

**TOULOUSE  
CAPITOLE**  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA DÉMOCRATIE SOCIALE EST-ELLE POSSIBLE EN FRANCE ? - . - L'EXEMPLE DE  
L'EMPLOI DES SENIORS*

MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES, ISABELLE DESBARATS

Référence de publication : La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 11 Juin 2008, doct. 151

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LA DÉMOCRATIE SOCIALE EST-ELLE POSSIBLE EN FRANCE ? - - L'EXEMPLE DE L'EMPLOI DES SENIORS

*L'augmentation du taux d'emploi des seniors est l'une des clés de l'équilibre des retraites et constitue aujourd'hui une priorité nationale. Vaincre les résistances fortes que trente années de consensus unanime ont forgées constitue néanmoins un véritable défi que les pouvoirs publics ne peuvent pas relever seuls. La mobilisation de tous les acteurs et, au premier chef, des partenaires sociaux est en effet indispensable pour procéder aux importantes mutations imposées par le nécessaire allongement des carrières professionnelles. À l'aube d'un nouveau rendez-vous important pour les retraites et l'emploi des seniors, quel jugement porter sur les choix faits par les partenaires sociaux ? Sont-ils toujours en adéquation avec les objectifs poursuivis par les pouvoirs publics ? Le bilan est nuancé.*

1. - Voilà cinq ans que l'emploi des seniors est au cœur des préoccupations du gouvernement français ! Pourtant, en dépit de nombreuses interventions, la situation ne s'améliore guère et notre taux d'emploi des 55-64 ans reste un des plus bas d'Europe<sup>Note 2</sup>. Pour en finir avec la culture du non-emploi des seniors, de nouvelles mesures, plus contraignantes, devraient être adoptées à la fin de l'année 2008. Entre-temps, un processus de concertation avec les partenaires sociaux a été engagé, en vue de compléter ou de préciser les propositions du Gouvernement, avec pour objectif prioritaire d'amplifier la mobilisation en faveur de l'emploi des seniors<sup>Note 3</sup>.

2. - La démarche consistant à associer les acteurs sociaux aux réformes sociales est désormais habituelle, singulièrement sur le sujet. De façon générale, l'implication des organisations syndicales et patronales s'inscrit dans le cadre de l'évolution actuelle en faveur du développement du dialogue social<sup>Note 4</sup> et marque la volonté des pouvoirs publics d'asseoir la légitimité de leur action sur les parties prenantes. Plus spécifiquement, s'agissant de l'emploi des seniors, la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites<sup>Note 5</sup> opère de nombreux renvois à la négociation collective. Tous les niveaux sont concernés. Il faut dire que l'allongement de la vie professionnelle des salariés suppose un changement radical de culture dans notre pays, une inversion des pratiques, que l'action gouvernementale n'est sans doute pas en mesure d'opérer seule. Cette démarche n'est d'ailleurs pas nouvelle puisqu'elle avait été mise en œuvre à l'occasion d'un autre bouleversement important du fonctionnement des entreprises, dans le cadre du processus négocié de réduction du temps de travail. En effet, déjà à cette époque, le législateur avait laissé aux acteurs un champ d'action ouvert dont il espérait qu'ils se saisiraient sans perdre de vue les objectifs

publics ; ainsi l'idée était-elle que l'action publique – incontestablement fragilisée dans un contexte de crise de l'État – devait s'appuyer sur les protagonistes sociaux afin d'aboutir à « des décisions plus robustes avec une légitimité fondée sur les diverses parties prenantes »<sup>Note 6</sup>. Sans doute peut-on alors concevoir la responsabilisation de ces dernières comme un mécanisme d'appropriation sociale des politiques publiques, susceptible de garantir leur réceptivité par le corps social. Il n'en demeure pas moins que les rapports inédits ainsi établis entre la loi, l'action publique et la négociation collective soulèvent nombre de questions importantes. D'abord se posent naturellement celles concernant les manières dont peuvent et/ou doivent s'articuler démocratie sociale et démocratie politique<sup>Note 7</sup>. Également et surtout, on ne saurait faire l'économie d'une « réflexion portant sur les vertus et limites du dialogue social comme instrument d'une action publique négociée »<sup>Note 8</sup>. En effet, investis de la défense d'intérêts collectifs, les partenaires sociaux peuvent-ils réellement mettre en œuvre les politiques publiques dans le respect des objectifs définis par les pouvoirs publics ? En cas de conflit d'intérêts, ne risquent-ils pas d'user des marges de manœuvre qui leur sont conférées par la loi pour les refaçonner ou, à tout le moins, faire prévaloir les intérêts collectifs qu'ils défendent ?

3. - Avec cinq ans de recul, un bilan peut être établi sur les choix qu'ont fait les négociateurs et une réponse apportée à la question de savoir dans quelle mesure le renforcement de la légitimité formelle de l'action publique – par une étroite association des partenaires sociaux à l'élaboration et à la mise en œuvre des règles – rejaillit sur le fond. Comme on va le voir, il n'est pas certain que les acteurs aient toujours pris leur part de responsabilité dans la mise en œuvre des mesures requises pour un allongement des carrières professionnelles. Il apparaît en effet que, forts d'une liberté de négociation peu encadrée, leurs stratégies les ont conduits dans certains cas, à faire primer les intérêts collectifs qu'ils défendent sur les objectifs publics. Au final, la contribution du dialogue social à l'élaboration et à la mise en œuvre de la norme publique s'est révélée plutôt modeste (1). Bien plus, en ce qui concerne les accords de rupture, les protagonistes sociaux ont, dans certains cas, opéré un véritable détournement des objectifs publics (2).

