



Chronique 192

La prévention du risque d'inemployabilité des seniors : ce que peut le droit de la formation

Actualité de la question

1. Dès sa mise en place au début du mois d'octobre 2024, le gouvernement a adressé aux partenaires sociaux une invitation à ouvrir une négociation interprofessionnelle sur l'assurance-chômage et l'emploi des seniors¹. L'invitation n'évoque ni la formation ni la reconversion professionnelle des seniors. La question du compte épargne temps universel (CETU) a également été écartée de la liste des thèmes proposés à la négociation.

2. Certes, la problématique de l'emploi des seniors ne se résume pas à la formation professionnelle, loin de là. Elle renvoie à l'existence d'emplois en nombre suffisant, à leur qualité, aux stratégies des entreprises, à l'aménagement des conditions d'accès à la retraite... Le projet de texte que le MEDEF et la CPME viennent de soumettre à la négociation le 28 octobre dernier répond à cette invitation. Il s'inspire largement de l'accord inabouti sur le pacte de la vie au travail et n'évoque la formation professionnelle que de manière marginale².

3. Toutefois la formation professionnelle tout au long de la vie, peut être sollicitée pour assurer la couverture de divers risques auxquels sont exposés les salariés, et singulièrement les seniors dans les dernières années de leur vie professionnelle. Il en va ainsi des risques d'obsolescence des connaissances et des compétences, d'usure professionnelle et de pénibilité, et enfin de perte d'emploi. L'ouverture d'une réflexion sur la couverture des risques d'inemployabilité auxquels sont exposés les seniors permettrait sans doute d'améliorer la performance, pour l'essentiel à droit et à financement constant.

I. Problématiques juridiques

4. À propos de l'autonomie des partenaires sociaux. Les limites proposées par le gouvernement dans l'invitation à négocier ne sauraient interdire aux partenaires sociaux, en vertu du principe de liberté contractuelle, de remettre sur le métier des mesures structurelles d'ores et déjà débattues à l'occasion de la négociation inaboutie sur le pacte de la vie au travail³. Il n'est pas non plus interdit au gouvernement de s'en saisir dès lors que la procédure de l'article premier du code du travail a été respectée, sous la forme d'une négociation interprofessionnelle, fût-elle partiellement inaboutie. L'élargissement du périmètre de la négociation interprofessionnelle sur l'emploi des seniors qui s'ouvre serait d'autant plus

¹ Lire sur AEF info : « [Les partenaires sociaux sont officiellement invités à rediscuter sur l'assurance chômage et l'emploi des seniors](#) »

² Lire sur AEF info : « [Emploi des seniors : ce que contient le premier projet d'accord patronal adressé aux organisations syndicales](#) »

³ Chronique 189. L'échec de la négociation interprofessionnelle sur le pacte de la vie au travail, à lire sur AEF info : « [Pacte de la vie au travail : analyse juridique d'un échec et suggestions pour le "lobbying" paritaire \(J.-M. Luttringer\)](#) »

pertinent qu'il n'y a pas lieu de créer des dispositifs nouveaux mais d'aménager les conditions de l'optimisation de ceux qui existent d'ores et déjà dans le code du travail.

5. À propos du risque d'inemployabilité des seniors : on ne naît pas senior et inemployable, on le devient. L'allongement tendanciel de la durée de la vie professionnelle en raison de la réforme des retraites accroît le risque d'inemployabilité des seniors dû à l'accumulation des facteurs d'obsolescence des connaissances et des compétences, d'usure professionnelle, de pénibilité...

6. À propos de la couverture du risque par l'employeur. S'agissant d'un risque auquel sont exposés les salariés, liés à l'employeur par un contrat de travail dont le critère distinctif est la subordination juridique, il appartient à ce dernier de prendre les mesures nécessaires à la couverture du risque d'inemployabilité. En vertu de la loi et de la jurisprudence, il est en effet « tenu de veiller à la capacité du salarié à occuper un emploi ». Il pourra s'en acquitter d'une part par des entretiens professionnels périodiques et d'autre part par des mesures de formation, notamment d'adaptation au poste de travail et de développement des compétences. Dans certaines limites, il pourra également mobiliser des dispositifs de reconversion professionnelle.

