

Réflexions sur l'effectivité de l'emploi des seniors

Le thème initial de mon intervention était "l'effectivité de l'emploi des seniors", c'est à dire la recherche des conditions dans lesquelles les seniors pourront revendiquer et obtenir l'exercice effectifs des droits mis en place par l'ensemble des textes en faveur de leur emploi.

Très vite j'ai constaté que le sujet était difficile à cerner, à introduire.

J'ai, donc, d'abord, **réfléchi sur cette difficulté** d'appréhender la question posée en termes simples et à des niveaux précis et concret.

J'ai ensuite tenté d'analyser le degré d'adaptation des moyens employés à l'objectif d'effectivité du dispositif.

Deux axes, donc.

Le premier axe : penser les difficultés de cerner la question des droits des seniors.

1^{ère} difficulté: les contradictions de l'ordre public économique, d'une part, du marché et du dialogue social de l'autre.:

1^{ère} constatation: L'emploi des seniors est une préoccupation récente exprimée principalement par l'Etat:

Si la France se caractérise par un taux d'emploi des personnes âgées de 55 à 64 ans parmi les plus faibles d'Europe, cette situation est représentative des résistances fortes renforcées par des années de consensus entre les pouvoirs publics et les partenaires sociaux.

Au coeur des résistances: les pré retraites, longtemps entendues comme mode de gestion ordinaire des effectifs; en période de crise la mise en place des pré retraite demeure une réponse consensuelle au problème d'ajustement des effectifs.

L'Etat et les acteurs sociaux ont longtemps cheminé ensemble dans cette même pratique liée aussi à l'idée du travail partagé.

Ce n'est que depuis quelques années que les pouvoirs publics, confrontés à la question de la pérennité des retraites, ont pratiqué un revirement, d'abord timide puis affirmé.

Le revirement du législateur est récent et déterminé par des considérations essentiellement économiques. Il succède à des petits pas hésitants, comme ceux de la loi du 21 août 2003 qui avait mis en place une interdiction molle des mise à la retraite d'office avant 65 ans assortie de quatre exceptions dont la quatrième renvoyait à l'accord collectif. Accord collectif précisément dont la pratique a ruiné l'autorité de la nouvelle règle qui n'était demeurée que l'exception.

La loi du 28 août 2006 a permis de déroger aux conditions générales de validité des contrats à durée déterminée pour les personnes âgées de plus de 57 ans et inscrites comme

demandeur d'emploi depuis plus de trois mois ou bénéficiant d'une convention de reclassement personnalisé; cette loi a innové. Mais quels en ont été les effets? Les auteurs indiquent qu'ils sont marginaux.

Ce n'est qu'avec l'entrée en vigueur de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 que les dérogations conventionnelles à l'âge légal de la mise à la retraite sont interdites. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2008 prévoit l'assujettissement de toute indemnité versée par l'employeur à l'occasion de la mise à la retraite d'office d'un salarié à une contribution patronale affectée à la CNAV et pénalise ce mise à la retraite avant 65 ans. Ces textes s'accompagnent de plusieurs actions: mise en place d'un barème de surcôte progressif, suppression définitive de la contribution Delalande (suppression pour le moins ambiguë dans ses conséquences et remplacée ensuite) , assouplissement des conditions de cumul emploi-retraite, pénalités des entreprises en matière de préretraites d'entreprise, instauration d'une contribution patronale sur les indemnités versées en cas de mise à la retraite d'office d'un salarié, suppression progressive de la dispense de recherche d'emploi.

2^{ème} constatation: la volonté de favoriser l'emploi des seniors a été jusqu'ici peu exprimée par les partenaires sociaux:

La loi de programmation pour la cohésion sociale de 2005 dite loi Borloo avait fait de la négociation sur l'emploi des seniors l'une des composantes de la gestion prévisionnelles des emplois et des compétences. Dans le cadre de l'application de l'accord interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur accès, leur maintien, leur retour à l'emploi un plan d'action 2006-2010 a été mis en place. Mais les auteurs soulignent tous l'absence de mesures concrètes, d'instruments spécifiques pour favoriser l'employabilité des seniors, la portée limitée des documents conventionnels. Les partenaires sociaux sont apparus comme n'apportant qu'un soutien tiède à l'action publique. Tout au contraire, plusieurs accords de branche sont apparus contraires aux objectifs publics, caractériser des défournements des objectifs publics.

