occupé par le collaborateur est élevé ou important (poste à haute responsabilités et/ou avec un grand pouvoir décisionnel), plus les difficultés pour lui retrouver un poste similaire, avec les mêmes prérogatives⁹⁷ est difficile. Dans une telle hypothèse, on ne peut raisonnablement sanctionner l'employeur qui n'est pas parvenu à donner une seconde chance à l'employé âgé au bénéfice d'une grande ancienneté. Dans le même ordre d'idées, lorsqu'un collaborateur senior est absent durant une période prolongée en raison d'une incapacité de travail, sans fournir la moindre prestation, ce qui implique une réorganisation interne, on ne saurait objectivement exiger de l'employeur qu'il trouve des propositions alternatives au licenciement⁹⁸.

En somme, le défaut de caractère abusif du licenciement ne présuppose pas nécessairement que l'employeur ait rempli toutes les obligations découlant du devoir de diligence accru. Ce qui importe avant tout est que le licenciement ne viole pas les règles de la bonne foi⁹⁹.

2.2.3.2 Grande disproportion des intérêts en jeu

La grande disproportion des intérêts en présence constitue un motif supplémentaire pouvant rendre le licenciement abusif¹⁰⁰. Pour jauger l'existence d'une disproportion, une mise en balance des intérêts s'impose, entre l'intérêt de l'employeur à la liquidation des rapports de travail et l'intérêt du travailleur âgé au maintien de son activité lucrative. Dans le contexte du licenciement d'un collaborateur âgé, la résiliation doit avoir une portée propre pour l'employeur et reposer sur un intérêt digne de protection¹⁰¹, ce qui n'est pas le cas lorsque l'employeur agit par pure convenance personnelle¹⁰².

Le licenciement d'un travailleur âgé ayant fourni de longs et loyaux services peut avoir un impact financier important, en dehors des conséquences sociales et morales¹⁰³. En effet, les travailleurs âgés sont confrontés à de nombreuses préoccupations, notamment aux difficultés de réinsertions dans le marché du travail, qui sont plus importantes comparativement à d'autres groupes de personnes¹⁰⁴, et la dépréciation de leur prévoyance professionnelle en raison des lacunes de cotisations. L'intérêt du travailleur au maintien des rapports de travail peut donc parfois largement dépasser l'intérêt de l'employeur au licenciement. Néanmoins, bien que les

⁹³ WYLER, *Marathon du droit*, p. 192.

⁹⁴ WYLER, *Marathon du droit*, p. 192.

⁹⁵ *Ibidem*

⁹⁶ TF, arrêt 4A_44/2021 du 2 juin 2021.

⁹⁷ SATTIVA, p. 4.

⁹⁸ TF, arrêt 4A_390/2021 du 1^{er} février 2022, c. 3.3.1, c. 3.4.1.

⁹⁹ PORTMANN, p. 250.

¹⁰⁰ CR-CO I – PERRENOUD, art. 336 N 11; WITZIG, p. 205.

¹⁰¹ TF, arrêt 4A_419/2007 du 19 janvier 2008 c. 2.6 ; HUMBERT, p. 881 ; WYLER, *Marathon du droit*, p. 193.

¹⁰² CR-CO I – PERRENOUD, art. 336 N 58.

¹⁰³ WITZIG, p. 205.

¹⁰⁴ CORRÉA/KNÜSEL/LE GOFF, p. 21 ; OCDE, *Mieux travailler avec l'âge*, p. 6-10.

conséquences économiques du licenciement soient des éléments à prendre en considération dans cette appréciation, il ne s'agit pas en tant que tel d'un élément fondateur de l'illicéité du licenciement¹⁰⁵. De surcroît, lorsque le collaborateur âgé occupe un statut élevé dans l'entreprise (poste à hautes responsabilités), cette position s'accompagne généralement d'un salaire conséquent, partant, l'impact économique du licenciement est souvent moins dramatique¹⁰⁶. En somme, il est impératif d'analyser la situation concrète du travailleur âgé ainsi que les circonstances spécifiques de son rapport de travail sans se limiter à l'âge et l'ancienneté¹⁰⁷ afin d'éviter une surprotection injustifiée des travailleurs âgés par rapport à d'autres catégories de personnes vulnérables¹⁰⁸.

Deux raisons principales permettent de justifier l'intérêt de l'employeur à licencier un travailleur âgé : les motifs économiques et la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise¹⁰⁹. Ainsi, la Cour de Justice de Genève a eu l'occasion de préciser les raisons économiques pouvant justifier le licenciement d'un collaborateur âgé : « *Un < motif économique > constitue un intérêt digne de protection qui exclut généralement de considérer que le licenciement est abusif. Pour être digne de protection, le motif économique doit dépendre d'une certaine gêne de l'employeur, ce qui exclut la seule volonté d'augmenter les profits. En principe, la mauvaise marche des affaires, le manque de travail ou des impératifs stratégiques commerciaux constituent des motifs économiques admissibles.* »¹¹⁰. Par ailleurs, lorsqu'une seconde chance est accordée et que les prestations du salarié demeurent insuffisantes, la nécessité pour l'employeur d'assurer le bon fonctionnement de son entreprise peut constituer un motif justificatif. Pour invoquer cela, l'employeur doit avoir pris toutes les mesures envisageables afin d'aménager et maintenir les rapports de travail. Ce n'est qu'en ultime ressort, lorsque l'employé n'améliore pas ses prestations de travail, que l'employeur est habilité à résilier le contrat de travail sans risquer de se voir opposer le caractère abusif du licenciement. Tel est également le cas, si l'employeur est tenu de réorganiser le poste occupé par un collaborateur absent durant une longue période et n'ayant pas de plus amples informations sur une potentielle reprise de l'activité¹¹¹. Somme toute, l'employeur est tenu de fournir des preuves pour démontrer et justifier son intérêt légitime et digne de protection¹¹² et n'est pas dispensé de satisfaire à son obligation de protection accrue, en manifestant les égards particuliers imposés par la jurisprudence.

2.2.3.3 Évolution jurisprudentielle

En l'absence d'une protection légale spécifique, l'analyse de la jurisprudence est primordiale pour délimiter les contours et l'étendue des obligations de l'employeur face au licenciement d'un travailleur âgé.

Dans un arrêt¹¹³ pionnier en matière de licenciement d'un travailleur âgé, le Tribunal fédéral a retenu le caractère abusif d'un employé licencié à quelques mois de la retraite, ayant accompli 44 années de loyaux services en qualité de monteur-chauffagiste auprès du même employeur. Dans cet arrêt, les juges fédéraux ont instauré l'obligation de diligence accrue en faveur des

¹⁰⁵ TF, arrêt 4A_390/2021 du 1^{er} février 2022, c. 3.1.5 ; TF, arrêt 4A_419/2007 du 19 janvier 2008 c. 2.6.

¹⁰⁶ SATTIVA, p. 4.

¹⁰⁷ PORTMANN, *Commentaire arrêt 4A_44/2021*, p. 250.

¹⁰⁸ PORTMANN, *Commentaire arrêt 4A_44/2021*, p. 251 ; RUDOLPH, p. 444 - 445.

¹⁰⁹ TF, arrêt 4A_72/2008 du 2 avril 2008 ; WITZIG, p. 207.

¹¹⁰ Cour de Justice de Genève, arrêt CAPH/220/2021 du 30 novembre 2021 c. 2.1.1.

¹¹¹ TF, arrêt 4A_390/2021 du 1^{er} février 2022, c. 3.4.1.

¹¹² Cour de Justice de Genève, arrêt CAPH/220/2021 du 30 novembre 2021 c. 2.1.2.

¹¹³ ATF 132 III 115 ; JdT 2006 I 152.

travailleurs âgés au bénéfice d'une grande ancienneté et ont explicité les devoirs particuliers auxquels étaient soumis les employeurs qui envisagent la résiliation des rapports de travail dans ce contexte, soit notamment : le devoir de procéder à un entretien préalable, rechercher des solutions socialement acceptables et de tenter de désamorcer les éventuels conflits existants. À défaut d'avoir entrepris ces démarches préalables, les juges fédéraux ont qualifié le licenciement d'abusif et ont dès lors retenu une indemnité de six mois de salaire, soit le maximum prévu par l'art. 336a CO.

En 2007¹¹⁴, notre Haute Cour a précisé sa jurisprudence en limitant la portée de son arrêt précédent, en ce sens que l'âge du travailleur au moment du licenciement ne peut à lui seul fonder le caractère abusif, mais doit être pris en compte avec d'autres facteurs. Peu de temps après, dans un arrêt de 2008¹¹⁵, le Tribunal fédéral a confirmé ce qui précède et a ainsi redéfini les critères à retenir. En référence à l'ATF 132 III 115, notre Haute Cour souligne que « *le cas en question était exceptionnel, voire extrême. Quoiqu'il en soit, il faut comme précédemment relevé, tenir compte de toutes les circonstances du cas particulier et non s'en tenir au seul âge du collaborateur pour décider du caractère abusif – ou non – d'une résiliation.* »¹¹⁶. En outre, le Tribunal fédéral retient que l'âge et l'ancienneté ne constituent pas en rempart systématique au licenciement notamment lorsqu'il est question d'importants problèmes de performances et ce en dépit des efforts d'aménagements et des multiples avertissements de l'employeur¹¹⁷.

Un agent d'exploitation de 64 ans ayant travaillé plus de 12 ans au service de son employeur fut licencié peu de temps avant l'âge de la retraite en raison de son manque de motivation et des prestations moins performantes que les jeunes employés de l'entreprise. Le Tribunal fédéral a qualifié cette résiliation d'abusive en précisant qu'« *il est dans le cours ordinaire de la vie d'un travailleur se trouvant à une année de la retraite puisse être moins motivé qu'un jeune ; cela ne dispense pas l'employeur d'avoir des égards envers une personne depuis longtemps à son service, tant que celle-ci accomplit ses tâches de manière objectivement suffisantes.* »¹¹⁸. L'arrêt souligne que les faits du cas d'espèce sont analogues à l'arrêt 132 III 115 et alloue ainsi une indemnité correspondant à quatre mois de salaire.

Dans un arrêt topique et relativement sévère, le Tribunal fédéral a une fois de plus eu l'occasion de préciser sa jurisprudence dans le cadre d'une affaire concernant un employé de 59 ans au bénéfice de 11 années de service¹¹⁹. Bien qu'ayant entrepris tous les efforts imaginables pour la résolution des conflits existants et aménagé de façon optimale les conditions de travail du salarié senior¹²⁰, l'employeuse s'était affranchie d'un entretien préalable pour signaler les manquements constatés, ne lui a pas donné la possibilité de s'exprimer à ce sujet et n'a pas accordé une seconde chance à l'employé en fixant les objectifs à atteindre. Cet arrêt a formellement introduit un droit d'être entendu préalable dans le contexte du licenciement de travailleurs âgés, sans toutefois préciser sa nature ou son étendue.

Dans un autre arrêt rendu en 2018¹²¹, une employée d'EMS âgée de 57 ans et comptant quelques 22 années de services a été licenciée à moins d'une année de l'ouverture du droit à une retraite anticipée. Dans le cas d'espèce, l'employée fournissait d'excellentes prestations, ce qui était

¹¹⁴ TF, arrêt 4C.388/2006 du 30 janvier 2007, c. 4.2.

¹¹⁵ TF, arrêt 4A_419/2007 du 29 janvier 2008.

¹¹⁶ TF, arrêt 4A_419/2007 du 29 janvier 2008 c.2.5

¹¹⁷ WITZIG, p. 206 ; TF, arrêt 4A_60/2009 du 3 avril 2009, c.3.2.

¹¹⁸ TF, arrêt 4A_558/2012 du 18 février 2013, c.2.

¹¹⁹ TF, arrêt 4A_384/2014 du 12 novembre 2014.

¹²⁰ TF, arrêt 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, c. 3.2.

¹²¹ TF, arrêt 4A_485/2017 du 25 juillet 2018.

attesté par ses évaluations mais également par ses collègues. Le Tribunal fédéral a considéré que la résiliation était abusive et a alloué à l'occasion une indemnité de six mois de salaire justifiée par les lourdes et durables conséquences financières notamment en raison des difficultés de réinsertion dans le marché du travail et la perte d'affiliation à la caisse de prévoyance professionnelle en précisant que « *l'employée pouvait légitimement espérer terminer sa carrière dans cet établissement ; avec l'âge, il est de surcroît plus difficile de s'adapter à un nouvel emploi.* »¹²².

Dans une jurisprudence récente, les juges fédéraux se sont prononcés sur le licenciement d'un collaborateur de 60 ans ayant gravi les échelons au cours de ses 37 années de services, occupant dernièrement une position hiérarchique élevée au sein de l'entreprise, soit la fonction de directeur d'exploitation. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a tenté d'affiner la portée du devoir de diligence pour les collaborateurs anciens, en indiquant que son étendue se détermine avant le licenciement, selon les circonstances globales du cas d'espèce¹²³. Par ailleurs, cette jurisprudence nuance l'arrêt 4A_384/2014 en modérant sa portée, en ce sens que « *le seul fait de construire un licenciement abusif par l'absence d'audition préalable et de solutions alternatives viole le droit fédéral.* »¹²⁴. De plus, l'arrêt relève qu'en raison du poste à hautes responsabilités occupé par le collaborateur, des solutions alternatives au licenciement sont difficilement envisageables sous une autre forme. Dans ce contexte, notre Haute Cour n'a pas retenu le caractère abusif du licenciement contrairement à ce qui avait été jugé par les instances cantonales. Cette jurisprudence réitère l'importance déterminante de la prise en compte des circonstances concrètes du cas d'espèce, en évitant une protection systématique uniquement en raison de l'âge¹²⁵, ce d'autant plus lorsque l'employé possède un statut hiérarchique important au sein de l'entreprise¹²⁶.

Le 1^{er} février 2022, le Tribunal fédéral a rejeté le caractère abusif du licenciement d'une assistante de direction à 10 mois de la retraite dont l'ancienneté au sein de l'entreprise était indéniable (plus de 14 ans)¹²⁷. En effet, l'employeur avait relevé la nécessité d'une réorganisation interne afférente au poste occupé par l'intimée, l'employée ayant été en incapacité de travail durant plus de six mois et n'ayant fourni aucune information relative à une éventuelle reprise du travail. Contrairement à ce qui avait été retenu par la Cour d'appel cantonale et suivant la position du tribunal de première instance, les juges fédéraux ont relevé qu'il n'existait pas de propositions alternatives dans le cas d'espèce et qu'en l'absence de critiques particulières sur les prestations de travail fournies, un avertissement préalable paraissait dénué de pertinence¹²⁸. Par conséquent, dans ce contexte, l'employeur n'avait donc pas failli au respect de son obligation de diligence accrue en faveur des travailleurs âgés.

Lorsque le licenciement est abusif, l'indemnité allouée en vertu de l'art. 336a CO varie généralement entre deux et quatre mois correspondants au salaire mensuel du salarié. Le montant maximal de six mois est en principe alloué dans les cas extrêmes tel que dans l'arrêt de principe ATF 132 III 115. En outre, les tribunaux se fondent sur une multitude de facteurs pour déterminer le montant adéquat de l'indemnité, notamment la gravité de la faute de l'employeur, la gravité de l'atteinte à la personnalité de l'employé, son âge, la durée des

¹²² TF, arrêt 4A_485/2017 du 25 juillet 2018, c. 4.3.

¹²³ TF, arrêt 4A_44/2021 du 2 juin 2021, c.4.3.2.

¹²⁴ SATTIVA, p. 2.

¹²⁵ RUDOLPH, p. 435.

¹²⁶ SATTIVA, p. 4.

¹²⁷ TF, arrêt 4A_390/2021 du 1^{er} février 2022.

¹²⁸ TF, arrêt 4A_390/2021 du 1^{er} février 2022, c.3.3.1.

rapports de travail, les conséquences économiques du licenciement, la situation personnelle du travailleur ainsi que son éventuelle faute concomitante¹²⁹.

L'étude de la jurisprudence topique permet de constater la mouvance et l'évolution continuelle du positionnement du Tribunal fédéral, afférent à la protection des travailleurs âgés contre le licenciement abusif. Malgré le nombre d'arrêts florissants, la portée exacte de la protection n'en est pas pour autant plus éclairée. En effet, dans le premier arrêt rendu sur la question, les juges fédéraux ont adopté une position ferme marquant ainsi un tournant dans la protection accordée à cette catégorie de salariés et en instaurant une obligation de diligence plus étendue pour les employeurs. Plus tard, notre Haute Cour a tempéré sa décision précédente en atténuant sa portée, évitant ainsi des solutions systématiques en faveur des collaborateurs âgés, dépourvues de considérations sur les circonstances concrètes du cas d'espèce. En 2014, le Tribunal fédéral renforce à nouveau la protection en imposant des obligations supplémentaires aux employeurs. Les arrêts suivants ont affiné et assoupli l'étendue du devoir de diligence accru. Ce schéma de va et vient dans la position du Tribunal fédéral traduit la complexité du sujet tant d'un aspect juridique que socio-politique. Cette équivoque surgit également au travers des solutions différentes auxquelles parviennent les instances précédentes dans une même affaire. Il n'en demeure pas moins que, sur le principe, la jurisprudence est cohérente et opportune mais entache la prévisibilité et la sécurité du droit, les résultats variants parfois fondamentalement selon les circonstances du cas d'espèce¹³⁰. Cela étant, notre Haute Cour tente de modérer la protection conférée afin de rétablir un équilibre entre la liberté de résiliation et le respect du devoir de diligence pour cette catégorie de salariés¹³¹. En outre, de nombreux auteurs déplorent l'absence d'un ancrage codifié de la protection des travailleurs âgés dans la loi, qu'il appartient au législateur de mettre en place et non perpétuer la protection sur la scène du droit judiciaire¹³². Une telle proposition a déjà été soumise au Conseil national à l'occasion d'une initiative parlementaire¹³³ le 14 décembre 2016 sans qu'elle ne se concrétise. En effet, il existe une certaine méfiance s'agissant des effets négatifs qu'un tel projet pourrait produire sur les opportunités d'emplois et la crainte que cela conduise à de mauvaises incitations sur les employeurs¹³⁴. Pour certains, l'absence de disposition légale constituerait une solution miracle permettant de déléguer le renforcement de la protection contre le licenciement aux partenaires sociaux¹³⁵.

2.2.3.4 Critère d'ancienneté et âge

L'absence de norme légale spéciale et la fluctuation de la jurisprudence du Tribunal fédéral ne permettent pas de fixer précisément l'âge au-delà duquel les travailleurs âgés peuvent se prévaloir d'une protection accrue face au licenciement¹³⁶. Néanmoins, il ressort clairement de la jurisprudence que l'âge pris isolément ne suffit pas à déterminer le caractère abusif de la résiliation¹³⁷ mais doit s'analyser conjointement et systématiquement au critère d'ancienneté, à

¹²⁹ TF, arrêt 4A_166/2018 du 20 mars 2019, c. 4.1 ; TF, arrêt 4A_31/2017 du 17 janvier 2018, c.3.

