

Les Obligations Légales et les Mesures applicables dans les Entreprises pour l'Emploi des Seniors

Nathalie LOUIT-MARTINOD*

En 2000, le Conseil européen s'est fixé pour objectif de porter à 50% le taux d'emploi moyen des 55-64 ans à l'horizon 2010. Aujourd'hui, quatre ou cinq Etats membres ne remplissent pas cet objectif. Parmi eux, la France.

En France, le taux d'emploi des 55-64 ans se situe aux alentours de 38% et l'âge moyen de retrait effectif du marché du travail autour des 58 ans.

D'où plusieurs textes destinés à inciter à la négociation [loi du 21 août 2003, loi du 18 janvier 2005 qui fait entrer la négociation sur l'emploi des seniors dans le cadre de la GPEC (pour les entreprises et groupes d'au moins 300 salariés), ANI étendu 13 octobre 2005].

+ Interdiction des discriminations liées à l'âge.

Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009 et décrets du 20 mai 2009 (2009-560 et 2009-564)

Deux objectifs principaux :

- maintien dans l'emploi des plus de 55 ans ;
- retour à l'emploi des plus de 50 ans.

Cette loi marque la volonté du législateur de contraindre les entreprises à fixer des objectifs précis et donc ne pas se contenter de déclarations d'intentions. Parmi les différentes contraintes imposées par la loi, nous citerons dans cette introduction l'obligation pour les employeurs d'adresser chaque année (au plus tard le 31 janvier) à l'URSSAF une **déclaration** indiquant le nombre de salariés partis en préretraite ou placés en cessation anticipée d'activité, mis à la retraite d'office, et les salariés âgés d'au moins 55 ans licenciés ou dont le contrat de travail a fait l'objet d'une rupture conventionnelle (défaut ou retard, pénalité = 600 fois le taux horaire du SMIC).

I. LES INCITATIONS AU MAINTIEN ET AU RETOUR À L'EMPLOI DES SENIORS

Nous allons donc dans un premier temps nous intéresser aux dispositions légales qui ne créent pas de réelles obligations pour les employeurs. Il s'agit en effet ici principalement soit de mesures qui reposent sur le volontariat, de l'employeur ou du salarié, soit de mesures obligatoires mais peu contraignantes.

Il y a donc deux types de mesures : celles destinées à maintenir les salariés âgés dans leur emploi et celles qui tentent de favoriser le retour à l'emploi des salariés qui en sont privés.

A. Le maintien dans l'emploi des seniors

Le législateur a offert aux salariés qui le souhaitent de prolonger leur activité professionnelle jusqu'à 70 ans. L'employeur ne peut donc plus mettre un salarié à la retraite sans son accord avant ses 70 ans.

■ La formation professionnelle

L'ANI relatif à l'emploi des seniors du 13 octobre 2005, étendu par arrêté du 12 juillet 2006, comporte des dispositions visant à faciliter l'accès à la formation des salariés en deuxième partie de carrière.

Article 7 : Modalités d'application du DIF aux salariés de 50 ans et plus

Par dérogation aux dispositions du dernier alinéa de l'article 2-13 de l'accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003, le salarié de 50 ans et plus peut abonder de plein droit, au moyen de ses droits au DIF, une action de formation professionnelle déterminée en accord avec son employeur lors de l'entretien de 2^{ème} partie de carrière, afin de lui permettre d'être pleinement acteur de son parcours professionnel.

Article 8 : Le bilan de compétences

Afin d'encourager la définition d'un projet professionnel pour la seconde partie de sa carrière, après vingt ans d'activité professionnelle et, en tout état de cause, à compter de son 45^{ème} anniversaire, tout salarié bénéficie, à son initiative et sous réserve d'une ancienneté minimum d'un an dans l'entreprise qui l'emploie, d'un bilan de compétences.

Les financements liés à ces bilans de compétences peuvent être assurés soit par l'entreprise elle-même, dans le cadre de sa contribution au développement de la formation professionnelle continue, soit par l'OPCA ou l'OPACIF concerné.

Dans ce cadre, il appartient au Conseil d'administration des OPACIF de déterminer une enveloppe budgétaire annuelle affectée à la prise en charge de ces bilans de compétence et d'organiser une prise en charge accélérée des dossiers des salariés de plus de 45 ans.

Article 9 : La validation des acquis de l'expérience

Afin d'étayer la seconde partie de carrière de ces salariés, les branches professionnelles définiront les modalités d'information sur l'accès à la VAE dans les entreprises.

