

# Mise à la retraite d'un représentant du personnel et nécessité d'un entretien préalable

(Conseil d'Etat, 17 juin 2009, *Société Crédit du Nord*)

Conclusions du Rapporteur public\*, Yves STRUILLLOU

## PLAN

- I. L'encadrement de la mise à la retraite d'un salarié non protégé
- II. L'encadrement de la mise à la retraite d'un salarié protégé

**Le pourvoi de la société Crédit du Nord pose la question inédite suivante : l'employeur souhaitant mettre à la retraite un salarié bénéficiant de la protection exceptionnelle instituée par le législateur en faveur des représentants du personnel doit-il, avant de solliciter l'autorisation requise auprès de l'inspecteur du travail, convoquer le salarié à un entretien préalable ?**

Les données de l'affaire sont les suivantes.

La société Crédit du Nord a souhaité mettre à la retraite M. Bourgogne sur le fondement des dispositions du Code du travail dans leur rédaction alors applicable. Ce dernier, employé depuis 1974, était titulaire d'un mandat de délégué du personnel et de membre du comité d'établissement.

La société a demandé à l'inspecteur du travail l'autorisation de procéder à la mise à la retraite de M. Bourgogne après avoir recueilli l'avis du comité d'établissement, le salarié étant titulaire d'un mandat électif.

Par une décision du 21 octobre 1999, l'inspecteur du travail a accordé l'autorisation demandée.

M. Bourgogne a été mis à la retraite le 2 février 2000.

L'intéressé a saisi le ministre chargé du travail d'un recours hiérarchique.

Par une décision du 20 avril 2000, le ministre a considéré que M. Bourgogne ne bénéficiait pas de la protection spéciale au motif que les accords collectifs n'avaient pas pu valablement proroger la durée de ses mandats. Sa décision ne comporte qu'un seul article annulant la décision de l'inspecteur du travail.

Le salarié a saisi le Tribunal administratif de Nice de conclusions tendant à l'annulation de ces décisions.

Par un jugement du 7 avril 2003, le tribunal a annulé la décision du ministre du Travail au motif que celui-ci n'était pas compétent pour évaluer la validité de la prorogation des mandats de M. Bourgogne et a annulé la décision de l'inspecteur du travail au motif que l'employeur n'avait pas convoqué le salarié à un entretien préalable.

La société Crédit du Nord a fait appel de ce jugement.

Par un arrêt du 3 mai 2005, la Cour administrative d'appel de Marseille a décidé de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la validité des accords collectifs portant prorogation des mandats.

Par un jugement du 16 mai 2006, le Tribunal de grande instance de Paris a estimé que les accords collectifs étaient valables.

Par un arrêt du 23 janvier 2007, la Cour administrative d'appel de Marseille :

1°) a estimé que le tribunal avait entaché son jugement d'erreur de droit dès lors que le ministre était compétent pour apprécier si le salarié bénéficiait du statut protecteur et, par suite, pour apprécier la validité des accords collectifs portant prorogation des mandats,

2°) s'est fondé sur le jugement du Tribunal de grande instance de Paris pour conclure que les accords collectifs avaient pu valablement proroger les mandats des représentants du personnel élus et que, par suite, M. Bourgogne bénéficiait bien de la protection exceptionnelle,

3°) a confirmé l'annulation de la décision du ministre prononcée par le Tribunal administratif,

4°) a jugé que l'inspecteur du travail n'avait pas pu légalement autoriser la mise à la retraite du salarié dès lors que ce dernier n'avait pas été convoqué par son employeur à un entretien préalable.

La société Crédit du Nord se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

\* Le Commissaire du gouvernement chargé d'exposer publiquement à l'audience son opinion sur l'affaire à juger s'appelle désormais le

"Rapporteur public" (décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public et au déroulement de l'audience).

Le moyen invoqué par la société, tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article R. 741-2, manque en fait.

La société requérante invoque un second moyen tiré de l'erreur de droit commise par la Cour. Elle soutient que, lorsque l'employeur met à la retraite un salarié, il n'est pas tenu de suivre la procédure de licenciement et,

par suite, de convoquer le salarié à un entretien préalable.

Pour apprécier le bien fondé du moyen, il convient de préciser l'encadrement légal en cas de mise à la retraite d'un salarié non protégé, puis celui applicable en cas de mise à la retraite d'un salarié protégé.

## I. L'encadrement de la mise à la retraite d'un salarié non protégé

En vertu des dispositions alors applicables de l'article L. 122-14-13, la possibilité de mettre à la retraite était subordonnée au respect de deux conditions :

1°) le salarié devait avoir atteint l'âge fixé par la convention collective applicable, soit en l'espèce 60 ans en vertu des stipulations de l'article 51 de la convention collective nationale des banques,

2°) le salarié devait pouvoir bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein.