¹³⁰ HUMBERT, p. 883-884; PORTMANN, p. 249; RUDOLPH, p. 439/440; STÖCKLI, p. 20; SATTIVA, p. 5; WYLER/HEINZER, p. 826.

¹³¹ PORTMANN, p. 250.

¹³² HUMBERT, p. 883-884; PORTMANN, p. 249-250; PÄRLI, p. 11-12 ; RUDOLPH, p. 443-445 ; SATTIVA, 4 ; WYLER, *Marathon du droit*, p. 193.

¹³³ CORRADO Pardini, *Initiative parlementaire Nr. 16.489*,

¹³⁴ PORTMANN, p. 251.

¹³⁵ RUDOLPH, p. 445-446.

¹³⁶ Cour de Justice de Genève, arrêt CAPH/220/2021 du 30 novembre 2021 c. 2.1.1 ; LEMPEN, p.85 ; RUDOLPH, p. 440.

¹³⁷ TF, arrêt 4A_419/2007 du 29 janvier 2008 c.2.5

savoir la durée d'emploi auprès du même employeur (l'un n'étant pas nécessairement un corolaire de l'autre). Du reste, notre Haute Cour ne semble pas avoir souhaité créer une catégorie particulière bénéficiant de plus d'égards uniquement en raison de leur âge mais plutôt en raison des effets notables et parfois irréversibles de la perte d'emploi¹³⁸. Il s'ensuit néanmoins que l'interdépendance entre l'âge, la durée de service et le temps restant jusqu'à la retraite reste relativement floue dans le cadre de la protection accordée¹³⁹. À cet égard, la définition de la catégorie des collaborateurs âgés au bénéfice d'une grande ancienneté fait l'objet d'avis divergents. WYLER/HEINZER considèrent que les employés de plus de 50 ans ayant au moins 10 ans de services ininterrompus auprès du même employeur appartiennent à cette catégorie¹⁴⁰. D'autres auteurs¹⁴¹ ainsi que la tendance législative¹⁴² élèvent cet âge à 55 ans compte tenu des difficultés accrues de réinsertion dans le marché de l'emploi au-delà de cet âge.

Une définition stricte étant difficile à établir, la problématique peut être résumée ainsi : plus le travailleur est âgé et son ancienneté importante, plus l'employeur est tenu de respecter un devoir de diligence accru en sa faveur¹⁴³. Afin de mieux saisir cette définition, un tableau synthétique, basé sur l'âge et le nombre d'années de service, a été établi par HUMBERT¹⁴⁴.

2.2.4 Licenciement collectif et plans sociaux

Lorsqu'une entreprise procède à un licenciement collectif (art. 335d CO), soit une résiliation de masse de son personnel, cela affecte directement les travailleurs et particulièrement les collaborateurs âgés au bénéfice d'une grande ancienneté. Comme relevé précédemment, l'âge constitue souvent un handicap pour la recherche d'un nouvel emploi, le taux de réinsertion diminue fortement à partir de 55 ans, corolairement le taux de chômage augmente et les employés âgés subissent des pertes salariales substantielles¹⁴⁵. Dans ce contexte, les seniors sont plus exposés aux conséquences néfastes du licenciement. Pour alléger les effets du licenciement collectif, la loi prévoit la mise en place d'un plan social facultatif ou obligatoire (art. 335i CO).

L'art. 335h al. 1 CO offre une définition du plan social : « *Le plan social est une convention par laquelle l'employeur et les travailleurs fixent les moyens d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre ou d'en atténuer les conséquences.* ». Le plan social peut prendre la forme d'une convention collective pour les travailleurs licenciés ou d'une convention passée entre l'employeur et chaque employé individuellement¹⁴⁶, l'objectif principal étant de protéger les travailleurs. Les parties doivent définir des mesures adéquates pour remédier, de façon optimale, aux conséquences du licenciement sur les travailleurs, au travers de négociations entre employeur et employés (ou leur représentation). Généralement, les plans sociaux contiennent des dispositions spécifiques pour les salariés âgés, en proposant des solutions variées telles que la possibilité d'une retraite anticipée avec paiement d'une rente-pont, des

¹³⁸ PÄRLI, p. 11 ; SATTIVA, p. 3.

¹³⁹ RUDOLPH, p. 441.

¹⁴⁰ WYLER/HEINZER, p. 824; WYLER, *Marathon du droit*, p. 191.

¹⁴¹ HUMBERT, p. 882.

¹⁴² CORRADO Pardini, *Initiative parlementaire Nr. 16.489*.

¹⁴³ HUMBERT, p. 882.

¹⁴⁴ Cf. Annexe 2.

¹⁴⁵ BAUMANN/OESCH, p. 51-53.

¹⁴⁶ CR CO- ORDOLLI/WITZIG, art. 335h N 3-4.

indemnités de départ, le paiement d'un différentiel salarial, une priorité au réengagement dans les autres sociétés du groupe, un soutien au reclassement professionnel, etc.¹⁴⁷.

À titre d'exemple, le plan social UBS aménageait, sous sa mouture de 2014¹⁴⁸, diverses mesures pour les travailleurs âgés de plus de 55 ans au bénéfice d'une grande ancienneté, soit notamment une prolongation de la durée d'emploi, le versement de prestations transitoires jusqu'à l'âge de la retraite, une prolongation des délais de préavis et l'octroi d'un soutien accru pour la recherche d'emploi. La société UPC Cablecom Sàrl prévoyait quant à elle des mesures pour la garantie d'emploi tant à l'interne qu'à l'externe (dans une société partenaire ou tierce), la possibilité de prendre une retraite anticipée avec financement du rachat des prestations de la caisse de pension, la poursuite de l'assurance-accident ainsi que le versement d'une rente transitoire AVS¹⁴⁹.

2.2.5 Indemnité à raison des longs rapports de travail

Les articles 339b à 339d CO sont consacrés à l'indemnité à raison des longs rapports de travail, soit une prestation sociale¹⁵⁰ en capital versée à l'issue des rapports de travail¹⁵¹. Il s'agit de l'une des rares dispositions légales qui fasse référence à l'âge et l'ancienneté de l'employé. Ne revêtant plus une grande importance pratique, nous nous limiterons à un développement succinct de la nature et l'objectif visé par cette indemnité ainsi que des conditions d'octroi.

2.2.5.1 But et nature

L'indemnité à raison des longs rapports de travail a été introduite dans le cadre de la révision du droit du travail en 1971. L'objectif de cette indemnité visait principalement à combler l'absence ou les lacunes de prévoyance professionnelle et servait ainsi de pension dans les situations de cessation du travail¹⁵². Elle a principalement servi de transition jusqu'à l'institution de la prévoyance professionnelle obligatoire en 1985¹⁵³. Depuis, elle a considérablement perdu de son importance. En effet, l'art. 339d CO consacre le principe de subsidiarité¹⁵⁴ de l'indemnité de départ par rapport aux prestations de prévoyance. De ce fait, l'employeur est dispensé du versement de l'indemnité dans la mesure où une institution de prévoyance verse des prestations qui sont financées par l'employeur lui-même ou au moyen de la contribution de l'employeur. Ainsi, lorsque la prestation de remplacement est égale ou supérieure au montant de l'indemnité initialement fixée, le travailleur n'a pas droit à dite indemnité. Si les prestations de l'institution de prévoyance sont néanmoins inférieures au montant de l'indemnité, l'employeur doit au travailleur la différence entre les deux montants¹⁵⁵.

Cependant, l'indemnité à raison des longs rapports de travail conserve sa place pour les travailleurs qui ne sont pas obligatoirement soumis à la LPP¹⁵⁶ ou dont les prestations sociales

¹⁴⁷ CR CO- ORDOLLI/WITZIG, art. 335h N 5 ; HUMBERT, p. 874 ; WYLER/HEINZER, p. 689.

¹⁴⁸ LE TEMPS, *UBS détaille pour la première fois son plan social*, 14 mars 2014, disponible sous <https://www.letemps.ch/economie/ubs-detaille-premiere-plan-social> (consulté le 28 avril 2022).

¹⁴⁹ UPC CABLECOM SÀRL, *Plan social 2015-2017*, Zurich, disponible sous <https://docplayer.fr/122972705-Upc-cablecom-sarl-plan-social.html> (consulté le 28 avril 2022), p. 8-9.

¹⁵⁰ *Commentaire contrat de travail* – GLOOR, art. 339b N 1.

¹⁵¹ CR-CO – DONATELLIO, art. 339b CO N 1.

¹⁵² SAJEC, p. 761; CLASSEN, art. 339b N 1.

¹⁵³ CARRUZZO, p. 587.

¹⁵⁴ CR-CO – DONATELLIO, art. 339d CO N 1; SAJEC, p. 774.

¹⁵⁵ CR-CO – DONATELLIO, art. 339d CO N 2.

¹⁵⁶ Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LAVS), RS 831.10.

sont insuffisantes¹⁵⁷. Les salariés dont le revenu annuel ne dépasse pas CHF 21'510¹⁵⁸ (salaire coordonné LPP en 2022) sont principalement concernés par cette indemnité, visant ainsi majoritairement les employés à temps partiel. En somme, cette prestation a un double objectif : à la fois une prestation de prévoyance à caractère subsidiaire et récompense pour la fidélité du travailleur¹⁵⁹.

Les articles 339b à 339d CO étant de nature relativement impérative (art. 362 CO), il est possible de modifier les conditions légales uniquement en faveur du travailleur¹⁶⁰. Des conditions allégées pour l'octroi de ladite indemnité sont souvent prévues dans le secteur public (art. 19 al. 3 let. b LPers-CH), dans les plans sociaux et conventions collectives de travail¹⁶¹.

2.2.5.2 Conditions

L'octroi de l'indemnité à raison des longs rapports de travail est soumis à la réalisation de deux conditions cumulatives stipulées par l'art. 339b al 1 CO¹⁶².

Premièrement, le travailleur doit être âgé d'au moins 50 ans révolus au moment de la fin des rapports de travail¹⁶³, cette limite pouvant être abaissée en raison de la nature relativement impérative de la norme.

Deuxièmement, les rapports de travail doivent avoir duré au minimum 20 ans auprès du même employeur. Le taux d'activité n'est pas relevant pour le calcul du nombre d'années de services, ce qui évite ainsi de préjudicier les travailleurs à temps partiel, qui représentent justement les principaux concernés par l'indemnité¹⁶⁴.

En principe, une rupture de courte durée n'interrompt pas la continuité des rapports de travail auprès du même employeur ce qui permet de poursuivre le calcul des années de service plus aisément. La volonté des parties reste déterminante à cet égard, de sorte qu'une interruption plus longue n'implique pas nécessairement une rupture des rapports de travail. Pour cela, le comportement des parties doit être significatif¹⁶⁵, en ce sens que l'intention des parties doit clairement être identifiée, à défaut, la conclusion d'une nouvelle relation de travail est présumée. Notre Haute Cour a ainsi reconnu la continuité des rapports de travail malgré une interruption de quatre ans¹⁶⁶. Aussi, en cas de transfert du travailleur dans une autre entreprise faisant partie d'un même groupe de sociétés, la durée de service antérieure au transfert est reconnue¹⁶⁷. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁶⁸, bien que reposant sur des contrats formellement distincts et successifs, il s'agit d'un seul rapport de travail. Dans le même ordre d'idées, la durée

¹⁵⁷ CLASSEN, art. 339b N 2.

¹⁵⁸ CLASSEN, art. 339b N 15.

¹⁵⁹ SAJEC, p. 761 ; CR-CO – DONATELLIO, art. 339b CO N 2 ; *Commentaire contrat de travail* – GLOOR, art. 339b N 1 ; SAJEC, p. 761.

¹⁶⁰ CLASSEN, art. 339b N 3 ; SAJEC, p. 763 ; *Commentaire du contrat de travail* - GLOOR, art. 339b N 2 ; SAJEC, p. 767.

¹⁶¹ *Commentaire du contrat de travail* - GLOOR, art. 339b N 2.

¹⁶² SAJEC, p. 762.

¹⁶³ CR-CO – DONATELLIO, art. 339b CO N 7.

¹⁶⁴ SAJEC, p. 764.

¹⁶⁵ CR-CO – DONATELLIO, art. 339b CO N 8 ; SAJEC, p. 764 ; CLASSEN, art. 339b N 9.

¹⁶⁶ ATF 112 II 51, JdT 1986 I 508.

¹⁶⁷ CR-CO – DONATELLIO, art. 339b CO N 8 ; *Commentaire du contrat de travail* – GLOOR, art. 339b N 2 ; SAJEC, p. 763.

¹⁶⁸ ATF 110 II 268, c. 2, JdT 1985 I 285.

des rapports de travail est perpétuée auprès du nouvel employeur lors d'un transfert des rapports de travail au sens de l'article 333 CO¹⁶⁹.

Le travailleur âgé a également droit à l'indemnité à raison des longs rapports de travail lorsque l'employeur résilie le contrat de travail peu avant la réalisation des conditions précitées, dans le seul but d'empêcher la naissance du droit à l'indemnité¹⁷⁰. De surcroît, en cas de résiliation avec effet immédiat injustifiée, l'employé a droit à une indemnité même à défaut de remplir les conditions pour autant que les conditions eussent été réalisées si les rapports de travail avait pris fin à l'issue du délai de congé légal¹⁷¹.

2.2.5.3 Montants

L'article 339c CO prévoit les prescriptions relatives à la fixation du montant de l'indemnité et consacre deux situations différentes.

Selon l'art. 339c al. 1 CO « *le montant de l'indemnité peut être fixé par un accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective, mais ne doit pas être inférieure au montant du salaire pour deux mois* ». L'indemnité convenue par écrit entre les parties est donc de deux douzièmes du salaire brut du travailleur au moins, référence faite au dernier salaire annuel ayant lié les parties¹⁷². Le non-respect du minimum légal et/ou de la forme écrite (exigée pour la protection du travailleur) mettent en échec la validité de la clause¹⁷³. À défaut d'accord des parties sur le montant de l'indemnité ou lorsque la clause est invalide, il appartient au juge d'en déterminer le montant (art. 339c al. 2 CO) sur la base de son libre pouvoir d'appréciation. Le juge ne peut toutefois accorder un montant supérieur à huit mois de salaire (contrairement aux parties) et ne peut ainsi s'écarter de la fourchette comprise entre deux et huit mois de salaire¹⁷⁴. Il doit fixer l'indemnité selon le droit et l'équité en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, notamment l'âge du travailleur, la durée d'emploi, la situation personnelle du travailleur, ses éventuelles obligations d'entretien, ses perspectives de retour à l'emploi, l'importance du salaire ou une éventuelle prestation perçue dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan social¹⁷⁵.

L'échelle de référence des tribunaux bernois propose une table de calcul pour le montant de l'indemnité en fonction du critère de l'âge et du nombre d'années de services¹⁷⁶. D'autres barèmes existent, conduisant à des résultats plus favorables ou défavorables selon les paramètres pris en compte¹⁷⁷.

Par ailleurs, l'art. 339c al. 3 CO énumère exhaustivement¹⁷⁸ trois situations dans lesquelles l'indemnité de départ peut être réduite ou complètement supprimée. Premièrement lorsque le travailleur démissionne sans justes motifs au sens de l'art. 337c CO, visant dès lors à

¹⁶⁹ CLASSEN, art. 339b N 4; SAJEC, p. 763.

¹⁷⁰ CLASSEN, art. 339b N 9; CR-CO – DONATELLIO, art. 339b CO N 8; SAJEC, p. 765.

¹⁷¹ CLASSEN, art. 339b N 5; CR-CO – DONATELLIO, art. 339b CO N 9; SAJEC, p. 765.

¹⁷² CARRUZZO, art. 339c N 3; CR-CO – DONATELLIO, art. 339c CO N 1/2; SAJEC, p. 766/769.

¹⁷³ CR-CO – DONATELLIO, art. 339c CO N 4; SAJEC, p. 767.

¹⁷⁴ CR-CO – DONATELLIO, art. 339c CO N 7.

¹⁷⁵ CARRUZZO, art. 339c N 3; CLASSEN, art. 339c N 4; SAJEC, p. 767/768.

¹⁷⁶ Échelle des tribunaux bernois, disponible sous <https://www.eda.admin.ch/missions/mission-onu-geneve/fr/home/manuel-application-regime/introduction/manuel-droit-travail/indemnite-longs-rapports-travail.html> (consulté le 28 avril 2022).

¹⁷⁷ CLASSEN, art. 339c N 5-6.

¹⁷⁸ CR-CO – DONATELLIO, art. 339c CO N 13.

sanctionner les comportements ayant pour unique dessein la perception de l'indemnité¹⁷⁹. Deuxièmement, lorsque l'employeur a licencié le travailleur avec effet immédiat en raison de justes motifs (art. 337 et 337b CO), les motifs invoqués se référant au comportement du travailleur¹⁸⁰. Finalement, lorsque le paiement de l'indemnité exposerait l'employeur à la gêne, représentant ainsi une charge insupportable pour l'employeur¹⁸¹, cette dernière hypothèse étant néanmoins souvent rejetée en pratique.

3 Protections en droit des assurances sociales

La protection sociale des travailleurs âgés ayant cessé leur activité professionnelle est d'une importance capitale car elle permet, pour l'essentiel, de leur assurer un niveau de vie décent mais également éviter l'éviction sociale¹⁸². Dès lors, toute innovation afférente à leur protection est la bienvenue et représente une avancée considérable pour cette catégorie de personnes qui est confrontée à des problèmes récurrents. Contrairement à la protection naissante en droit du travail, le droit des assurances sociales confère une protection plus importante et spécifique aux assurés âgés dont l'activité lucrative vient à terme.

La présente section a pour objectif de fournir un aperçu des diverses assurances sociales et leurs spécificités. Elle est organisée de façon « chronologique », en ce sens que nous aborderons les diverses assurances sociales selon leur ordre hypothétique d'intervention à l'issue de la cessation de l'activité lucrative.

3.1 Chômage - LACI

3.1.1 Introduction

En Suisse, les travailleurs âgés sont bien intégrés dans le marché du travail. Pour les personnes âgées entre 50 et 60 ans, leur taux d'activité s'élève à 81,4 % en 2020, avec une tendance à la baisse pour les travailleurs approchant l'âge légal de la retraite. Ce pourcentage est légèrement inférieur à celui des actifs âgés entre 25 et 49 ans¹⁸³.

Dans un contexte international, la Suisse figure parmi les meilleurs en matière d'emploi des seniors, observant des chiffres supérieurs à la moyenne européenne¹⁸⁴.

