

Dossier spécial

Cumul Emploi-Retraite

La possibilité offerte aux retraités de percevoir, en même temps qu'une pension de retraite, un revenu d'activité connaît un fort développement. Le dispositif de cumul-emploi retraite a un intérêt à double titre pour les employeurs des Services de santé au travail interentreprises, puisqu'il leur permet de conserver, d'une part, une main-d'œuvre qualifiée et compétente et, d'autre part, d'atténuer la pénurie de médecins du travail confrontée au secteur de la Santé au travail.

La reprise d'une activité salariée par une personne ayant fait liquider sa pension de retraite n'est pas négligeable dans les Services de santé au travail. En effet, selon le Rapport de branche 2010 des Services de santé au travail interentreprises (édition juillet 2012), 2,4 % des effectifs (CDD ou CDI) sont en situation de cumul emploi-retraite, soit près de 8 % des effectifs des plus de 55 ans.

Mais qu'en est-il véritablement du statut social du retraité qui reprend une activité salariée ?

Le retraité qui reprend une activité salariée dans l'entreprise est un salarié à part entière et se voit appliquer toutes les règles du droit du travail.

Une première partie sera consacrée aux règles régissant la conclusion et la cessation du contrat de travail d'un salarié en cumul emploi retraite alors qu'une deuxième partie, qui sera publiée dans un prochain numéro des IM évoquera les règles en matière de cotisations salariales et patronales.

Règles relatives à la conclusion du contrat de travail

La conclusion d'un contrat de travail avec une personne titulaire d'une pension de retraite obéit aux règles de droit commun. Le Code du travail ne contient aucune disposition spécifique relative aux conditions d'emploi des retraités. Le contrat de travail peut donc prendre

la forme **d'un contrat à durée indéterminée ou d'un contrat à durée déterminée**.

Lorsque le contrat est à durée déterminée, il doit être nécessairement conclu pour l'un des cas de recours figurant à l'article L.1242-2 du Code du travail.

Sous réserve des dispositions de l'article L. 1242-3, un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas suivants :

1° Remplacement d'un salarié en cas :

- a) d'absence ;
- b) de passage provisoire à temps partiel, conclu par avenant à son contrat de travail ou par échange écrit entre ce salarié et son employeur ;
- c) de suspension de son contrat de travail ;
- d) de départ définitif précédant la suppression de son poste de travail après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe ;
- e) d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer ;

2° Accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ;

3° Emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère, par nature, temporaire, de ces emplois ;

4° Remplacement d'un chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale, d'une personne exer-

çant une profession libérale, de son conjoint participant effectivement à l'activité de l'entreprise à titre professionnel et habituel ou d'un associé non salarié d'une société civile professionnelle, d'une société civile de moyens ou d'une société d'exercice libéral ;

5° Remplacement du chef d'une exploitation agricole ou d'une entreprise mentionnée aux 1° à 4° de l'article L. 722-1 du code rural et de la pêche maritime, d'un aide familial, d'un associé d'exploitation, ou de leur conjoint mentionné à l'article L. 722-10 du même code dès lors qu'il participe effectivement à l'activité de l'exploitation agricole ou de l'entreprise.

Quelle que soit la nature du contrat de travail, le salarié en cumul emploi-retraite peut être à temps partiel ou à temps plein.

Règles relatives à la cessation du contrat de travail

Comme sa conclusion, la cessation du contrat de travail avec le bénéficiaire d'une pension de retraite a lieu dans les conditions de droit commun.

• Rupture à l'initiative de l'employeur

- *Rupture du contrat à durée déterminée*

Sauf accord des parties, faute grave, conclusion d'un contrat à durée indéterminée, force majeure ou inaptitude constatée par le médecin du travail, le contrat à durée déterminée prend fin de plein droit à l'échéance du terme convenu.

Pour certains cas de recours, le salarié dont le contrat ne se poursuit pas par un contrat à durée indéterminée a droit à une indemnité de fin de contrat égale à 10 % de sa rémunération totale brute.

Aucune disposition spécifique n'exclut les salariés en contrat de travail déterminée titulaires d'une pension de retraite.