En l'espèce, ces deux conditions étaient remplies.

Précisons que les dispositions de l'article L.122-14-13 furent modifiées par la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites puis à de nombreuses reprises. Elles ont été reprises à l'article L.1237-5 du nouveau code et modifiées en dernier lieu par la loi du 17 décembre 2008 qui a strictement encadré la possibilité pour l'employeur de mettre à la retraite un

salarié, cette mise à la retraite ne pouvant, en principe, intervenir avant 65 ans.

Comme le soutient la société, lorsque les conditions de mise à la retraite sont remplies, la rupture du contrat de travail n'est pas regardée comme un licenciement. Par suite, l'employeur n'est pas tenu de suivre la procédure de licenciement et de convoquer un salarié à un entretien préalable (1). L'employeur n'est ainsi pas tenu de motiver sa décision (2).

Le raisonnement selon lequel l'entretien préalable serait obligatoire au motif qu'en l'absence de respect des deux conditions régissant la mise à la retraite la rupture s'analyserait comme un licenciement n'a donc pas été retenu par la Chambre sociale fort logiquement : soit ces conditions sont respectées et la mise à la retraite est possible et n'est pas subordonnée à l'entretien préalable, soit elles ne le sont pas et la rupture s'analyse alors comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

## II. L'encadrement de la mise à la retraite d'un salarié protégé

Dès lors que la mise à la retraite d'un salarié ne s'analyse pas comme un licenciement mais constitue un mode de rupture *sui generis*, la question a été posée de l'applicabilité de la procédure d'autorisation administrative dès lors que les dispositions légales relatives à la protection ne mentionnaient que le licenciement des représentants du personnel (articles L. 425-1 et L. 436-1 du Code du travail). Ces dispositions étaient insérées dans des chapitres d'ailleurs intitulés « conditions de licenciement des représentants du personnel ».

Mais, pour assurer son plein effet au statut protecteur et éviter notamment les mesures de mise à la retraite discriminatoires, il a été jugé par la décision du 8 février 1995, *ministre du Travail et Crédit Lyonnais* (3), que la mise à la retraite d'un salarié était subordonnée à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Il incombe à l'autorité administrative de vérifier que la mesure de mise

à la retraite est sans lien avec les fonctions représentatives exercées. En outre, l'administration a la faculté de retenir un motif d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'intérêt de l'une ou l'autre des parties.

La Chambre sociale a adopté ultérieurement la même position (4) : « la protection exceptionnelle, et exorbitante du droit commun, instituée par le législateur au profit de salariés investis de fonctions représentatives, interdit à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la rupture du contrat de travail ; qu'il en est ainsi lorsque le salarié est mis à la retraite, même si les conditions posées par l'article L. 122-14-13 du Code du travail sont remplies ».

Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt du 6 avril 2005 publié au bulletin (5). En l'absence

(1) Cass. soc. 22 mai 1986, n° 83-42.383, Bull. civ. V n° 244 : pour le cas d'une mise à la retraite dans le secteur de la banque.

(2) Cass. soc. 10 mars 1999, n° 97-40059.

(3) N° 134.963, rec. p. 63, conclusions du Pdt Arrighi.

(4) Cass. soc. 5 mars 1996, n° 92-42.490, Bull. Civ. V n° 84.

(5) Cass. soc. n° 03-43.629, Bull. civ. V n° 125.

d'autorisation, la mise à la retraite est nulle (6) et le salarié est en droit de demander sa réintégration (7).

C'est donc l'ensemble du statut protecteur qui est applicable en cas de mise à la retraite.

On peut souligner que le nouveau Code du travail, dont le livre IV de la deuxième partie est consacré aux « salariés protégés », ne fait pas état explicitement de la protection en cas de mise à la retraite. Le Code du travail ne mentionne que la protection en cas de licenciement, la protection en cas de rupture d'un contrat à durée déterminée ou d'une mission de travail temporaire et la protection en cas de transfert partiel.

C'est bien votre décision précitée du 8 février 1995 qui a franchi le cap essentiel que constituait l'extension de la protection à un mode de rupture du contrat de travail qui n'était pas à proprement parler un licenciement. Relayée par la jurisprudence de la Cour de cassation, l'esprit de votre jurisprudence a été pris en compte par le législateur puisque même dans le cadre de la « rupture conventionnelle » du contrat de travail instituée par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail est requise (8).