## **1. LA MODESTE CONTRIBUTION DU DIALOGUE SOCIAL A L'ELABORATION ET A LA MISE EN ŒUVRE DE LA NORME PUBLIQUE**

4. - Afin d'accroître la légitimité de leur action dans un contexte de progrès de la démocratie sociale, les pouvoirs publics laissent de plus en plus d'espace à la négociation collective. L'exemple de l'emploi des seniors est à cet égard, on l'a vu, significatif. Mais ce renforcement de la légitimité formelle de l'action publique par une forte mobilisation des partenaires sociaux (A) ne se traduit pas nécessairement par un accroissement de sa légitimité substantielle. La responsabilisation des acteurs conduit, dans certains cas, à une perte de repère et de visibilité quant aux objectifs à atteindre. Cela est particulièrement manifeste lorsque les différents intérêts en présence convergent dans une autre direction que celle voulue par les pouvoirs publics. Il en résulte que, fruit d'un compromis entre les parties prenantes, les règles relatives à l'emploi des seniors avalisées formellement par les partenaires sociaux suscitent une appréciation mitigée (B).

### ***A. - Une forte mobilisation des acteurs à tous les niveaux***

5. - La loi du 21 août 2003 a posé les fondations d'un dispositif juridique en faveur de l'emploi des seniors. Ainsi, pour donner une orientation nouvelle à notre droit et inciter les acteurs à modifier leurs habitudes, diverses mesures destinées à favoriser l'allongement de la période d'activité professionnelle des salariés ont été adoptées. Dans le même temps, pour renforcer le changement impulsé, les pouvoirs publics ont décidé d'associer les partenaires sociaux représentatifs au plan national et interprofessionnel à l'élaboration du cadre juridique en faveur du maintien dans l'emploi des seniors (1°). Pour garantir l'adhésion de tous, diverses obligations de négocier sur le thème ont également été imposées aux acteurs décentralisés (2°).

#### *1° L'association des partenaires sociaux au niveau national et interprofessionnel*

6. - Pour permettre l'implication des partenaires sociaux, deux voies ont ainsi été combinées : d'une part, celle de la négociation collective, entendue comme un processus de discussion libre entre partenaires

sociaux en vue de la conclusion d'un accord collectif et, d'autre part, celle de la concertation, forme de dialogue social tripartite dont l'objet consiste à discuter, en amont, d'une réforme économique ou sociale.

7. - En premier lieu, deux négociations importantes ont été engagées dans le sillage de la réforme de 2003. La première, prescrite par la loi elle-même, porte « *sur la définition et la prise en compte de la pénibilité* » (art. 12-I)<sup>Note 9</sup> ; l'emploi des seniors constitue l'objet de la seconde. Plus précisément, les discussions sur la pénibilité au travail – cruciales dans un contexte d'allongement des carrières professionnelles<sup>Note 10</sup> – devaient être engagées dans les trois ans de la publication de la loi. Le cycle laborieux des discussions a ainsi débuté le 11 février 2005 et se poursuit encore à ce jour. D'un autre côté, les partenaires sociaux sont parvenus, le 13 octobre 2005, à la conclusion d'un accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi, étendu par arrêté du 12 juillet 2006<sup>Note 11</sup>.

8. - Outre ces négociations menées à la demande du législateur ou sous son impulsion, l'association des partenaires sociaux à l'élaboration d'un cadre favorable à l'objectif d'allongement des carrières des salariés s'est, en second lieu, manifestée par une concertation engagée par les pouvoirs publics en vue d'un Plan national d'action pour l'emploi des seniors. C'est à la demande des signataires de l'accord national interprofessionnel de 2005<sup>Note 12</sup> que, dès la fin de l'année, le Gouvernement annonçait son intention de franchir une nouvelle étape dans le processus engagé par la réforme de 2003, en tenant compte des résultats de la négociation sur l'emploi des seniors. Cette démarche témoigne d'ailleurs du fait que si les pouvoirs publics appréhendent aujourd'hui le dialogue social comme un moyen nécessaire de légitimation de leur action, il arrive également que, de leur côté, les partenaires sociaux recherchent la validation de leur action par les pouvoirs publics.

9. - Mais changer les mentalités ne se décrète pas d'en haut et requiert l'adhésion de la base. C'est pourquoi l'association des protagonistes sociaux au processus de réforme ne se limite pas au niveau national et interprofessionnel mais est également prévue aux niveaux décentralisés.

## 2° L'implication des branches et des entreprises

**10. - Au niveau des branches** , deux types d'obligations de négocier peuvent être identifiés : les unes résultent de la loi, les autres sont d'origine conventionnelle. Il existe tout d'abord une obligation légale de négocier sur les conditions de travail et la pénibilité. Plus précisément, le nouvel article L. 2241-4 du Code du travail (*C. trav., art. L. 132-12, al. 4 ancien*) prévoit que, dans les branches régies par une convention ou des accords professionnels, les partenaires sociaux devront, à compter de la fin de la négociation engagée sur la pénibilité au niveau national et interprofessionnel se réunir tous les trois ans pour négocier sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences des seniors ainsi que sur la prise en compte dans le secteur concerné de la pénibilité au travail. L'accord national interprofessionnel de 2005 renvoie ensuite aux branches le soin d'activer les outils de la formation professionnelle qu'il vise en faveur des seniors et de fixer les obligations des entreprises en ce sens. Plus contraignant, l'article 26 prescrit une obligation de négocier en vue de la réalisation des objectifs de l'accord, dans les six mois de son entrée en vigueur. Il est à noter que, déjà, les signataires des accords nationaux interprofessionnels du 20 septembre et du 5 décembre 2003 relatifs à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie attiraient l'attention sur la nécessité « de renouveler les objectifs et les moyens de la formation professionnelle continue » en raison notamment de l'évolution démographique de la France. Pour faire face à cette situation, ces accords désignaient les seniors parmi les publics prioritaires dans l'accès à la formation continue et invitaient les branches à définir des objectifs.