De façon générale, les travailleurs âgés bénéficient de rapports de travail stables et durables, le risque de perte d'emploi étant par ailleurs inférieur pour cette catégorie¹⁸⁵. Ainsi, nous constatons que les seniors ne sont pas davantage touchés par le chômage comparativement aux autres groupes d'âges¹⁸⁶. Nonobstant, au cours de la dernière décennie, une légère augmentation du taux de chômage a été observée pour ce groupe de personnes comme corollaire d'une participation plus importante sur le marché du travail¹⁸⁷. La réelle difficulté à laquelle est confronté un assuré au chômage de plus de 50 ans tient à la réinsertion dans le marché du

¹⁷⁹ CLASSEN, art. 339c N 8; SAJEC, p. 771

¹⁸⁰ CR-CO – DONATELLIO, art. 339c CO N 11.

¹⁸¹ SAJEC, p. 772

¹⁸² RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 3-6.

¹⁸³ FF 2019 7797, 7809-7810 ; SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 3.

¹⁸⁴ Cf. Annexe 1 ; OCDE, *Mieux travailler avec l'âge*, p. 1 ; SECO, *Indicateur de la situation des travailleurs âgés sur le marché suisse du travail*, p. 3.

¹⁸⁵ FF 2019 7797, 7808 ; SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 4.

¹⁸⁶ SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 3 ; SECO, *Indicateur de la situation des travailleurs âgés sur le marché suisse du travail*, p. 3

¹⁸⁷ SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 3.

travail¹⁸⁸, difficulté qui se reflète dans la durée de recherche d'emploi, en moyenne une fois et demie plus longue que la moyenne Suisse¹⁸⁹. Pour expliquer le phénomène de chômage de longue durée chez les seniors¹⁹⁰, les Offices régionaux de placement (ci-après : ORP) identifient plusieurs obstacles qui pourraient entraver l'embauche des seniors tels que les préférences des employeurs, l'état de santé, le niveau élevé des prétentions salariales, l'absence de formation continue, le manque d'assurance ou de compétence des salariés en matière de recherche d'emploi et de candidatures, une spécialisation étroite et des compétences informatiques limitées¹⁹¹. En effet, les compétences de seniors sont souvent spécifiques au poste occupé et à l'entreprise qui les emploie et s'adaptent difficilement à d'autres sociétés employeuses. En outre, les développements technologiques conséquents ont fortement compliqué la situation des chômeurs seniors sur le marché du travail. Par ailleurs, les attentes salariales élevées en raison principalement de l'expérience professionnelle peuvent présenter une entrave pour les demandeurs d'emploi seniors¹⁹².

Les contre-incitations financières constituent également un facteur qui décourage les employeurs et pèse sur l'emploi des seniors¹⁹³. En effet, le système de prévoyance professionnelle prévoit l'échelonnement des bonifications de vieillesse en fonction de l'âge, soit un prélèvement de 7% du salaire entre 25 et 34 ans, 10% dès 35 ans, 15% dès 45 ans et 18% à partir de 55 ans (art. 16 LPP). Le financement de ses cotisations sociales étant paritaires, l'emploi d'un travailleur âgé engendre des charges plus importantes pour l'employeur¹⁹⁴. À cet effet, la Conseil fédéral a proposé une adaptation dans le cadre de la réforme de la prévoyance professionnelle (« LPP 21 »), en prévoyant une modification de l'échelonnement de cotisations, soit 9% jusqu'à 44 ans et 14% dès l'âge de 45 ans¹⁹⁵, réduisant ainsi la disparité entre les taux applicables aux différentes tranches d'âges. Pour le surplus, l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après OCDE) présente une autre solution, soit l'application d'un taux forfaitaire aux cotisations patronales afin que seules les cotisations salariales augmentent avec l'âge¹⁹⁶.

En dépit des recommandations du rapport de l'OCDE de 2015¹⁹⁷ et contrairement aux autres pays de l'OCDE, la législation suisse n'interdit pas les pratiques discriminantes (malheureusement courantes) à l'embauche en fonction de l'âge. Hormis l'interdiction générale de discrimination de l'art. 8 al. 2 Cst. (incluant le critère de l'âge), l'absence de base légale formelle ne permet pas de sanctionner les employeurs qui procèdent de la sorte. Dès lors, le seul outil à disposition pour éviter de tels procédés repose sur la sensibilisation des milieux concernés¹⁹⁸. Pour cette raison notamment, en l'état actuel du droit, il est nécessaire que les autorités publiques incitent davantage les partenaires sociaux à la mise en place de mesures

¹⁸⁸ SECO, *Indicateur de la situation des travailleurs âgés sur le marché suisse du travail*, p. 4.

¹⁸⁹ SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 4.

¹⁹⁰ Cf. Annexe 3.

¹⁹¹ OCDE, *Étude économique de l'OCDE : Suisse 2022*, p. 103.

¹⁹² SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 5.

¹⁹³ OCDE, *Étude économique de l'OCDE : Suisse 2022*, p. 104.

¹⁹⁴ SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 5.

¹⁹⁵ FF 2020 9501, 9503-9504.

¹⁹⁶ OCDE, *Étude économique de l'OCDE : Suisse 2022*, p. 105.

¹⁹⁷ OCDE, *Recommandation de décembre 2015 du Conseil sur le vieillissement et les politiques d'emploi*.

¹⁹⁸ OCDE, *Mieux travailler avec l'âge*, p. 6.

opportunes pour une meilleure prise en compte du problème de vieillissement et de politique de gestion des âges¹⁹⁹.

3.1.2 Quelques spécificités pour les chômeurs âgés

La Suisse possède un système généreux de prestations de chômage, cependant les conditions d'accès y sont relativement strictes²⁰⁰. Néanmoins, le système de l'assurance-chômage tient compte des difficultés relatives au risque de vieillesse et prévoit ainsi des dispositions protectrices spécifiques en faveur des assurés seniors.

En premier lieu, l'existence d'une situation de chômage présuppose que l'assuré soit effectivement sans emploi²⁰¹, cette condition étant réalisée notamment lorsque le travailleur a été licencié. Cela étant, les assurés qui se sont annoncés au chômage sont réputés aptes au placement, impliquant dès lors qu'ils ont la capacité et la volonté d'accepter tout travail convenable proposé par les ORP²⁰². Nonobstant, le chômeur peut refuser l'emploi proposé lorsqu'il n'apparaît pas convenable au sens de l'art. 16 al. 2 LACI²⁰³, cette notion s'examinant au regard des caractéristiques personnelles de l'assuré ainsi que des spécificités du poste précis²⁰⁴. Tel est le cas lorsqu'il ne convient pas à l'âge, à la situation personnelle ou à l'état de santé de l'assuré (art. 16 al. 2 let. c LACI), ce qui constitue une composante importante pour un chômeur âgé. Ainsi, plus l'assuré est âgé, moins il sera astreint à accepter un travail qui demande des efforts physiques²⁰⁵.

L'assurance-chômage a pour objectif principal de garantir une compensation appropriée de la perte de revenu et soutenir les mesures de préventions afin de combattre le chômage²⁰⁶. En principe, le nombre d'indemnités journalières maximal est calculé selon l'âge et la période de cotisation (art. 27 al. 1 LACI). Aujourd'hui, le nombre d'indemnités varie entre 260 et 400 indemnités journalières en fonction de la période de cotisation. Néanmoins, les chômeurs âgés de plus de 55 ans, davantage soumis au risque de chômage de longue durée, bénéficient d'une d'un nombre supplémentaire d'indemnités journalières, à savoir 520 indemnités s'ils ont cotisé pendant une période minimale de 22 mois (art. 27 al. 2 let. c LACI). S'agissant de la durée d'indemnisation, les avis politiques divergents se reflètent au travers des nombreuses révisions de la LACI. En effet, pour les travailleurs âgés notamment, le nombre d'indemnisation a pratiquement triplé depuis 2001. En 2001, la LACI prévoyait la durée d'indemnisation uniquement en fonction de l'âge, soit 250 indemnités à partir de 50 ans et 400 à partir de 60 ans. Cette augmentation considérable n'est pas soutenue par certains, estimant que le chômage de longue durée peut être combattu en restreignant la période d'indemnisation, dans la mesure où les perspectives de réinsertion diminuent avec la durée d'inactivité²⁰⁷. En outre, la durée de cotisation pour l'octroi de prestations additionnelle pour cette catégorie d'assurés a également fluctué au cours des années. Initialement d'une durée de 12 mois, la durée de cotisation est ensuite passée à 24 mois puis finalement à 22 mois à l'issue de la modification du 1^{er} janvier 2012. À cet égard, jugeant la durée de cotisation de 24 mois excessive et trop sévère, cette

¹⁹⁹ OCDE, *Mieux travailler avec l'âge*, p. 2.

²⁰⁰ OCDE, *Mieux travailler avec l'âge*, p. 2.

²⁰¹ RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 146.

²⁰² OCDE, *Mieux travailler avec l'âge*, p. 5 ; RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 199.

²⁰³ Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), RS 873.0.

²⁰⁴ RUBIN, *Assurance-chômage et service public de l'emploi*, p. 54.

²⁰⁵ RUBIN, *Assurance-chômage et service public de l'emploi*, p. 56 ; SCHNEIDER, p. 9.

²⁰⁶ RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 339.

²⁰⁷ RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 340.

dernière révision a permis de renforcer davantage la protection des chômeurs âgés, en ce sens qu'il évite la perte d'indemnités de chômage en raison de quelques jours de cotisations manquants²⁰⁸.

De surcroît, conformément aux art. 27 al. 3 LACI et 41b al. 1 OACI²⁰⁹, les assurés accédant au chômage quatre ans avant l'âge de la retraite dont le placement est très difficile voire impossible, peuvent bénéficier de 120 indemnités journalières supplémentaires ainsi que d'une prolongation du délai cadre de deux ans au maximum²¹⁰. L'allongement du versement des prestations de l'assurance-chômage permettent ainsi la poursuite des indemnités journalières jusqu'à l'âge légal de la retraite sans avoir besoin d'anticiper les prestations de retraite de l'AVS²¹¹. À cet égard, il convient toutefois de relever que le droit à l'indemnité de chômage s'éteint aussitôt que l'assuré atteint l'âge légal de la retraite, y compris lorsque le versement de la rente est différé²¹². Aussi, la perception anticipée de la rente AVS interrompt le versement de la prestation de chômage, dès que l'assuré reçoit sa première rente vieillesse²¹³.

Il convient par ailleurs de préciser que la caisse de chômage doit déduire de l'indemnité de chômage les prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle (art. 18c al. 1 LACI ; art. 32 OACI) lorsque l'assuré y a droit en vertu du règlement de la caisse de pension (lorsqu'il atteint l'âge pour l'octroi de telles prestations), à l'exclusion des prestations volontaires de l'employeur issues par exemple d'un plan social²¹⁴.

Pour le surplus, les assurés au chômage, toutes catégories d'âges confondues, sont soumises à l'obligation de diminuer le dommage en s'efforçant d'entreprendre toutes les démarches nécessaires afin d'éviter le chômage ou écourter sa durée (art. 17 al. 1 LACI). Afin de satisfaire à cette exigence, les chômeurs doivent dès lors activement rechercher un nouvel emploi puis régulièrement en fournir les preuves aux organes d'exécution des contrôles sous peine de sanctions (art. 30 ss LACI)²¹⁵. En principe, ni l'âge de l'assuré, ni sa formation ou son ancienne activité ne les exonèrent de cette responsabilité²¹⁶. Or, en raison des difficultés conséquentes ou de l'impossibilité de réinsertion dans le marché du travail, en particulier pour les seniors proches de l'âge de la retraite, la loi a prévu un allègement. En effet, les autorités compétentes renoncent à la preuve des efforts de recherche d'emploi lorsque l'assuré senior est à six mois de l'âge légal de la retraite ou pendant les six mois qui précèdent le versement d'une retraite anticipée²¹⁷. Dans ces deux situations, les chômeurs âgés sont alors exemptés de rechercher un emploi. Par ailleurs, le libellé de l'art. 17 al. 4 LACI stipule que « *le Conseil fédéral peut partiellement libérer de leurs obligations les assurés âgés frappés par un chômage de longue durée.* ». Or, le Conseil fédéral n'a pas fait usage de cette possibilité dans son ordonnance d'application²¹⁸. Sur ce point, le conseiller national Robbiani MEINRADO a interpellé le Conseil fédéral en décembre 2011, proposant la possibilité temporaire d'exempter les chômeurs à deux ans de l'âge de la retraite (à partir de 63 ans pour les hommes et 62 ans pour les femmes) de

²⁰⁸ FF 2011 6695, 6699.

²⁰⁹ Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI), RS 837.02.

²¹⁰ SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 8.

²¹¹ WAGNER, p.195.

²¹² RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 118.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ RUBIN, *Assurance-chômage et service public de l'emploi*, p. 69.

²¹⁵ RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 265-266.

²¹⁶ SECO, Bulletin LACI - IC, n° B260/B261.

²¹⁷ SECO, Bulletin LACI - IC, n° B320 ; OCDE, *Mieux travailler avec l'âge*, p. 5.

²¹⁸ RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 279.

l'obligation de recherche un emploi²¹⁹. Le Conseil fédéral a dissipé cette proposition en alléguant que « *les difficultés rencontrées par les assurés ne permettent pas de les exonérer de l'obligation de rechercher activement un emploi* », en ajoutant qu'il était conscient de la situation difficile pour cette catégorie d'âge mais que la bonne prise en charge des conseillers en placement suffisait à y palier²²⁰.

En somme, pour les chômeurs de plus de 55 ans, le législateur a quelque peu aménagé les conditions d'octroi des prestations de chômage et allégé les devoirs de l'assuré. La caisse de chômage donne ainsi accès à de meilleures prestations pour cette catégorie de personnes notamment sur la durée d'octroi des indemnités journalières, comparativement plus longue que les chômeurs plus jeunes²²¹.

3.1.3 Mesures de l'assurance chômage

En sus de la perception d'indemnités journalières, les assurés au chômage ont l'obligation de participer aux mesures relatives au marché du travail, visant à favoriser leur aptitude au placement²²². Afin de combattre le chômage²²³, l'assurance-chômage dispose de mesures de marché du travail (ci-après : MMT) pour tenter de réintégrer les assurés rapidement et durablement dans le marché de l'emploi ainsi que prévenir le chômage de longue durée (art. 59 al. 2 let. a et b LACI)²²⁴. À cet effet, les offices régionaux de placement accompagnent les assurés dans le cadre de leur recherche d'emploi (art. 7 al. 1 LACI) et offrent des conseils en matière de comportement et de stratégie de candidature²²⁵.

En raison du risque élevé de chômage de longue durée et/ou de l'arrivée en fin de droit chez les demandeurs d'emploi âgés, le système de l'assurance-chômage les encourage à bénéficier de mesures visant à éviter ces risques²²⁶. À cet effet, la loi prévoit une série de mesures spécifiques aux art. 65 ss LACI, s'adressant en particulier aux demandeurs d'emplois dont le placement est difficile. Nous développerons succinctement quelques mesures qui nous paraissent plus pertinentes dans ce contexte.

Afin d'élargir ou actualiser les compétences professionnelles, faciliter l'insertion durable et éviter le *dumping* salarial pour les assurés dont la réintégration est difficile, l'assurance-chômage subventionne l'embauche de l'assuré auprès d'un nouvel employeur au travers des allocations d'initiation au travail (ci-après AIT) (art. 65 et 66 LACI)²²⁷. L'art. 90 al. 1 let. a OACI stipule que les assurés d'un âge avancé sont réputés difficile au placement lorsqu'ils éprouvent des difficultés particulièrement graves à trouver un emploi en raison de la situation du marché du travail. Toutefois, cette disposition ne précise pas d'âge limite, et cela volontairement, ce qui permet ainsi de fonder cette appréciation sur la base de la situation individuelle des assurés²²⁸. Cette mesure a principalement pour objectif d'inciter les employeurs à embaucher cette catégorie d'assurés qu'ils n'engageraient certainement pas en

²¹⁹ MEINRADO, Interpellation du Conseil fédéral 09.4262, disponible sous <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20094262> (consulté le 30 mars 2022).

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ SECO, *Indicateur de la situation des travailleurs âgés sur le marché suisse du travail*, p. 4/20.

²²² HUGENTOBLE, *HAP Soziale Sicherheit*, § 30.1.

²²³ SECO, Bulletin LACI - MMT, n° A4.

²²⁴ RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 591.

²²⁵ SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 6.

²²⁶ SECO, *Indicateur de la situation des travailleurs âgés sur le marché suisse du travail*, p. 21.

²²⁷ Bulletin LACI – MMT, n° J1; HUGENTOBLE, *HAP Soziale Sicherheit*, § 30.42.

²²⁸ Bulletin LACI – MMT, n° J5 ; RUBIN, *Assurance-chômage et service public de l'emploi*, p. 170.

l'absence de cette allocation²²⁹. Dès lors, le salaire des assurés de 50 ans et plus est financé par la caisse de chômage à hauteur de 60% durant la première moitié de la période de travail et 40% durant la seconde moitié²³⁰, le montant étant ainsi dégressif. En principe, les AIT sont allouées pour une durée maximale de six mois mais peut exceptionnellement être allongée pour douze mois au plus. Depuis 2011, les assurés seniors figurent dans la catégorie des exceptions et ont ainsi droit aux AIT pendant une durée prolongée, soit douze mois (art.66 al. 2bis LACI)²³¹.

Il existe deux autres mesures spécifiques axées sur le besoin des demandeurs d'emploi seniors. En effet, la Confédération a mis en place un programme d'impulsion ayant pour objectif de financer les projets cantonaux visant à promouvoir et améliorer la réinsertion des personnes difficiles à placer en particulier les assurés seniors²³², en proposant des offres de soutien adaptés aux besoins individuels des assurés²³³. De nombreux cantons ont instauré de tels projets avec des propositions diverses et variées tendant à cet objectif. À titre d'exemple, le canton de Lucerne a institué un programme qui prévoit ce qui suit : « *Introduction d'un outil basé sur Internet pour les demandeurs d'emploi de 50 ans et plus, qui sont bien qualifiés et qui se trouvent au début de la période de chômage. Pendant six mois, ces personnes effectuent une clarification de potentiel en ligne, suivent des formations et reçoivent des conseils basés sur les outils vidéo. Leurs progrès sont contrôlés et envoyés aux CP des ORP* »²³⁴.

L'art. 75a LACI permet la mise en place d'essais-pilotes qui consistent à tester des instruments dérogeant à la loi, pour une durée limitée dans le temps et la matière²³⁵. Cette mesure permet aux autorités compétentes d'apporter et tester des innovations dans le domaine concerné. Si les résultats sont concluants, le Conseil fédéral disposera alors d'arguments pour proposer une éventuelle modification législative²³⁶. De ce fait, dans le cadre des mesures visant à encourager le potentiel de la main-d'œuvre indigène²³⁷, la Confédération a lancé le nouvel essai pilote « *Supported Employment* » (2020-2024) s'adressant aux demandeurs d'emploi seniors de plus de 50 ans arrivés en fin de droit ou menacés de l'être. Cette MMT, dont la participation est volontaire, vise à soutenir et développer les compétences individuelles par un accompagnement spécialisé. Les assurés seniors peuvent y faire recours au-delà de leur arrivée en fin de droit, y compris en cas d'embauche, pour une durée maximale de 18 mois²³⁸.