C'est la raison pour laquelle la loi du 17 décembre 2008 loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 dispose qu'à compter du 10 janvier 2010 les entreprises d'au moins 50 salariés devront être dotées d'un accord collectif ou d'un plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés sous peine d'une sanction financière particulière. Les décrets du 20 mai 2009 et la circulaire du 9 juillet 2009 relative aux accords et plans d'actions en faveur de l'emploi ont précisé les modalités d'application de cette loi.

2^{ème} difficulté: identifier la vraie nature des textes:

La question de l'emploi des seniors est devenue "une grande cause " nationale en raison des enjeux en matière d'équilibre de régimes de retraite. Jusqu'à une date récente, les seniors étaient principalement une variante d'ajustement. Les partenaires sociaux, le monde du travail avaient peu privilégié la question du travail des seniors; arrêtons nous un instant sur cette conséquence structurelle de la logique du marché.

Ainsi, des considérations extérieures et supérieures aux logiques du monde du travail, au marché, à la compétitivité, au dialogue social , tirées de l'ordre public social ont prévalu.

Il s'agit d'un cas exemplaire de volonté de régulation par le droit.

Mais pas par un droit qui tranche seulement sur des questions simples par des réponses simples (âge de mise à la retraite, surcôte des retraites, cumul emploi retraite, contrat à durée déterminée seniors). Mais un droit qui renvoie aussi à des “bonnes pratiques” de gestion.

Comment analyser, en effet, le contenu des accords comportant des dispositions favorables au maintien dans l’emploi et au recrutement en tenant compte des domaines d’actions: recrutement, anticipation de l’évolution des carrières professionelles, amélioration des conditions de travail et prévention de pénibilité, développement des compétences et des qualifications et accès à la formation, aménagement des fins de carrière, transmission des savoirs et des compétences?

La lecture du rapport d’études de l’ANACT sur les bonnes pratiques des entreprises de septembre 2009, du recueil des missions d’audit de Vigeo réalisé de décembre 2008 à 2009 met en évidence que sont nécessaires:

- une volonté ferme exprimée au sommet de l’entreprise de déconstruire une culture de la préretraite,
- une vision renouvelée du management, de la compétence et de la performance soutenue par toutes les fonctions de l’entreprise,
- le renforcement de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, des fins de carrière, de la pénibilité,
- des dispositifs de contrôle et des indicateurs.

Caractérisées par une révolution culturelle, les pratiques imposent dans les différents domaines d’action des mesures concrètes, diverses qui s’entrecroisent, en réseau. L’analyse des bonnes pratiques en question met en évidence que les enjeux sont d’ordre économique et social et que l’entrée du diagnostic local est rarement les seniors en tant que tels mais une problématique d’entreprise en lien avec les questions de stratégie et de performance.

L’étude de l’ANACT souligne l’importance de la situation de chaque entreprise (situation financière, pénibilité, nature des emplois, qualification requise), l’importance d’articuler les approches Santé et RH et de mettre en place des démarches pluridisciplinaires associant plusieurs fonctions dans l’entreprise, notamment les Ressources Humaines, la Médecine du travail, l’encadrement, les préventeurs. Les gisements de progrès se situent en réalité dans l’organisation du travail, alors que les seniors n’ont pas nécessairement à être d’emblée ciblés. Le rapport de l’ANACT conclut ainsi: “Aborder la question des seniors dans l’entreprise doit contribuer à modifier la manière de penser l’organisation du travail et le modèle de performance de l’entreprise. Pour que la démarche de maintien produise ses effets, il faut accepter de déstabiliser et de reconstruire les principes établis au sein de l’organisation. Cette capacité à apprendre, à anticiper les situations et à revoir son mode de fonctionnement contribue généralement à la performance de l’entreprise.”.

3^{ème} difficulté: quelle est la nature des obligations de l’employeur et des partenaires sociaux, des droits des seniors?

Voilà, donc, que la loi impose aux entreprises de se moderniser, de se doter d’indicateurs, signifiant que la modernisation est en marche. Est-il sûr que la valeur symbolique d’un tel texte ait été perçue complètement en termes d’atteinte au pouvoir de direction? Certains auteurs l’ont dit.

Autant un texte comportant des obligations précises et détaillées et/ou des interdictions appelle des réponses simples autant des textes qui renvoient à des “bonnes pratiques” appellent l’aléa, des boucles étranges faites de récursivités entre niveaux d’analyse. (Selon l’expression de J Commaille).

