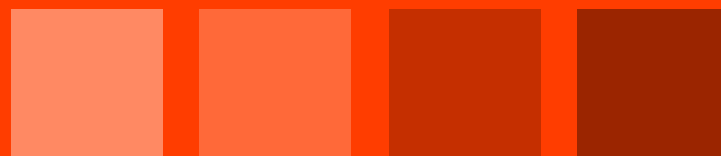


# GUIDE RELATIF AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES

*en matière de rupture ou de transfert du  
contrat de travail des salariés protégés*

Bureau du statut protecteur (DASIT 2)  
septembre 2019, mise à jour décembre 2021





## SOMMAIRE

<b>PREFACE</b> .....	2
<b>Fiche 1a</b> : La compétence matérielle de l'inspecteur du travail .....	3
<b>Fiche 1b</b> : L'inspecteur du travail territorialement compétent pour statuer sur la demande.....	9
<b>Fiche 2</b> : La recevabilité de la demande .....	18
<b>Fiche 3</b> : L'enquête contradictoire .....	24
<b>Fiche 4</b> : Le bénéfice de la protection .....	32
<b>Fiche 5</b> : Les procédures légales ou conventionnelles internes à l'entreprise .....	41
<b>Fiche 6</b> : Le motif disciplinaire et le trouble objectif .....	55
<b>Fiche 7a</b> : Le motif économique .....	67
<b>Fiche 7b</b> : Le licenciement pour motif économique : le contrôle de l'effort de reclassement	77
<b>Fiche 8</b> : Le licenciement pour insuffisance professionnelle .....	85
<b>Fiche 9</b> : Le licenciement pour inaptitude médicale et impossibilité de reclassement .....	87
<b>Fiche 10</b> : Autres motifs.....	93
<b>Fiche 11a</b> : Le refus de modification du contrat de travail ou des conditions de travail.....	98
<b>Fiche 11b</b> : Les accords de performance collective .....	105
<b>Fiche 12</b> : La mise à la retraite.....	108
<b>Fiche 13a</b> : La fin du contrat à durée déterminée.....	111
<b>Fiche 13b</b> : La fin du contrat de chantier ou d'opération .....	114
<b>Fiche 14</b> : Les modes de rupture amiable du contrat de travail.....	117
<b>Fiche 15</b> : Le transfert.....	128
<b>Fiche 16</b> : La vérification de l'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale .	136
<b>Fiche 17</b> : Le motif d'intérêt général .....	141
<b>Fiche 18</b> : La décision et sa notification.....	146
<b>Fiche 19</b> : Les effets de la décision .....	157
<b>Fiche 20</b> : Les voies de recours et leur articulation .....	161
<b>Fiche 21</b> : Le retrait de la décision administrative par l'inspecteur du travail .....	167
<b>Fiche 22</b> : Les suites d'une annulation contentieuse .....	170
<b>Fiche 23</b> : Période transitoire .....	180

## PREFACE

Le présent guide a pour objet de présenter les modalités de l'intervention de l'autorité administrative, sous le contrôle du juge administratif, en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés bénéficiaires du statut protecteur. L'expression « salariés protégés », la plus couramment utilisée, ne saurait occulter le fait que l'exercice des fonctions représentatives dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité expose ces salariés à un risque accru de discrimination ou d'éviction abusive de l'entreprise. Or leur action, tant pour l'application de la réglementation du travail que pour l'expression et la prise en compte des intérêts des salariés à tous les niveaux, notamment par la consultation et la négociation, est une condition essentielle de la démocratie sociale et, comme l'affirme la déclaration du centenaire de l'OIT pour l'avenir du travail, adoptée le 21 juin 2019, un instrument essentiel pour parvenir à une croissance inclusive et durable.

A plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a affirmé que, destiné à garantir la mise en œuvre du droit énoncé dans le Préambule de la Constitution, pour tout travailleur, de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, le principe d'une protection découle d'exigences constitutionnelles, sans qu'il en résulte, au regard de l'objectif poursuivi, une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. La nouvelle hiérarchie des normes de droit du travail définie par la loi du 8 août 2016 puis par les ordonnances du 22 septembre 2017, qui consacre la primauté de la norme élaborée dans le cadre de la négociation d'entreprise, renforce cet impératif.

La légitimité de l'intervention administrative, à qui revient, depuis l'unification de la procédure protectrice opérée par la loi du 28 octobre 1982 relative au renforcement des instances représentatives du personnel, la décision en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés bénéficiaires de la protection, se fonde sur sa capacité à intervenir et à arbitrer, au terme d'une enquête menée « à chaud », dans des litiges qui ne se résument pas à la seule relation individuelle de travail entre l'employeur et le salarié concerné mais s'inscrivent dans un cadre collectif : celui de la communauté de travail.