Les financements liés à la validation des acquis de l'expérience peuvent être assurés soit par l'entreprise elle-même, dans le cadre de sa contribution au développement de la formation professionnelle continue, soit par l'OPCA ou l'OPACIF concerné.

Dans ce cadre, il appartient au Conseil d'administration des OPACIF de déterminer une enveloppe budgétaire annuelle affectée à la prise en charge de ces actions et d'organiser une prise en charge accélérée des dossiers de VAE des salariés de plus de 45 ans.

Article 11 : La période de professionnalisation

La période de professionnalisation contribue au maintien dans l'emploi des salariés de plus de 45 ans et les motive dans la définition de leur seconde partie de carrière.

Pour répondre à leurs besoins de formation, les salariés de plus de 45 ans accèdent en priorité au dispositif de la période de professionnalisation.

Les accords de branche et d'entreprise se fixent, en fonction des besoins des entreprises et des personnes concernées, les objectifs à atteindre.

■ L'entretien professionnel

ANI étendu seniors du 13 octobre 2005.

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, l'employeur doit organiser dans l'année suivant le 45^{ème} anniversaire d'un salarié et ensuite tous les 5 ans, un entretien professionnel (= entretien de 2^{ème} partie de carrière) pour :

- l'informer notamment sur ses droits en matière d'accès au bilan d'étape professionnel, au bilan de compétences ou à une action de professionnalisation ;
- faire le point avec son responsable hiérarchique, au regard de l'évolution des métiers et des perspectives d'emplois dans l'entreprise, sur ses compétences, ses besoins de formation, sa situation et son évolution professionnelle ;

- éviter toute pratique discriminatoire liée à l'âge dans les évolutions de carrière ainsi qu'à permettre au salarié d'anticiper la seconde partie de sa vie professionnelle, et a notamment pour objet d'examiner les perspectives de déroulement de carrière du salarié en fonction de ses souhaits et au regard des possibilités de l'entreprise.

Cet entretien, distinct des entretiens d'évaluation éventuellement mis en place par l'entreprise, a lieu à l'initiative du salarié, de l'employeur ou de son représentant.

B. Le retour à l'emploi des seniors

■ Le CDD seniors

Tout employeur, à l'exception des professions agricoles, peut conclure un CDD senior avec une personne âgée de plus de 57 ans en recherche d'emploi depuis plus de 3 mois, ou bénéficiant d'une convention de reclassement personnalisé.

Ce contrat est d'une durée initiale maximum de 18 mois et peut être renouvelé une fois pour une durée déterminée qui, ajoutée à la durée initiale, ne peut excéder 36 mois.

CDD conclu au titre des dispositifs de la politique de l'emploi.

■ Le cumul emploi-retraite

- Le tutorat en entreprise (L. 161-22 css)

Il s'agit d'un CDD ayant pour objet l'exercice de l'activité de tutorat d'un ou plusieurs salariés par un ancien salarié de l'entreprise, après la liquidation de sa pension de retraite. Cette activité doit être exercée à titre exclusif auprès du même employeur.

- Le cumul d'un emploi privé et d'une pension de retraite

La loi du 17 décembre 2008 facilite l'exercice d'une activité professionnelle rémunérée pour les personnes ayant liquidé leur retraite au plus tôt à 65 ans (ou 60 ans si taux plein).

Les assurés peuvent désormais cumuler un revenu d'activité et leur pension, sans restriction, à condition qu'ils aient liquidé leur retraite auprès de la totalité des régimes (base et complémentaires obligatoires).

Il n'y a plus de plafond de ressources (donc cumul total de la pension de retraite et du salaire) et le retraité peut retourner immédiatement chez son ancien employeur, le délai de carence de 6 mois ayant été supprimé.

Les mêmes règles s'appliquent pour les régimes de retraite complémentaires obligatoires (AGIRC et ARRCO).

II. LES OBLIGATIONS DE MAINTIEN ET DE RETOUR À L'EMPLOI DES SENIORS

La négociation sur l'emploi des seniors date de la **loi** n° 2003-775 du 21 août **2003** portant réforme des retraites.

Elle a institué un triple niveau de négociation :

- une **négociation nationale interprofessionnelle** portant sur la définition et la prise en compte de la pénibilité du travail ;
- une **négociation de branche** sur les conditions de travail, la GPEC et l'emploi des salariés âgés, tous les 3 ans ;
- une **négociation dans les entreprises ou groupes occupant au moins 300 salariés**, portant notamment sur les conditions d'accès et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et leur accès à la formation professionnelle, tous les 3 ans.