**11. - S'agissant des entreprises assujetties et groupements assimilés**, la négociation triennale sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (*C. trav., art. L. 2242-15 nouveau ; C. trav., art. L. 320-2 ancien*) doit notamment porter sur les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et leur accès à la formation professionnelle (*C. trav., art. L. 2242-19 nouveau ; C. trav., art. L. 132-27, al. 2 ancien*). Ainsi, depuis 2003, l'élaboration des règles en faveur de l'emploi des seniors s'effectue selon un processus qui fait une large place aux interlocuteurs sociaux, tenus ou incités, selon les cas, à jouer un rôle majeur dans la définition d'un cadre rompant avec les pratiques du passé. Cette responsabilisation contribue sans doute au renforcement de la légitimité de l'action publique dont les objectifs apparaissent ainsi partagés par l'ensemble des acteurs, politiques et sociaux. Mais, au final, les résultats des négociations menées contrastent par rapport à l'ampleur de la mobilisation et invitent à

s'interroger sur les limites de la légitimation de l'action publique par une implication peu régulée (peu encadrée) des partenaires sociaux.

## ***B. - Des résultats mitigés***

**12.** - On l'a vu, la loi de 2003 s'est efforcée de mobiliser tous les niveaux de négociation en vue de permettre l'allongement de la vie professionnelle des seniors. Mais sur le fond, le bilan de cette forte implication des protagonistes sociaux s'avère plutôt modeste. Les branches et plus encore les entreprises ont adopté une position attentiste, qui témoigne du fait qu'en dépit des efforts déployés et au-delà des discours convenus, la problématique des seniors ne constitue toujours pas une préoccupation des niveaux décentralisés (1°). Quant au niveau national et interprofessionnel, il n'a pour l'heure débouché que sur des textes assez peu innovants et sans réelle portée normative (2°).

### *1° Le manque d'empressement des niveaux décentralisés*

**13.** - Les entreprises et groupes concernés par l'obligation de négocier sur la GPEC et, singulièrement, sur l'emploi et l'accès à la formation des salariés âgés devaient engager les discussions au plus tard le 20 janvier 2008. Or, beaucoup d'entre eux ont attendu l'arrivée de cette échéance pour agir, de sorte que peu d'accords ont été, à ce jour, conclus<sup>Note 13</sup>. Les choses devraient évoluer. Cependant, le contenu de cette négociation reste très largement à la discrétion des acteurs : peu contraignante, la loi leur impose juste de discuter des conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle. Reste à savoir comment les négociateurs vont aborder la question. Vont-ils, à l'instar des premiers accords signés, s'écarter de l'esprit du texte et privilégier une gestion des effectifs par l'âge basée sur des modalités de retraits anticipés du marché du travail<sup>Note 14</sup> ? Vont-ils s'en tenir à de nobles mais vagues déclarations d'intention<sup>Note 15</sup> ou, au contraire, prendre des engagements plus fermes en faveur du maintien des seniors dans l'emploi, grâce à la mise en place d'une réelle gestion des parcours professionnels, un accès garanti à la formation professionnelle et la possibilité d'aménagements en fin de

carrière grâce au temps partiel, au tutorat, l'utilisation du compte épargne temps (CET)<sup>Note 16</sup> ? Au niveau des branches, également, même si l'accord national interprofessionnel de 2005 prescrivait l'ouverture de discussions sectorielles sur l'emploi des seniors dans les six mois de sa signature, le thème n'a pas suscité un grand empressement de la part des négociateurs<sup>Note 17</sup>. L'impression générale est celle d'un manque de détermination, que confirme la modestie des dispositions des accords professionnels portant sur la formation continue au profit des seniors<sup>Note 18</sup>. Cette impression ne se dément pas au niveau national et interprofessionnel.

## *2° Les modestes innovations de la négociation nationale et interprofessionnelle*

**14.** - Nous l'avons vu, à ce niveau, deux négociations ont été engagées. La première, celle sur la pénibilité n'a toujours pas abouti, retardant d'autant l'ouverture de négociations sur ce thème au niveau des branches. Les difficultés inhérentes à la négociation collective expliquent ces attermoissements alors pourtant que, dans un contexte global de durcissement de la réglementation, l'identification et la prise en compte de la pénibilité s'imposent comme des nécessités pressantes. Outre la définition de la pénibilité, l'objectif de cette négociation est double. Il s'agit tout d'abord de réduire la pénibilité au travail par une amélioration des conditions de travail. Mais il s'agit aussi de prévoir, au profit des salariés qui ont été exposés à des facteurs importants de pénibilité au travail, un traitement spécifique, notamment dans l'accès aux droits à la retraite, à titre de réparation du préjudice résultant de la réduction de leur espérance ou de leur qualité de vie<sup>Note 19</sup>. Cruciale, cette négociation s'éternise, les protagonistes ne parvenant pas à trouver un compromis, d'une part, sur la nature et le financement des aménagements spécifiques à mettre en place au profit des salariés en fin de carrière et, d'autre part, sur la définition des critères de la pénibilité<sup>Note 20</sup>.