3.2 Prestations transitoires pour les chômeurs âgés - LPtra

3.2.1 Introduction

La création d'une prestation transitoire fédérales pour les chômeurs âgés est l'une des dernières innovations législatives en faveur du renforcement de la protection sociale des travailleurs

²²⁹ RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 631.

²³⁰ SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 8.

²³¹ RUBIN, *Assurance-chômage et service public de l'emploi*, p. 171.

²³² SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 7.

²³³ SECO, *Rétrospective des conférences nationales sur le thème des actifs seniors (2015-2021)*, p. 7.

²³⁴ SECO, *Programme d'impulsion 2020-2024 (mesure 5)*, p. 4.

²³⁵ RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 657.

²³⁶ RUBIN, *Assurance-chômage et service public de l'emploi*, p. 183-184 ; RUBIN, *Assurance-chômage*, p. 657.

²³⁷ SECO, *Fiche d'information : mesure visant à encourager le potentiel de la main d'œuvre offerte vivant en Suisse*, disponible sous <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/sem/aktuell/inlaendische-arbeitskraefte.html> (consulté le 1^{er} mai 2022).

²³⁸ SECO, *Rétrospective des conférences nationales sur le thème des actifs seniors (2015-2021)*, p. 7 ; SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 7 ; FF 2019 7797, 7832.

âgées. Avec l'entrée en vigueur simultanée de la LPtra²³⁹ et de l'OPtra²⁴⁰ le 1^{er} juillet 2022, cette prestation est à la fois venue compléter le panel des prestations sociales existantes et combler une lacune dans le système de sécurité sociale helvétique²⁴¹. Intimement liée à l'assurance-chômage, à l'assurance complémentaire ainsi qu'à l'aide sociale, les prestations transitoires sont octroyées sous conditions de ressources et sont grandement inspirées du système des prestations complémentaires²⁴².

Les salariés qui perdent leur emploi peu de temps avant l'âge de la retraite éprouvent plus de difficultés à retrouver un travail, ce phénomène étant par ailleurs démontré statistiquement. En effet, le taux des personnes de plus de 55 ans n'exerçant aucune activité à l'échéance de leur droit aux prestations de chômage s'élevait à 31,3% en 2017, représentant ainsi le double de la moyenne de tous âges confondus²⁴³. Dès lors, à défaut d'exercer une activité lucrative, l'assuré senior est en général dépourvu de toute ressource financière et se trouve confronté à une situation économique délicate. De plus, pour prétendre à l'aide sociale, l'assuré doit au préalable avoir épuisé toutes ses ressources disponibles. Ainsi, les chômeurs âgés sont contraints de consommer à la fois leurs épargnes privées et leur capital de prévoyance professionnelle, notamment leur avoir de libre passage (ces avoirs constituant généralement les seules ressources en vue de la retraite)²⁴⁴. En outre, les prestations complémentaires (ci-après : PC) sont accessibles uniquement dès la perception des prestations de vieillesse pour combler l'insuffisance financière auquel l'assuré fait face²⁴⁵. Néanmoins, entre la fin du droit aux prestations de chômage et l'accession à l'âge légal de la retraite, il n'existait aucune prestation sociale fédérale (avant l'introduction de la LPtra) permettant de protéger les situations de précarités découlant principalement des difficultés de réinsertion dans le marché du travail.

Compte tenu de ce qui précède, les prestations transitoires s'adressent aux chômeurs seniors de plus de 60 ans, n'ayant pas retrouvé un emploi à l'issue du délai-cadre de l'assurance-chômage et ne disposant pas d'un revenu suffisant pour couvrir leurs besoins vitaux, dans l'attente de percevoir la prestation de vieillesse²⁴⁶. La terminologie empruntée par le législateur, soit « prestation transitoire » n'est donc pas anodine. Cela étant, le Conseil fédéral a estimé que l'octroi des prestations transitoires à un âge inférieur, par exemple 55 ans, pourrait conduire à des incitations négatives et qu'à cet âge, il faut avant tout viser les efforts d'intégration. À l'inverse, augmenter l'âge de perception de la prestation, par exemple 62 ans, ne viserait qu'un nombre très restreint de personnes et l'introduction de cette mesure ne serait pas justifiée²⁴⁷.

La réglementation proposée poursuit deux objectifs principaux, d'une part éviter la précarité peu avant l'âge de la retraite en garantissant la couverture des besoins vitaux et d'autre part, protéger la prévoyance vieillesse en préservant le capital constitué au deuxième pilier tout en maintenant les incitations à la réintégration du marché de l'emploi²⁴⁸.

²³⁹ Loi fédérale du 19 juin 2020 sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés.

²⁴⁰ Ordonnance du 11 juin 2021 sur les prestations transitoires des chômeurs âgés.

²⁴¹ FF 2019 7797, 7826.

²⁴² *Memento 5.03 – Prestations transitoires pour chômeurs âgés*, p. 2.

²⁴³ FF 2019 7797, 7814.

²⁴⁴ FF 2019 7797, 7817.

²⁴⁵ FF 2019 7797, 7815 - 7816

²⁴⁶ FF 2019 7797, 7798 ; Guide social romand, *Prestations transitoires*, p. 1.

²⁴⁷ FF 2019 7797, 7821- 7822.

²⁴⁸ FF 2019 7797, 7821-7822/7826.

3.2.2 Objet

À l'instar des prestations complémentaires, les prestations transitoires se composent à la fois d'une prestation annuelle, qui est une prestation en espèces versée mensuellement sous forme de rente²⁴⁹, ainsi que le remboursement des frais de maladie et d'invalidité sous forme de prestation en nature (art. 4 LPtra).

Sur le principe, les prestations transitoires sont versées aux chômeurs âgés jusqu'au moment où ils atteignent l'âge légal de la retraite au sens de la LAVS ou lorsqu'ils ont droit au plus tôt au versement anticipé de leur rente vieillesse, s'il est prévisible qu'ils auront droit à des prestations complémentaires à l'âge ordinaire de la retraite (art. 3 al. 1 LPtra). L'OPtra précise les modalités de l'extinction anticipée du droit aux prestations transitoires (avant l'âge légal de la retraite). Ainsi, le droit aux PC s'examine d'office et en temps utile (art. 1 al. 1 OPtra), ceci pour éviter que les personnes perdent leur droit aux prestations transitoires car elles n'ont pas requis cet examen préalable²⁵⁰. L'analyse du droit aux prestations complémentaires porte sur un droit futur et hypothétique, de sorte qu'en cas d'incertitude, le versement de la prestation transitoire doit se poursuivre (art. 1 al. 2 OPtra).

En dernier lieu, il convient de préciser qu'en application du Règlement CE n° 883/2004²⁵¹, la prestation transitoire est considérée comme « *une prestation de préretraite* » et peut être servie aux ayants droit résidant dans un État membre de l'Union européenne lorsqu'elle a été acquise en Suisse et si les autres conditions d'attribution sont réalisées²⁵².

3.2.3 Conditions

Plusieurs conditions cumulatives relativement strictes doivent être réunies pour prétendre au droit à une prestation transitoire.

3.2.3.1 Domicile ou résidence habituelle en Suisse (art. 5 al. 1 LPtra)

Le chômeur âgé qui sollicite l'octroi de prestations transitoires doit être domicilié ou avoir sa résidence habituelle en Suisse²⁵³. Par ailleurs, pour les personnes domiciliées ou ayant leur résidence habituelle dans un État membre de l'Union européenne ou AELE (Islande, Liechtenstein et Norvège), cette condition est également réalisée²⁵⁴.

3.2.3.2 Arrivée en fin de droit dans l'assurance chômage après l'âge de 60 ans (art. 5 al. 1 let. a LPtra)

En vertu de l'art. 5 al. let. a LPtra, une prestation transitoire est accordée aux personnes qui arrivent en fin de droit dans l'assurance chômage, au plus tôt durant le mois au cours duquel elles atteignent l'âge de 60 ans²⁵⁵. L'arrivée en fin de droit correspond à la définition de l'assurance-chômage, à savoir lorsque l'assuré a épuisé son droit aux indemnités avant l'échéance du délai cadre ou lorsque le délai cadre a expiré sans possibilité de le renouveler²⁵⁶. En principe, les personnes arrivées en fin de droit avant l'entrée en vigueur de la loi, soit avant

²⁴⁹ Guide social romand, *Prestations transitoires*, p. 2.

²⁵⁰ OFAS, *Commentaire OPtra*, p. 2.

²⁵¹ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

²⁵² Cour de Justice de Genève, arrêt ATAS/154/2022 du 18 février 2022, c. 3.2 – c. 3.3 ; FF 2019 7797, 7856.

²⁵³ FF 2019 7797, 7827.

²⁵⁴ Guide social romand, *Prestations transitoires*, p. 1 ; *Memento 5.03 – Prestations transitoires pour chômeurs âgés*, p. 2.

²⁵⁵ FF 2019 7797, 7827.

²⁵⁶ FF 2019 7797, 7834.

le 1^{er} juillet 2021, ne bénéficient pas du droit à la prestation transitoire en vertu de l'art. 30 al. 1 LPtra. Néanmoins, les dispositions transitoires de la LPtra ont été modifiées temporairement à la suite d'une révision de la loi COVID-19²⁵⁷, introduisant à l'occasion un art. 30 al. 1bis LPtra. En vertu de cette norme provisoire, les chômeurs ayant atteint 60 ans jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPtra et ayant payé les cotisations AVS pendant 20 ans, n'ont pas été considérés en fin de droit entre le 1^{er} janvier 2021 et le 1^{er} juillet 2021²⁵⁸. Durant cette période, les demandeurs d'emploi seniors ont eu droit à des indemnités journalières transitoires de l'assurance-chômage (ICtra) afin d'éviter de perdre leur droit aux prestations transitoires de la LPtra car elles sont arrivées en fin de droit trop tôt²⁵⁹.

Aussi, les chômeurs âgés dont le droit à 640 indemnités journalières (art. 27 al. 3 LACI) naît après l'âge de 62 ans pour les hommes respectivement 60 ans pour les femmes, ne sont en principe pas concernés par les prestations transitoires car leurs prestations de chômages arrivent à terme lorsqu'ils atteignent l'âge réglementaire de la retraite²⁶⁰.

3.2.3.3 Durée minimale d'assurance et revenu minimal (art. 5 al. 1 let. b LPtra)

L'octroi d'une prestation transitoire est conditionné à une durée minimale d'assurance ainsi qu'à l'obtention d'un revenu minimal en cours de cette durée. Ainsi, l'assuré doit avoir cotisé à l'AVS pendant une durée minimale de 20 ans dont cinq ans au moins après avoir atteint l'âge de 50 ans. En outre, au cours de la période d'assurance, l'assuré doit avoir réalisé un revenu annuel atteignant au moins 75% de la rente maximale AVS soit un minimum de 21'510 frs par an (2022)²⁶¹.

Cette condition ainsi formulée, permet de tenir compte de certaines situations dans lesquelles les personnes concernées ne sont pas parvenues à réaliser le montant minimal requis immédiatement avant l'arrivée en fin de droit dans l'assurance chômage, notamment en raison d'une maladie ou d'une interruption temporaire du travail²⁶².

3.2.3.4 Seuil de la fortune (art. 5 al. 1 let. c LPtra)

Pour prétendre aux prestations transitoires, la fortune nette de l'assuré doit être inférieure à CHF 50'000 pour une personne seule et CHF 100'000 pour les couples mariés, ce montants correspondants à la moitié²⁶³ des seuils fixés pour les PC (art. 9a LPC²⁶⁴). L'examen de la fortune disponible se fait au premier jour du mois à partir duquel les prestations sont demandées (art. 2 OPtra). Cette condition doit être réalisée durant toute la période pendant laquelle la prestation transitoire est versée, sous peine de suppression du droit (art. 14 al 2 LPtra). Or, il est tout à fait envisageable que la fortune évolue, par exemple à la suite d'un héritage, auquel cas le montant des prestations seront adaptées en conséquence²⁶⁵. Si elle vient à dépasser les seuils légaux, le droit à une prestation transitoire cessera²⁶⁶.

²⁵⁷ Loi fédérale du 18 décembre 2020 COVID-19 (Culture cas de rigueur, sport, assurance-chômage, amendes d'ordre), RO 2020 5827.

²⁵⁸ SECO, *Directive 2021/09 : Indemnité journalière transitoire pour les chômeurs âgés*, p. 1.

²⁵⁹ SECO, *Directive 2021/09 : Indemnité journalière transitoire pour les chômeurs âgés*, p. 2.

²⁶⁰ FF 2019 7797, 7827.

²⁶¹ Guide social romand, *Prestations transitoires*, p. 1 ; *Memento 5.03 – Prestations transitoires pour chômeurs âgés*, p. 2.

²⁶² FF 2019 7797, 7827.

²⁶³ OFAS, *Commentaire OPtra*, p. 3.

²⁶⁴ Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC), RS 831.30.

²⁶⁵ *Memento 5.03 – Prestations transitoires pour chômeurs âgés*, p. 6.

²⁶⁶ OFAS, *Commentaire OPtra*, p. 3.

Le calcul de la fortune nette se fait à la lumière des éléments exposés de façon non exhaustive à l'art. 5 al. 2 LPtra. S'agissant des avoir de la prévoyance professionnelle, est uniquement pris en compte la part qui excède 26 fois le montant destinés à couvrir les besoins vitaux (art. 4 OPtra), cette franchise étant applicable au capital de chaque individu indépendamment de l'état civil de la personne²⁶⁷. Par ailleurs, l'avoir de libre passage ne sera pas pris en compte comme élément de fortune pour autant qu'il est affecté dans une institution de libre passage. Néanmoins, si l'avoir de prévoyance professionnelle est remis à son titulaire, son montant de sera pris en compte dans la fortune nette²⁶⁸.

3.2.3.5 Absence de rente de vieillesse de la AVS ou de rente de l'AI (art. 5 al. 3 LPtra)

Les prestations de la LPtra servent principalement de transition jusqu'à l'âge de la retraite. Ainsi, la perception d'une rente vieillesse AVS à l'âge légal de la retraite ou de façon anticipée exclut le versement d'une prestation transitoire (art. 5 al. 3 LPtra). Cela va de même en cas de perception d'une rente invalidité²⁶⁹. En revanche, l'acquisition de rentes de la prévoyance professionnelle ou de l'assurance accident n'empêchent pas la perception simultanée d'une prestation transitoire, celles-ci étant toutefois considérées dans le revenu déterminant.

À des fins de coordination, l'art. 6 LPtra prévoit la primauté des prestations complémentaires, en ce sens que les prestations transitoires cèdent le pas aux prestations complémentaires²⁷⁰.

3.2.4 Montant de la prestation transitoire annuelle

Fortement inspiré du système des prestations complémentaires, le calcul des prestations transitoires s'aligne sur les dispositions de la LPC²⁷¹. De la même façon, pour arrêter le montant à allouer, il faut déterminer la différence entre les dépenses reconnues par la loi et les revenus déterminants (art. 7 al. 1 LPtra). À l'issue de cette opération, seul un excédent de dépenses peut donner droit à une prestation transitoire²⁷².

S'agissant des revenus déterminants, la loi énumère les éléments pertinents qu'il faut inclure dans le calcul. La rémunération provenant d'une activité lucrative est généralement la principale source de revenu. Déterminée à la date à laquelle le droit aux prestations prend naissance, elle est prise en compte à hauteur de deux tiers si le revenu annuel dépasse CHF 1'000 pour une personne seule et CHF 1'500 pour un couple (art. 10 LPtra ; art. 16 al. 1 let. a OPtra). En outre, le salaire du conjoint non bénéficiaire est également imputé au revenu déterminant mais uniquement à hauteur de 80%. Cette prise en compte favorable du revenu permet d'inciter un maintien dans la vie active aussi longtemps que possible²⁷³. Pour le surplus, toutes rentes (LPP, LAI, etc.), pensions et autres prestations périodiques en cours, allocations familiales etc. sont également considérées dans le calcul des revenus²⁷⁴.

En ce qui concerne les dépenses, seules les dépenses expressément mentionnées dans la loi sont reconnues (art. 9 LPtra). Les principaux éléments à prendre en compte sont les montants requis pour la couverture des besoins vitaux, les dépenses liées au logement, l'assurance obligatoire des soins, etc. L'une des dépenses récemment reconnues consiste au paiement des cotisations pour le maintien facultatif de la prévoyance professionnelle au sens de l'art. 47a LPP (art. 7 al.

²⁶⁷ OFAS, *Commentaire OPtra*, p. 4.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ FF 2019 7797, 7828/7836.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ FF 2019 7797, 7829.

²⁷² Guide social romand, *Prestations transitoires*, p. 4.

²⁷³ FF 2019 7797, 7830.

²⁷⁴ *Memento 5.03 – Prestations transitoires pour chômeurs âgés*, p. 5.

1 let. g LPtra), référence faite au versement des cotisations pour la couverture des risques (si tel est le choix de l'assuré) pour la part de l'employé et l'employeur uniquement pour la prévoyance obligatoire, ainsi que les frais d'administration²⁷⁵.

En revanche, bien que la prestation soit déterminée selon le besoin des assurés, son montant est d'emblée plafonné à CHF 44'100 pour une personne seule et CHF 66'184 par année pour un couple (art. 7 al. 2 LPtra). Cette limitation vise à empêcher les incitations négatives et par conséquent encourager les assurés à poursuivre leurs efforts pour maintenir ou réintégrer une activité professionnelle.

3.2.5 Remboursement des frais de maladie et invalidité (art. 17-18 LPtra ; art. 28 ss OPtra)

Les articles 17 et 18 LPtra ainsi que les art. 28 ss OPtra stipulent que les ayants droit résidant en Suisse jouissent du droit au remboursement de certains frais médicaux encourus au cours de l'année civile²⁷⁶. Pour se faire, les frais médicaux ne doivent pas déjà être couverts par une autre assurance telle que l'assurance-maladie, l'assurance accident, l'assurance-invalidité, etc. De plus, la limite du plafond des prestations transitoire ne doit pas être franchie et les frais médicaux ne doivent pas dépasser CHF 5'000 pour une personne seule et CHF 10'000 pour les couples (art. 17 al. 2 LPtra).

À titre d'exemple, les frais de traitement dentaire (s'il est économique et adéquat) ainsi que la participation des coûts de quote-part et de la franchise dans l'assurance-maladie (jusqu'à CHF 1'000) sont remboursés dans le cadre des prestations transitoires²⁷⁷.