7. À propos du droit d'initiative des salariés. Symétriquement, aussi bien la loi que la jurisprudence reconnaissent au salarié un droit d'initiative en vue d'une formation ou d'une reconversion professionnelle. Ce « droit – liberté », qui échappe à l'injonction de se former prononcé par l'employeur trouve sa traduction juridique dans plusieurs dispositifs dont le CPF, le projet de transition professionnelle, la démission pour motif légitime à des fins de reconversion professionnelle, la possibilité d'une formation de reconversion en cas de pénibilité, ainsi que le bénévolat et l'engagement citoyen qui offrent des occasions d'acquérir des compétences transférables dans le milieu professionnel.

8. À propos de l'allocation des ressources. Les ressources financières pour assurer la couverture du risque d'inemployabilité des seniors se caractérisent par leur diversité. Elles peuvent en effet être issues :

- des fonds propres de l'entreprise pour différents types de formations obligatoires liées à la sécurité, l'usure professionnelle, l'adaptation à l'emploi et le développement des compétences,
- des fonds mutualisés également en provenance des entreprises dus au titre de la formation professionnelle, affectés notamment au CPF, au conseil en évolution professionnelle et au projet de reconversion professionnelle,
- des cotisations au titre de l'assurance-chômage permettant notamment le financement de la démission pour motif légitime au titre de la reconversion professionnelle,
- des cotisations versées aux régimes accidents du travail dont les excédents sont affectés à des actions notamment de formation liée à l'usure professionnelle
- des cotisations versées la sécurité sociale dont une partie permet le financement du risque de pénibilité à travers le C2P
- des contributions publiques font national pour l'emploi (FNE).
- Deux contributions publiques au titre du bénévolat et de l'engagement citoyen affecter au compte engagement citoyen (CEC) –
- des contributions des usagers sous la forme d'un reste à charge notamment au CPF

- de l'épargne temps pour les salariés qui bénéficient aujourd'hui d'un CET compte épargne temps, et pour tous les salariés dans l'hypothèse de création du compte épargne temps universel dont tout ou partie peut être affectée, à l'initiative de bénéficiaires projet de reconversion professionnelle.

9. Cet inventaire met en lumière le fait que le financement du risque d'inemployabilité des seniors grâce à la formation et la reconversion professionnelle n'impacte le budget de l'État que de manière marginale. La question posée est celle de l'optimisation à droit constant de l'allocation des ressources pour l'essentiel disponibles. Ces postulats conduisent à préciser plus avant la responsabilité respective de l'entreprise et de celle du salarié dans la traduction opérationnelle des problématiques juridiques évoquées ci-dessus.

II. L'obligation de l'employeur de veiller à la capacité du salarié à occuper un emploi

10. L'accord inabouti sur le pacte de la vie au travail proposé par le MEDEF et la CPME aborde la question de la couverture du risque d'inemployabilité des seniors à travers une nouvelle approche des entretiens professionnels dénommés « de bilan et de perspectives ». Ceux-ci sont organisés à l'initiative de l'employeur à des moments pivots de la vie professionnelle d'un salarié, quelle que soit son ancienneté dans l'entreprise : dans l'année qui suit respectivement ses 35ème, 45ème, 55ème puis 60ème anniversaires. - L'entretien de bilan et perspectives professionnelles réalisé dans l'année qui suit le 35ème anniversaire est particulièrement axé sur les perspectives d'évolution professionnelle ; L'entretien de bilan et perspectives professionnelles réalisé dans l'année qui suit le 45ème anniversaire permet, le cas échéant, d'aborder l'adaptation de ses missions et de son poste de travail, la prévention de situation d'usure professionnelle, ses souhaits de mobilités ou de reconversion professionnelle ; - Enfin les entretiens de bilan et perspectives professionnelles dans l'année qui suit les 55ème et 60ème anniversaires permettent éventuellement d'aborder les perspectives de fin de carrière et de transition vers la retraite. Dans ce dernier cas, le salarié peut, à sa demande, et dans le strict respect de ses données personnelles, faire le point avec son employeur ou son représentant sur ses intentions quant à son horizon de retraite et évoquer à cette occasion les dispositifs permettant d'organiser sa fin de carrière. Ces dispositions pourraient utilement être retranscrites dans le code du travail.