A ces trois négociations est venu s'ajouter **l'ANI du 13 octobre 2005**, étendu par arrêté du 12 juillet 2006, relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi.

La **loi** de financement de la sécurité sociale pour 2009, en date du 17 décembre **2008** (n° 2008-1330) a créé une **nouvelle obligation** pour les employeurs.(L. 138-24 à L. 138-28 css).

A. L'obligation de mettre en place des mesures en faveur de l'emploi des seniors : accords et plans d'action

Les entreprises ou groupes d'entreprises d'au moins 50 salariés doivent négocier sur le thème de l'emploi des salariés âgés en s'engageant sur des objectifs précis et chiffrés. A défaut d'accord, elles doivent établir un plan d'action, après avis du comité d'entreprise, ou, à défaut, des délégués du personnel.

A défaut, pénalité.

Ce dispositif vise à inciter les entreprises à recruter et à maintenir dans l'emploi des salariés âgés. Il repose sur la mobilisation des partenaires sociaux au niveau des entreprises et des branches en vue de définir, localement ou selon l'activité, les outils les mieux adaptés.

Cette obligation concerne les entreprises de droit privé et les établissements publics à caractère industriel et commercial et établissements publics à caractère administratif qui emploient du personnel dans les conditions du droit privé (L. 2211-1 c. trav. sur la négociation collective et les conventions collectives).

■ La mise en œuvre des accords et plans d'action

La loi donne la priorité à la négociation d'un accord sur le plan d'action. Dès lors, le plan d'action ne doit être établi que si l'entreprise est dans l'impossibilité de négocier ou si la négociation n'aboutit pas.

Les entreprises de moins de 300 salariés peuvent échapper à la pénalité si elles relèvent d'un **accord de branche étendu** relatif à l'emploi des salariés âgés et ayant fait l'objet d'une décision de validation : voir liste des accords disponible sur le site du Ministère du travail ou www.emploiesseniors.gouv.fr (accord issu de la négociation triennale obligatoire sur les conditions de travail et la GPEC, L. 2241-4 c. trav.).

Les effectifs sont appréciés au 31 décembre, en fonction de la moyenne, au cours de l'année civile, des effectifs déterminée chaque mois (D. 138-25 css). Pour les effectifs du mois, il est tenu compte des salariés titulaires d'un contrat de travail le dernier jour de chaque mois, y compris les salariés absents. Lorsque l'entreprise comporte plusieurs établissements, il est possible de conclure un accord ou d'établir un plan d'action au niveau de chaque établissement.

Le plan d'action doit être déposé auprès de l'administration (DIRECCTE) selon les mêmes modalités que les accords collectifs (donc idem accord et plan, D. 2231-4 c. trav).

L'accord d'entreprise (ou de groupe) ou le plan d'action est d'une durée maximale de 3 ans. A l'échéance, l'entreprise dispose d'un délai de 3 mois pour conclure et déposer un accord ou établir un plan d'action.

■ Le contenu des accords et plans d'action

Ils doivent comporter (L. 138-25 css) :

- un objectif chiffré de maintien dans l'emploi des salariés d'au moins 55 ans ou de recrutement de salariés d'au moins 50 ans ;
- des dispositions favorables au maintien dans l'emploi et au recrutement des salariés âgés portant sur au moins 3 des 6 domaines d'action fixés par décret (R. 138-26 css) : l'accord ou le plan d'action doit reprendre les mêmes intitulés :
 1. Recrutement des seniors,
 2. Anticipation de l'évolution des carrières professionnelles,
 3. Amélioration des conditions de travail et prévention des situations de pénibilité,
 4. Développement des compétences et des qualifications, accès à la formation,
 5. Aménagement des fins de carrière et de la transition entre périodes d'activité et de retraite,
 6. Transmission des savoirs et des compétences et développement du tutorat.

L'accord ou le plan doit comporter, pour chaque domaine retenu, des objectifs chiffrés et des indicateurs permettant de mesurer leur degré de réalisation (combien de salariés concernés par telle ou telle action, quel budget pour telle action, ...). Ces indicateurs et leur évolution doivent être communiqués chaque année au CE ou, à défaut, aux DP.

- des modalités de suivi de sa mise en œuvre (par exemple par la mise en place d'une commission de suivi).