Toutefois, à ce jour, n'a pas été tranchée la question de la procédure préalable à suivre par l'employeur avant de saisir l'autorité administrative d'une autorisation de mise à la retraite.

Rappelons que vous estimez que cette autorité ainsi que le juge administratif doivent vérifier la régularité de la procédure suivie par l'entreprise. Vous avez ainsi décidé, par une décision de votre formation du 20 mars 2009 *société Armor* (9), que la méconnaissance du délai de cinq jours devant séparer la convocation à l'entretien préalable de l'entretien lui-même entachait d'irrégularité la procédure suivie et d'illégalité l'autorisation de licenciement accordée par l'administration. Par ailleurs, le juge judiciaire, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, s'estime incompétent pour apprécier la régularité de la procédure suivie à l'intérieur de l'entreprise, cette appréciation relevant de votre compétence exclusive, qu'il s'agisse d'apprécier le respect des dispositions légales qui encadrent la procédure (10) ou le respect de stipulations conventionnelles (11).

Si n'étaient applicables que les dispositions de droit commun, nous serions amenés à conclure sans hésitation à l'annulation de l'arrêt de la Cour.

Mais il convient de prendre en compte les dispositions spécifiques qui encadrent l'intervention de l'administration

et, notamment, les dispositions de l'article R. 436-1 du Code du travail aux termes duquel : « *L'entretien prévu à l'article L. 122-14 précède la consultation du comité d'entreprise (...) ou, à défaut de comité d'entreprise, la présentation à l'inspecteur du travail de la demande d'autorisation de licenciement* ».

Ces dispositions ont été reprises à l'article R. 2421-8 du nouveau code.

Ces dispositions imposent en toute hypothèse que la présentation de la demande soit précédée de l'entretien préalable prévu par la législation dès lors qu'il n'existe que deux cas de figure :

- soit l'avis du comité d'entreprise est requis car le salarié est titulaire d'un mandat électif (délégué du personnel ou membre du comité d'entreprise),
- soit l'avis n'est pas requis car le salarié bénéficie de la protection conférée au délégué syndical qui n'impose pas la consultation de cette instance.

Se fondant sur ces dispositions, la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que l'entretien préalable était obligatoire y compris en cas de licenciement collectif d'au moins dix salariés alors que, dans un tel cas de figure, les dispositions de droit commun ne l'imposent pas pour les salariés non protégés (12). Selon la Chambre sociale : « *Il résulte des dispositions combinées des articles L. 436-1 et R. 436-1 du Code du travail que la consultation du comité d'entreprise en vue du licenciement d'un de ses membres est toujours précédée de l'entretien préalable prévu à l'article L. 122-14 du même Code.* »

La Chambre sociale s'était fondée également sur les dispositions de l'article L. 122-14-7 aux termes duquel : « *Les règles posées à la présente section en matière de licenciement ne dérogent pas aux dispositions législatives ou réglementaires qui assurent une protection particulière à certains salariés définis par lesdites dispositions* » (dispositions reprises à l'article L. 1231-2).

Au nombre des dispositions incluses dans cette section figurent les dispositions relatives à la mise à la retraite.

Il convient de souligner que vous aviez adopté une lecture différente de ces dispositions avant l'arrêt de la Chambre sociale (13).

Vous avez finalement décidé de retenir la solution de la Chambre sociale par la décision du 28 septembre 2005 aux conclusions d'Anne Roul (14).

Soulignons que ce sont les dispositions de l'article R. 436-1 du Code du travail, introduites par le décret n° 83-470 du 8 juin 1983, qui vous avaient conduits à

(6) Cass. soc. 23 janvier 2001, n° 99-41.824, Bull. civ. V n° 20.

(7) Cass. soc. 2 décembre 1998, n° 96-44.668, Bull. civ. V n° 534.

(8) Article L.1237-15.

(9) N° 312.258, à mentionner aux tables.

(10) Cass. soc. 13 juillet 2004, n° 02-43.538, Bull. civ. V n° 210.

(11) Cass. soc. 13 juillet 2004, n° 01-42.943, Bull. civ. V n° 211.

(12) Cass. soc. 10 mai 1999, n° 97-40.510, Bull. civ. V n° 207.

(13) CE, 12 février 1993, n° 92.936, *Mme Bielecki*.