11. La jurisprudence relative aux entretiens professionnels ainsi qu'aux obligations de formation à la charge de l'employeur permet de mieux apprécier la réalité juridique de « l'obligation d'employabilité à la charge de l'employeur ». En voici quelques exemples. La chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît le caractère obligatoire de ces entretiens. Le salarié n'est en effet pas tenu de requérir leur organisation, celle-ci relevant de la responsabilité de l'employeur⁴. Ainsi, un employeur a-t-il été condamné dans le cadre d'une procédure de référé à mettre en œuvre l'entretien professionnel sous astreinte⁵. La chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble a jugé quant à elle que le non-respect de la procédure d'entretien professionnel était constitutif d'un préjudice pouvant donner lieu indemnisation.

⁴ Cour de Cassation chambre sociale N° 18-19889. J. BARTHÉLÉMY, « Le rôle de la jurisprudence dans le droit de la formation », Dr. soc. 2014, p. 1007

⁵ Cour d'appel - Rouen - 13 avril 2023 - 22/03932.

Le préjudice réside dans le fait de ne pas être pleinement armé pour construire et faire évoluer son parcours professionnel ⁶.

12. L'obligation de veille qui s'exprime à travers l'entretien professionnel s'exprime également à travers le fait pour l'employeur de proposer au salarié une formation dans l'intervalle des entretiens professionnels. L'absence de formation peut également donner lieu selon la jurisprudence à réparation en raison du préjudice subi.

13. Le non-respect par l'employeur de l'obligation de veiller à l'employabilité du salarié par le truchement des entretiens professionnels périodiques et d'actions de développement des compétences peut également donner lieu pour les entreprises occupant plus de 50 salariés à une sanction administrative sous la forme d'un abondement correctif au CPF de 3000 €. Cette limite engendre une situation d'inégalité de droit pour près de 7 millions de salariés qui travaillent dans des entreprises de moins de 50 salariés. Il appartient au législateur de la corriger car le fondement juridique de cet abondement correctif est à rechercher dans « l'obligation de veiller à la capacité du salarié à occuper un emploi » dont doivent bénéficier tous les salariés quelle que soit la taille de leur entreprise.

14. La lecture du projet d'accord inabouti sur le pacte de la vie au travail et de la jurisprudence invite à mettre en chantier l'écriture de L'article L. 6321-1, du code du travail qui constitue le pilier juridique du droit de l'employabilité, en y mentionnant expressément la problématique de l'employabilité des seniors.

15. Voici à titre d'exemple une proposition de réécriture de cet article : « *L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail et veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. Il propose dans le cadre des entretiens professionnels périodiques au salarié des formations qui participent au développement des compétences, y compris numériques, à la lutte contre l'illettrisme ainsi qu'à la prévention de l'usure professionnelle. A l'occasion des entretiens professionnels du 45^e, 50^e, 60^e anniversaire, il propose aux salariés concernés des actions de formation ayant pour objet une reconversion professionnelle au sein de l'entreprise* ».

16. En même temps que le code du travail met à la charge de l'employeur l'obligation de veiller à la capacité des salariés à occuper un emploi, il affirme et organise un droit d'initiative des salariés ayant pour objet la couverture du risque d'inemployabilité.

III. La couverture du risque d'inemployabilité à l'initiative des salariés

17. Le mouvement de fond de personnalisation du droit de la formation professionnelle enregistré ces dernières décennies se traduit par la diversification des dispositifs juridiques de formation de reconversion professionnelle à l'initiative des salariés, et notamment les seniors.

18. En effet relèvent de l'initiative du salarié le recours au conseil en évolution professionnelle, au projet de transition professionnelle ainsi qu'à la démission pour motif légitime.

⁶ N. MAGGI-GERMAIN, « L'entretien professionnel : de l'outil managérial au dispositif juridique instrument des politiques publiques de l'emploi », Les Cahiers Sociaux, n°267, p. 597. Voir aussi JML conseil chronique 141. L'abondement correctif au CPF, épée de Damoclès pour les entreprises occupant 50 salariés et plus

19. Relève également de la liberté d'initiative la mobilisation des ressources disponibles sur les comptes personnels ouverts aux salariés : le compte personnel de formation (CPF), le compte prévention de la pénibilité (C2P), le compte engagement citoyen (CEC). Il en va de même pour les salariés qui disposent d'un compte épargne temps (CET), en application d'un accord de branche ou d'entreprise, et peut-être bientôt du compte épargne temps universel (CETU) ouvert à tous les salariés.

