

1012 Retraite et entreprise



Philippe LANGLOIS,

agrégé des facultés de droit, avocat au barreau de Paris

Gilles JOLIVET,

avocat honoraire, Partner, Baker McKenzie

Philippe COURSIER,

maître de conférences à l'université Paris Cité

Erwan GUILLON,

DRH, Legris Industries

Alexandre D'HAUTEVILLE,

directeur des relations sociales, Novartis Pharma

Philippe MAUDUIT,

président de Centre de perfectionnement des entreprises

Stéphane MAGNAN,

président du conseil d'administration de Planète Social

La retraite ne perturbe pas seulement les politiques, mais aussi les entreprises. Celles-ci ont dû faire preuve d'imagination pour aménager les fins de carrière et le maintien dans l'emploi des seniors. Ces efforts devraient faire l'objet d'une réglementation sécurisant les initiatives prises par les entreprises. Les modalités de cette sécurisation sont précisées. Plus largement, une modernisation de la législation relative à la retraite est nécessaire pour les entreprises. Elle devrait porter sur la retraite progressive, le cumul emploi retraite qu'il faut libérer et les conditions de mise à la retraite qu'il faut sérieusement revoir.

La réglementation en vigueur ne facilite pas la gestion des départs à la retraite des salariés par les entreprises. Elles doivent appliquer des textes d'une rare complexité et d'une rationalité très relative. Les enjeux sont cependant très forts. Pour les salariés, tout d'abord, qui doivent être accompagnés pendant cette période délicate. Pour les entreprises, également, qui peuvent beaucoup attendre de la compétence de leurs seniors. Pour les régimes de retraite, enfin, qui ne peuvent qu'être satisfaits de départs à la retraite apaisés.

Les entreprises font preuve d'une grande créativité malgré les risques résultant de la réglementation, si bien que leurs initiatives doivent être sécurisées (1). À une gestion aléatoire s'ajoutent les incertitudes résultant d'une réglementation complexe née, comme souvent, d'une sédimentation de textes poursuivant des buts qui ont évolué dans le temps. La législation applicable exige donc d'être fortement modernisée (2).

Ndlr : Cet article est issu des travaux de Planète Social. Planète Social est un groupe de réflexion indépendant. Son ambition est de promouvoir les bonnes pratiques sociales pour accompagner le développement économique et de l'emploi des entreprises et de favoriser, en partenariat avec l'Université

et la Recherche, le développement d'une culture managériale qui intègre la dimension humaine et sociale au cœur de la stratégie économique. Véritable cercle de réflexion et d'analyse prospective, Planète Social entend contribuer au débat public par ses publications, événements et prix.

1. Des initiatives d'entreprise à sécuriser

A. - Sécurisation juridique

1° Sécurisation de modalités particulières de fin de carrière

Les entreprises sont dans le flou sur le départ à la retraite de leurs salariés dans la mesure où elles ne disposent pas d'éléments précis sur la totalité de leur carrière professionnelle. En revanche, elles connaissent parfaitement leur âge qui figure dans leur numéro d'inscription au répertoire (NIR) délivré par l'INSEE, communément appelé « *numéro de sécurité sociale* ». Elles devraient donc pouvoir adresser à leurs salariés âgés de 60 ans un document les informant des dispositifs liés à la fin de carrière tels que prévus dans l'entreprise, en leur précisant qu'elles se tiennent à leur disposition pour en discuter avec eux.

a) Des modalités couramment prévues par accord collectif

Les accords collectifs relatifs à la valorisation de l'expérience, à l'emploi des seniors, au « *contrat de génération* » ainsi que les volets « *Accompagnement des fins de carrière* » des accords de GEPP prévoient des dispositifs pour maintenir en situation d'emploi les salariés expérimentés et anticiper un transfert de compétences vers les salariés plus jeunes. Ils permettent notamment :