3.2.6 Efforts d'intégration (art. 5 al. 5 LPtra, art. 5 OPtra)

Les prestations transitoires visent des demandeurs seniors arrivés en fin de droit dans l'assurance-chômage, soit des personnes qui sont difficiles voire impossibles à placer. Dès lors, il s'agit d'assurés qui ont déjà tenté, sans succès, de retrouver un emploi. Néanmoins, le Conseil fédéral a souhaité préserver le devoir de l'assuré d'entreprendre des démarches actives d'intégration. Ainsi, l'art. 5 OPtra stipule que « *les bénéficiaires de prestations transitoires doivent démontrer chaque année qu'ils font des efforts pour s'intégrer sur le marché du travail.* ». Dans son Message, le Conseil fédéral précise que les efforts d'intégration ne sont pas les mêmes que dans le cadre de l'assurance-chômage, mais doivent être compris dans un sens plus large²⁷⁸. Les exigences quantitatives et qualificatives sont ainsi allégées et visent essentiellement des efforts pour rester actifs²⁷⁹ tant sur le plan social que professionnel, à savoir la participation à des mesures proposées par les ORP, des engagements dans le bénévolat, la souscription à divers cours, etc.

Pour le surplus, il convient de souligner que le non-respect de cette exigence est dépourvu de sanctions²⁸⁰ et n'a par conséquent aucun réel pouvoir coercitif, ce que déplore une grande partie des participants à la procédure de consultation pour l'adoption de l'OPtra²⁸¹.

3.2.7 Quelques réflexions critiques

Comme relevé précédemment, les prestations transitoires visent essentiellement à améliorer la situation financière des bénéficiaires et lutter contre l'indigence chez les personnes âgées, en

²⁷⁵ FF 2019 7797, 7829-7830/ 7838-7839.

²⁷⁶ OFAS, *Commentaire OPtra*, p. 12.

²⁷⁷ *Memento 5.03 – Prestations transitoires pour chômeurs âgés*, p. 7-8.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ OFAS, *Commentaire OPtra*, p. 6.

²⁸⁰ OFAS, *Commentaire OPtra*, p. 5.

²⁸¹ OFAS, *Rapport sur les résultats de consultation OPtra*, p. 6-7.

leur évitant d'entamer précocement leur avoir vieillesse et recourir à l'aide sociale. La LPtra permet de concrétiser ces objectifs. Néanmoins, les conditions d'accès étant strictes, seule une partie infime de la population concernée y a accès.

D'un point de vue économique, une partie de la classe politique²⁸² estime que l'introduction de cette loi entraînera des incitations négatives sur le comportement des employeurs, salariés et chômeurs²⁸³. S'agissant des employeurs, la principale crainte repose sur le fait que les prestations transitoires pourraient plus facilement conduire au licenciement des travailleurs âgés en raison du fait que les conséquences sociales en sont atténuées. En ce qui concerne les salariés, l'existence de cette prestation pourrait les inciter à cesser leur activité, en particulier pour les personnes qui touchent un salaire proche du montant envisageable à titre de prestation transitoire. De même, pour les chômeurs âgés, les inquiétudes sont relatives au risque d'absence d'efforts des assurés arrivés en fin de droit qui savent ou pensent pouvoir bénéficier d'une prestation transitoire.

Une étude de la rente-pont instaurée dans le canton de Vaud a permis de relever et comprendre les effets empiriques d'une telle mesure sur le comportement des divers protagonistes impliqués dans ce processus. Il ressort de cette étude que les craintes sur les incitations négatives ne sont pas nécessairement avérées en pratique. La raison principale repose sur le fait que l'octroi d'une prestation transitoire n'est pas aisé et est incertain car cela requiert le passage par à l'assurance-chômage, l'échec de réinsertion dans le marché du travail et la réalisation de conditions rigoureuses. Par ailleurs, pour les chômeurs et les salariés, l'aspect financier n'est pas le seul élément d'influence décisionnelle. Les considérations sociales, tels que les contacts sociaux, la perception sociale et l'épanouissement personnels sont des éléments qui sont également pris en considération. De surcroît, la mise en place d'incitations spécifiques (par exemple la prise en compte du revenu de l'activité lucrative) tend à éviter les incitations comportementales précitées. Finalement, il appert que la communication est cruciale pour éviter les potentiels effets indésirables de la prestation transitoire et ainsi faire prendre conscience des conditions d'octroi restrictives²⁸⁴.

Pour atteindre les objectifs économiques et sociaux de cette prestation sociale, un équilibre doit être trouvé entre prestations financières et mesures (en amont) d'encouragement et de réinsertion des ORP.

3.3 Rente-pont cantonale - LPCFam

3.3.1 Objet et conditions

Précurseur de la prestation transitoire fédérale, la rente-pont cantonale a été instauré dans le cadre de l'entrée en vigueur de la LPCFam²⁸⁵ le 1^{er} octobre 2011. Il s'agit d'une prestation sociale octroyée sous condition de ressources pour les personnes au chômage, ou n'y ayant pas droit (pour les indépendants), et qui ont atteint l'âge donnant droit à la retraite anticipée au sens de la LAVS (soit 63 et 64 ans), alternativement, pour les personnes à quatre années de la retraite (soit 60 et 61 ans) lorsqu'elles remplissent les conditions d'accès au revenu d'insertion²⁸⁶. La

²⁸² FF 2019 7797, 7821.

²⁸³ FF 2019 7797, 7853-7855.

²⁸⁴ FF 2019 7797, 7853-7855 ; LIESCH et al., *Connaissances empiriques sur les effets des prestations transitoires pour les chômeurs âgés*.

²⁸⁵ Loi du 23 novembre 2010 sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RSV 850.053.

²⁸⁶ Guide social romand, *Prestations transitoires*, p. 7.

rente-pont se fonde sur les dispositions relatives aux prestations complémentaires et poursuit les mêmes objectifs que la prestation transitoire fédérale²⁸⁷.

La rente-pont cantonale est accordée aux personnes domiciliées dans le canton depuis au moins trois ans, qui disposent d'un revenu ou d'une fortune modeste (inférieure à ce qui est prévu pour les PC) et n'ayant pas encore fait valoir leur droit au versement anticipé de la rente AVS (art. 16 LPCFam). Contrairement à la prestation transitoire fédérale, la perception préalable des indemnités chômage n'est pas une condition d'octroi de cette prestation²⁸⁸.

En vertu du règlement d'application de la loi cantonale, la rente-pont se compose d'une prestation financière annuelle couvrant les dépenses à découvert ainsi le remboursement des frais de maladie et invalidité (art. 35 RLPCFam²⁸⁹).

Avec plus d'une décennie d'avance sur la mise en œuvre de la prestation transitoire fédérale, la rente-pont vaudoise (bien que différente à certains égards) a largement contribué à l'élaboration d'une telle prestation au niveau fédéral et a permis d'infirmer certaines préoccupations issues des divers milieux politiques. s

3.4 Prévoyance professionnelle – LPP

La prévoyance professionnelle constitue le deuxième pilier du système suisse d'assurance en prévision des risques de vieillesse, invalidité et décès. Aux termes de l'art. 113 al. 2 let. a Cst., la prévoyance professionnelle, conjuguée à l'AVS, a pour objectif de maintenir le niveau de vie antérieur de l'assuré de manière appropriée. L'affiliation à la prévoyance professionnelle étant en principe obligatoire pour tous les salariés, nous limiterons notre étude aux spécificités et nouveautés relatives aux travailleurs seniors proches de l'âge de la retraite.

Dans ce chapitre, nous aborderons dans un premier temps la retraite anticipée et ses conséquences pour l'assuré, les aménagements possibles en cas de réduction de l'activité, puis quelques aspects de la retraite différée et finirons par présenter le droit au maintien de l'assurance au-delà des rapports de travail.

3.4.1 Retraite anticipée

La perception anticipée des prestations de vieillesse peut découler à la fois du premier pilier AVS et du deuxième pilier de la prévoyance. Néanmoins, ces deux systèmes sont indépendants et sont soumis à des règles qui leur sont propres²⁹⁰, de sorte qu'il est envisageable d'anticiper la retraite dans l'une ou l'autre des assurances, voire dans les deux simultanément.

La complexité et la diversité du système de la prévoyance professionnelle repose sur le fait que les droits de l'assuré se fondent pour l'essentiel sur les possibilités aménagées dans les règlements qui sont propres à chaque institution de prévoyance²⁹¹.

3.4.1.1 Principe

En principe, le droit aux prestations de vieillesse prend naissance lorsque l'assuré atteint l'âge ordinaire de la retraite, à savoir 65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes (art. 13 al. 1 LPP). Ainsi, le simple fait d'atteindre cet âge fonde le droit à la perception d'une rente mais

²⁸⁷ Cf. Titre 3.2.1 ; FF 2019 7797, 7819 ; Guide social romand, *Prestations transitoires*, p. 7.

²⁸⁸ FF 2019 7797, 7824.

²⁸⁹ Règlement d'application du 17 août 2011 de la loi du 23 novembre 2010 sur les prestations complémentaires cantonales pour les familles et les prestations cantonales de la rente-pont (RLPCFam), RSV 850.053.1.

²⁹⁰ MEIER, p. 105.

²⁹¹ MEIER, p. 106.

cela n'empêche pas la poursuite d'une activité lucrative²⁹². Néanmoins, les règlements des caisses de pension peuvent s'écarter de l'âge ordinaire de la retraite AVS, par exemple en abaissant d'une ou deux années l'âge ordinaire de la retraite, ce qui permet aux assurés de percevoir une rente vieillesse sans encourir les risques de réduction de rentes²⁹³. Dès lors, la prise de la retraite à cet âge constitue une retraite ordinaire et non une retraite anticipée.

Contrairement à ce qui prévaut dans la LAVS, la LPP ne fonde aucun droit à la perception anticipée des prestations de vieillesse avant l'âge de référence, cette possibilité dépendant uniquement du règlement de l'institution de prévoyance²⁹⁴. Cela étant, l'institution de prévoyance peut, en dérogation à l'âge légal de la retraite, prévoir dans son règlement que le droit aux prestations de retraite naît dès le jour où l'activité lucrative prend fin (art. 13 al. 2 LPP). En effet, c'est précisément la relation de travail qui fonde le rapport d'assurance avec l'institution de prévoyance. Toutefois, il s'agit d'une disposition potestative qui n'impose aucune obligation de dérogation. En faisant usage de cette possibilité, la caisse de pension permet à l'assuré de jouir d'un droit à une retraite anticipée sous condition d'avoir cessé son activité lucrative auprès de son employeur²⁹⁵.

Ainsi, dans la plupart des caisses de pension, la perception anticipée de la prestation de vieillesse est admise dès 58 ans ou 60 ans²⁹⁶. C'est notamment le cas dans le domaine de la construction, où de nombreuses conventions collectives de travail (dans une majorité étendue) tiennent compte des efforts physiques considérables requis pour ce type de travail et prévoient l'accès à une retraite anticipée économiquement appropriée²⁹⁷.

3.4.1.2 Limitations

L'institution de prévoyance est libre de fixer l'octroi d'une retraite anticipée au travers de sa réglementation en vertu de l'art. 13 al. 2 LPP. Or, l'art. 1i al. 1 OPP 2²⁹⁸ stipule que le règlement ne peut en principe prévoir un âge de retraite inférieur à 58 ans, cette limitation étant valable tant pour la fixation de l'âge de retraite ordinaire que pour le versement anticipé des prestations de vieillesse²⁹⁹. Afin de justifier cette restriction, le Tribunal administratif fédéral relate ce qui suit dans un arrêt de 2011³⁰⁰ : « *Selon les travaux préparatoires, les principes nouvellement introduits dans l'OPP 2 au 1^{er} janvier 2006 ont notamment pour objectif de délimiter la prévoyance professionnelle (qui est traitée de façon privilégiée au niveau fiscal) de la prévoyance privée. Dans ce contexte, le Conseil fédéral a estimé qu'il était justifié de fixer l'âge minimal pour une retraite anticipée à 58 ans. Pour lui, vu l'augmentation de l'espérance de vie de la population, il n'y aurait pas de sens de donner à la population active une incitation à partir à la retraite avant ce seuil. En parallèle, il mettait également au premier plan des*

²⁹² CASS – FLÜCKIGER Thomas, art. 13 LPP N 1; BSK Berufliche Vorsorge – STAUFFER, art. 13 BVG N 13; MEIER, p. 106.

²⁹³ BSK Berufliche Vorsorge – STAUFFER, art. 13 BVG N 14; BLOCH/BRON, p. 94; PLÜS/WICKSTRÖM, p. 520.

²⁹⁴ MEIER, p. 106-107; CASS – FLÜCKIGER Thomas, art. 13 LPP N 20.

²⁹⁵ BSK Berufliche Vorsorge – STAUFFER, art. 13 BVG N 21; MEIER, p. 107; PLÜS/WICKSTRÖM, p. 520.

²⁹⁶ BLOCH/BRON, p. 94.

²⁹⁷ CCT du 12 novembre 2002 pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (CCT RA), disponible sous https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege/Gesamtarbeitsvertraege_Bund/Allgemeinverbindlich_erklaerte_Gesamtarbeitsvertraege/FAR_Bauhauptgewerbe.html (consulté le 5 mai 2022); MEIER, p. 113 ; SCHNEIDER, p. 11-12.

²⁹⁸ Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2), RS 831.441.1.

²⁹⁹ MEIER, p. 108.

³⁰⁰ TAF, arrêt C-1012/2011 du 27 novembre 2011, c. 5.2.

réflexions d'ordre économique en soulignant qu'une forte population active était nécessaire pour favoriser la croissance économique qui elle-même était indispensable pour la pérennité du système d'assurances sociales (OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle, n° 83 du 16 juin 2005, p. 2 s. et 19). ».

Cependant, l'art. 1i al. 2 OPP 2 admet deux exceptions permettant d'abaisser cette limite d'âge (les conditions y relatives étant rarement réalisées en pratique³⁰¹), à savoir lorsqu'il y a lieu à une restructuration d'entreprise et/ou dans les situations où la profession ne permet pas de prolonger les rapports de travail au-delà d'un certain âge, en raison de motifs de sécurité publique³⁰².

En ce qui concerne le motif de restructuration d'entreprise, cela vise principalement les difficultés financières ou économiques éprouvées par l'employeur ainsi que les licenciements collectifs accompagnés d'un plan social de mise en retraite anticipée³⁰³.

S'agissant de la seconde exception, le Tribunal administratif fédéral précise que dans un tel cas, « *il faudrait (1) une règle de droit public (2) qui limite à un certain âge l'exercice d'une profession (3) pour des raisons de sécurité publique (4) que les personnes concernées ne puissent pas être employées à d'autres tâches au sein du service.* »³⁰⁴. En outre, les législations cantonales ne peuvent prévoir de telles exceptions si elles ne répondent pas réellement à la justification d'intérêt public. À cet égard, dans arrêt de 2013, les juges fédéraux ont estimé que l'abaissement de l'âge de la retraite à 57 ans pour la fonction de policier ne répond pas à un intérêt public et est par conséquent contraire au droit fédéral³⁰⁵. Pour le surplus, un arrêt de 2011 relève que « *compte tenu de la teneur de l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2 qui ne se réfère pas à des métiers en général mais à des "rapports de travail" et qui met au premier plan la nécessité de garantir la sécurité publique (cf. supra consid. 5.2), il n'y a toutefois pas lieu d'exclure que seuls certains employés à l'intérieur d'une profession déterminée puissent bénéficier de la clause d'exception compte tenu du portfolio concret de leurs tâches.* »³⁰⁶. Bien que la disposition ne précise pas quelles activités professionnelles sont visées, on peut penser en premier lieu aux professions pour lesquelles une atteinte à la santé pourrait mettre en danger d'autres individus, par exemple le métier de pilote d'avion³⁰⁷.

3.4.1.3 Conséquences financières et financement

La perception d'une retraite anticipée implique des conséquences essentiellement financières. En effet, en l'absence de cotisations et de profit sur les intérêts, l'avoir de vieillesse n'est plus alimenté. S'ensuit dès lors une lacune de prévoyance et l'amointrissement de l'avoir de vieillesse³⁰⁸. De surcroît, l'attribution précoce d'une rente vieillesse conduit au versement de la rente vieillesse durant une durée plus longue, ce qui requiert quelques ajustements du montant de la rente³⁰⁹. Cela étant, il existe deux modes principaux de financement de la retraite anticipée dans la prévoyance professionnelle.

³⁰¹ MEIER, p. 109.

³⁰² TAF, arrêt C-4289/2010, C-4241/2010 du 28 mars 2013, c.9.2.1; BSK Berufliche Vorsorge – STAUFFER, art. 13 BVG N 26; PLÜS/WICKSTRÖM, p. 520.

³⁰³ PLÜS/WICKSTRÖM, p. 520.

³⁰⁴ TAF, arrêt C- 4289/2010, C-4241/2010 du 28 mars 2013, c.9.2.1.

³⁰⁵ TAF, arrêt C-235/2011 du 27 novembre 2011, c. 7.5.

³⁰⁶ TAF, arrêt C-1012/2011 du 27 novembre 2011, c. 5.3.

³⁰⁷ BSK Berufliche Vorsorge – STAUFFER, art. 13 BVG N 26.

³⁰⁸ PLÜS/WICKSTRÖM, p. 520.

³⁰⁹ MEIER, p. 109.

Le premier moyen envisageable consiste à l'adaptation du taux de conversion. En principe, la rente vieillesse de la prévoyance professionnelle se calcule en pourcent de l'avoir vieillesse de l'assuré accumulé jusqu'à l'âge ouvrant le droit à la retraite (art. 14 al. 1 LPP). Actuellement, le taux de conversion minimal s'élève à 6,8%, en vertu de l'art. 14 al. 2 LPP. Or, en cas de retraite anticipée, le taux de conversion applicable sera inférieur et par conséquent la rente sera diminuée à vie, jusqu'au décès de l'ayant droit³¹⁰. La loi ne fixe par les taux de conversion correspondants (par année d'anticipation) mais relève simplement que le taux de conversion devra être adapté (art. 13 al. 2 *in fine* LPP). Dès lors, l'étendue de la réduction de la rente dépendra du règlement de la caisse de pension de l'assuré³¹¹.