L’aléa, le complexe, sont consubstantiels au contexte normatif sur le travail des seniors. Dans le même temps, la loi, pourtant, renvoie à des objectifs chiffrés et à des indicateurs. Elle impose une validation par l’autorité administrative. Elle crée des pénalités. Elle étend à la matière la procédure de rescrit. Elle multiplie les possibilités de recours par les acteurs sociaux (employeurs et syndicats), les salariés, les candidats à l’emploi. Elle multiplie les cadres procéduraux (tribunaux administratifs, conseil d’Etat, conseil des prud’hommes, tribunaux de grande instance, tribunal des affaires de sécurité sociale (?) ...) renvoie à l’aléa et à la validation des accords par le ministre ou le préfet. Elle introduit la possibilité pour le juge d’analyser le comportement de l’employeur dans sa manière de se comporter en tant que chef d’entreprise et au regard des spécificités de son entreprise, du marché, des conditions de travail, de la structure de son personnel. C’est dire l’ampleur de la tâche.

Ces qualités essentielles de la norme qui portent l’autoritaire mais aussi le flou, l’aléa, le global, le politique, la gestion ne peuvent que donner lieu à des situations et des contentieux marqués par cette constatation originelle. Comment et par quel raisonnement, le juge, le préfet assoiront ils leur décision?

4^{ème} difficulté: penser le long terme dans un monde mouvant et en période de crise économique.

Si les seniors ont fait consensus en cas de difficultés économiques comme variable d’ajustement, comment penser une modification radicale des comportements en période de crise économique? La loi qui renvoie à la négociation n’existe que parce qu’il y a eu faillite de la négociation.

Le fait de conclure des accords sur plusieurs années suppose pour que les objectifs engagent que le contexte soit connu et demeure stable. Qu’en est-il en période de crise, alors que ce qui caractérise le droit est sa mouvance, son caractère éphémère? Comment concilier organisation à long terme, objectifs et incertitude économique et législative?

La question des seniors devient, alors, une question politique pour l’entreprise et dépasse celle des seniors.

La difficulté d’aborder la question résulte, sans aucun doute, de la méthode globale choisie, du timing très bref imposé, de l’existence de pénalités, du décalage entre bonnes pratiques et objectifs chiffrés.

Le 2^{ème} axe: les mesures adoptées sont elles de nature à rendre effectives les mesures en faveur de l’emploi des seniors?

Le législateur a, très longtemps, d’une part tendu à surfer sur la ligne de crête entre règles générales et dérogations (l’exemple des contrats à durée déterminée), l’affirmation des principes et la dérogations aux principes.

Depuis la LFSS 2008, mais surtout depuis la LFSS 2009, il a mixé démarche normative traditionnelle par le droit qui impose et une méthode issue du droit communautaire qui tend à diluer les obligations dans des bonnes pratiques. Il a mélangé obligation de résultat et obligation de moyens.

Il a créé un ensemble complexe dont les capacités d'efficacités doivent être analysées.

1^{ère} observation: les textes favorisant l'emploi des seniors ne paraissent pas se heurter au principe de non discrimination:

L'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 donne la possibilité aux États membres de prévoir, dans le cadre du droit national, certaines formes de différence de traitement fondée sur l'âge lorsqu'elles sont « objectivement et raisonnablement » justifiées par un objectif légitime, tel que la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Il impose aux États membres la charge d'établir le caractère légitime de l'objectif invoqué à titre de justification à concurrence d'un seuil probatoire élevé.

La directive ne contient aucune liste limitative des motifs aptes à justifier une discrimination fondée sur l'âge si ce n'est qu'ils doivent être légitimes. Il suffit que le contexte factuel et légal de la mesure en cause permette au juge d'identifier tant l'objectif poursuivi que les effets raisonnablement attendus sans qu'il soit nécessaire que la décision se rattache à un type de discrimination expressément autorisé. Il reste que l'État doit supporter la charge de cette preuve.

La position de la CJCE conforte le choix de la France d'une transposition relativement ouverte de la directive du 27 novembre 2000 dans l'article L 1133-2 CT. La loi du 27 mai 2008 adopte le concept communautaire de la discrimination, élargit les domaines dans lesquels elle est interdite et le nombre de motifs légitimes qui l'effacent.

Un État peut permettre aux employeurs d'établir l'existence d'un motif légitime pour fonder une discrimination à condition qu'il soit conforme à ceux visés par les articles 6, § 1, et 2, § 2, b, i, de la directive ; or, seuls des motifs d'intérêt général peuvent justifier une discrimination fondée sur l'âge ; la satisfaction d'intérêts propres aux entreprises ne saurait suffire sauf si elle concourt à la réalisation de tels objectifs supérieurs. L'État peut déléguer aux entreprises un tel pouvoir d'appréciation dès lors que son exercice participe à la mise en oeuvre d'une politique sociale avérée. Compétence est donc reconnue au juge français pour apprécier ces concepts dans le respect des finalités d'intérêt général et non particulières définies par la Cour de Luxembourg.