- d'aménager le temps de travail de salariés : aménagement d'horaires, passage d'un horaire collectif à un horaire variable, télétravail aménagé, temps partiel (compensé ou non) ;
- d'adapter le poste de travail et d'améliorer les conditions de travail : passage d'un travail de nuit à un travail en journée ou d'horaires décalés à des horaires normaux ; concernant la santé au travail, les accords prévoient la mise en place de bilans médicaux particuliers, de visites médicales rapprochées, des actions de prévention particulières (ergonomie...) ;
- de poursuivre l'évolution de carrière en prévoyant un accompagnement professionnel vers des métiers en évolution dans l'entreprise : formations, conseils internes ou externes, bilans de compétences, entretiens professionnels, reconversions professionnelles accompagnées, « *reverse mentoring* » ;
- d'accéder à du temps hors de l'entreprise : tutorat, mentoring, congé solidarité (actions auprès d'associations nationales) ou congé solidaire (souvent à l'international), mécénat de compétences (écoles, universités ou autres entreprises), permettant au salarié de « *sortir* » de l'entreprise pour une durée plus ou moins longue en percevant totalement ou partiellement son salaire et à l'entreprise de refacturer tout ou partie de celui-ci en fonction de l'entité d'accueil ;
- d'anticiper le départ de l'entreprise : rachat de trimestres, conversion d'une partie de l'indemnité de départ à la retraite en temps, abondement CET ;
- de préparer de manière concrète la retraite : informations, formations, rendez-vous accompagnés avec les caisses compétentes.

Malgré la diversité de ces dispositifs conventionnels, peu d'entre eux permettent une véritable expérience durable et sécurisée à l'extérieur de l'entreprise. Non seulement les salariés sont peu enclins à accepter une expérience dans une autre entreprise (qui en aurait pourtant besoin), notamment par crainte de ne pas retrouver leur poste de travail à leur retour, mais les entreprises hésitent à prévoir ce type de dispositif qui est souvent perçu à tort comme un plan de sauvegarde de l'emploi déguisé ou une externalisation masquée. Au regard de certaines expériences passées, il apparaît que parler ouvertement de solutions à l'extérieur de l'entreprise, même temporaires, fait souvent peur. Le rapport Rouilleault (2007) « *Anticiper et concerter les mutations* » faisait déjà état de plusieurs expériences de mutualisation de compétences et de moyens entre entreprises d'un même bassin d'emploi (Bressuire, Saint Nazaire, Isère). Mais ces expérimentations (groupement d'employeurs, déta-

chements, bourses d'emplois...), souvent liées à un contexte de difficultés économiques et de problèmes d'emplois, ont été trop peu nombreuses et parfois abandonnées avant même leur déploiement (Trans'compétences sur le bassin de Rennes).

Pourtant, sur un même bassin d'emploi, avec l'aide des acteurs locaux, il serait pertinent d'organiser des dispositifs permettant aux salariés expérimentés d'une entreprise volontaire d'apporter leur expérience et leurs connaissances à d'autres entreprises qui en auraient besoin.

Le congé de transition professionnelle senior pourrait combler une part de ce vide, possiblement complété par des dispositifs de sécurisation de l'emploi des seniors.

b) Proposition d'un congé mobilité seniors ou d'un de congé transition professionnelle senior

Ce type de congé (1 an éventuellement renouvelable) permettrait aux salariés volontaires (âgés de plus de 55 ans) et aux entreprises (indépendamment de leur taille), couvertes par un accord de branche, de groupe ou d'entreprise, de proposer aux salariés volontaires une expérience sécurisée au sein de l'entreprise (mobilité professionnelle, mobilité géographique, mentorat, tutorat...) ou à l'extérieur de celle-ci et ce, sans rupture du contrat de travail à l'occasion de la signature de l'accord (à la différence du congé de mobilité actuel). Pendant les mois de la transition, le salarié pourrait ainsi « *mettre en pause* » son emploi précédent pour une autre expérience professionnelle afin d'acquérir des compétences dans un autre métier, un autre pays, une autre entreprise avant de revenir ou non dans son entreprise d'origine.

Synthèse du congé de mobilité (accord GEPP ou de rupture conventionnelle collective), du congé conventionnel de « *respiration* » et du congé de transition professionnelle dans la fonction publique d'État, le congé de transition professionnelle seniors, associé au dispositif mis en place par les partenaires sociaux et l'État en 2021 « *Transco* », offrirait un ensemble de solutions adaptées sur un même territoire.

Un fonctionnement intelligent avec les branches professionnelles, l'Union des Entreprises, les organismes d'emploi locaux (Dreets, maisons de l'emploi, etc.) et les associations concernées (Transition Pro notamment) renforcerait le dispositif.

Le salarié pourrait ainsi :

- être mis à disposition d'une autre entreprise, d'une association, d'une fondation, d'une école ou d'une université pour transmettre ses connaissances (convention tripartite avec maintien du salaire et coût à répartir éventuellement entre les parties à la convention) ;
- bénéficier d'une formation qualifiante, participer à des actions de bénévolat ou de mécénat (éventuellement avec une allocation de conversion fixée par l'accord).