La seconde alternative de financement porte sur la possibilité de rachat des prestations de prévoyance professionnelle. En effet, en cas de lacune de prévoyance professionnelle, soit la situation d'un assuré qui possède un capital vieillesse inférieure à ce qu'il aurait été compte tenu de son âge et du plan de prévoyance de la caisse de pension, l'institution de prévoyance peut permettre le rachat des prestations réglementaires afin de combler³¹² les déficits (art. 9 al. 2 LFLP³¹³). En outre, l'art. 1b al 1 OPP 2 autorise la caisse de pension à instituer dans son règlement, la possibilité d'effectuer des rachats supplémentaires afin de compenser totalement ou partiellement la réduction des prestations de vieillesse en cas de retraite anticipée³¹⁴. Pour que l'assuré y soit habilité, il doit au préalable avoir racheté la totalité des éventuelles prestations réglementaires. En faisant usage des potentiels de rachats, l'assuré pourra bénéficier de façon anticipée d'une rente du même montant que celui perçu au moment à l'âge ordinaire de la retraite³¹⁵. En revanche, en cas de renonciation à la retraite anticipée, l'objectif des prestations réglementaire ne peut dépasser plus de 5 %, respectant ainsi les restrictions de rachat de l'art. 79 LPP, eu égard au principe d'interdiction de surassurance³¹⁶.

3.4.2 Retraite progressive et maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré (art. 33a LPP)

Afin d'inciter les travailleurs âgés à rester plus longtemps sur le marché du travail, des mesures pour l'instauration de formes flexibles et progressives de la retraite été mise en place dans le cadre de la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle³¹⁷, donnant ainsi lieu à l'introduction (le 1^{er} janvier 2011) des art. 33a et 33b LPP. L'objectif de ces dispositions est de permettre une meilleure adaptation aux besoins des travailleurs âgés tout en les maintenant actifs dans le marché du travail, sous une forme adéquate³¹⁸.

Dans la même optique, certaines institutions de prévoyance proposent une retraite anticipée partielle ou retraite progressive³¹⁹. Cette notion se caractérise par la réduction progressive du taux de travail avant l'âge ordinaire de la retraite tout en bénéficiant des prestations de vieillesse, de façon échelonnée. Pour se faire, les caisses de pensions exigent généralement une réduction

³¹⁰ BLOCH/BRON, p. 94; BSK Berufliche Vorsorge – STAUFFER, art. 13 BVG N 30.

³¹¹ BSK Berufliche Vorsorge – STAUFFER, art. 13 BVG N 31.

³¹² MEIER, p. 110; BLOCH/BRON, p. 95.

³¹³ Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage de la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP), RS 831.42.

³¹⁴ MEIER, p. 110.

³¹⁵ MEIER, p. 110; BSK Berufliche Vorsorge – STAUFFER, art. 33a BVG N 1; ORSAT/MERLE, p. 336.

³¹⁶ BSK Berufliche Vorsorge – STAUFFER, art. 13 BVG N 39.

³¹⁷ FF 2007 5381, 5432; BSK Berufliche Vorsorge – STEINER, art. 13 BVG N 39

³¹⁸ FF 2007 5381, 5433; LPP – HUNZIKER GECKELER Maya, art. 33a N 2.

³¹⁹ MEIER, p. 112.

annuelle du taux d'occupation d'au moins 20%³²⁰. Si l'assuré fait usage de ce droit, une partie de son avoir sera consacrée au versement échelonné de la rente tandis que l'autre partie continuera d'être alimentée par les cotisations paritaires.

Pour inciter les assurés âgés à maintenir leur activité lucrative, l'art. 33a al. 1 LPP stipule que « *l'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement, la possibilité pour les assurés ayant atteint l'âge de 58 ans et dont le salaire diminue de la moitié au plus, de demander le maintien de leur prévoyance au niveau du dernier gain assuré.* ». Dès lors, seuls les assurés âgés de 58 ans révolus dont le revenu diminue de 50% au maximum sont habilités à requérir l'application de l'art. 33a LPP. À cet égard, le Conseil fédéral était d'avis que l'introduction d'un âge moins avancé serait contraire à l'objectif visé par la norme et dès lors contre-productif³²¹. Ainsi, cette disposition permet aux assurés âgés de maintenir leur assurance pour la totalité de leur salaire (malgré une diminution de revenu effectif) et évitent ainsi une diminution des prestations de vieillesse tout en approvisionnant leur avoir de vieillesse³²². Néanmoins, les règlements de prévoyance ne peuvent imposer une telle solution aux assurés, qui doivent toujours manifester leur souhait en ce sens, conformément à ce qui résulte du texte légal. En outre, le maintien de la prévoyance ne corrobore pas nécessairement au dernier gain assuré. En effet, le salaire assuré peut être régulé à un montant inférieur³²³. Par ailleurs, il convient de préciser que cette pratique contrevient au principe d'adéquation (art. 1 al. 2 LPP) selon lequel le salaire assuré dans le deuxième pilier ne peut être supérieur au revenu soumis aux cotisations AVS. Le législateur a toutefois admis cette dérogation³²⁴. En outre, l'article 33a al. 2 LPP impose une limite temporelle, en ce sens que le maintien ne peut excéder l'âge réglementaire ordinaire de la retraite³²⁵, ce qui équivaut à une durée maximale de sept années³²⁶.

Lorsqu'il est fait usage de ce droit, l'assuré doit être conscient qu'il lui reviendra d'assumer les charges relatives au maintien de l'assurance au dernier gain assuré. En effet, l'art. 33a al. 3 LPP préserve le financement paritaire (art. 66 LPP et 331 CO) pour le salaire effectivement versé mais l'exclut pour la différence avec le dernier gain assuré³²⁷. Le règlement peut y déroger en faveur de l'assuré uniquement sous condition que l'employeur ait expressément et préalablement donné son accord³²⁸. Dès lors, le choix de l'employeur³²⁹ d'accepter ou de refuser de participer au financement des cotisations sur la base du dernier salaire assuré peut s'avérer primordial pour le choix de l'assuré au maintien de l'assurance et la concrétisation de cette mesure.

3.4.3 Activité lucrative après l'âge ordinaire de la retraite (art. 33b LPP)

L'art. 33b LPP s'inscrit également dans l'arsenal des mesures d'incitation pour le maintien des travailleurs âgés dans la vie active³³⁰. Cette norme permet aux institutions de prévoyance d'inclure une disposition réglementaire habilitant le maintien de la prévoyance au-delà de l'âge

³²⁰ BLOCH/BRON, p. 98.

³²¹ FF 2007 5381, 5434.

³²² LPP –HUNZIKER GECKELER Maya, art. 33a N 2/5; MEIER, p. 113; ORSAT/MERLE, p. 336

³²³ LPP –HUNZIKER GECKELER Maya, art. 33a N 5/7.

³²⁴ FF 2007 5381, 5433; ORSAT/MERLE, p. 336; LPP –HUNZIKER GECKELER, art. 33a N 5.

³²⁵ LPP –HUNZIKER GECKELER Maya, art. 33a N 11.

³²⁶ FF 2007 5381, 5434.

³²⁷ FF 2007 5381, 5434, BLOCH/BRON, p. 99; ORSAT/MERLE, p. 337.

³²⁸ LPP –HUNZIKER GECKELER, art. 33a N 12.

³²⁹ ORSAT/MERLE, p. 337; LPP –HUNZIKER GECKELER, art. 33a N 12.

³³⁰ FF 2007 5381, 5434; LPP –HUNZIKER GECKELER, art. 33b N 1.

ordinaire de la retraite, jusqu'à cessation des rapports de travail³³¹. Dès lors, si le règlement de la caisse de pension le permet, l'assuré senior qui souhaite le maintien doit déposer une demande en ce sens (l'employeur n'est pas habilité à s'y opposer)³³². De plus, l'art. 33b LPP n'est pas applicable en cas d'entrée dans une nouvelle caisse de pension après l'âge ordinaire de la retraite (l'assuré doit déjà être affilié à la caisse de pension à l'âge de la retraite) car il s'agit d'une véritable poursuite du rapport d'assurance³³³. En outre, en vertu de l'art. 13 al. 2 LPP, les caisses de pension pouvaient déjà prévoir que le droit aux prestations de vieillesse débute le jour où l'activité lucrative prend fin, y compris après l'âge réglementaire de la retraite. L'art. 33b LPP complète dès lors cette disposition en limitant l'ajournement à une durée maximale de 5 ans, soit jusqu'à l'âge de 70 ans³³⁴.

Lorsque l'assuré fait usage de ce droit (en vertu du règlement de la caisse de pension), son épargne vieillesse continue de porter intérêt et la rente sera calculée selon un taux de conversion plus élevé³³⁵. En outre, la caisse de pension est libre de prévoir ou non la poursuite du versement de cotisations durant cette période, de sorte que les institutions de prévoyance peuvent développer des solutions adaptées aux besoins spécifiques de la branche et l'entreprise. De surcroît, afin de garantir une individualisation dans le domaine de la prévoyance, les travailleurs seniors doivent donner leur accord express pour la poursuite du versement des cotisations³³⁶. Dans un tel cas, le financement des cotisations est paritaire (art. 66 LPP, art. 331 al. 3 CO)³³⁷. Néanmoins, cela peut conduire au dépassement du plan de prévoyance et dès lors violer le principe d'adéquation (l'art. 1 OPP2)³³⁸. Or, la poursuite de la prévoyance sur la base du salaire effectif de l'assuré justifie l'observation de ce principe.

Les modalités du maintien de la prévoyance professionnelle étant flexibles, plusieurs situations sont dès lors envisageables. La première hypothèse vise le maintien de la prévoyance sans versement de cotisations, ce qui permet d'obtenir des intérêts supplémentaires et bénéficier d'un taux de conversion plus élevé. La seconde hypothèse concerne le maintien de la prévoyance professionnelle avec versement des cotisations d'épargne, permettant ainsi, en sus des deux avantages précités, d'alimenter l'épargne vieillesse à concurrence des cotisations versées³³⁹.

Par ailleurs, l'assuré peut profiter du maintien de l'art. 33b LPP pour améliorer l'avoir accumulé jusqu'à la retraite. Tel est le cas lorsqu'il existe des lacunes dans la prévoyance professionnelle de l'assuré par rapport au plan de prévoyance de la caisse de pension. Si l'institution de prévoyance autorise le rachat des prestations, la poursuite de l'affiliation peut subventionner le rachat et ainsi combler les lacunes³⁴⁰.

³³¹ MEIER, p. 112; LPP –HUNZIKER GECKELER, art. 33b N 3/5; ORSAT/MERLE, p. 337.

³³² BSK Berufliche Vorsorge – STEINER, art. 33b BVG N 24; LPP –HUNZIKER GECKELER Maya, art. 33b N 8.

³³³ BSK Berufliche Vorsorge – STEINER, art. 33b BVG N 7; LPP –HUNZIKER GECKELER Maya, art. 33b N 9.

³³⁴ MEIER, p. 112; LPP –HUNZIKER GECKELER, art. 33b N 5.

³³⁵ FF 2007 5381, 5434; LPP –HUNZIKER GECKELER, art. 33b N 6; MEIER, p. 112.

³³⁶ FF 2007 5381, 5435; ORSAT/MERLE, p. 338.

³³⁷ BSK Berufliche Vorsorge – STEINER, art. 33b BVG N 23; LPP –HUNZIKER GECKELER, art. 33b N 6; ORSAT/MERLE, p. 337.

³³⁸ FF 2007 5381, 5434.

³³⁹ ORSAT/MERLE, p. 337.

³⁴⁰ BSK Berufliche Vorsorge – STEINER, art. 33b BVG N 23; LPP –HUNZIKER GECKELER, art. 33b N 10.

3.4.4 Interruption de l'assurance obligatoire à partir de 58 ans (art. 47a LPP)

À la suite de l'échec de la réforme de la « Prévoyance vieillesse 2020 », l'art. 47a LPP a été introduit dans la loi le 1^{er} janvier 2021, à l'issue de la réforme de la LPC³⁴¹.

L'art. 47a al. 1 LPP stipule que « *l'assuré qui, après avoir atteint l'âge de 58 ans, cesse d'être assujéti à l'assurance obligatoire en raison de la dissolution des rapports de travail par l'employeur peut maintenir son assurance en vertu de l'art. 47, où exiger que son assurance soit maintenue dans la même mesure que précédemment auprès de la même institution de prévoyance en vertu des al. 2 à 7 du présent article.* ». Avant l'introduction de cette norme, il n'y avait aucun moyen légal de maintenir sa prévoyance professionnelle auprès de la même institution et dans la même mesure que précédemment, après la liquidation des rapports de travail³⁴². En principe, la rupture des rapports de travail entraîne automatiquement la perte d'affiliation auprès de la caisse de pension de l'employeur. Dans une telle situation, l'épargne professionnelle est alors transférée dans un compte ou une police de libre passage (qui est soumise à des conditions peu attrayantes) dans l'attente d'une éventuelle reprise de l'activité lucrative, auquel cas l'avoir de prévoyance professionnelle est à nouveau transféré à la caisse de pension du nouvel employeur³⁴³. Avant l'introduction de l'art. 47a LPP, les travailleurs âgés ne bénéficiaient d'aucun avantage ou protection particulière. Dès lors, les salariés âgés de 58 ans et ayant perdu leur emploi quittaient automatiquement leur caisse de pension.

Dans ce contexte, l'assuré senior a le choix de conserver l'intégralité ou une partie de la protection de prévoyance professionnelle, soit assurer le risques vieillesse, invalidité et/ou décès (art. 47a al. 3 LPP), étant précisé que l'institution de prévoyance réglementairement peut limiter ce choix à la prévoyance vieillesse³⁴⁴. De surcroît, en faisant usage de ce droit, les primes d'assurance persistent mais à la charge exclusive de l'assuré, y compris pour la part de l'employeur³⁴⁵. En effet, l'employeur n'est plus soumis au financement des cotisations, excepté la situation où cela est prévu dans un plan social. Dès lors, l'assuré senior est directement débiteur des cotisations afférentes. Ainsi, s'il ne s'en acquitte pas, la caisse de pension peut résilier le contrat d'assurance³⁴⁶.

En vertu du principe d'adéquation, seuls les revenus soumis aux cotisations AVS peuvent être assurés dans la prévoyance professionnelle. Néanmoins, l'art. 47a al. 1 LPP indique que l'assurance doit être maintenue « *dans la même mesure que précédemment* », se fondant sur le dernier salaire perçu³⁴⁷. En l'absence de revenu et/ou en dépit de la perception d'indemnités journalières par l'assurance chômage, la prévoyance professionnelle est maintenue sur la base du salaire antérieur. Néanmoins, le règlement de prévoyance peut admettre la poursuite de l'assurance pour un salaire inférieur (art. 47a al. 7 LPP)³⁴⁸.

La prévoyance professionnelle est étroitement liée aux rapports de travail, or l'art. 47a LPP y déroge. À cet égard, seule la résiliation des rapports de travail émanant de l'employeur (licenciement ou d'un accord de résiliation), peu importe les motifs invoqués³⁴⁹, est admise

³⁴¹ KONRAD/LAUENER, p. 230.

³⁴² DUPONT/MELI, p. 174.

³⁴³ BSK Berufliche Vorsorge – GROB, art. 47a BVG N 1; KONRAD/LAUENER, p. 230.

³⁴⁴ DUPONT/MELI, p. 174; BSK Berufliche Vorsorge – GROB, art. 47a BVG N 32.

³⁴⁵ KONRAD/LAUENER, p. 235.

³⁴⁶ BSK Berufliche Vorsorge – GROB, art. 47a BVG N 31/34; DUPONT/MELI, p. 174; KONRAD/LAUENER, p. 231.

³⁴⁷ KONRAD/LAUENER, p. 233.

³⁴⁸ BSK Berufliche Vorsorge – GROB, art. 47a BVG N 14; 29-30.

³⁴⁹ BSK Berufliche Vorsorge – GROB, art. 47a BVG N 14-16 ; OFAS, *Bulletin de la prévoyance professionnelle* n°153, p. 18.

dans ce contexte. En principe, une rupture des rapports de travail provenant du comportement du travailleur exclut l'application de l'art. 47a LPP. Ceci a pour objectif de protéger les institutions de prévoyance d'une charge administrative accrue et éviter l'utilisation de cette disposition à d'autres fins, notamment pour de l'optimisation fiscale³⁵⁰.

Pour finir, en règle générale, les institutions de libre passage ne versent pas les prestations de vieillesse sous forme de rente viagère mais uniquement sous forme de capital³⁵¹. Ceci qui peut être problématique pour garantir les conditions de vie acceptables pour les assurés âgés lorsqu'ils atteignent l'âge de la retraite. Dorénavant, les chômeurs âgés peuvent continuer à être assurés et bénéficient des mêmes droits que les autres assurés pour autant que l'institution de prévoyance offre cette possibilité dans son règlement³⁵². L'intention du législateur en introduisant cette norme était également de garantir le versement d'une rente à l'assuré senior³⁵³. En effet, l'art. 47a al. 6 LPP restreint les possibilités de percevoir les prestations sous forme de capital. Lorsque maintien de l'assurance a duré plus de deux ans, l'assuré senior peut prétendre au versement de prestations sous forme de rente³⁵⁴.

3.5 Assurance-vieillesse et survivants - LAVS

L'assurance-vieillesse et survivants constitue le fondement de la protection sociale des travailleurs âgés arrivés au terme de leurs carrières, leur assurant la couverture des besoins vitaux durant la vieillesse. La volonté et le nécessité de maintenir l'activité des seniors aussi longtemps que possible sur le marché du travail est au cœur des préoccupations politiques. Cela étant, afin de s'aligner aux évolutions sociales et pour préparer les développements futurs, les réformes législatives se font attendre. C'est notamment le cas du projet de modification de la LAVS (« AVS 21 »), qui fera prochainement l'objet d'une votation populaire. En bref, ce projet propose plusieurs mesures concernant les travailleurs âgés, à savoir l'harmonisation de l'âge de la retraite, la flexibilisation du départ à la retraite ainsi que des incitations à travailler au-delà de l'âge de 65 ans³⁵⁵.

La présente section expose les principes de la retraite anticipée et ses conséquences sur la rente de vieillesse ainsi que la possibilité d'ajourner la retraite, à la lumière de l'état actuel du droit.

3.5.1 Retraite anticipée

3.5.1.1 Objet

En principe, le droit à la rente vieillesse AVS naît le premier jour du mois suivant celui où l'assuré atteint de l'âge ordinaire de la retraite, soit à 65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes (art. 21 LAVS). Le montant de la rente est déterminé en fonction du nombre d'années de cotisations, du revenu provenant d'une activité lucrative ainsi que les bonifications pour tâches éducatives et d'assistance (art. 29bis LAVS), la durée de cotisation complète étant de 44 ans pour les hommes, respectivement 43 ans pour les femmes³⁵⁶. Ainsi, les lacunes de cotisations (par années de cotisation manquées) donnent lieu à une rente réduite et pèjorent la situation de l'assuré une fois l'âge légal de la retraite atteint.

³⁵⁰ BSK Berufliche Vorsorge – GROB, art. 47a BVG N 17/18.

³⁵¹ BSK Berufliche Vorsorge – GROB, art. 47a BVG N 4.

³⁵² BSK Berufliche Vorsorge – GROB, art. 47a BVG N 11

³⁵³ OFAS, *Bulletin de la prévoyance professionnelle n°153*, p. 18.