Ce type de contentieux sur la mise à la retraite d'office, par exemple, semble cependant destiné à se réduire depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009. Est en effet reconnu au salarié le droit de s'opposer, jusqu'à l'âge de 70 ans, à sa mise à la retraite d'office par l'employeur ; l'âge légal de la retraite se trouve ainsi dissocié de l'âge de la mise à la retraite d'office.

Par ailleurs, les dispositifs dissuasifs et autoritaires (surcôtes, pénalités, suppression de la dispense de recherche d'emploi) ou incitateurs (cumul emploi-retraite) créent

aujourd'hui un environnement fortement directif.

2^{ème} Observation: La conclusion d'accords comportant objectifs chiffrés et domaines d'actions en rapport avec l'emploi des seniors est adaptée à la lutte contre certaines pratiques ayant pour objet de rompre le contrat de travail:

L'augmentation des licenciements des seniors, pour motifs économiques, pour faute grave, pour inaptitude est mise en évidence par bien des auteurs et par une étude statistique de la DARES.

L'utilisation de clauses de mobilité géographique ou fonctionnelle, l'insuffisance des résultats, la détermination des ordres de licenciement, le dévoiement des licenciements pour faute grave suivies de transactions, sont autant de possibilité de pousser un salarié à bout, ou à la faute; cela existe parfois. Malheureusement.

Parfois c'est le salarié qui ne se sent plus bien dans son travail et qui veut partir.

A toutes ces situations faites de fatigue, de crispation, de sentiment d'inadaptation à l'évolution de l'entreprise, de ses mentalités, les textes purement contraignants sont de peu d'efficacité.

Allonger la vie professionnelle sans remédier à la pénibilité, à l'inadaptation née du manque d'employabilité, équivaut à jeter les seniors dans l'inaptitude, l'insuffisance professionnelle, le mal être au travail.

C'est ici qu'apparaît l'intérêt d'imposer l'adoption d'accords ou plans d'actions comportant des domaines d'action précis sur l'aménagement des fins de carrière, la prévention de la pénibilité, le développement des compétences, la formation..;

C'est ici que les indicateurs et le contrôle permettront de mettre en évidence non seulement les décisions discriminatoires mais également les comportements discriminants dans la durée et qui structurellement excluent.

C'est ici que l'inventaire des pratiques ayant cours dans l'entreprise permettra de déterminer si elles sont des bonnes ou des mauvaises pratiques.

C'est ici que les salariés disposeront d'un mode de preuve très fort et convaincant en cas de contentieux.

3^{ème} observation: La transposition au niveau national d'un mode d'élaboration communautaire modifie la nature de la norme , du contrôle par l'administration et par le juge.

La méthode ouverte de coordination (MOC) s'inscrit dans un ensemble social communautaire marqué par ses limites textuelles même élargies par l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice des Communautés européennes. Le déficit social demeurant fort dans le droit de l'Union européenne et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989 avait pour ambition de combler partiellement cette carence. Devant la réticence des États à étendre les droits sociaux au niveau communautaire, d'autres instruments de travail ont été inventés pour sortir la politique

sociale de son carcan normatif. La protection sociale a été, sans doute, le domaine le plus approprié. La Commission, malgré la limite des textes communautaires en la matière, chercha le moyen de coordonner la politique de la protection sociale afin de lui permettre d'accompagner les évolutions économiques des États de l'Union et de prendre en considération les effets multiples de la longévité humaine en Europe. Les propositions de la présidence portugaise lors du Conseil européen de Lisbonne se présentèrent, non en rupture avec les recherches de nouvelles modalités normatives, mais en continuité. Le Conseil européen décida de privilégier l'économie de la connaissance, la modernisation de la protection sociale et d'instaurer une méthode de coordination ouverte.

Cette initiative avait pour ambition de renforcer les liens entre les États membres par une méthode souple, la Méthode Ouverte de Coordination (MOC), tout en conservant le cadre institutionnel existant. La MOC se présente donc non en rupture avec les forces normatives contraignantes mais en complémentarité pour « surmonter les oppositions existantes au sein de la majorité des États contre l'augmentation des compétences communautaires ».

La méthode ouverte de coordination est souvent présentée comme un nouveau mode de régulation des rapports institutionnels en Europe qui se caractériserait par sa flexibilité, l'intervention d'acteurs multiples et la mise en place de processus décisionnels autonomes et souverains.