(14) CE, 28 septembre 2005, n° 266.023, *Sté Soinne et associés*, rec. p. 397 le fichage sur ce point fait référence à l'arrêt de la Chambre sociale.

remettre en cause la jurisprudence résultant de la décision de section du 15 décembre 1978 *Schilles* (15) selon laquelle la régularité de la décision prise sur la demande d'autorisation de licenciement n'était pas affectée par les conditions dans lesquelles la législation protectrice commune à l'ensemble des salariés avait pu, dans le cadre des rapports de droit privé qui unissent l'employeur au salarié, être appliquée à un représentant du personnel. Cette jurisprudence a été abandonnée par les décisions du 5 juin 1987 *Richter* (16) et *Besnainou* (17).

Les dispositions de l'article R. 436-1 précitées ne doivent donc pas être lues comme fixant seulement la chronologie des procédures à respecter avant la présentation de la demande d'autorisation (entretien préalable puis, le cas échéant, consultation du comité d'entreprise) : votre jurisprudence comme celle de la Chambre sociale considèrent que ces dispositions imposent un entretien préalable dans tous les cas de licenciement, y compris lorsque l'entretien n'est pas requis par les dispositions de droit commun.

Dès lors que vous avez étendu la protection prévue initialement en cas de licenciement au cas de la mise à la retraite, il nous paraît logique de faire application des dispositions précitées de l'article R. 436-1.

Certes, comme il a été exposé, ces dispositions mentionnent « *la demande d'autorisation de licenciement* ».

Cependant, dès lors que l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat de travail à durée indéterminée qui le lie à son salarié en lui imposant une mise à la retraite et que vous avez étendu la protection en cas de licenciement à ce mode de rupture, les garanties prévues par les dispositions spéciales applicables à la procédure de licenciement des représentants du personnel doivent être elles-mêmes étendues, qu'il s'agisse :

- de l'entretien préalable prévu par les dispositions réglementaires régissant la procédure spéciale,
- de la consultation du comité d'entreprise prévue par la loi, même si vous n'avez pas à trancher la question dans la présente affaire.

Au demeurant, la Chambre sociale a constamment écarté depuis son arrêt du 5 mars 1996 les moyens selon lesquels la procédure spéciale régissant la rupture du contrat de travail des salariés protégés n'était pas applicable à la mise à la retraite intervenant dans les conditions prévues.

Il convient de souligner que le législateur, s'agissant de la rupture conventionnelle – rupture qui doit résulter d'un commun accord des deux parties – a prévu qu'elle soit

précédée d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels ces parties conviennent du principe de la rupture et de ses modalités et au cours desquels le salarié peut se faire assister (18).

L'entretien préalable qui nous semble donc requis ne nous paraît pas dépourvu de toute utilité, y compris pour l'employeur.

Au cours de cet entretien, ce dernier peut s'assurer que les conditions auxquelles est subordonnée la mise à la retraite sont bien remplies, s'agissant notamment de la condition tenant à la pension. Si tel n'est pas le cas, la demande de mise à la retraite doit être rejetée par l'inspecteur du travail et ce dernier n'aurait pas, selon nous, la possibilité de changer le terrain de la demande d'autorisation en statuant sur une demande de licenciement dès lors que vous avez en effet jugé que l'inspecteur du travail ne peut se fonder sur un motif de nature différente de celui énoncé dans la demande (19). En tout état de cause, l'âge ne peut constituer à lui seul un motif légitime de rupture du contrat de travail et le licenciement fondé sur l'âge est frappé de nullité (article L. 1132-1 du Code du travail).

Par ailleurs, il n'est pas interdit au salarié, qui est en droit de se faire assister, de faire valoir au cours de cet entretien ses arguments quant à un éventuel lien entre la mise à la retraite et l'exercice de fonctions représentatives.

Par ailleurs, la solution proposée a le mérite de ne pas opérer de distinction entre les garanties entourant la procédure préalable à la présentation de la demande d'autorisation que constituent l'entretien préalable et la consultation du comité d'entreprise. Cette consultation, prévue par la loi lorsque le salarié est titulaire d'un mandat électif (article L. 2421-3), doit être respectée dès lors que l'employeur prend l'initiative de la rupture du contrat. Au demeurant, en l'espèce, elle a bien eu lieu.

Si vous nous suivez, vous considèrerez que c'est l'ensemble des garanties procédurales qui doivent être respectées en cas de mise à la retraite. Il convient de ne pas dissocier des garanties qui sont liées par les dispositions applicables.

Si vous étiez d'un avis contraire, il faudrait alors censurer l'arrêt de la Cour pour erreur de droit et lui renvoyer l'affaire.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

**Yves Struillou**

(15) N° 00.360, rec. p. 514, concl. Mme Latournerie, Dr. soc. 1979 p. 155.

(16) N° 76.589, aux tables p. 978.

(17) N° 69.014, aux tables p. 978.

(18) Article L.1237-12.