Pour mener à bien sa mission, l'administration du travail se doit de répondre aux exigences de transparence, d'écoute et de motivation, lesquelles ont été renforcées par la jurisprudence du Conseil d'Etat et par la jurisprudence judiciaire de la chambre sociale et de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Ce guide est le vôtre et est amené à s'enrichir continuellement car : « *L'évolution sociale est une chose infiniment complexe et qui dure indéfiniment ; or le droit n'est en réalité que la sorte d'armature que revêt cette évolution* » (Léon Duguit, *Les transformations du droit public*).

Yves Struillou  
Directeur général du travail

## Fiche 1a

# La compétence matérielle de l'inspecteur du travail

## 1) LES EMPLOYEURS ENTRANT DANS LE CHAMP DE LA PROTECTION LEGALE

### 1.1. A raison du statut de la personne morale

#### 1.1.1. La définition du champ d'application résultant des dispositions du code du travail

Le champ d'application des dispositions légales relatives à la protection, tel que défini par l'article [L. 2411-1](#) du code du travail, est déterminé par le champ d'application de chaque instance, et notamment :

- par l'article [L. 2111-1](#) pour les délégués syndicaux et représentants de la section syndicale ;
- par l'article [L. 2311-1](#) pour les membres de la délégation du personnel du comité social et économique.

Sont également inclus dans le champ d'application, pour les CHSCT, les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux mentionnés dans la liste de l'article 2 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière (*C. trav., art. [L. 4111-1](#)*). Ces dispositions demeurent en vigueur, nonobstant les dispositions de [l'article 1<sup>er</sup>](#) de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 (*Ord. n°2017-1386 du 22 sept. 2017, [art 10 –I](#)*). Toutefois, les fonctionnaires titulaires sont exclus du champ de la protection, qui ne bénéficie donc qu'aux seuls agents non titulaires membres des CHSCT de ces établissements (*C. trav., art. [R. 2411-1](#)*), nonobstant les règles particulières de rupture du contrat de travail qui leur sont applicables.

Enfin, il convient de rappeler que, quelle que soit la nature de l'établissement, le licenciement d'un salarié titulaire d'un mandat extérieur (notamment : conseiller du salarié, conseiller prud'homme) est également subordonné à la procédure spéciale de licenciement.

#### 1.1.2. Les cas particuliers

##### 1.1.2.1. *Les établissements publics administratifs*

En application des dispositions de l'article [L. 2311-1](#) du code du travail, sont inclus dans le champ d'application des institutions représentatives du personnel les établissements publics qui emploient du personnel dans des conditions de droit privé.

A défaut de texte particulier, ne bénéficient pas de la protection les représentants des salariés au conseil d'administration de ce type d'établissement ([Cass. soc., 14 oct. 2015, n°14-14.196, Bull. 2016, n° 837, Soc., n° 322](#)).

##### 1.1.2.2. *Les entreprises à statut*

La protection s'applique notamment aux salariés de droit privé :

- de la SNCF ([Cass. soc., 23 janv. 2001, n°99-41.824, Bull. Civ. V n°20](#) ; [Cass. soc., 6 avr. 2005, n°03-43.629, Bull. Civ. V n°125](#)) ;
- d'EDF ([Cass. soc., 12 juill. 2006, n°04-48.351, Bull. Civ. V n°248](#)) ;
- de la RATP ([CE, 10 oct. 2018, n°400.956, mentionné aux Tables](#)).

##### 1.1.2.3. *Orange*

Devenue société anonyme par la [loi n°90-568 du 2 juillet 1990](#), la société Orange (ex-France Telecom), qui emploie des fonctionnaires et des agents de droit privé, est soumise, s'agissant de ces derniers, aux dispositions de droit commun.

S'agissant des fonctionnaires investis de fonctions représentatives, la primauté du statut protecteur de la fonction publique dont ils bénéficient aboutit à écarter la compétence de l'inspecteur du travail. Il en a été jugé ainsi par le Conseil d'Etat, appelé à statuer sur la contestation d'une mutation d'office dans l'intérêt du service, prononcée à l'encontre d'un fonctionnaire délégué du personnel, délégué syndical et membre du CHSCT de cette entreprise ([CE, 24 févr. 2011, n°335.453, Laupretre, Rec. p.61](#)).

#### 1.1.2.4. Pôle Emploi

La [loi n°2008-126 du 13 février 2008](#) relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi prévoit que la deuxième partie du code du travail, incluant les dispositions relatives à la protection, bénéficie aux salariés de droit privé détenteurs de fonctions représentatives (*C. trav., art. L. 5312-9*; [CE, 23 juill. 2014, n°363.522, Syndicat Sud-travail affaires sociales](#)), ce qui, a contrario, exclut les agents régis par un statut de droit public.