**15.** - La seconde négociation visée s'est, pour sa part, achevée par la conclusion de l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005. Peu innovant, le texte, comme le souligne à juste titre F. Favennec-Héry, « joue davantage le rôle de catalyseur de dispositifs existants en matière de politique de l'emploi et de formation professionnelle que d'initiateur de nouvelles mesures »<sup>Note 21</sup>. Bien plus, la plupart de ces articles sont peu contraignants et constituent de « simples appels au changement » adressés aux branches et aux entreprises, dont la portée plus « littéraire » que juridique, témoigne, selon Ch.

Willmann, du « peu de consensus qu'étonnamment, le thème du vieillissement actif fédère »<sup>Note 22</sup>. Le Titre II de l'accord, consacré à la sécurisation des parcours professionnels, est de ce point de vue particulièrement significatif. Si l'on excepte l'entretien approfondi de deuxième partie de carrière, on constate que le texte ne crée pas d'instruments spécifiques pour favoriser l'employabilité des seniors ou l'amélioration des conditions de travail. La plupart des articles constituent de simples exhortations à la mise en place d'une véritable *gestion anticipative des emplois et des compétences* (art. 4), à l'amélioration et l'aménagement des conditions de travail (art. 6) ou à la mobilisation, au profit des plus de 45 ans de certains outils du droit de la formation professionnelle – DIF, bilan de compétences, VAE, période de professionnalisation<sup>Note 23</sup>. Le constat est identique pour tous les autres titres. Peu nombreuses, les innovations de l'accord sont de surcroît de portée limitée. Résultat d'un compromis âprement discuté, le CDD seniors lui-même s'est avéré n'être qu'une création mineure en raison d'un encadrement juridique excessivement rigoureux, déconnecté des besoins des entreprises et des aspirations des salariés.

16. - Ainsi donc les avatars de la négociation collective au niveau national et interprofessionnel, blocages et réserves, jettent le trouble sur la légitimité substantielle de l'action publique à laquelle les partenaires sociaux n'apportent qu'un soutien tiède. De même, bien qu'il soit encore trop tôt pour tirer des enseignements sur la manière dont les branches se saisiront du thème du maintien dans l'emploi des seniors, on ne peut que constater le manque d'empressement des acteurs à s'emparer de ces sujets. Pour l'heure, faute d'obligation précise, les stipulations conventionnelles concernant l'emploi des seniors revêtent, le plus souvent, une dimension purement déclaratoire. Malgré le vaste espace de liberté qui leur a été ainsi concédé, il apparaît que les acteurs sociaux ne se sont pas engagés avec conviction dans la direction voulue par les pouvoirs publics. Le constat est plus net encore en ce qui concerne les stipulations relatives à la rupture du contrat des travailleurs vieillissants prévues par accord de branche et/ou d'entreprise ; elles apparaissent en effet, dans certains cas, contraires aux objectifs publics.

## **2. LE DETOURNEMENT DES OBJECTIFS PUBLICS PAR LES PROTAGONISTES SOCIAUX**

17. - Associés à l'élaboration de la norme publique, les partenaires sociaux sont également largement impliqués dans la mise en œuvre des objectifs publics tendant au maintien en activité des

seniors : en effet, d'importantes marges de manœuvres ont été concédées aux acteurs, autorisés à se saisir spontanément de la question de la cessation d'activité, aux niveaux de l'entreprise mais aussi de la branche. Ici encore, cette implication des organisations syndicales et patronales marquait la volonté des pouvoirs publics d'asseoir la légitimité de leur action sur les acteurs eux-mêmes ; ainsi l'objectif était-il d'inciter ceux-ci à participer à l'identification des mesures requises pour un allongement des carrières professionnelles. Or il s'avère que, si les partenaires sociaux ont fait preuve d'une grande activité normative, tous les accords conclus ne semblent pas s'être inscrits dans la logique préconisée par le législateur, qu'il s'agisse des accords de cessation anticipée d'activité conclus au niveau des entreprises, comme des accords de branche négociés en matière de rupture (A). Face à de tels accords décalés par rapport aux objectifs publics, le Gouvernement a donc été amené à reprendre la main, prenant acte des limites du dialogue social comme mode d'action publique (B).

### *A. - Des accords de rupture à rebours des objectifs publics*

#### *1° Au niveau de l'entreprise*

**18.** - S'agissant des cessations d'activité avant l'âge de 60 ans, on sait que le temps des préretraites entendues comme mode de gestion ordinaire des effectifs est révolu. Aujourd'hui en effet, la logique de partage du travail dans laquelle s'inscrivaient ces dispositifs n'est plus de mise. Bien au contraire, l'objectif est de retarder le départ des salariés de l'entreprise, ce qui se traduit par la remise en cause de la plupart des mécanismes antérieurs et, au premier chef, de ceux que les pouvoirs publics avaient eux-mêmes instaurés. Plus précisément, les dispositifs publics de préretraites, jusque-là justifiés par le souci de favoriser l'emploi des jeunes, sont en cours d'extinction, au profit de mécanismes centrés sur les critères étroitement imbriqués de l'état de santé et de la pénibilité. Cette évolution est beaucoup moins nette en ce qui concerne les dispositifs conventionnels. Certes, il est vrai qu'au niveau interprofessionnel, les partenaires sociaux semblent désireux de s'inscrire dans cette logique nouvelle, comme en témoigne la suppression du dispositif ARPE. On observe également qu'au niveau des branches professionnelles, certains dispositifs sont désormais conçus en fonction de la pénibilité inhérente à certains types d'emplois : tel est, par exemple, le cas du congé de fin d'activité des conducteurs routiers, étendu aux salariés des entreprises de transport de fonds et de valeurs et aux conducteurs des entreprises de transport

