

N° 403890

Association de gestion des fonds
salariés des petites et moyennes entreprises
(AGEFOS-PME)

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 25 janvier 2019

Lecture du 13 février 2019

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine LIEBER, Rapporteur public

L'association de gestion des fonds salariés des petites et moyennes entreprises (AGEFOS-PME) a obtenu de l'inspecteur du travail, le 22 septembre 2014, l'autorisation de mettre à la retraite d'office l'un de ses salariés protégés, M. B..., qui était directeur de la région Pays-de-Loire/Poitou-Charentes de l'AGEFOS-PME et qui a atteint l'âge de 70 ans en août 2014. Mais ce dernier a contesté cette décision devant le TA de Paris, qui l'a annulée par un jugement du 16 juin 2015. Saisie par l'association, la cour administrative d'appel de Paris a annulé ce jugement en tant qu'il a statué sur la demande de frais irrépétibles présentée par M. B... et rejeté le surplus des conclusions de l'AGEFOS-PME. C'est cet arrêt qui est attaqué par l'AGEFOS-PME. L'association se pourvoit à présent en cassation contre cet arrêt du 29 juillet 2016.

1. Parallèlement, sur recours hiérarchique de M. B..., le ministre du travail a, par une décision du 12 mai 2015, annulé la décision de l'inspecteur du travail et refusé l'autorisation de mise à la retraite de l'intéressé. Cette décision a toutefois fait l'objet d'une requête en annulation de l'AGEFOS-PME, à laquelle le TA de Paris a fait droit par un jugement du 14 février 2017, lui-même frappé d'appel mais non encore jugé à notre connaissance. Or vous jugez que lorsque l'acte attaqué fait l'objet d'un retrait en cours d'instance, le non-lieu ne peut être prononcé qu'une fois le retrait devenu définitif (Sect., 13 juillet 1961, *Consorts Bec*, n° 42531, au Rec. p. 485 ; 19 avril 2000, *B...*, n° 207469, au Rec. ; 7 avril 2010, *SCI La Tilleulière*, n° 311694, aux T.). Tant que l'arrêt de la CAA n'est pas intervenu et, le cas échéant, le délai de pourvoi pas écoulé¹, il y a donc toujours lieu de statuer sur cette affaire, qui présente une question intéressante à juger.

2. La cour a jugé que l'inspecteur du travail saisi d'une demande d'autorisation de mise à la retraite d'un salarié protégé doit « *vérifier, notamment, la régularité de ce licenciement au regard de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé, au nombre desquelles figurent les stipulations des accords collectifs de travail applicables au salarié* ». Et elle a annulé l'autorisation accordée par l'inspecteur du travail, dont les motifs indiquaient que « *la mise à la retraite licite ne constitue pas un licenciement mais un mode de rupture autonome du contrat de travail (...) dès lors, l'employeur n'est pas tenu de respecter la procédure interne de licenciement* ».

¹ Cf., sur la notion de retrait définitif, 28 juillet 2011, *Commune de Bourg-Saint-Maurice*, n° 336945, au Rec.

Selon l'AGEFOS-PME, la cour a, ce faisant, commis une erreur de droit, en assimilant une mise à la retraite à un licenciement, et en jugeant que l'employeur qui souhaite procéder à une mise à la retraite doit respecter les procédures conventionnelles applicables en cas de licenciement.

Quelles sont les règles applicables à la mise à la retraite d'office des salariés protégés ?

L'article L. 1237-5 du code du travail prévoit la faculté pour l'employeur de mettre d'office à la retraite un salarié (protégé ou non), qui remplit certaines conditions – l'atteinte de l'âge de la retraite et la justification de cotisation suffisantes pour pouvoir bénéficier d'une pension à taux plein. Il est issu de l'article 59 de la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 (« loi Seguin »), qui a interdit l'application aux contrats de travail de droit privé des « clauses couperet » entraînant la rupture de plein droit du contrat de travail à raison de l'âge du salarié, mais a prévu pour l'employeur cette faculté particulière de rompre le contrat de travail.

Mais cet article n'indique pas la procédure applicable à la mise à la retraite. La rupture du contrat de travail ne constitue pas, alors, un licenciement², mais une modalité *sui generis* de rupture du contrat de travail.

Pour la mise à la retraite des salariés protégés, la jurisprudence a cependant dégagé, de façon prétorienne, l'obligation de suivre **la procédure spéciale mise en œuvre en cas de licenciement du salarié protégé**, et par conséquent l'obligation d'obtenir une autorisation préalable de l'inspecteur du travail – voyez, pour le Conseil d'Etat, 8 février 1995, *Ministre du travail*, n°s 134963, 135249, au rec., aux concl. du président Arrighi de Casanova ; et pour la Cour de cassation : Cass.soc. 2 décembre 1998, n° 96-44.668, Bull. V, n° 534 ; Cass. soc. 10 décembre 2003, n° 01-43876, Bull. V, n° 314 ; Cass. soc. 27 octobre 2004, n° 01-45902, Bull. V, n° 275 ; Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-48351, Bull. V n° 248. Et vous avez précisé, par votre décision précitée du 8 février 1995, *Ministre du travail*, n°s 134963, 135249, au rec., que l'inspecteur du travail doit vérifier que les conditions légales (d'âge et de bénéfice d'une pension à taux plein) sont remplies, que la mesure de mise à la retraite est sans lien avec les fonctions représentatives exercées, et qu'un motif d'intérêt général n'y fait pas obstacle.