#### 1.1.2.5. La Poste

En application des dispositions des [articles 21 à 26 du décret n° 2011-619 du 31 mai 2011](#) relatif à la santé et à la sécurité à La Poste, le licenciement d'un salarié représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail. Cette autorisation est également requise pour le candidat à ces fonctions, ainsi que pour le salarié ayant siégé en qualité de représentant du personnel dans ce comité pendant les six premiers mois suivant l'expiration de son mandat ou la disparition du comité.

Le [décret n°2014-1426 du 28 novembre 2014](#), relatif à la représentation des agents contractuels et à la protection des agents contractuels de droit privé de La Poste exerçant un mandat de représentation, prévoit, en faveur de ces derniers, un statut protecteur pendant l'exercice de leurs fonctions, défini par les articles 4 à 13 et applicable en cas de rupture du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative de l'employeur, de rupture conventionnelle ou de transfert du contrat de travail. Bénéficiaire de cette protection :

- les agents contractuels de droit privé représentants du personnel, titulaires ou suppléants, élus ou désignés pour siéger au sein des commissions consultatives paritaires et des comités techniques ;
- les agents contractuels de droit privé représentants syndicaux mis à disposition d'une organisation syndicale représentative depuis plus d'un an, et bénéficiant d'une décharge d'activité au moins égale à un mi-temps ;
- les agents contractuels de droit privé représentants du personnel au conseil d'administration.

#### 1.1.2.6. Les agences régionales de santé

Les représentants du personnel des comités d'agence, du comité national de concertation, ainsi que les délégués syndicaux et les représentants des sections syndicales bénéficient, pour ce qui concerne les salariés placés sous le régime des conventions collectives, de la protection légale (*C. santé publique, art. L. 1432-11*). Il en va ainsi, notamment, des représentants du personnel au CHSCT : cette instance mentionnée par la [loi n°86-33 du 9 janvier 1986](#) portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière demeure en effet en vigueur, nonobstant les dispositions de [l'article 1<sup>er</sup>](#) de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 (*Ord. n°2017-1386 du 22 sept. 2017, art 10 –II*). Le bénéfice de cette protection est également applicable aux représentants syndicaux appelés à siéger à titre transitoire dans les comités d'agence jusqu'à la première élection des représentants du personnel ([D. n°2010-341 du 31 mars 2010, art. 54](#)).

### 1.1.2.7. *Les chambres de commerce et d'industrie*

Les chambres de commerce et d'industrie (CCI) sont regardées comme ayant la qualité d'établissement public industriel et commercial pour certaines de leurs activités : activités d'exploitation de concessions portuaires ([Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 mai 2004, n°02-31.196](#)) ; activité d'enseignement destinée au personnel d'entreprises privées ([Cass. soc., 28 sept. 2011, n°10-12.143](#)). Le cadre légal de la protection est donc applicable à ces secteurs d'activité particuliers, s'agissant des représentants du personnel titulaires de mandats prévus par le code du travail.

La loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) (L. n° 2019-486, art. 40) a réformé de manière importante le réseau des CCI. Elle prévoit l'application des dispositions de la 2e partie du code du travail relatives aux relations collectives, y compris celles du livre IV relatives aux salariés protégés ([C. commerce, art. L. 712-11](#)). Ainsi, à l'issue de la période transitoire prévue par la loi, les CCI seront dotées d'institutions représentatives de droit commun. La rupture du contrat des agents devra faire l'objet d'une autorisation préalable de l'inspecteur du travail quel que soit leur statut. Pour les agents publics s'appliqueront toutefois également les dispositions statutaires spécifiques prévues par la [loi n° 52-1311 du 10 décembre 1952](#) et précisées par arrêté ([arrêté du 25 juillet 1997 relatif au statut du personnel de l'assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, des chambres régionales de commerce et d'industrie et des groupements interconsulaires](#)).

### 1.1.2.8. *Les chambres départementales d'agriculture*

Le bénéfice de la protection a été reconnu aux agents de droit privé élus au sein d'une commission paritaire du personnel de droit privé, instituée par une convention d'établissement en plus de la commission paritaire départementale prévue par le statut du personnel administratif des chambres d'agriculture, et qui exerce, pour le personnel de droit privé, les missions de délégués du personnel ([Cass. soc., 9 oct. 2012, n°11-22.350, Bull. Civ. V n°255](#)).