- Rupture du contrat à durée indéterminée

Mise à la retraite

Deux cas de figure peuvent être abordés :

1 Retraite liquidée

A quelles conditions l'employeur qui a embauché un salarié âgé déjà titulaire d'une pension de vieillesse, peut-il le mettre à la retraite ?

Depuis la loi du 30 juillet 1987, le législateur a institué sous le nom de mise à la retraite, un mode autonome de rupture du contrat de travail des salariés âgés d'au moins 65 ans. **Si la mise à la retraite est à l'initiative de l'employeur, le départ volontaire à la retraite est à l'initiative du salarié.**

Par plusieurs décisions rendues par la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 19 janvier 1999 (Bull. civ. V n° 33), du 18 mai 2005 (n° 02-46623) et du 23 mai 2007 (n°06-40.229), elle a décidé que "le salarié embauché alors qu'il est déjà titulaire d'une pension de vieillesse à taux plein, au chapitre V du livre III du Code de la sécurité sociale, ne peut être mis à la retraite par son employeur que lorsqu'il atteint l'âge de 65 ans ou, s'il est plus favorable, l'âge fixé par le contrat de travail ou la convention ou l'accord collectif, que toute rupture prononcée par l'employeur avant cet âge s'analyse en un licenciement qui doit avoir une cause réelle et sérieuse". Ce qui signifie que tant que le salarié n'a pas atteint l'âge du taux plein, c'est le droit du licenciement qui s'applique. Les décisions rapportées admettraient donc *a contrario* que la rupture à l'initiative de l'employeur s'analyserait en une mise à la retraite si le salarié a atteint 65 ans. L'employeur pourrait donc décider de procéder à la mise à la retraite du salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée et titulaire d'une pension de retraite. Rappelons que l'âge d'obtention du taux plein est fixé à l'article L. 351-8 1° du Code de la Sécurité sociale, il est de 65 ans. Cet âge est porté à 67 ans pour les générations nées en 1955 et plus, par la loi portant réforme des retraites du 9 novembre 2010 et par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2012. Une période transitoire est prévue pour les générations nées entre le 1^{er} juillet 1951 et le 31 décembre 1954.

Δ Toutefois, il existe des restrictions à la faculté de l'employeur de mettre à la retraite. Il doit respecter les conditions

prévues par l'article L. 1237-5 du Code du travail, c'est-à-dire "avant la date à laquelle le salarié atteint l'âge fixé au 1° de l'article L. 351-8 du code de la sécurité sociale et dans un délai fixé par décret, l'employeur interroge par écrit le salarié 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 fixé par décret ou à défaut d'avoir respecté l'obligation mentionnée à l'alinéa précédent, l'employeur ne peut faire usage de la possibilité mentionnée au premier alinéa pendant l'année qui suit la date à laquelle le salarié atteint l'âge fixé au 1° de l'article L. 351-8 du code de la sécurité sociale".

Les décisions de la chambre sociale sont à prendre avec précaution, car comment justifier qu'un employeur qui embauche un salarié déjà à la retraite puisse se prévaloir d'un droit de le mettre à nouveau à la retraite ?

Certes, la situation du salarié au regard de la sécurité sociale est sans incidence vis-à-vis du droit du travail, ce qui explique la position actuelle de la chambre sociale, cette mise à la retraite ne créant pas de droits nouveaux au regard de la pension vieillesse définitivement liquidée.

Néanmoins, au regard de la volonté politique de défendre l'emploi des seniors, cette position risque d'évoluer.

2 Retraite non liquidée

Dans une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 29 juin 2011 (n° 09-42165), elle réduit le champ de la mise à la retraite en jugeant que l'employeur ne peut mettre à la retraite un salarié qui avait déjà l'âge du taux plein au moment de son engagement. Ce qui signifie que si le salarié a déjà l'âge du taux plein, au moment de l'embauche, l'employeur ne peut le mettre à la retraite, la seule possibilité pour l'employeur est de rompre unilatéralement le contrat de travail par un licenciement de l'intéressé.