La prise en charge du dispositif pourrait varier en fonction du projet. « *Trois payeurs* » sont d'ores et déjà identifiables : l'employeur d'origine, la société ou l'organisme d'accueil et l'État pour combler un éventuel différentiel avec la dernière rémunération du salarié.

À l'arrivée du terme du congé, soit le salarié reprendrait un poste correspondant à ses aspirations et aux besoins de l'entreprise, soit il souhaiterait demeurer à l'extérieur de l'entreprise ; dans ce cas, il est possible d'imaginer une mise à disposition jusqu'au départ à la retraite ou un transfert conventionnel du contrat de travail (reprise d'ancienneté, transfert des provisions entre les parties à la convention de mise à disposition). Dans tous les cas, aucune rupture ne serait envisagée au moment de l'entrée dans le dispositif. Celui-ci permettrait de maintenir en situation d'emploi des salariés expérimentés désirant, à l'abord d'une dernière partie de carrière, suivre une formation ou initier une nouvelle expérience en bénéficiant du soutien de l'entreprise et des acteurs locaux de l'emploi.

c) Proposition d'un double dispositif de sécurisation de l'emploi des séniors

Dans un contexte où le taux d'emploi des séniors en France est l'un des plus faibles d'Europe, et à l'heure où de récents changements législatifs sont intervenus pour retarder le départ à la retraite des salariés, se pose la question cruciale du maintien dans l'emploi et du retour à l'emploi de cette catégorie de salariés et du dispositif juridique le plus apte à répondre à ce double objectif de sécurisation de l'emploi des séniors. S'il n'existe pas de recette miracle, le Code du travail et le Code de la sécurité sociale contenant à ce sujet divers mécanismes supposément incitatifs ou répressifs, deux approches, complémentaires et « gagnant-gagnant » pour l'entreprise, le salarié, mais aussi les autres parties prenantes, mériteraient d'être analysées et expérimentées.

1) Premier dispositif

Le premier dispositif consisterait à mieux sécuriser *via* un aménagement du contrat de travail la fin de carrière des salariés séniors. Il consisterait en un mécanisme à double volet :

- d'une part, la faculté donnée à l'employeur et au salarié sénior de modifier, d'un commun accord, par voie d'avenant, le contrat de travail afin d'assurer une meilleure adéquation entre la prestation du salarié concerné et les besoins de l'entreprise. À cet égard, le constat peut être fait que, dans un certain nombre de situations, un déséquilibre se crée avec le temps : perte d'intérêt ou usure du salarié dans l'emploi, difficulté d'adaptation aux évolutions du poste, voire plus simplement détérioration du ratio économique « *valeur ajoutée par les fonctions occupées/coût réel supporté par l'entreprise* », lequel peut se détériorer par suite de l'augmentation mécanique de la rémunération du salarié en raison de son ancienneté dans l'entreprise combinée à une absence de valeur ajoutée proportionnelle à cette augmentation. Cette modification du contrat de travail pourrait s'effectuer de diverses façons : maintien du salarié dans les mêmes fonctions avec un temps de travail réduit, affectation à des fonctions différentes, avec ou sans réduction de rémunération, etc. L'originalité de cette mécanique résiderait dans sa combinaison avec le volet qui suit ;

- d'autre part, l'organisation dans le même avenant de la rupture du contrat de travail à la date à laquelle le salarié sénior sera en mesure de pouvoir faire liquider sa pension de retraite au taux plein. En d'autres termes, serait donnée la possibilité aux parties au contrat, dans ce cadre précis, de prédéterminer la date de fin de leurs relations d'un commun accord ainsi que les conditions financières afférentes ; le recours à ce dispositif serait toutefois subordonné à la conclusion d'un accord d'entreprise (éventuellement de branche) qui en fixerait le cadre général et déterminerait ses modalités pratiques ainsi que les garanties minimales données au salarié. Afin de minimiser le risque d'abus dans l'utilisation de ce dispositif, les garanties minimales données au salarié pourraient aller, par exemple, jusqu'à garantir l'emploi de ce dernier jusqu'à la date du bénéfice du taux plein, sauf faute grave ou lourde.