(19) CE, 17 février 1992, n° 82366, *Association Le Willerhof*.

**PROTECTION DES REPRESENTANTS DU PERSONNEL – Autorisation administrative –  
Mise à la retraite – Entretien préalable – Condition de régularité (oui).**

CONSEIL D'ETAT (4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> ssr) 17 juin 2009

**Société Crédit du Nord** (req. n° 304.027)

Considérant qu'en vertu des dispositions du Code du travail, les salariés légalement investis de fonctions représentatives bénéficient, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, d'une protection exceptionnelle ; qu'aux termes du troisième alinéa de l'article L. 122-14-13 du Code du travail dans sa rédaction en vigueur à la date de la décision de l'inspecteur du travail attaquée, autorisant le licenciement de M. B., salarié protégé : « La mise à la retraite s'entend par la possibilité donnée à l'entreprise de rompre le contrat de travail d'un salarié qui peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein, au sens du chapitre 1<sup>er</sup> du titre V du livre III du Code de la Sécurité sociale, et qui remplit les conditions d'ouverture à la pension de vieillesse, ou, si elles existent, les conditions d'âge prévues par la convention ou l'accord collectif, ou le contrat de travail. Si les conditions de mise à la retraite ne sont pas remplies, la rupture du contrat de travail par l'employeur constitue un licenciement » ; que, dans le cas où la demande de rupture du contrat de travail d'un salarié protégé par l'employeur est motivée par la survenance de l'âge, il appartient à l'inspecteur du travail, et le cas échéant au ministre, de vérifier sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, d'une part, que la mesure envisagée n'est pas en rapport avec les fonctions représentatives exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé, et d'autre part, que les conditions légales de mise à la retraite sont remplies ; que cette rupture doit suivre la procédure prévue en cas de licenciement ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.122-14 du Code du travail, en vigueur à la date de la décision attaquée : « L'employeur ou son représentant qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé

par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre... L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation. Au cours de l'entretien, l'employeur est tenu d'indiquer les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié » ; qu'en vertu de l'article R. 436-1 du même code, l'entretien prévu à l'article L. 122-14 précède, dans tous les cas, la présentation à l'inspecteur du travail de la demande d'autorisation de licenciement ; que, par suite, la mise à la retraite d'un salarié protégé à l'initiative de l'employeur doit d'être précédée de l'entretien préalable prévu par l'article L. 122-14 précité ; qu'ainsi, en affirmant l'obligation d'un tel entretien préalablement à la mise à la retraite d'office de M. B., salarié protégé, et en confirmant, en raison de l'absence d'un tel entretien, l'annulation de la décision de l'inspecteur du travail prononcée par le Tribunal administratif, la Cour administrative d'appel n'a, contrairement à ce que soutient la société requérante, entaché sa décision d'aucune erreur de droit ;

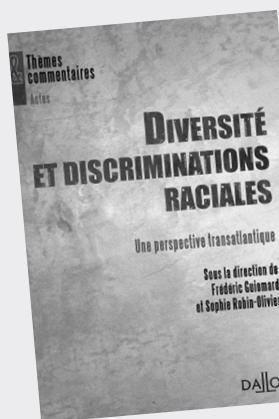
Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la Société du Crédit du Nord n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué de la Cour administrative d'appel de Marseille ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative : (...)

**DECIDE :**

**Article 1<sup>er</sup> :** Le pourvoi de la Société du Crédit du Nord est rejeté.

(M. Benkimoun, rapp. – M. Struillou, rapp. public - SCP Delaporte, Briard, Trichet, SCP Masse-Dessen, Thouvenin, av.)



**Diversité et discriminations raciales -  
Une perspective transatlantique**

Frédéric Guiomard et Sophie Robin-Olivier (dir.)

**Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts**, par Frédéric Guiomard et Sophie Robin-Olivier

**Discriminations au travail : aperçus de droit comparé francoquébécois**, par Serge Frossard,

**La mesure de la diversité au Canada : le lien entre la mesure et l'action**, par Rachad Antonius

**La diversité dans tous ses états : l'apport de la doctrine américaine**, par Marie Mercat-Bruns

**Lutter contre les discriminations raciales : les vertus de la mesure statistique**, par Richard T. Ford

**Pourquoi la France se doit de recueillir des données sur l'identité raciale... à sa manière**, par David B. Oppenheimer

**L'Europe en quête d'égalité : genèse de la première directive prohibant la discrimination raciale et ethnique**, par Julie Ringelheim

Daloz Coll. Thèmes et commentaires - 2009 - 128 pages - ISBN : 9782247083756 - 35 euros - disp. en librairie