routier de voyageurs<sup>Note 24</sup>. En revanche, le repositionnement des dispositifs de cessation anticipée d'activité sur l'état de santé est beaucoup moins sensible au niveau des entreprises. Par ailleurs, force est de constater qu'en cas de restructurations, la mise en place d'un dispositif de préretraite est une réponse quasi systématique et visiblement très consensuelle, au problème d'ajustement des effectifs : le départ des plus anciens fait encore partie de la culture partagée. Il est ainsi notable qu'en ce qui concerne la façon dont les protagonistes sociaux appréhendent la question des cessations anticipées d'activité, beaucoup d'entre eux choisissent encore de faciliter les sorties précoces de salariés justifiant d'un certain âge – inférieur à l'âge légal de la retraite – et/ou justifiant d'une certaine ancienneté. Voilà pourquoi – et l'on y reviendra – le législateur a décidé de ne plus laisser aux acteurs une totale liberté dans la définition de leurs politiques sociales : en témoigne l'alourdissement du coût des préretraites d'entreprise, destiné à en limiter le recours (V. *Infra B*).

## 2° Au niveau des branches d'activité

19. - Si de larges marges de manœuvre ont été laissées aux acteurs de l'entreprise pour mettre en place des « préretraites-maison », le législateur a, de la même façon, octroyé aux partenaires sociaux du secteur une grande liberté pour négocier sur le thème de l'âge de la mise à la retraite. On sait en effet que, pour favoriser un allongement des carrières dans un contexte d'accroissement de la durée d'assurance requise pour bénéficier d'une retraite à taux plein, la loi du 21 août 2003 a opéré un resserrement des possibilités de rupture du contrat à raison de l'âge et, au premier chef, de la mise à la retraite. Aujourd'hui, les règles sont strictes : un employeur ne peut plus mettre un salarié à la retraite avant l'âge de 65 ans, âge à partir duquel la retraite est à taux plein, quelle que soit la durée d'assurance du futur pensionné. Quant à la sanction encourue en cas de violation du nouvel article L. 1237-8 du Code du travail (*C. trav., art. L. 122-14-13 ancien*), il s'agit de la requalification en un licenciement nul car discriminatoire puisque fondé sur l'âge<sup>Note 25</sup>. Incontestablement, cette décision de reculer à 65 ans l'âge de la mise à la retraite devait – et doit encore – s'analyser comme l'une des mesures phares d'une loi *a priori* entièrement sous-tendue par la volonté de favoriser le maintien en activité des travailleurs vieillissants. Pour autant, dans le même temps et de façon *a priori* paradoxale, le législateur avait concédé aux partenaires sociaux d'importantes possibilités de dérogation au nouveau principe et donc permis, dans certains cas, une mise à la retraite avant l'âge de 65 ans<sup>Note 26</sup>. Ainsi avait-il prévu qu'une convention ou un accord collectif étendu, conclu avant le 1er janvier 2008, pourrait autoriser la mise à la retraite avant 65 ans – sans que cet âge ne puisse

être inférieur à celui prévu par l'article L. 351-1 du Code de la sécurité sociale, soit 60 ans (par renvoi à *CSS, art. R. 351-2*) – sous deux réserves : le salarié devait remplir les conditions requises pour bénéficier d'une pension de retraite à taux plein et la norme conventionnelle fixer des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle (*C. trav., art. L. 1237-5 nouveau ; C. trav., art. L. 122-14-13, al. 3 ancien*). Bien que critiquée par certains<sup>Note 27</sup>, cette possibilité de dérogation conventionnelle pouvait à l'époque se comprendre. D'abord, elle s'expliquait sans doute par le souci d'atténuer la brutalité d'une législation différant de cinq ans l'âge légal de la mise à la retraite. Ensuite et surtout, on peut penser que, dans un contexte de développement de l'autonomie collective, cette prérogative accordée aux partenaires sociaux s'expliquait par le souci du législateur de ne pas appliquer telle quelle une norme légale difficilement acceptable socialement et donc par sa volonté corrélative d'en confier les modalités de mise en œuvre aux acteurs sociaux, ainsi associés aux choix publics. Finalement, on se trouvait là en présence d'un nouvel exemple de recours au dialogue social comme mode d'action publique. En effet, plutôt que d'imposer un simple respect des règles, le législateur de 2003 avait autorisé les partenaires sociaux à en discuter la mise en œuvre, sous réserve d'être habités par le souci de permettre et/ou d'encourager le maintien dans l'emploi des travailleurs âgés : d'où l'exigence de contreparties en terme d'emploi ou de formation. C'est dire que les possibilités de dérogations conventionnelles devaient en principe s'accompagner de mesures favorisant le maintien en activité des salariés vieillissants. Or il s'avère que la façon dont les partenaires sociaux ont usé de cette liberté a rapidement suscité une appréciation mitigée au motif qu'ils ne semblent pas avoir été toujours préoccupés par l'emploi des seniors. En effet, loin de faire de ceux-ci les destinataires des contreparties exigées par la loi, beaucoup d'accords de branche ont, au contraire, continué à s'inscrire dans une politique de partage de l'emploi, renvoyant « à une solidarité intergénérationnelle fondée sur une logique de retrait du marché du travail pour laisser la place aux jeunes »<sup>Note 28</sup>. Allant plus loin et suscitant de plus vives critiques encore, certaines branches ont même conclu des accords collectifs autorisant la mise à la retraite, avant l'âge de 60 ans, de certains salariés ayant effectué une longue carrière au prétexte que ceux-ci disposaient des annuités requises pour bénéficier d'une pension à taux plein et de l'autorisation légale de la liquider avant 60 ans.