Le dispositif pourrait ainsi être « gagnant-gagnant », tant pour les parties au contrat de travail que pour l'assurance chômage et les organismes sociaux. Seraient assurées :

- au salarié sénior, une sortie en douceur de l'emploi avec une sécurisation de ce dernier et des conditions de sortie, avec la garantie de pouvoir immédiatement après bénéficier de sa pension de retraite ;

- à l'employeur, une meilleure adéquation entre l'emploi du sénior et les besoins de l'entreprise ainsi que la capacité de programmer les besoins de recrutement à venir grâce à la date prédéterminée de départ du salarié sénior ;

- à l'assurance chômage, une réduction des coûts supportés par celle-ci ;

- aux organismes de sécurité sociale, de retraite et de prévoyance, une garantie de ressources par le jeu de cotisations assurées pour les années à venir.

2) Second dispositif

Le second dispositif consisterait à réformer les dispositifs de CDD sénior et, dans une certaine mesure, de CDI inclusion déjà existants (plutôt que de recourir à un CDI sénior qui ne résout pas tout et encourt aujourd'hui la critique des syndicats d'être un CDI au rabais), pour en faire un dispositif unique plus large, avec des conditions d'accès et de durée assouplies. Au terme certain de l'actuel CDD sénior, fixé à 18 mois maximum (avec un renouvellement possible dans la limite de 36 mois), serait substitué un terme incertain, qui serait la date à laquelle le salarié serait en droit de bénéficier de sa pension de vieillesse au taux plein. Aucune durée minimale d'inscription comme demandeur d'emploi, inutilement restrictive, ne serait exigée ; seul un âge minimum (les 57 ans actuels par exemple) serait requis pour la conclusion du contrat. Avantage pour le salarié sénior en recherche d'emploi : un dispositif unique et spécifique, très souple d'accès, destiné à faciliter son retour à l'emploi (une faculté qui pourrait être accrue par des allègements de charges sociales consentis à l'entreprise pour le recours à ce type de CDD) et un emploi fortement sécurisé jusqu'à son départ à la retraite (l'on oublie en effet trop souvent que le CDD est, à certains égards, plus protecteur qu'un CDI dans la mesure où il ne peut être rompu unilatéralement par l'employeur avant terme, sauf faute grave ou lourde). Si l'avantage pour l'entreprise peut, de prime abord, sembler moins évident en raison du coût susceptible de résulter d'une rupture unilatérale anticipée plusieurs années avant terme, le dispositif a le mérite de la prévisibilité des coûts (voire de réduction des coûts salariaux si des allègements de charges sociales sont consentis). Pour l'assurance chômage, là encore une réduction sensible des coûts pourrait être mise en perspective, particulièrement pour cette catégorie de salariés. Les organismes de sécurité sociale, de retraite et de prévoyance bénéficieraient de garanties de recettes qui contrebalanceraient vraisemblablement les éventuels allègements de charges sociales destinés à inciter les entreprises à procéder à des embauches de séniors au moyen de ce CDD sénior revisité.

Il faut enfin réduire l'âge (61 voire 62 ans) à partir duquel le salarié peut prendre une retraite progressive.

2° Sécurisation de l'accord conclu entre le salarié et l'employeur sur la fin de carrière

Comment s'assurer qu'après avoir passé le temps convenu à travailler pour une entreprise, un salarié, dont on aura de façon incitative amélioré les conditions de travail (temps, salaire, poste, etc.), respectera bien ses engagements, c'est-à-dire partira au moment prévu ? Il faut que l'entreprise puisse se séparer du salarié lorsque celui-ci est en mesure de faire liquider ses droits à la retraite au taux plein.

Si les modalités actuelles de départ à la retraite ne sont pas revues conformément aux propositions que nous formulons, il serait pertinent d'ajouter un dernier alinéa à l'article L. 1237-5 du Code du travail : « *Lorsque, en application d'un accord collectif de branche ou d'entreprise, sont mises en place des modifications de l'organisation du travail destinées à aménager le travail des salariés expérimentés, l'employeur peut mettre à la retraite les salariés ayant adhéré à ces modalités conformément à l'alinéa 1 de ce texte, sans que les alinéas 7 à 9 soient applicables* ». Dans ce cas, seul le versement d'une indemnité de départ à la retraite serait dû.

B. - Sécurisation économique

Quelle que soit la formule juridique retenue pour le maintien dans l'emploi des séniors, il convient de toujours l'accompagner

d'une exigence de sécurisation économique. C'est une condition du succès de la mesure proposée, tant pour l'entreprise que pour les salariés concernés. À ce titre, deux aspects doivent être envisagés et traités.