³⁵⁴ KONRAD/LAUENER, p. 235.

³⁵⁵ OFAS, *Fiche d'information, AVS 21*, p. 1-5.

³⁵⁶ MEIER, p. 98.

Cela étant, la LAVS permet aux assurés seniors qui le souhaitent, de bénéficier d'une rente vieillesse de façon anticipée, sous respect de certaines conditions³⁵⁷. Le Tribunal fédéral relève la définition suivante : « *L'instauration de la rente anticipée constitue l'un des quatre piliers de la 10^{ème} révision de la LAVS (FF 1990 II p. 5 sv, 46 sv). Selon le rapport de mars 1988 du Conseil fédéral sur l'âge flexible de la retraite, la retraite anticipée désigne la possibilité de décaler, par rapport à l'âge légal, le moment de l'ouverture du droit à la rente. La somme des prestations dues à l'âge normal de la retraite est répartie, en cas d'anticipation, sur une période plus longue (p. 28 sv, ch. 61). L'assuré a le choix entre une rente non réduite qu'il touchera à l'âge de la retraite et le versement anticipé d'une rente réduite.* »³⁵⁸. La perception prématurée de la rente vieillesse donne lieu à une lacune de cotisation équivalente à la durée d'anticipation. De plus, comme précisé par le Tribunal fédéral, le versement est prolongé dans le temps de sorte qu'à long terme la rente de l'assuré est amoindrie.

En vertu de l'art. 40 al. 1 LAVS, une retraite anticipée n'est envisageable qu'un ou deux ans avant l'âge légal de la retraite, à savoir 63 ans ou 64 ans révolus pour les hommes et 62 ans ou 63 ans révolus pour les femmes. En outre, seule une anticipation en années entières est prise en considération, ce qui exclut les mois individuels³⁵⁹. La demande de retraite anticipée doit être introduite en avance, au plus tard le dernier jour du mois au cours duquel l'âge correspondant est atteint, à défaut, le versement anticipé ne peut être réclamé qu'à partir du prochain anniversaire³⁶⁰. De surcroît, l'anticipation de la rente ne peut être exercé de façon rétroactive³⁶¹.

3.5.1.2 Conséquences financières

La perception prématurée de la rente AVS entraîne principalement deux effets désavantageux pour l'assuré, c'est-à-dire la réduction à vie de la rente vieillesse ainsi que l'obligation de cotiser durant la période d'anticipation.

La réduction de la rente est l'une des conséquences majeures de la retraite anticipée. Étant donné les coûts importants engendrés par cette anticipation, c'est à l'assuré de les assumer et non à l'assurance sociale, en ce sens que l'assurance n'a pas à subir les conséquences du choix de l'assuré³⁶². De plus, la rente vieillesse étant viagère, la réduction sera répercutée à vie car le montant de la rente ne retrouvera jamais le niveau « sans retraité anticipée ». Fondé sur des calculs actuariels, chaque année d'anticipation réduit la rente de 6,8%³⁶³ (art. 56 al. 2 RAVS³⁶⁴). Jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite, la rente peut ainsi être réduite de 6,8% pour une année d'anticipation et de 13,6% pour deux années d'anticipation. Pour connaître le montant de la rente, deux calculs successifs devront être faits. En pratique, la caisse de pension calcule initialement la rente ordinaire puis procède à la réduction en fonction des taux précités³⁶⁵. La seconde étape concerne le calcul de la rente après l'âge de la retraite, ce qui correspond à 6,8% par année d'anticipation de la somme des rentes non réduites, divisé par le nombre de mois pendant lesquels la rente a été anticipée (art. 56 al. 2 RAVS). Les rentes associées à la rente

³⁵⁷ WITZIG, p. 211.

³⁵⁸ TF, arrêt H_312/00 du 30 avril 2001, c. 1 b).

³⁵⁹ MEIER, p. 99; PLÜS/WICKSTRÖM, p. 522.

³⁶⁰ PLÜS/WICKSTRÖM, p. 522.

³⁶¹ MEIER, p. 99.

³⁶² MEIER, p. 100.

³⁶³ WITZIG, p. 211.

³⁶⁴ Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS), RS 831.101.

³⁶⁵ MEIER, p. 100.

vieillesse telles que la rente pour enfants et/ou la rente de survivants, sont également impactées par sa perception prématurée³⁶⁶.

En plus de la diminution du montant de la rente, l'assuré est astreint à cotiser durant la période d'anticipation, qu'il continue à exercer ou non une activité lucrative, jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge ordinaire de la retraite³⁶⁷. Néanmoins, à défaut d'activité professionnelle, le calcul des cotisations se fonde sur les conditions sociales de l'assuré (art. 10 al. 1 LAVS ; l'art. 28 RAVS)³⁶⁸. En outre, les cotisations financées par l'assuré durant cette période ne sont pas formatrices de rentes et par conséquent ne seront pas prises en compte pour le montant de la rente ultérieure. Par ailleurs, contrairement à une situation d'ajournement de la rente, aucune franchise d'exemption n'est applicable pour les cotisations.

3.5.2 Ajournement de la rente de vieillesse

Afin d'inciter les seniors à la poursuite de leur activité professionnelle au-delà de l'âge de la retraite, les articles 39 LAVS et 55bis RAVS consacrent la réglementation applicable à la retraite flexible ou à l'ajournement de la retraite.

En principe, comme relevé précédemment, le droit à la rente de vieillesse prend naissance le premier jour du mois suivant celui où a été atteint l'âge de la retraite³⁶⁹. Cependant, par déclaration d'ajournement (art. 55^{quater} RAVS), l'assuré peut différer le début du versement de sa rente vieillesse d'une année au moins et de cinq années au plus (art. 39 al. 1 LAVS). À cet égard, nous pouvons constater une forme de coordination entre le système AVS et prévoyance professionnelle s'agissant de la durée d'ajournement. Par ailleurs, le report mensuel est admis pour autant qu'il atteigne au minimum une année³⁷⁰. Contrairement à la retraite anticipée, l'ajournement de la retraite est plus flexible, en ce sens que la fourchette temporelle est élargie.

À l'inverse de ce qui prévaut pour la retraite anticipée, la rente ajournée est augmentée de la contre-valeur actuarielle de la prestation non touchée (art. 39 al. 2 LAVS). L'art. 55^{ter} RAVS érige un tableau des taux d'augmentation en fonction de la durée d'ajournement. À titre d'exemple, une rente vieillesse reportée de deux années est augmentée de 10,8%. La raison d'être de cet avantage trouve fondement dans le fait que l'ajournement représente un bénéfice pour l'assurance, qui doit également être reporté sur l'assuré³⁷¹.

S'agissant des cotisations sociales, en principe, lorsque l'assuré senior atteint l'âge légal de la retraite et qu'il cesse son activité lucrative, il n'est plus soumis au paiement des cotisations sociales (art. 3 al. 2 LAVS)³⁷². Néanmoins, lorsqu'il poursuit son activité professionnelle au-delà de cet âge, il est toujours tenu de verser les cotisations sociales³⁷³ mais bénéficie alors d'un avantage. En effet, les cotisations sont prélevées uniquement si l'activité lucrative dont le revenu excède CHF 1'400 mensuel ou CHF 16'800 annuel (art. 4 al. 2 let b LAVS ; 6^{quater} RAVS)³⁷⁴. En outre, cela présente également un avantage pour l'employeur³⁷⁵ qui devra uniquement financer les cotisations sociales usuelles sur la part du gain supérieur à ces

³⁶⁶ MEIER, p. 102.

³⁶⁷ MEIER, p. 103.

³⁶⁸ *Ibidem*

³⁶⁹ WITZIG, p. 210.

³⁷⁰ PLÜS/WICKSTRÖM, p. 522.

³⁷¹ MEIER, p. 104.

³⁷² WITZIG, p. 210.

³⁷³ WITZIG, p. 209-210.

³⁷⁴ PLÜS/WICKSTRÖM, p. 522.

³⁷⁵ WITZIG, p. 210.

montants. Cependant, dites cotisations ne bonifient pas les prestations de retraite de l'assuré³⁷⁶. À ce sujet, l'une des mesures du projet de réforme « AVS 21 » vise la prise en compte des cotisations au-delà de l'âge de référence, permettant ainsi de combler les lacunes de cotisations et améliorer le montant de la rente AVS³⁷⁷.

Conclusion

Actuellement, la protection spéciale accordée aux travailleurs âgés ne repose sur aucun réel appui codifié en droit du travail. En effet, la protection de la santé des employés seniors au cours des rapports de travail résulte essentiellement des principes généraux de protection de la santé et de la personnalité, dont la mise en œuvre adéquate dépend en grande partie du bon vouloir des partenaires sociaux, en particulier des employeurs. Néanmoins, le Tribunal fédéral a reconnu la vulnérabilité récurrente et la nécessité d'une protection accrue en faveur des travailleurs âgés au bénéfice d'une grande ancienneté dans le cadre d'un licenciement³⁷⁸. Dans ce contexte, notre Haute Cour a institué de nouveaux devoirs pour les employeurs, déduits de l'obligation générale de diligence. À l'heure actuelle, la protection spéciale accordée à cette catégorie de personnes repose néanmoins exclusivement sur des fondements jurisprudentiels. Bien qu'une ligne directrice se dessine au gré des affaires diverses et variées qui se présentent à nos autorités judiciaires, les fluctuations de jurisprudence³⁷⁹ et la nécessité de l'adaptation constante aux circonstances des cas d'espèce conduisent inéluctablement à une absence de prévisibilité et nuisent à la sécurité du droit. Pour remédier à cela, de nombreux auteurs appellent à une concrétisation législative de la protection des salariés âgés³⁸⁰. Cependant, une telle solution risque de déboucher à une protection systématique de cette catégorie de travailleurs, restreignant par la même occasion le principe fondamental (et cher au système juridique suisse) de la liberté contractuelle. De surcroît, la crainte que ce devoir de protection accrue conduise à des incitations négatives qui impactent les opportunités d'emplois et le risque de discrimination vis-à-vis d'autres travailleurs vulnérables, constituent certainement un frein à la démarche législative³⁸¹.

La Suisse dispose d'un système de sécurité sociale bien étoffé. Cependant, l'évolution sociale et démographique impose continuellement des adaptations législatives. Ce phénomène est particulièrement marqué pour la protection des assurés âgés au chômage ou proche de l'âge de la retraite. C'est dans ce contexte que les assurances sociales sont essentielles afin de lutter contre la paupérisation de cette catégorie de personnes, en leur garantissant des conditions de vie décentes, tout en insistant sur leur maintien dans le marché du travail. Les récents développements, intervenus principalement en 2021, soit l'inauguration de la LPtra, l'introduction de l'art. 47a LPP ainsi que les projets de réforme tels que « AVS 21 » et « LPP 21 » démontrent l'intérêt et la nécessité grandissante que suscite la protection des assurés seniors. Cela étant, les mesures instituées par les articles 33a, 33b et 47a LPP constituent à l'évidence une avancée pour la préservation de l'épargne de vieillesse et par conséquent une protection pour les personnes âgées. Cependant, leur mise en œuvre repose exclusivement sur les décisions des institutions de prévoyance professionnelles (influencées par des considérations financières), qui sont libres d'instaurer ou non ces mesures dans leurs règlements. Cette latence peut dès lors conduire à une disparité au sein de la catégorie des

³⁷⁶ WITZIG, p. 210.

³⁷⁷ OFAS, *Fiche d'information, AVS 21*, p. 3.

³⁷⁸ HUMBERT, p. 883-884; PORTMANN, p. 249.

³⁷⁹ RUDOLPH, p. 439.

³⁸⁰ HUMBERT, p. 883-884; PORTMANN, p. 250; RUDOLPH, p. 443-444; SATTIVA, p. 5.

³⁸¹ PORTMANN, p. 251; STÖCKLI, p. 20.

assurés âgés dans leur ensemble. S'agissant de la LPtra, cette loi poursuit également les objectifs communs des diverses assurances étudiées et permet de combler une lacune de prestation sociale. En revanche, elle a une portée limitée car les conditions d'octroi des prestations transitoires sont strictes et le cercle des bénéficiaires est dès lors fortement restreint. Pour le surplus, la retraite anticipée de l'AVS ou de la prévoyance professionnelle n'est pas sans conséquence sur les prestations de vieillesse, dont le montant est souvent réduit à vie. Dès lors, le choix des assurés relatif à la perception précoce des prestations de retraite doit faire l'objet d'une mûre réflexion préalable, en tenant compte de la situation individuelle actuelle et future de l'assuré. Finalement, chaque nouvelle protection accordée en droit des assurances sociales, au profit des assurés âgés, doit garantir un équilibre délicat entre la prévention contre les risques d'incitations négatives et la volonté du maintien prolongé des travailleurs âgés sur le marché du travail.

En somme, les travailleurs âgés ont incontestablement besoin d'égards particuliers tant en droit du travail que dans le cadre des assurances sociales. Sur ce point, les protections accordées en droit des assurances sociales sont plus importantes qu'en droit du travail. Cependant, l'octroi de prestations sociales est soumis à des conditions rigoureuses, ce qui limite leur accès et ce qui constitue assurément un rempart aux éventuels abus. En revanche, cela conduit souvent à exclure *de facto* certains assurés seniors tout aussi atteint par les difficultés de la vieillesse, notamment, les femmes âgées.

L'allongement de l'espérance de vie et ses conséquences requièrent une prise en compte spécifique dans la législation et par conséquent des ajustements en faveur des personnes âgées. Une meilleure valorisation des prestations fournies par les travailleurs âgés et une meilleure protection de leur santé constitue certainement la clé de la réussite pour mener à bien les objectifs poursuivis par le législateur, particulièrement pour leur maintien dans le marché du travail.

Table des abréviations

AELE	Association européenne de libre-échange
AI	Assurance invalidité
art.	article
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BSK	Basler Kommentar
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982, RS 831.40
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCT	Convention collective de travail
Cf.	<i>Confer</i>
CH	Confédération helvétique
CHF	Franc suisse
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CO	Code des obligations, du 30 mars 1911, RS 220
CR	Commentaire romand
Cst	Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999, RS 101
DFE	Département fédéral de l'économie
DFI	Département fédéral de l'intérieur
éd.	édition
édit. /édits	éditeur/éditeurs
JdT	Journal des Tribunaux
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage du 25 juin 1982, RS 873.0
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance vieillesse, invalidité et survivants du 20 décembre 1946, RS 831.10.
LFLP	Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage de la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.42
LPCFam	Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour les familles et les prestations

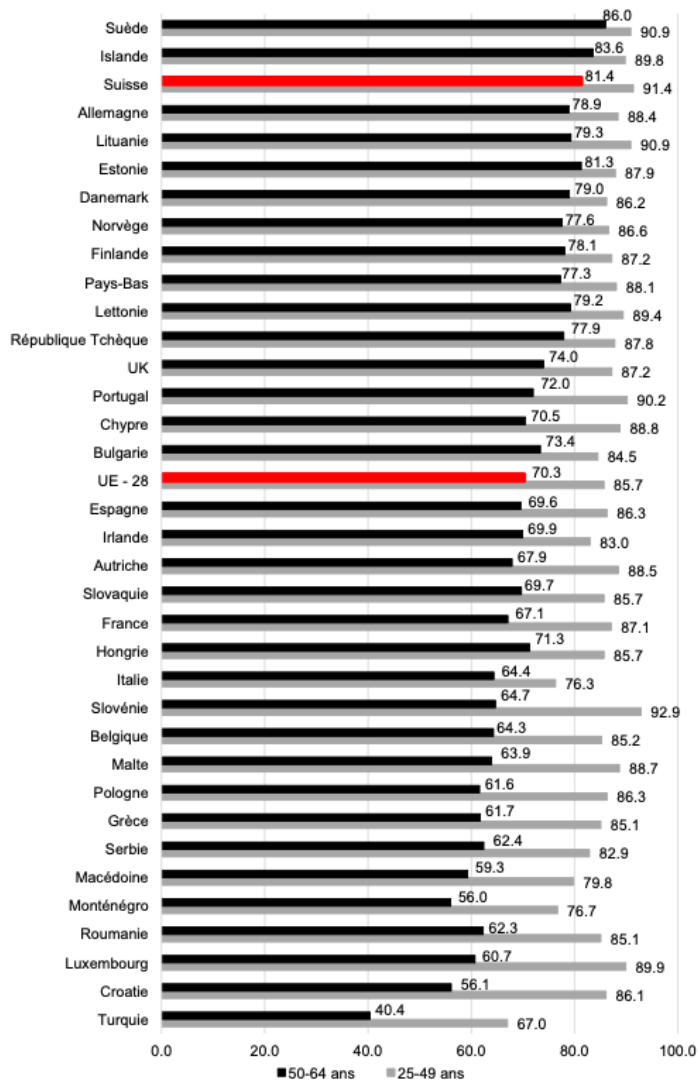
	cantonale pour la rente-pont du 23 novembre 2010, RSV 850.053
LPers-CH	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1
LPers-VD	Loi sur le personnel de l'État de Vaud du 12 novembre 2001, RSV 172.31
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982, RS 831.40
LPtra	Loi fédérale sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés du 19 juin 2020, RS 837.2
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11
MMT	Mesures du marché du travail
N	numéro
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage du 31 août 1983, RS 873.02
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OLDT	Ordonnance sur le travail dans les entreprises de transports publics du 29 août 2018 (OLDT), RS 822.211
OLT 3	Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (Protection de la santé) (OLT 3), RS 822.113.
OLT1	Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000, RS 822.111
OLT5	Ordonnance 5 relative à la loi sur le travail, Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs du 28 septembre 2007, RS 822.115
OPtra	Ordonnance sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés du 11 juin 2021, RS 837.21
OR	Obligationenrecht, RS 220
PC	Prestation complémentaire
PJA /AJP	Pratique Juridique Actuelle/ Aktuelle Juristische Praxis
RAVS	Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947, RS 831.101

RLPCFam	Règlement d'application de la loi du 23 novembre 2010 sur les prestations complémentaires cantonales pour les familles et les prestations cantonales de la rente-pont du 17 août 2011, RSV 850.053.1
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique suisse
RSV	Recueil systématique vaudois
SECO	Secrétariat d'état à l'économie
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
TAF	Tribunal administratif fédéral
USS	Union syndicale suisse
VD	Vaud

Annexes

Annexe 1 : SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, p. 11.