La loi ne prévoit pas de sanction en cas d'inexécution des objectifs fixés dans l'accord collectif ou le plan d'action (un amendement en ce sens a été rejeté). Seul le droit commun de l'inexécution des accords collectifs ou des décisions unilatérales devrait donc s'appliquer :

- Obligation d'exécution des accords collectifs de manière loyale (L. 2262-4) ;
- Possibilité pour les syndicats signataires de l'accord d'agir en justice (TGI) pour obtenir l'exécution des engagements contractés (L. 2262-11) ;
- Possibilité pour les syndicats non signataires de saisir le TGI, l'inapplication de l'accord « causant nécessairement un préjudice à la profession » (Cass. Soc. 3 mai 2007) (L. 2132-3) ;
- Tous les syndicats peuvent intenter une action devant le CPH pour demander l'exécution de l'accord au nom de leurs adhérents (L. 2262-9 c. trav.) ;
- Un salarié peut saisir le CPH dans les mêmes conditions et réclamer l'exécution de l'accord et le cas échéant des dommages et intérêts pour le préjudice subi ;
- Contrôle des inspecteurs du travail sur le respect des accords collectifs (L. 8112-1).

B. La sanction de l'obligation de mettre en place des mesures en faveur de l'emploi des seniors : la pénalité

■ Les entreprises redevables de la pénalité

Depuis le 1^{er} janvier 2010, les entreprises de plus de 50 salariés qui ne sont pas couvertes par un accord ou un plan d'action sont redevables d'une pénalité égale à 1% de la masse salariale (les entreprises de moins de 300 salariés non couvertes par un accord de branche avaient jusqu'au 30 avril 2010 pour déposer leur accord ou plan d'action).

Cette pénalité est due pour chaque mois entier non couvert par un accord ou un plan d'action. Le produit de cette pénalité sera affecté à la CNAVTS (caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés).

Lorsque le seuil de 50 salariés est franchi au cours d'une année, l'entreprise n'est pas assujettie à la pénalité au titre de cette année, mais pour chaque mois entier de l'année N+1 pour lequel elle n'est pas couverte par un accord. Idem pour l'entreprise qui franchit le seuil de 300 salariés et qui n'est couverte que par un accord de branche.

Toutefois, la pénalité n'est pas immédiatement applicable, afin de laisser le temps nécessaire à la négociation d'un accord ou à la mise en place d'un plan d'action. Il est donc prévu que la pénalité n'est applicable qu'à l'issue d'un délai de 3 mois suivant le 1^{er} janvier à compter duquel l'entreprise en est devenue redevable.

Donc, seuil franchi l'année N, entreprise redevable de la pénalité à compter du mois d'avril de l'année N+1.

En bref, ne payent pas la pénalité :

- les entreprises de 50 à 299 salariés qui sont soumises à un accord de branche validé et étendu relatif à l'emploi de seniors OU sont couvertes par un accord d'entreprise ou de groupe relatif à l'emploi des seniors OU sont couvertes par un plan d'action ;
- les entreprises de 300 salariés et plus couvertes par un accord d'entreprise ou de groupe OU couvertes par un plan d'action. DONC pour elles, l'accord de branche ne suffit pas.

■ La mise en œuvre de la pénalité

Circulaire du 14 décembre 2009

L'entreprise peut demander à l'administration (Préfecture de région) d'apprécier l'application à sa situation des dispositions relatives aux accords et plans d'action sur l'emploi des seniors (procédure du rescrit).

La réponse, y compris implicite (silence pendant 3 mois), est opposable aux organismes de recouvrement (URSSAF) [le préfet leur adresse d'ailleurs un exemplaire de sa réponse] pour la durée de l'accord ou du plan d'action.

Si la réponse est défavorable, l'entreprise est redevable de la pénalité à compter de la réponse de l'administration ainsi que, le cas échéant, sur la période précédant le dépôt de l'accord.

La pénalité est recouvrée et contrôlée selon les règles applicables au recouvrement des cotisations sociales à la charge des employeurs. La pénalité est déclarée par les entreprises, au moment de la déclaration des cotisations habituelles. Et payée en même temps. Si l'entreprise ne respecte pas ces règles de déclaration et paiement, elle encourt des majorations de retard dans les mêmes conditions que pour le paiement des cotisations de sécurité sociale.

***Nathalie Louit-Martinod** est maître de Conférences en Droit Privé, LEST, Université de la Méditerranée - domaine de recherche "droit des relations individuelles au travail"