Le premier se rapporte à la sécurisation économique du dispositif de neutralité qui, en termes de retraite, doit accompagner l'aménagement de la relation de travail pendant la fin de carrière. Ainsi, le titulaire d'une telle formule doit pouvoir bénéficier du maintien du niveau des cotisations de sécurité sociale (par des cotisations sur un salaire brut théorique maintenu à 100 %) et ce, alors que la relation de travail sera aménagée en ce qui concerne la durée du travail ou le niveau de la rémunération perçue.

À cet effet, il convient de songer à introduire dans le Code de la sécurité sociale l'exonération expresse des contributions patronales destinées au maintien des droits à retraite du salarié tant au titre du régime de base que du régime complémentaire AGIRC-ARRCO.

Le second aspect se rapporte à la sécurisation du régime social et fiscal applicable aux indemnités de rupture qui vont immédiatement suivre la fin de la période de maintien dans l'emploi du salarié sénior.

Afin que le système soit sécurisé pour l'ensemble des parties, il convient d'assimiler expressément ces indemnités à celles versées en cas de mise à la retraite. Ainsi, nonobstant l'accord donné par l'intéressé quant à son départ à la retraite à l'issue de la période dite d'engagement-sénior, il faut veiller à mettre les protagonistes à l'abri d'une éventuelle requalification de la contribution employeur opérée par les services du fisc ou les Urssaf.

2. Une législation à moderniser

A. - Simplifier la retraite progressive

La retraite progressive permet à un salarié qui exerce une activité à temps partiel ou à temps réduit de compléter sa rémunération par le versement de la quote-part de sa pension égale au pourcentage du temps qui n'est pas travaillé (30 % pour un salarié travaillant à 70 % du temps plein). La quotité de diminution des revenus professionnels ne peut être inférieure à 20 % ni supérieure à 60 % (CSS, art. D. 161-2-24).

Une étude montre que la réduction de rémunération est relative :

– le salarié âgé de 61 ans et 6 mois dont le salaire est égal à 4 492 € percevra 4 080 € pour une activité à 80 % et 3 669 pour une activité à 60 % ;

– le salarié âgé de 63 ans et 6 mois dont le salaire est égal à 2 573 € percevra 2 530 € pour une activité à 80 % et 2 515 € pour une activité à 60 % (*Sapiendo Retraite in Les Échos*, 2 et 3 févr. 2024)

Le manque à gagner sur les rémunérations est donc plus faible pour les bas revenus.

Il faut ajouter qu'il est possible de maintenir le montant des cotisations vieillesse du travail à temps plein tant dans le régime de base (CSS, art. L. 242-3-1) que dans le régime complémentaire obligatoire (AGIRC-ARCCO, *Délibérations D 25 et 22 B*). Sous certaines conditions, l'employeur peut prendre en charge tout ou partie de ces cotisations, cette prise en charge pouvant alors ne pas être considérée comme une rémunération, donc ne pas être soumise à cotisations.

Une première liquidation de la pension intervient au début de la retraite progressive ; elle sera suivie d'une seconde liquidation permettant d'ajouter les droits acquis pendant la durée de cette période de retraite.

La retraite progressive est accessible 2 ans avant l'âge légal d'ouverture du droit à une pension de retraite, soit 62 ans pour un âge légal de 64 ans. Ce délai ayant été fixé avant la dernière réforme des retraites, il devrait être allongé de telle sorte que la retraite progressive puisse continuer à être mise en place dès 60 ans.

Assez sévèrement encadrée, la retraite progressive n'a connu qu'un succès très relatif (23 820 salariés en 2020 – *V. Rapp. Sénat n° 375, E. Doineau et R.-P. Savary*).

La loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 a, tout d'abord, sensiblement amélioré le dispositif. Elle a notamment élargi la retraite progressive à tous les régimes obligatoires, ce qui inclut le régime complémentaire obligatoire AGIRC-ARRCO. Cette réforme accroît la possibilité pour les salariés d'opter pour la retraite progressive ; elle permet le passage d'un emploi à temps plein à un emploi à temps partiel. Antérieurement, l'accord explicite de l'employeur était exigé. Depuis le 1^{er} septembre 2023, lorsqu'un salarié formule une demande, l'absence de réponse écrite et motivée de l'employeur dans les 2 mois qui suivent la réception de cette demande permet à l'intéressé de considérer que son accord est réputé acquis (*C. trav., art. L. 3123-4-1*). En outre et surtout, le refus de l'employeur doit être justifié par l'incompatibilité de la durée de travail demandée avec l'activité de l'entreprise. Cette exigence accroît sensiblement la possibilité d'opter pour la retraite progressive si les tribunaux retiennent une conception restrictive de l'incompatibilité envisagée par la loi.