Interprétée *a contrario*, si le salarié nouvellement embauché a un âge inférieur à l'âge du taux plein, on peut donc considérer que l'employeur pourrait lui proposer une mise à la retraite sous réserve de l'accord du salarié.

En tout état de cause et dans les deux cas de figure précités, la mise à la retraite suppose le respect d'une procédure particulière prévue par l'article L. 1237-5

du Code du travail puisqu'elle suppose l'accord du salarié. L'employeur ne peut procéder à cette mise à la retraite que si le salarié, interrogé trois mois avant la date à laquelle il atteint l'âge de 65 ans ou 67 ans selon le cas de figure, ne manifeste pas, dans un délai d'un mois (C. trav., art. D.1237-2-1), son intention de poursuivre son activité au-delà de cette date.

Selon les termes du dernier alinéa de l'article L.1237-5 du Code du travail modifié par la loi du 9 novembre 2010 "la même procédure est applicable chaque année jusqu'au soixante-neuvième anniversaire du salarié". Autrement dit, l'employeur pourra décider seul de la mise à la retraite du salarié que si celui-ci a au moins 70 ans.

Licenciement

Le licenciement du salarié en cumul emploi retraite est toujours possible sous réserve de respecter les conditions de fond (existence d'une cause réelle et sérieuse) et les conditions de forme (convocation à un entretien préalable, délais de convocation, notification du licenciement...).

Il devra respecter le délai de préavis fixé par la loi ou le cas échéant par le contrat de travail ou les dispositions conventionnelles applicables dans l'entreprise, s'il est plus favorable.

En cas de licenciement, sauf en cas de faute grave, le salarié pourra bénéficier d'une indemnité légale de licenciement ou, si elle est plus favorable, de l'indemnité conventionnelle de licenciement.

• Rupture à l'initiative du salarié

- Démission

Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée et d'une pension de retraite peut toujours démissionner. Il devra alors respecter le préavis de rupture fixé par la loi ou le cas échéant par le contrat de travail ou les dispositions conventionnelles applicables dans l'entreprise, s'il est plus favorable.

- Départ volontaire à la retraite

En revanche, la rupture du salarié ne peut pas prendre la forme d'un départ volontaire à la retraite. L'alinéa 1 de l'article L.1237-9 du Code du travail est rédigé ainsi : "Tout salarié quittant volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse a droit à une indemnité de départ à la retraite". La rupture du contrat de travail par un salarié déjà bénéficiaire d'une pension de retraite ne peut avoir pour objet le bénéfice d'une telle pension

Spécial Cumul Emploi-Retraite

puisque celle a déjà été acquise par le salarié. En effet "le droit à une indemnité n'est ouvert que si le salarié qui a décidé de quitter l'entreprise en vue de faire liquider ses droits à pension de vieillesse en a effectivement demandé la liquidation" selon une décision de la chambre sociale en date du 23 septembre 2009 (Cass. soc., 23 sept. 2009 n° 08-41.397).

• **Rupture conventionnelle**

Les articles L.1237-11 et suivants du Code du travail prévoient les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun de la rupture du contrat de travail qui les lie. Toutefois, on soulignera que l'indemnité de rupture conventionnelle perçue par le salarié, sera intégralement soumise aux cotisations de Sécurité sociale et à la CGS et à la CRDS.

En combinant l'article 80 duodecimes du Code général des impôts et l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale, seules sont exonérées de cotisations de Sécurité sociale, dans la limite des plafonds applicables aux indemnités de licenciement, les indemnités de rupture conventionnelle versées à des salariés qui ne sont pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire.

Ce qui signifie, *a contrario*, que si le salarié a atteint l'âge à partir duquel il peut faire liquider sa pension de vieillesse, l'indemnité de rupture conventionnelle perd son caractère exonéré.

Cotisations dues et protection sociale

• **Cotisations de sécurité sociale**

En cas de cumul d'une retraite et d'une activité salariée, les rémunérations sont soumises aux cotisations de sécurité sociale (part salariale et part patronale) selon les mêmes modalités que les autres salariés dans l'entreprise, y compris la cotisation vieillesse.

La cotisation en matière d'assurance vieillesse n'est pas génératrice de droit.