Vous avez ensuite ajouté, par une décision du 17 juin 2009, *Société du Crédit du Nord*, n° 304027, aux T., aux concl. d'Yves Struillou, un « **étage** » **supplémentaire**, en jugeant que la mise à la retraite par l'employeur doit en outre suivre **la procédure en cas de licenciement d'un salarié**, et notamment les dispositions de l'article R. 436-1 du code du travail (aujourd'hui reprises à l'article R. 2421-8) qui imposent la convocation du salarié à un **entretien préalable**. Par une autre décision du 26 octobre 2011, *Société Total*, n° 335755, aux T., vous avez également retenu que, comme le prévoit la procédure en cas de licenciement d'un salarié, **l'avis du comité d'entreprise**, prévu par les anciens articles L. 425-1 et L. 436-1 du code du travail et aujourd'hui reprises à l'article L. 2421-3, était obligatoire sur la décision de mise à la retraite d'un salarié protégé, pour les salariés protégés dont le mandat prévoit une telle consultation.

En résumé, en cas de mise à la retraite d'un salarié protégé, s'applique d'une part, la procédure spécifique au licenciement des salariés protégés et d'autre part, certaines garanties

² Cass. soc., 22 mai 1986, n° 83-42.383, Bull. n° 244 ; Cass. soc., 10 mars 1999, n° 97-40.059.

procédurales (que vous dégager au cas par cas) prévues dans la procédure de licenciement générale des salariés « de droit commun ».

Quid, alors, de la procédure prévue, le cas échéant, par des **stipulations conventionnelles** ?

En matière de **licenciement** de salariés protégés, vous avez suivi la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation en jugeant que l'autorité administrative doit apprécier, sous le contrôle du juge administratif, **si les règles d'origine conventionnelle préalables à sa saisine** ont été respectées, qu'il s'agisse de règles de procédure ou de règles de fond (21 mai 2008, *Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement c/ R...*, n° 304394, au rec., pour une convention collective ; 29 juin 2016, *P...*, n° 387412, aux T, pour un accord collectif de travail³).

En matière de mise à la retraite, il nous semble qu'il faudrait cependant distinguer deux hypothèses :

- celle où les stipulations conventionnelles prévoiraient expressément qu'elles s'appliquent à la mise à la retraite ; en ce cas, il nous semble que l'inspecteur du travail serait effectivement tenu de vérifier, comme il le fait déjà en matière de licenciement de salarié protégé, qu'elles ont bien été respectées ;
- celles où les stipulations conventionnelles ne traiteraient, formellement, que du licenciement. Cette deuxième hypothèse est plus délicate. On peut penser dans un premier temps que l'intention des partenaires sociaux n'ayant porté que sur le licenciement des salariés protégés, ces stipulations ne peuvent s'appliquer à la mise à la retraite des salariés protégés.

Mais on pourrait aussi être tenté de transposer le raisonnement de vos jurisprudences précitées *Ministre du travail*, *Société du Crédit du Nord* et *Société Total*, en estimant que la mise à la retraite d'un salarié protégé doit suivre les mêmes formalités procédurales que celles, le cas échéant prévues dans la convention, applicables au licenciement du salarié protégé, voire du salarié « de droit commun », s'agissant notamment de l'entretien préalable ou de la consultation obligatoire du comité d'entreprise. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'une convention collective prévoyant **un préavis** de 6 mois en cas de licenciement, sans distinguer expressément entre le préavis et les autres modes de rupture du contrat du fait de l'employeur, s'appliquait également à la retraite – dès lors cependant que le code du travail prévoit que le préavis de mise à la retraite est le même que celui du licenciement (Cass. soc., 15 mai 2007, n° 05-45.234, Bull. V, n° 77, RJS 7/07 n° 834). C'est donc le lien fait par le code entre les deux situations qui a conduit la Cour de cassation à considérer qu'il était raisonnable d'aligner, dans le silence des dispositions conventionnelles, la durée du préavis en matière de mise à la retraite sur celle en matière de licenciement.

Vous n'aurez toutefois pas à aller jusque là dans votre raisonnement, dans la présente espèce : la cour, comme on l'a vu, a raisonné de manière binaire, en jugeant que l'inspecteur du travail aurait dû, obligatoirement, vérifier la régularité de la mise à la retraite (qu'elle a assimilée à un « licenciement ») au regard, notamment, des *« stipulations des accords collectifs de travail applicables au salarié »*, sans du tout se demander si lesdites stipulations étaient bien **applicables à la mise à la retraite** d'un salarié protégé. Vous pourrez donc accueillir le

³ Même solution pour les stipulations du contrat de travail relatives à la rupture du contrat par licenciement, notamment celles posant des règles procédurales particulières : 22 juillet 2015, *Grand conseil de la mutualité*, n° 369223, aux T.

moyen d'erreur de droit et, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, annuler les articles 2 à 4 de l'arrêt (l'article 1^{er} est celui qui annule le jugement en tant qu'il a statué sur les frais irrépétibles).

PCMNC à l'annulation des points 2 à 4 de l'arrêt de la CAA de Paris et au renvoi, dans cette mesure, à cette cour. Et vous pourrez, dans les circonstances de l'espèce, ne pas faire droit aux conclusions de l'AGEFOS-PME au titre de l'article L. 761-1 du CJA.