Enfin, l'une des causes du peu de succès de la retraite progressive tient largement au manque d'information des salariés. La négociation d'entreprise devrait constituer un moyen efficace de diffusion de ce mode de départ à la retraite dans les entreprises où il serait utile d'y recourir.

B. - Libérer le cumul emploi-retraite

La rigueur naguère manifestée par le législateur à l'égard du cumul emploi-retraite, qui n'a pas entièrement disparu, tient à la persistance de deux idées sous-jacentes très discutables.

La première est que les travailleurs retraités exerceraient une activité qui pourrait l'être par des travailleurs plus jeunes, affectant ainsi l'emploi de ces derniers. C'est le type même des idées fausses, fondées sur une approche quantitative du marché du travail, dont l'exemple célèbre est celui des 35 heures : on réduit la durée du travail afin de permettre l'embauche de chômeurs. C'est inexact car le travail est par essence créateur d'une activité et d'une richesse auxquelles il contribue. Il faut également ajouter que pour l'emploi des retraités, l'activité qu'ils exercent nécessite une expérience souvent essentielle dont ne disposent souvent pas les jeunes travailleurs. Enfin, il convient de relever que cette idée fautive est contradictoire avec les dispositifs légaux tendant à retarder le départ à la retraite ou la mise à la retraite par l'employeur.

La seconde idée serait que le cumul emploi-retraite serait contraire à la solidarité qui fonde les régimes par répartition. Un régime par répartition n'est cependant pas fondé sur la solidarité. Le cotisant ne cotise pas par solidarité avec les retraités, mais pour se constituer des droits. Tout régime de retraite repose sur le transfert de valeur des actifs vers les retraités qui bénéficient d'un revenu sans avoir à exercer d'activité. Et ce transfert n'est jamais fondé sur la solidarité.

Ces idées fausses expliquent que la rigueur législative française à l'égard du cumul emploi-retraite constitue « une exception au sein des systèmes de retraite des pays de l'OCDE » (*S. Rist, Rapp. AN n° 814, sur le PLFRSS pour 2023, p. 251*).

La rigueur résultant de la loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 interrogeait : les cotisations versées l'étaient sans contrepartie et n'augmentaient pas le montant des pensions. Les régimes s'enrichissaient ainsi sans contrepartie de leur part. La conformité de cette loi à la Constitution faisait débat puisqu'un prélèvement dépourvu de tout lien avec l'ouverture d'un droit à une prestation contributive ou un avantage servi par un régime de sécurité sociale ne peut faire l'objet d'une cotisation de sécurité sociale. Les cotisations dues en raison du cumul emploi-retraite avaient donc la nature d'une imposition de toute nature soumise à des prescriptions que ne

respectaient pas ces cotisations (*V. Cons. const.*, 28 déc. 1990, n° 90-285 DC : *JurisData* n° 1990-607028. – *V. aussi*, CE, 7 janv. 2004, n° 237395 : *JurisData* n° 2004-066739).

Ces idées fausses n'ont pas disparu avec la loi du 14 avril 2023, l'ouverture de droits étant restée subordonnée à ce que la reprise d'activité du retraité chez le dernier employeur intervienne au plus tôt 6 mois après la liquidation de sa pension de vieillesse. Pourtant, des besoins existent plaçant pour une relative banalisation de ce dispositif et pour l'ouverture du cumul emploi-retraite sans période d'interdiction d'emploi avec le même employeur. Cette solution faciliterait le recours à des salariés souhaitant se retirer progressivement de la vie professionnelle, disposant d'expertises particulières pour renforcer les équipes à quelques moments clés de l'activité pendant des périodes parfois très courtes à l'échelle de la semaine, ou pour résoudre des problèmes auxquels ils ne peuvent apporter de solution. Ces situations sont loin d'être théoriques et, à défaut d'une législation adaptée, elles donnent lieu parfois à des montages complexes permettant de réaliser des prestations hors du cadre d'un contrat de travail.