Graphique 2 : Taux d'activité des personnes âgées de 50 à 64 ans (2020)



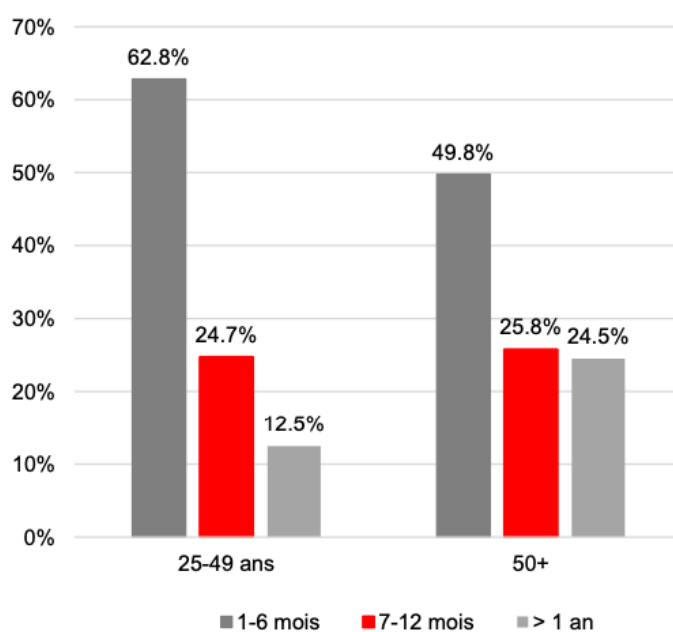
Source : Eurostat

Annexe 2 : HUMBERT G. Denis, *Die Alterskündigung*, AJP 2015, p. 883.

Lebensalter	Dienstalter	Erhöhte Fürsorgepflicht
64	>6	Ja
63	>7	Ja
62	>8	Ja
61	>9	Ja
60	>10	Ja
59	>10	Ja
58	>15	Ja
57	>15	Ja
56	>20	Ja
55	>20	Ja

Annexe 3 : SECO, *Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, graphique 10.

Graphique 10 : Taux de chômeurs selon la durée d'inscription, selon la classe d'âge (2020)



Source : SECO

Bibliographie

Ouvrages et articles doctrinaux

BERENSTEIN Alexandre, *L'assurance-vieillesse suisse, Son élaboration et son évolution*, in *Réalités sociales*, Lausanne, 1986 (cité : BERENSTEIN, p. X).

BLOCH Alexandre/BRON Roland, *Mode d'Emploi Retraite, Caisse de pension : rente ou capital ? Comment assurer mes revenus ? Puis-je prendre une retraite anticipée ?* 8^{ème} édition, Lausanne, 2021 (cité : BLOCH/BRON, p. X).

BRUN POGGI Stéphanie, *L'employeur privé doit-il entendre son employé avant de le licencier ?*, in Rémy Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, p. 443-462 (cité : BRUN POGGI, p. X).

CARRUZZO Philippe, *Indemnité à raison des longs rapports de travail (art. 339b à 339d CO)*, *Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Schulthess, Zürich 2009, p. 587-590 (cité : CARRUZZO, p. X).

CLASSEN Andrea, *Arbeitsvertrag*, Stampfli Handkommentar, Berne, 2021 (cité: CLASSEN, art. X N Y).

DUC Jean-Louis, *Statut du travailleur âgé au bénéfice d'un contrat de travail dans certaines de nos assurances sociales : questions choisies*, in Philippin Edgar/Gilliéron Philippe/Vuillemin Pierre-François/ Michel Jean-Tristan, *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Lausanne 2009, p. 141- 153 (cité : DUC, p. X).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL, *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 (cité : Commentaire Contrat de travail – AUTEUR-E, art. X N Y).

DUPONT Anne-Sylvie/MELI Marco, *La fin des rapports de travail, Fin des rapports de travail et assurances sociales : questions choisies*, in Centre d'étude des relations de travail Band/Nr. 16, Genève/Zurich, 2021 (cité : DUPONT/MELI, p. X).

FISCHER Willi/LUTERBACHER Thierry, *Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen haftpflichtbestimmungen*, 2016, in Dike (cité: Haftpflichtkommentar – AUTEUR-E, art. X N Y).

GLOOR Werner, *Commentaire du contrat de travail*, Commentaire Stämpfli, Berne, 2013 (cité : GLOOR, p. X).

HUGENTOBLER MARKUS, *Handbücher für die Anwaltspraxis Recht der sozialen Sicherheit*, Bâle 2014 (cité: HUGENTOBLER, *HAB Soziale Sicherheit*, § X).

HUMBERT G. Denis, *Die Alterskündigung*, AJP 2015, Zürich, p. 868-884 (cité: HUMBERT, p. X).

HÜRZELER Marc M./STAUFFER Hanz-Ulrich (édits.), *Berufliche Vorsorge*, Basler Kommentar, Bâle 2021, (cité: BSK Berufliche Vorsorge – AUTOR, art. 47a BVG N X).

KNUTTI Rudolf, *Conditions de travail favorisant la santé des travailleurs âgés*, Union Syndicale Suisse, 2008, Dossier N° 36 (cité : KNUTTI, p. X).

KONRAD Hanspeter /LAUENER Michael, *Einführung von art. 74a BVG aufgrund der Revision des Ergänzungsleistungsgesetzes*, in *Revue Suisse des assurances sociales et la de prévoyance professionnelle*, Berne, 2020, p. 229-239 (cité: KONRAD/LAUENER, p. X).

LANDRY ORSAT Violaine/ MERLE Fabrice, *Réforme structurelle – La participation des travailleurs âgés au marché de l’emploi – Enjeux et défis*, in *L’expert-comptable suisse*, Treuhand-Kammer, Zürich, 2011, p. 336-339 (cité : LANDRY ORSAT/ MERLE, p. X).

LEMPEN Karine, *L’évolution de la protection contre le licenciement abusif*, in *PJA* 2019, p. 78 – 89, disponible sous : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:113800> (consulté le 17 février 2022) (cité : LEMPEN, p. X).

MEIER Anne, *La retraite anticipée, la retraite différée et la retraite progressive en droit suisse des assurances sociales*, *SJ* 2016 II, p. 95-121 (cité : MEIER, p. X).

PÄRLI Kurt, *Altersdiskriminierung – Von die Anstellung bis zur Kündigung*, in *ARV*, *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung*, 2018, p. 1-12 (cité: PÄRLI, p. X).

PLÜSS Christoph/ WICKSTRÖM Anna-Laura A., *Flexible Pensionierung – arbeits – vorsorgerechtliche Aspekte*, *SJZ* 115/2019, p. 516-523 (cité: PLÜSS/ WICKSTRÖM, p. X).

PORTMANN Wolfgang, *Entlassung von älteren Arbeitnehmenden – Änderung der Richtung ?*, *Commentaire d’arrêt 4A_44/2021*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung*, *ARV* 2021, p. 248-251 (cité : PORTMANN, *Commentaire arrêt 4A_44/2021*, p. X).

RUBIN Boris, *Assurance-chômage et service public de l’emploi*, Zurich/Bâle/Genève 2019 (cité : RUBIN, *Assurance-chômage et service public de l’emploi*, p. X).

RUBIN Boris, *Assurance-chômage, Droit fédéral - Survol des mesures cantonales - Procédure*, Zurich/Bâle/Genève 2006 (cité : RUBIN, *Assurance-chômage*, p. X)

RUDOLPH ROGER, *Diskussion ausgewählter arbeitsrechtlicher Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts*, in *Rechtliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht*, 2021, p. 421-446 (cité: RUDOLPH, p. X).

SATTIVA SPRING Christine, *Le bouclier de l’âge sous les coups du TF ; commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 4A_44/2021*, *Newsletter DroitDuTravail.ch*, septembre 2021, disponible sous : <https://publications-droit.ch/files/arrets/droitdutravail/1-21-aou-4a-44-2021.pdf> (consulté le 25 mars 2022), (cité : SATTIVA, p. X).

SCHNEIDER Jacques-André, *Grenzfälle in der Sozialversicherung, L’âge est ses limites en matière d’assurance invalidité, de chômage et de prévoyance professionnelle étendue*, in *Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 94*, Luzern, 2015, p. 1-14 (cité : SCHNEIDER, p. X).

SCHNEIDER Jacques-André/GEISER Thomas/GÄCHTER Thomas (édits), *LPP et LFLP*, *Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht*, 2^{ème} édition, Zürich 2020 (cité : LPP –HUNZIKER GECKELER, art. X N Y).

SCHNEIDER Jacques-André/GEISER Thomas/GÄCHTER Thomas (édits), *LPP et LFLP*, Commentaire des assurances sociales suisses, 2^{ème} édition, Berne 2020 (cité : CASS – AUTEUR-E, art. X LPP N X).

SERVICE D'ASSISTANCE JURIDIQUE ET CONSEILS (SAJEC), *Le droit du travail au quotidien*, édition 2018 revue et augmentée, Genève, 2018 (cité : SAJEC, p. X).

STREIFF Ullin/VON KAENEL Adrian/RUDOLPH Roger, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu art. 319-362 OR*, 7^{ème} éd., Zürich 2012 (cité: Arbeitsvertrag – AUTEUR-E, art. X N Y).

THÉVENOZ Luc/ WERRO Franz (édits.), *Code des obligations I : art. 253- 529*, Commentaire romand, 3^{ème} éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR/E, art. X N Y).

WIDMER LÜCHINGER/ OSER (édits.), *Obligationrecht I : Art. 1-529*, Basler Kommentar, 7^{ème} éd. Bâle 2020 (cité : BSK OR-AUTEUR/E, art. X N Y).

WITZIG Aurélien, *Les personnes âgées au travail*, in Micaela Vaerini/Guy Longchamp, José-Miguel Rubido, *Le droit des personnes âgées – Aspects de droit civil suisse et international*, Berne 2019, p. 201-212 (cité : WITZIG, p. X).

WYLER Rémy, *Protection du travailleur âgé au bénéfice d'une grande ancienneté*, in Regards de marathoniens sur le droit suisse : mélanges publiés à l'occasion du 20^e « Marathon du droit », Genève, 2015, p. 187- 193 (cité : WYLER, *Regards de marathoniens sur le droit suisse*, p. X).

WYLER Rémy/BRIGUET Matthieu, *La fin des rapports de travail dans la fonction publique*, in Collection de l'Institut du droit des assurances et du travail, Berne 2017 (cité : WYLER/BRIGUET, p. X).

WYLER Rémy/HEINZER Boris, *Droit du travail*, 4^{ème} éd., Stämpfli Berne 2019 (cité : WYLER/HEINZER, p. X).

ZELTNER Hans, *Soziale Sicherheit in der Schweiz einst und heute*, Dornach, Dezember 2015 (cité: ZELTNER, p. X).

Travaux parlementaires et publications officielles

CAISSES CANTONALES DE COMPENSATION, *Prestations transitoires pour les chômeuses et chômeurs âgé-e-s ; rente-pont fédérale*, Guide social romand, état au 6 juillet 2021, Berne, disponible sous <https://www.guidesocial.ch/recherche/fiche/prestations-transitoires-pour-les-chmeuses-et-chmeurs-g-e-s-rente-pont-fdrale-926> (consulté le 6 avril 2022) (cité : Guide social romand, *Prestations transitoires*, p. X).

CENTRE D'INFORMATION AVS/AI / OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Memento 5.03 – Prestations transitoires pour chômeurs âgés*, Juin 2021, disponible sous <https://www.ahv-iv.ch/p/5.03.f> (consulté le 6 avril 2022) (cité : *Memento 5.03 – Prestations transitoires pour chômeurs âgés*, p. X).

COMMISSION DE L'ÉCONOMIE ET DES REDEVANCES DU CONSEIL NATIONAL (CER-N), *Initiative parlementaire. LACI. Délais-cadres et période de cotisation minimale pour personnes âgées de plus de 55 ans ou plus*, Rapport de la CER-N, 30 août 2011, FF 2011 6695.

CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la loi fédérale sur les prestations transitoires des chômeurs âgés*, 30 octobre 2019, FF 2019 7797.

CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la modification de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivant et invalidité (Réforme LPP 21)*, Berne, 25 novembre 2020, FF 2020 9501.

CORRADO Pardini, *Initiative parlementaire Nr. 16.489, Garantir l'emploi des salariés âgés*, 14 décembre 2016, disponible sous <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160489> (consulté le 27 avril 2022) (cité : CORRADO Pardini, *Initiative parlementaire Nr. 16.489*).

MEINRADO Robianni, Conseiller national, *Recherche d'emploi. Interpellation, Dispenser les chômeurs proches de l'âge de la retraite*, disponible sous <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20094262> (consulté le 30 mars 2022).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Bulletin de prévoyance professionnelle n° 153*, 16 septembre 2020 (cité : OFAS, *Bulletin de la prévoyance professionnelle n°153*, p. X).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Dispositions d'exécution de la loi fédérale sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés, Commentaire*, Berne, Juin 2021 (cité : OFAS, *Commentaire OPtra*, p. X).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Fiche d'information, AVS 21 : la réforme adoptée par le Parlement*, Berne, Janvier 2022, disponible sous <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/ahv/reformes-et-revisions/ahv-21.html> (consulté le 5 mai 2022) (cité : OFAS, *Fiche d'information, AVS 21*, p. X).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Message concernant la révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) (Réforme structurelle)*, 15 juin 2007, FF 2007 5381.

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Ordonnance sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés, Rapport sur les résultats de consultation*, Berne Juin 2021 (cité : OFAS, *Rapport sur les résultats de consultation OPtra*, p. X).

OFFICE FEDERALE DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Histoire de la sécurité sociale en suisse – Vieillesse*, mai 2020, disponible sous : <https://www.histoiredelasecuritesociale.ch/risques/vieillesse> (consulté le 22 mars 2022) (cité : OFAS, *Histoire de la sécurité sociale en Suisse*).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Étude économique de l'OCDE : Suisse*, Paris, Janvier 2022 (cité : OCDE, *Étude économique de l'OCDE : Suisse 2022*, p. X).

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES (OCDE), *Recommandation du Conseil sur le vieillissement et les politiques d'emploi*, Paris, décembre 2015 (cité : OCDE, *Recommandation de décembre 2015 du Conseil sur le vieillissement et les politiques d'emploi*, p. X).

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES (OCDE), *Mieux travailler avec l'âge – Suisse -, Évaluation et principales recommandations*, Direction de l'emploi, du travail et des affaires sociales, Octobre 2014 (cité : OCDE, *Mieux travailler avec l'âge*, p. X).

SECRETARIAT D'ÉTAT A L'ECONOMIE (SECO), *Bulletin LACI IC*, janvier 2022 (cité : SECO, *Bulletin LACI IC*, n° X).

SECRETARIAT D'ÉTAT A L'ECONOMIE (SECO), *Bulletin LACI MMT (Mesures du marché du travail)*, janvier 2022 (cité : SECO, *Bulletin LACI MMT*, n°).

SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), *Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail*, état au mars 2016, disponible sous : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/wegleitung-zur-argv-3.html> (consulté le 21 avril 2022) (cité : SECO, *Commentaire OLT 3*, art. X OLT 3, p. X).

SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), *Commentaire de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail*, état au février 2012, disponible sous <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-zur-ArGV-1.html> (consulté le 21 avril 2022) (cité : SECO, *Commentaire OLT 3*, art. X OLT 1).

SECRETARIAT D'ÉTAT A L'ECONOMIE (SECO), *Directive 2021/09 : Indemnités journalières transitoires pour les chômeurs âgés*, Berne, le 23 avril 2021 (cité : SECO, *Directive 2021/09 : Indemnité journalière transitoire pour les chômeurs âgés*, p. X).

SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), *Fiche d'information : mesure visant à encourager le potentiel de la main d'œuvre offerte vivant en Suisse*, état au 17 décembre 2021, disponible sous <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/sem/aktuell/inlaendische-arbeitskraefte.html> (consulté le 1^{er} mai 2022).

SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), GROUPE DIRECTEUR MIXTE DFE/DFI « PARTICIPATION DES TRAVAILLEURS ÂGÉS », *Participation des travailleuses et travailleurs âgés, Rapport de synthèse, Propositions de mesures : domaines des assurances sociales, de la santé au travail, des aptitudes sur le marché du travail*, novembre 2005 (cité : DFE/DFI, *Participation des travailleuses et travailleurs âgés*, p. X).

SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), *Indicateurs de la situation des travailleuses et travailleurs âgés sur le marché suisse du travail*, SECO, Berne 2019 (cité : SECO, *Indicateur de la situation des travailleurs âgés sur le marché suisse du travail*, p. X).

SECRETARIAT D'ÉTAT A L'ECONOMIE (SECO), *Programme d'impulsion 2020-2021 (Mesure 5), Aperçu Général des projets approuvés*, état au février 2022 (cité : SECO, *Programme d'impulsion 2020-2021 (Mesure 5)*, p. X).

SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), *Rapport final, Rétrospective des conférences nationales sur le thème des actifs seniors (2015-2021)*, Berne 2016 (cité : SECO, *Rétrospective des conférences nationales sur le thème des actifs seniors*, p. X).

SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), *Rapport, Chômage des personnes âgées de 50 ans et plus (50+)*, Berne 2022, (cité : SECO, *Rapport : Chômeurs âgés 2021*).

Sources informatiques

BAUMANN Isabel/ OESCH Daniel, Licenciements collectifs en Suisse : un problème surtout pour les travailleurs âgés, in *Revue de politique économique*, 2013, disponible sous : <https://dievolkswirtschaft.ch/fr/2013/10/baumann-2/> (consulté le 7 mars 2022) (cité : BAUMANN/OESCH, p. X).

CORRÉA Kabak O Jean-Pascal / KNÜSEL René / LE GOFF Jean-Marie, *La suisse en panne de politiques de fin de carrière en entreprise*, Cairn.info 2017/2 N 77, p. 17- 44, disponible sous : <https://www.cairn.info/revue-retraite-et-societe-2017-2-page-17.htm> (consulté le 15 février 2022), (cité : CORRÉA/ KNÜSEL/ LE GOFF, p. X).

LE TEMPS, *UBS détaille pour la première fois son plan social*, 14 mars 2014, disponible sous <https://www.letemps.ch/economie/ubs-detaille-premiere-plan-social> (consulté le 28 avril 2022).

LIESCH Roman/RUDIN Melania/STUTZ Heidi/GUGGISBERG Jürg, *Connaissances empiriques sur les effets des prestations transitoires pour les chômeurs âgés*, état au 11 mars 2020, disponible sous <https://soziale-sicherheit-chss.ch/fr/connaissances-empiriques-sur-les-effets-des-prestations-transitoires-pour-chomeurs-ages/> (consulté le 3 mai 2022) (cité : LIESCH et al., *Connaissances empiriques sur les effets des prestations transitoires pour les chômeurs âgés*).

REPETTI Marion/PHILLIPSON Christopher, *Fin de carrière et vieillesse : deux facettes d'un même risque ? une analyse du cas suisse*, *Retraite et sociétés*, Cairn.info 2010/2 N 84, p. 41-68, disponible sous : <https://www.cairn.info/revue-retraite-et-societe-2020-2-page-41.htm> , (consulté le 14 mars 2022) (cité : REPETTI/PHILLIPSON, p. X).