Les cotisations, dont l'assiette est alignée sur celle de la Sécurité sociale, sont également dues :

- la contribution solidarité autonomie ;
- le versement transport (si le cas se présente) ;
- la cotisation et la contribution dues au Fnal ;

- la taxe d'apprentissage ;
- la participation des employeurs à la formation professionnelle continue ;
- la participation des employeurs à l'effort de construction.

• **Cotisations en retraite complémentaire (AGIRC/ ARRCO)**

Jusqu'au 30 juin 2009, seule la part patronale des cotisations était appelée sur le salaire de reprise d'activité, sans acquisition de droits nouveaux par l'intéressé. Les rémunérations versées depuis le 1^{er} juillet 2009, au titre d'une activité salariée reprise par un allocataire Agirc et/ ou Arcco, sont soumises aux cotisations patronales et salariales, sans inscription de points de retraite. De même, les parts patronale et salariale des cotisations au titre de l'AGFF, de l'APEC et de la CET sont dues. Le versement des cotisations patronales et salariales concerne toutes les situations de cumul emploi-retraite, qu'il soit fait application du dispositif sans limites de ressources ou du dispositif réglementé.

Par exemple, pour un allocataire Agirc au titre des droits tranche B ayant différé la liquidation de ses droits tranche C et qui perçoit dans le cadre d'une reprise d'activité des rémunérations atteignant la tranche C, les cotisations salariales seront dues sur l'intégralité de ses rémunérations (les cotisations patronales étant aussi dues), sans acquisition de points ni sur la tranche B, ni sur la tranche C non liquidée.

• **Assurance chômage**

En cas de reprise d'activité, si l'intéressé a 65 ans et plus, les cotisations chômage (part salariale et patronale) ne sont plus versées. En revanche, l'employeur doit cotiser à l'AGS (Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés) quel que soit l'âge du salarié (C. trav., art. L. 3253-6).

• **Protection sociale**

- *Régime général*

Sont obligatoirement affiliées au régime général de Sécurité sociale, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes quelle que soit leur nationalité, de l'un ou de l'autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat.

- *Prévoyance complémentaire*

Depuis le 1^{er} janvier 2009, le nouveau cadre juridique des exonérations fiscales et sociales (loi Fillon du 23 août 2003) s'applique à tous les contrats collectifs Prévoyance et Santé.

Le caractère collectif et obligatoire d'un contrat sous-entend que son accès ne peut pas reposer sur des critères relatifs à l'âge des salariés.

“ l'âge d'obtention du taux plein est fixé à l'article L. 351-8 1° du Code de la Sécurité sociale, il est de 65 ans.

Cet âge est porté à 67 ans pour les générations nées en 1955 et plus, par la loi portant réforme des retraites du 9 novembre 2010 et par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2012.”

Les salariés en position de cumul emploi-retraite doivent donc être affiliés au régime obligatoire de l'entreprise au même titre que les autres salariés. Ils ne constituent pas une catégorie objective qui pourrait bénéficier d'un régime de prévoyance particulier. Ce principe a été précisé dans la lettre-circulaire Acoss du 24 mars 2011 (Q/R n°41).

Les seules possibilités de dispense d'affiliation sont celles énumérées dans l'arrêté du 26 mars 2012 (JO du 8/05/2012), pris en application du décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012, qui liste les situations dans lesquelles les salariés peuvent être dispensés de l'adhésion à un contrat collectif et obligatoire de prévoyance mis en place dans leur entreprise sans faire perdre le bénéfice des exonérations de cotisations. Ces dispenses d'adhésion sont prévues pour les salariés bénéficiant des prestations servies, dans le cadre :

- d'un autre dispositif de prévoyance complémentaire collectif et obligatoire ;
- du régime local d'assurance maladie d'Alsace Moselle ;
- du régime complémentaire des industries électriques et gazières ;
- du régime propre aux fonctionnaires d'Etat ou des collectivités territoriales ;
- d'une couverture complémentaire comprise dans un contrat d'assurance de groupe "loi Madelin".

Spécial Cumul Emploi-Retraite