20. Ces « droits – liberté » sont ouverts à tous les ayants droits à différents moments de leur vie professionnelle. Toutefois, s'agissant de la reconversion professionnelle, ils auront vocation à être mobilisés dans la seconde partie de la carrière professionnelle comme le souligne le texte du MEDEF et de la CPME sur le pacte de la vie au travail dans les objectifs fixés à l'entretien professionnel du 45^e et du 50^e anniversaire.

21. Les partenaires sociaux pourraient utilement faire des propositions en vue de leur optimisation à l'occasion de la négociation interprofessionnelle qui vient de s'engager. Ces propositions pourraient notamment porter sur :

- L'élargissement des missions du conseil en évolution professionnelle à la couverture du risque d'inemployabilité des seniors.
- L'assouplissement des conditions d'accès à la démission pour motif légitime en vue d'une reconversion professionnelle (à l'occasion de la négociation sur la réforme de l'assurance-chômage)⁷.
- L'accroissement du volume des ressources financières allouées au projet de transition professionnelle, afin de permettre la prise en charge des projets remplissant les critères d'éligibilité, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.
- L'invitation faite aux branches professionnelles d'ouvrir des négociations sur les critères de pénibilité et d'engager des actions d'information-sensibilisation en faveur d'une reconversion professionnelle. En effet les statistiques relatives à l'usage du C2P montrent que les bénéficiaires de ce dispositif choisissent l'option de la retraite anticipée ou du travail à temps partiel de préférence à celle du changement de métier qui leur est également ouverte, grâce à une formation de reconversion professionnelle dotée de ressources financières substantielles.
- Un encouragement à l'engagement bénévole et citoyen des seniors grâce à la fongibilité des ressources du CPF et du CEC pour le financement d'actions relevant de l'éducation permanente sans rapport direct avec la formation professionnelle⁸.
- Dans la même perspective, une autorisation d'affectation des ressources disponibles sur le CPF au-delà de l'âge de la retraite pour des actions de formation en lien avec l'engagement bénévole et citoyen et l'éducation permanente.

⁷ Chronique 1901. L'État patron des salariés de droit privé et le droit la reconversion professionnelle

⁸ Chronique 191. L'éducation populaire et l'éducation permanente au défi du populisme.

Conclusions

22. Le risque d'inemployabilité auquel sont exposés tous les salariés en raison de l'obsolescence des connaissances et des compétences, de l'usure professionnelle et de la pénibilité est accru pour les seniors dans la dernière étape de leur vie professionnelle.

23. La responsabilité de l'entreprise dans la couverture du risque d'inemployabilité des seniors pourrait utilement être précisée par la transcription dans la loi de certaines dispositions de la négociation inaboutie sur le pacte de la vie au travail, et notamment celles relatives au compte épargne temps universel.

24. La personnalisation du droit à la formation et de la reconversion professionnelle qui s'est développée ces dernières années, notamment à travers la logique des comptes, ouvre la voie à une approche plus ciblée de la couverture des risques. La diversification des ressources financières s'inscrit dans la même perspective.

25. Enfin, un aggiornamento de l'article L 6321-1 du code du travail contribuerait à clarifier le fondement juridique, les modalités et les limites de l'obligation à la charge de l'employeur « de veiller à la capacité du salarié à occuper un emploi ».

Jean-Marie Luttringer
Octobre 2024

V. par ex. Cour d'appel - Rouen - 13 avril 2023 - 22/03932, statuant sur l'ord. du CPH de Rouen du 29 nov. 2022.

¹ N° 18-19889.

¹ Soc. 16 sept. 2020, n° 18-19.889.

¹ Soc. 6 juill. 2016, n° 15-18.419.

J. BARTHÉLÉMY, « Le rôle de la jurisprudence dans le droit de la formation », *Dr. soc.* 2014, p. 1007