La survivance des idées fausses est caractérisée par la structure même de l'article L. 162-22-1 du Code de la sécurité sociale. Le principe, exprimé d'une manière qui manque de rigueur du fait de la sédimentation des textes, reste celui de la perte des droits du fait du cumul, perte qui n'est véritablement exclue qu'en respectant le délai de carence de 6 mois. Il est grand temps de s'aligner sur les pratiques européennes et de libérer entièrement le cumul emploi-retraite et ce, en abrogeant l'article L. 161-22-1 du Code de la sécurité sociale.

La liquidation de sa retraite par le salarié entraîne la rupture de son contrat de travail. La reprise d'un travail suppose la conclusion d'un nouveau contrat avec l'employeur. Les raisons qui imposent une forte protection des salariés n'existent pas pour celui qui bénéficie déjà d'une retraite à taux plein ; ce nouveau contrat doit dès lors être soumis de façon dérogatoire, s'agissant des règles régissant sa rupture, au droit commun des contrats et non aux règles protectrices que pose le Code du travail. Il peut s'agir d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée. Dans ce dernier cas, chacune des parties devrait pouvoir librement rompre le contrat moyennant un préavis raisonnable ou déterminé par les parties.

C. - Alléger les conditions de mise à la retraite

Le dispositif légal actuel, faisant en pratique obstacle à la mise à la retraite d'un salarié avant l'âge de 70 ans sans son accord, n'est ni lisible, ni cohérent. Si sa complexité pourrait paraître justifiée par la volonté de protéger le salarié contre une décision unilatérale de l'employeur, une telle justification est très contestable non seulement au regard du critère retenu (l'âge du salarié), mais aussi en ce que ce dispositif est de nature à générer un obstacle à l'engagement de salariés seniors.

1° Complexité du dispositif actuel

En substance, et sans le préciser expressément, l'article L. 1237-5 du Code du travail prévoit que la mise à la retraite, qui s'entend de la possibilité donnée à un employeur d'initier la rupture du contrat de travail d'un salarié ayant atteint un certain âge sans devoir procéder à son licenciement, n'est possible que :

- si le salarié concerné est âgé d'au moins 67 ans et ;
- jusqu'au 69^e anniversaire du salarié concerné, sous réserve que l'employeur ait obtenu son accord après avoir observé une procédure spécifique à cet effet.

À défaut de remplir les conditions précédentes, la mise à la retraite par l'employeur d'un salarié n'est possible que si ce dernier a atteint l'âge de 70 ans. Or, il convient d'immédiatement noter que le texte de l'article L. 1237-5 du Code du travail n'énonce expressément

ni l'âge de 67 ans ni celui de 70 ans, utilisant le travers désormais trop habituel d'un renvoi à d'autres textes, en l'occurrence ceux issus du Code de la sécurité sociale, pour viser l'âge minimum en question, ce qui rend particulièrement difficile, notamment pour les non-praticiens du droit, l'appréhension et, *a fortiori*, la compréhension de la règle de droit.

Au terme des multiples renvois opérés, l'on obtient donc un âge minimum de 67 ans, mais rien n'est expressément indiqué pour parvenir à l'âge clé de 70 ans qui ne nécessite plus l'accord du salarié. Cet âge est implicite. Il découle de la procédure prescrite, qui s'articule en substance comme suit :

- 3 mois avant la date à laquelle le salarié atteint l'âge de 67 ans (ou un âge moindre pour les quelques cas de dérogation autorisés en matière de préretraite), l'employeur l'interroge par écrit sur son intention de quitter volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse ;

- en cas de réponse négative du salarié dans un délai de 3 mois ou à défaut d'avoir respecté l'obligation ci-dessus mentionnée, l'employeur ne peut faire usage de la possibilité de mise à la retraite pendant l'année qui suit la date à laquelle le salarié atteint l'âge de 67 ans (ou l'âge moindre dans les cas de dérogation) ;

- la même procédure est applicable chaque année jusqu'au 69^e anniversaire inclus du salarié.

C'est de cette toute dernière précision, quant au renouvellement annuel de la procédure, que résulte l'âge repère de 70 ans qui autorise l'employeur à se passer de l'accord de l'intéressé.

Par-delà sa complexité, la lourdeur de cette procédure se passe de tout commentaire : l'employeur doit procéder à l'interrogation préalable et écrite du salarié, qui doit être opérée 3 mois avant la date anniversaire de ses 67 ans, laquelle nécessite un accord devant être communiqué par le salarié dans un délai de 3 mois, avec impossibilité de renouveler la procédure jusqu'à 3 mois avant sa date anniversaire suivante.