**20.** - Dès lors, la responsabilisation des partenaires sociaux a priori recherchée par les pouvoirs publics a-t-elle produit les effets attendus ? Ou bien faut-il plutôt conclure à une « légitimité limitée du dialogue social comme mode d'action publique »<sup>Note 29</sup> dans le champ de l'emploi des seniors ? De toute évidence, ce constat s'impose puisque les choix des acteurs sociaux, qu'ils aient été faits au niveau de l'entreprise ou de la branche, semblent s'être souvent inscrits en faux avec les objectifs publics. Afin d'endiguer le phénomène et de mettre fin à ces situations décalées, on comprend donc pourquoi les

pouvoirs publics ont décidé de reprendre l'initiative pour procéder au recadrage de mesures insuffisamment respectueuses de l'intérêt général. Face à des stratégies d'acteurs les conduisant à faire prévaloir la défense des intérêts collectifs sur l'intérêt de la Nation, une réaction publique s'imposait.

## ***B. - Le recadrage nécessaire du législateur***

21. - Face au décalage – au regard des objectifs poursuivis par la loi de 2003 – de certaines dispositions conventionnelles concernant la rupture du contrat des travailleurs vieillissants, l'action correctrice des pouvoirs publics s'est déployée dans deux directions : d'une part, la politique de marginalisation des cessations anticipées d'activité a été accentuée (1°) ; d'autre part, un double recadrage des accords de branche dérogatoires à l'âge de la mise à la retraite a été opéré (2°).

### *1° Une accentuation de la marginalisation des cessations anticipées d'activité*

22. - Comme le recours aux préretraites d'entreprise serait à l'origine, selon l'OCDE, de plus du tiers des départs anticipés dans les établissements de plus de 500 salariés<sup>Note 30</sup>, il est compréhensible que, face à de tels dispositifs niant les objectifs publics d'augmentation du taux d'emploi des seniors, le législateur ait décidé d'en augmenter le coût afin d'en limiter le recours. La taxation de 24,15 % semblant insuffisamment dissuasive, la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2008<sup>Note 31</sup> a ainsi décidé de porter le taux de la contribution patronale sur les avantages de préretraite d'entreprise à 50 % pour les cessations anticipées d'activité intervenant à partir du 11 octobre 2007. De plus, le taux de la CSG des allocations de préretraite (jusqu'à là égal à 6,6 %) a été aligné, à compter de cette même date, sur celui applicable aux revenus d'activité soit 7,5 %.

## *2° Un double recadrage des accords de branche dérogatoires à l'âge de la mise à la retraite*

**23.** - Par ailleurs, les partenaires sociaux ayant souvent conclu, on l'a vu, des accords de rupture au niveau des branches facilitant l'éviction précoce des seniors au lieu de les remobiliser, le législateur a décidé d'en limiter l'impact, non seulement en mettant fin à la possibilité d'en conclure de nouveaux, mais aussi en réduisant la portée temporelle de ceux déjà signés. Attestant des difficultés et ambiguïtés inhérentes à la problématique du maintien dans l'emploi des seniors, la mise en œuvre de ces correctifs n'est cependant pas allée de soi : en effet, le législateur a dû s'y reprendre à deux fois pour juguler les effets pervers des dérogations conventionnelles à l'âge légal de la mise à la retraite que le législateur de 2003 avait imprudemment admises.

**24.** - Après de multiples atermoiements, de petits pas en avant et de grands bonds en arrière, la situation est désormais la suivante. À compter du 1er janvier 2010, tous les départs en retraite avant l'âge de 65 ans seront obligatoirement des départs volontaires et l'indemnité versée sera l'indemnité de départ en retraite, soumise à cotisations sociales pour l'employeur et à cotisations sociales et impôt sur le revenu pour le salarié. Mieux encore, la LFSS 2008 a décidé de sanctionner financièrement les employeurs qui continueraient à mettre leurs salariés à la retraite d'office (avant ou après 65 ans) et d'inciter les salariés à reculer leur âge de départ à la retraite après 65 ans : dans ce but, elle a décidé d'assujettir – à compter du 11 octobre 2007 (et sans attendre l'extinction au 31 décembre 2009 des accords de branche dérogeant à l'âge légal de 65 ans) – toute indemnité versée par l'employeur lors de la mise à la retraite d'office d'un salarié, à une nouvelle contribution patronale. Le taux de cette contribution – affectée à la CNAV – est de 25 % sur les indemnités versées du 11 octobre 2007 au 31 décembre 2008 et sera de 50 % au-delà. Ainsi donc, à compter de 2010, la mise à la retraite du salarié ne pourra intervenir avant son soixante-cinquième anniversaire et le recours à ce mode de rupture est dès à présent pénalisé. L'objectif est clair : il s'agit d'évincer ce mode de rupture en contradiction avec l'objectif de maintien dans l'emploi des salariés vieillissants.