La Commission en fait un outil de gouvernance alternatif à la législation européenne «sans porter atteinte aux dispositions du traité ni aux prérogatives du législateur ». Le contenu de la méthode est ainsi explicité : étalonnage, indicateurs communs aux différents États ou aux représentants de la société civile ou professionnelle, référentiels de bonnes pratiques, etc. Il s'agit donc d'adopter des stratégies normatives en fonction des intérêts en présence. La question s'est alors posée de l'intégration de la méthode ouverte de coordination dans le domaine de la norme relevant du qualificatif . .

La MOC participe à l'émergence de la norme car elle agrège des actes atypiques mais qui, par leur répétition, changent de nature et intègrent un processus décisionnel.

Si la MOC est, a priori, étrangère à toute obligation de résultat dans la mise en oeuvre de nouvelles politiques sociales, la systématisation de son utilisation change, en réalité, sa portée. Les politiques initiées en matière d'emploi démontrent les effets itératifs de la méthode employée. Celle-ci crée un consensus sur des notions sociales comme l'allongement de la durée d'activité professionnelle, la « flexicurité » ou l'inclusion sociale active. De telles notions ont irrigué la littérature générale de la Commission et les travaux du Parlement européen.

A mon sens, les textes dont nous parlons aujourd'hui s'inscrivent clairement dans les objectifs et les lignes directrices élaborées dans le cadre de la MOC. Instrument théoriquement non juridiquement contraignant, cette méthode constitue dorénavant un maillon préalable d'émergence de la norme.

La MOC n'apparaît donc pas comme un mode alternatif d'élaboration de la norme sociale mais comme une technique complémentaire de politique sociale européenne.

La question est de savoir si les textes de droit interne sont une réplique de la MOC,

auquel cas leur caractère non contraignant prédomine, ou s'ils sont une déclinaison interne normative de la MOC assortie de la contrainte et de l'effectivité. La possibilité de recours et la jurisprudence donneront bien vite une réponse sur ces points. Toutefois, à mon sens, l'obligation pour l'employeur d'exécuter de bonne foi les contrats lui imposera de justifier comment il a tout mis en oeuvre pour respecter les obligations diverses posées par l'accord ou le plan. Le contentieux des seniors devrait se développer et donner lieu à des débats très techniques sur l'effectivité des efforts de l'employeur en matière de maintien des seniors au travail chaque fois qu'un salarié estimera que sa situation personnelle a pu être impactée par des considérations liées à son âge et par la cécité de l'employeur à mettre en place des actions lui facilitant le maintien au travail.

Ainsi, la méthode utilisée pour favoriser l'emploi des seniors pourrait être à l'origine de l'extension du contrôle apporté par l'administration et par le juge aux règles générales d'organisation dans l'entreprise et caractériser ainsi un recul net du principe du domaine réservé à l'entrepreneur dans la direction de son entreprise. L'effectivité des droits des seniors pourrait être à cette condition.

Conclusion:

La question de l'emploi des seniors, parce qu'elle remet en cause des pratiques anciennes touchant à l'organisation du travail, transforme le processus d'élaboration de la loi et de la norme, tient compte des pratiques communautaires, tend à encadrer le dialogue social, tend à complexifier le droit du travail et à créer des obligations en termes de bonnes conduites.

Situation complexe dans laquelle cohabitent :

- d'une part, les logiques de marchés et de rentabilité avec les excès qui en résultent sur la pénibilité, le stress, les politiques de restructuration, de coût du travail,
- d'autre part la recherche des équilibres des comptes sociaux, la recherche de la protection des droits fondamentaux.

L'environnement juridique de l'emploi des seniors comporte toutes les marques de cette complexité. Il préfigure les contradictions et les contraintes des droits modernes.

La multiplication des possibilités de saisir les juridictions, la dimension globale de la LFSS pour 2009, la multiplicité des textes en faveur de l'emploi des seniors, les difficultés rencontrées par les seniors en matière de maintien et d'accès à l'emploi généreront inévitablement des contentieux qui imposeront au juge administratif ou judiciaire d'examiner et analyser les modalités d'exécution des accords ou des plans d'action, les caractéristiques de l'entreprise au regard de la question de l'emploi des seniors, les actions mise en place et leurs traductions chiffrées, les décisions en matières d'embauche, de licenciement pour inaptitude, de gestion des carrières.

Les pouvoirs publics ont mis en place un environnement très contraignant et créateur de bonnes pratiques identifiées mettant en évidence les modes de gestion par chaque entreprise des seniors. Cette mise en évidence permet le contrôle et l'exercice effectifs des droits des seniors avec, à mon avis, la possibilité de l'émergence d'un contentieux global d'un nouveau type caractérisé par sa complexité et la recherche de la bonne gouvernance de

l'employeur?