2° Inadaptation du dispositif

La procédure est totalement inadaptée et ne présente, en pratique, aucun intérêt. En effet, la réalité des situations observées en entreprise fait apparaître des relations entre employeur et candidats potentiels à la retraite très différentes. Soit le salarié n'est pas intéressé par une liquidation de ses droits à retraite, auquel cas il ne se manifeste généralement pas auprès de son employeur et une interrogation par son employeur à ce sujet se heurtera donc, dans la quasi-totalité des cas, à un refus de sa part. Soit le salarié est intéressé par une liquidation de ses droits, auquel cas il prendra l'initiative d'un départ volontaire à la retraite s'il souhaite mettre en œuvre ses droits au plus vite, ou bien il sollicitera auprès de son employeur une rupture conventionnelle, voire un licenciement ; cette dernière éventualité trouve souvent place lors de licenciements pour motif économique mais elle peut aussi se manifester en dehors de ce contexte (licenciement pour motif personnel avec transaction).

3° Révision du dispositif

Dans la mesure où le dispositif légal actuel rend en pratique impossible pour un employeur la mise à la retraite d'un salarié senior avant l'âge de 70 ans, une réforme est nécessaire. Dès lors que cet âge de 70 ans ne correspond même pas à l'âge d'accès à la retraite à taux plein (actuellement fixé à 67 ans par le Code de la sécurité sociale), il est difficile de lui trouver une justification sérieuse. Mais surtout, il constitue un frein au recrutement par les entreprises de salariés seniors se trouvant privés d'emploi car les employeurs savent que, sauf à procéder à un licenciement avec les coûts et potentielles conséquences qui y sont attachés, ils ne pourront pas mettre unilatéralement un terme à la relation de travail avant les 70 ans du salarié ainsi recruté, et ce alors même que ce dernier serait en droit de bénéficier de sa pension au taux plein.

L'actuel article L. 1237-5 du Code du travail sur la mise à la retraite pourrait dès lors être révisé afin de lui donner une réelle portée pratique, tout en simplifiant sa rédaction. Celle-ci pourrait être la suivante : « La mise à la retraite s'entend de la possibilité donnée à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié ayant atteint l'âge de 67 ans, âge à partir duquel ce salarié bénéficie automatiquement du taux plein pour pouvoir liquider ses droits à pension de vieillesse sans devoir justifier d'une durée requise d'assurance ou de périodes équivalentes dans le régime général et un ou plusieurs autres régimes obligatoires.

Un âge inférieur peut être fixé, dans la limite de celui prévu au premier alinéa de l'article L. 351-1 du Code de la sécurité sociale, dès lors que le salarié peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein au sens du Code de la sécurité sociale :

1° Dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif étendu conclu avant le 1^{er} janvier 2008 fixant des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle ;

2° Pour les bénéficiaires d'une préretraite ayant pris effet avant le 1^{er} janvier 2010 et mise en œuvre dans le cadre d'un accord professionnel mentionné à l'article L. 5123-6 ;

3° Dans le cadre du bénéfice de tout autre avantage de préretraite défini antérieurement à la date de publication de la loi n° 2003-775 du

21 août 2003 portant réforme des retraites et ayant pris effet avant le 1^{er} janvier 2010.

Avant la date à laquelle le salarié atteint l'âge de 67 ans, et sous réserve pour celui-ci d'avoir atteint l'âge minimal prévu au premier alinéa de l'article L. 351-1 du Code de la sécurité sociale et de justifier de la durée d'assurance requise pour pouvoir bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein, l'employeur et le salarié peuvent convenir d'un commun accord d'une mise à la retraite par l'employeur. L'employeur informe à cet effet, par tous moyens, le salarié de son intention de mise à la retraite. Le salarié doit manifester expressément et par écrit son accord sur la mise à la retraite envisagée et justifier par ailleurs qu'il remplit effectivement la condition d'assurance pour pouvoir bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein ».

Ces propositions d'évolution s'imposent dans l'intérêt bien compris des salariés, des entreprises et des organismes de protection sociale. Elles devraient être mises en œuvre, quel que soit le contexte politique du moment.

JURISCLASSEUR : Travail Traité, fasc. 30-25, par Emeric Jeansen

AUTRES PUBLICATIONS LEXISNEXIS : Lexis Pratique Social, fasc. S-1690. – Fiche pratique n° 216 : Mettre un salarié à la retraite