**25. - En conclusion** de cette étude juridique consacrée au rôle impartit et joué par les parties prenantes intéressées par la question de l'emploi des seniors en France, il semble bien que l'on soit encore

loin d'une responsabilité réellement partagée des acteurs. L'intérêt de ce thème – dont la dimension publique est indéniable – est, plus particulièrement, de mettre en lumière les problèmes contemporains suscités par la façon dont la loi doit être conçue dans le contexte socioéconomique actuel. À ce propos, on sait que, pour garantir la légitimité de la norme publique et sa réelle appropriation par les individus, les pouvoirs publics sont conduits à s'appuyer, en matière sociale, sur les partenaires sociaux. Or, cette étude illustre le fait que « si le contrat ou la convention (doivent être en principe) subordonnés aux objectifs supérieurs que lui impose le législateur »<sup>Note 32</sup>, la réalité ne s'inscrit pas dans un schéma aussi simple. On a vu en effet que, loin de toujours refléter un souci de remobilisation des seniors, certaines dispositions conventionnelles ont au contraire admis – voire facilité – leur éviction précoce de l'entreprise, ce qui a contraint le législateur à corriger de telles orientations. Dans ces conditions, déléguer aux parties prenantes l'élaboration et/ou la mise en œuvre des règles paraît constituer, pour les pouvoirs publics, un pari d'autant plus risqué que le consensus social s'écarte des objectifs poursuivis. Dès lors, comment, tout à la fois, renforcer la légitimité de l'action publique et satisfaire les revendications d'autonomie normative émises par les partenaires sociaux ? S'agissant des niveaux décentralisés – branches et entreprises –, impliquer les négociateurs dans la mise en œuvre d'objectifs publics nécessite la définition d'obligations précises. À défaut, on l'a vu, le risque est grand que les acteurs usent de la liberté qui leur est accordée à des fins autres que celles visées par les normes – légales ou conventionnelles – ou bien concluent des accords au contenu purement déclaratoire. Au fond, la question posée est celle des conditions d'une régulation efficace. Toute la difficulté réside sans doute dans le positionnement du curseur entre interventionnisme étatique et liberté des acteurs. Au niveau national et interprofessionnel, il semble qu'un partage clair des compétences s'impose entre ce qui relève de l'intérêt général et donc des pouvoirs publics et ce qui relève de l'autonomie collective. Cela ne signifie pas qu'il doit y avoir une étanchéité parfaite entre ces deux domaines. La montée de la démocratie sociale implique certainement une association des acteurs au processus d'élaboration de la norme publique, mais les pouvoirs publics doivent rester maîtres d'œuvre. Pour cette raison, le procédé de la concertation, dont les champs temporel et matériel sont fixés par le ministre compétent, apparaît dans cette hypothèse le plus pertinent. Inversement, il n'est pas exclu que les partenaires sociaux aient besoin d'une validation de leur action par les pouvoirs publics. Reste que cette solution se heurte à deux difficultés majeures. En premier lieu, celle relative aux bornes d'un tel partage de compétences – partage *in abstracto* ou au cas par cas ? –. En second lieu, celle des conditions requises pour l'exercice d'une réelle autonomie normative par les partenaires sociaux et l'on retrouve ici la question très actuelle de leur représentativité..., d'autant que le périmètre des compétences octroyées aux partenaires sociaux est intimement lié à leur légitimité.

---

Note 1 Cette contribution prolonge une intervention faite lors des Journées du réseau « Politiques sociales, protection sociale et solidarités » : *La légitimité des politiques sociales en question*, Grenoble, 17 et 18 janv. 2008.

Note 2 Sur la situation générale de l'emploi des seniors, V. *COR*, 5e rapp., nov. 2007 ([www.corretraites.fr/IMG/pdf/doc-835.pdf](http://www.corretraites.fr/IMG/pdf/doc-835.pdf)).

Note 3 *Liaisons sociales* 13 mai 2008, 15116.– V. aussi *JCP S* 2008, act. 263.

Note 4 L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : *JO* 5 mai 2004, p. 7983 ; *JCP G* 2004, act. 238. – L. n° 2007-130, 31 janv. 2007, de modernisation du dialogue social : *JO* 1er févr. 2007, p. 1944 ; *JCP S* 2007, act. 1098.– V. J. Fr. Cesaro, *Etude* : *JCP S* 2007, 1117. – J.-D. Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social : rapport au Premier ministre* : *Doc. Fr.*, 2006. – R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales* : rapp. mai 2006 ; *JCP S* 2006, act. 183, aperçu rapide. – M.-C. Amauger-Lattes et a., *Des lois Auroux aux lois Fillon, Évolutions topiques du droit du travail*, in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, dir. J. Krynen et M. Hecquard-Théron, *Les travaux de l'IFR*, n° 2 : *PU Sciences sociales de Toulouse*, spéc. p. 137 et s.

Note 5 L. n° 2003-775, 21 août 2003, portant réforme des retraites : *JO* 22 août 2003, p. 14310 ; *JCP G* 2003, act. 411.– V. aussi *JCP S* 2005, 1171.

Note 6 J. Péliasse, *La légitimité limitée du dialogue social comme mode d'action publique. Analyses autour des 35 heures et de leur échec*, dir. L. Duclos, G. Groux et O. Mérieux, *La politique et les relations professionnelles* : *LGDJ*, 2007.

Note 7 G. Borenfreund et M.-A. Souriac, *Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective* : *Dr. soc.* 2003, p. 80.

Note 8 J. Pelisse, *op. cit.* note (6).

Note 9 F. Héas, *Les négociations interprofessionnelles relatives à la pénibilité au travail* : *Dr. soc.* 2006, p. 834. – *Quels modèles d'évaluation du travail ?*, *La définition juridique de la pénibilité au travail* : *Doc. Fr.*, *Travail et Emploi*, 2005, n° 104, p. 19.

Note 10 Y. Struillou, *Pénibilité et réforme des retraites : rendez-vous manqué ou premier pas ?* : *Dr. soc.* 2003, p. 954.

Note 11 *JO* 22 juill. 2006, p. 11002.

Note 12 Accord national interprofessionnel 2005, art. 3 et 21.

Note 13 Fin 2006, 65 accords traitant de la GPEC avaient été déposés à la DDTEFP. V. Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle, Bilan du volet mutations économiques de la loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, mars 2007.

Note 14 *Bilan préc. p. 7 et 8.*

Note 15 C'est ce que l'on pourrait reprocher par exemple à l'accord du groupe Schneider Electric France du 6 mars 2008 (*Liaisons sociales 19 mars 2008, 15081*).

Note 16 V. par ex. : *Accord du groupe chimique Arkema, 23 juill. 2007 : Liaisons sociales 11 janv. 2008, 15033.* – *Accord de la papeterie Saica Vénizel, 23 oct. 2007 : Liaisons sociales 30 oct. 2007, 14983.* – *Accord Aldes, 27 juin 2007 sur la diversité des âges chez : Liaisons sociales 2 août 2007, 14925.* – *Accord du groupe Saint-Gobain, 19 mars 2008 : Liaisons sociales 1er avr. 2008, 15089.*

Note 17 Citons toutefois, l'avenant du 21 juin 2007 sur l'emploi des seniors et les salaires dans l'industrie des produits alimentaires élaborés (*Liaisons sociales 7 sept. 2007, 14946*). – Accord du 25 septembre 2007 sur le développement de l'emploi des seniors dans les industries charcutières (*Liaisons sociales 4 janv. 2008, 15028*).

Note 18 On constate cependant que, globalement, l'accès à la formation professionnelle continue des seniors – entendus comme les plus de 45 ans – augmente. Il est vrai que l'amélioration concerne aussi les catégories d'âge, à savoir les moins de 25 ans et les 25-44 ans. Difficile dans ces conditions de conclure à une prise de conscience des entreprises relative plus spécifiquement à la question de l'emploi des seniors (*Concl. Étude Ambroise Bouteille et associés, bilan 2006 de l'accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003 : lesechos.fr/info/France/300261947.htm*).

Note 19 T. Barnay, *Pénibilité du travail, santé et droits d'accès à la retraite : Doc. Fr., Retraite et société 10/2005, n° 46, p. 170.* – Y. Struillou, *Pénibilité et retraite, rapp. présenté au COR, 2003.*

Note 20 V. F. Héas, *Les négociations interprofessionnelles relatives à la pénibilité au travail : Dr. soc. 2006, p. 834.*

Note 21 F. Favennec-Héry, *L'accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors : un premier pas : JCP S 2005, 1329.* – V. également Ch. Willmann, *Promouvoir le « vieillissement actif » : les modestes propositions des partenaires sociaux : Dr. soc. 2006, p. 114.*

Note 22 Ch. Willmann, *art. préc. note (21).*

Note 23 Définis par les accords nationaux interprofessionnels du 20 septembre et du 5 décembre 2003 relatifs à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie (*art. 7 et s.*)

Note 24 Y. Struillou, *rapp. préc. note (19).*

Note 25 Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 05-12.816 : *JurisData n° 2006-036792 ; Bull. civ. 2006, V, n° 412.* – B. Bossu, *Mise à la retraite et discrimination fondée sur l'âge du salarié : JCP S 2007, 1244 ; Dr. soc. 2007, p. 243, note P. Chaumette ; RDT 2007, p. 238, note I. Desbarats ; JCP E 2007, 1241, note F. Duquesne.*

Note 26 Donc, en principe entre 60 et 65 ans.

Note 27 Ainsi, selon J. Pélissier, « comment reconnaître à des employeurs le droit de mettre à la retraite des salariés que la loi incite à poursuivre leur travail dans leur intérêt et dans celui de la collectivité ? (...) Puisque le législateur prévoit un mécanisme permettant aux salariés âgés de plus de 65 ans d'améliorer leur retraite en continuant de travailler, il est illogique d'autoriser les employeurs de les priver de cette possibilité en l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement » (*Âge et perte d'emploi : Dr. soc. 2003, p. 1061*).

Note 28 Selon les termes de F. Meyer, « Synthèse de l'analyse des 30 accords professionnels mettant en œuvre la dérogation prévue à l'article 16 de la loi du 21 août 2003 » ([www.dialogue-social.fr/print.php3?id\\_article=101](http://www.dialogue-social.fr/print.php3?id_article=101)).

Note 29 J. Pélissier, *art. préc. note (27)*.

Note 30 OCDE, *Vieillesse et politiques de l'emploi*, France, 2005.

Note 31 *L. n° 2007-1786, 19 déc. 2007, de financement de la sécurité sociale pour 2008 : JO 21 déc. 2007, p. 20603. – V. D.O 2007, n° 45, act. 20.*

Note 32 R. Pellet, *Leçons de droit social : Sirey, 2005, p. 225.*