### 1.1.2.9. *Les groupements d'intérêt public (GIP)*

Le décret n°2012-91 du 26 janvier 2012 ([art. 4](#)), pris en application de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 ([art. 99](#)), prévoit que la convention constitutive doit préciser le régime, de droit public ou de droit privé, applicable au personnel directement recruté par le groupement. Dès lors, les salariés de droit privé exerçant des fonctions représentatives doivent bénéficier de la protection.

## **1.2. A raison du statut particulier des salariés**

### 1.2.1. Les fonctionnaires détachés ou en disponibilité

#### 1.2.1.1. *Les fonctionnaires en détachement*

Les fonctionnaires détachés dans une entreprise ou un organisme de droit privé sont liés par un contrat de travail de droit privé ([CE, 9 oct. 2002, n°233.596, Sté GIAT Industries, Tables p.622](#) ; dans le même sens : [TC, 24 juin 1996, n°03.031, Préfet du Lot et Garonne, Rec. p.547](#) ; [Cass. ass. plén., 20 déc. 1996, n°92-40.641, Bull AP n°10](#) ; [Cass. soc., 5 mars 1997, n°96-60.041, Bull. Civ. V n°99](#)).

S'agissant de ceux d'entre eux qui exercent des fonctions de représentation du personnel, le bénéfice de la protection légale leur est acquis.

Si le détachement prend fin avant son terme, lorsque la personne morale de droit privé demande à l'autorité administrative compétente de mettre fin au détachement, cette rupture s'analyse en un licenciement ([Cass. soc., 27 juin 2000, n°97-43.536, Bull. Civ. V n°251](#) ; [Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-44.814, Bull. Civ. V n°105](#)) et, pour les représentants du personnel, l'autorisation d'y procéder doit être demandée.

Si, par contre, le détachement arrive à son terme normal, dans la mesure où son renouvellement ne constitue pas un droit pour le fonctionnaire, l'employeur privé n'est alors pas tenu de solliciter une autorisation administrative de mettre fin au contrat, sauf lorsqu'il s'est opposé au renouvellement du détachement demandé par le fonctionnaire, ou que ce non renouvellement est dû à son fait ([Cass. soc., 23 sept. 2009, n°08-40.406, Bull. Civ. V n°193](#) ; [Cass. soc., 13 nov. 2012, n°11-22.940, Bull. Civ. V n°288](#)).

#### 1.2.1.2. Les fonctionnaires en disponibilité

Les fonctionnaires en disponibilité, liés à l'entreprise ou à l'organisme privé par un contrat de droit privé, sont régis par les dispositions générales applicables du code du travail ([Cass. soc., 6 mai 2009, n°07-44.449, Bull. Civ. V n°124](#)), et notamment celles relatives à la protection des représentants du personnel.

#### 1.2.2. Les gérants non-salariés

Les gérants non-salariés de maisons d'alimentation bénéficient, sur le fondement de la convention collective qui leur est applicable, des dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel ([Cass. soc., 21 mai 1981, n°80-60.251 et 80-60.252, Bull. civ. V n° 447](#)), et, partant, de la protection légale applicable aux salariés investis de fonctions représentatives ([Cass. soc., 8 déc. 2009, n°08-42.089, Bull. civ. V n°277](#) ; [Cass. Ass. plén., 9 janv. 2015, n°13-80.967, Bull AP n°1](#)).

### **1.3. A raison du statut territorialement applicable à l'employeur**

#### 1.3.1. Les salariés employés en France par une entreprise étrangère

Toute personne physique ou morale étrangère ayant la qualité d'employeur en France se trouve soumise à la législation nationale sur la représentation du personnel, et notamment aux dispositions protectrices contre le licenciement des représentants du personnel.

Il en est ainsi :

- pour une société étrangère disposant d'un établissement en France et dont le siège social est situé à l'étranger mais aussi pour les filiales françaises de sociétés étrangères ([CE, Ass., 29 juin 1973, n°77.982, Syndicat général du personnel de la Compagnie des wagons-lits, Rec. p.458](#)) ;
- pour une société ne disposant d'aucune implantation physique sur le territoire français, mais y occupant des salariés ([Cass. soc., 14 févr. 2001, n°99-60.355, Bull. Civ. V n°55](#) ; [Cass. soc., 14 janv. 2004, n°02-60.119, Bull. Civ. V n°17](#) ; [CE, 21 juill. 2009, n°314.968, Sté Agio Sigarenfabrieken, Tables p. 977](#) ; **CF. FICHE 1b**).

#### 1.3.2. Les salariés employés sur la base d'un contrat de travail régi par le droit d'un autre Etat

Cette circonstance ne fait pas obstacle à l'application des dispositions impératives de la loi française, relatives au licenciement des salariés investis de fonctions représentatives du personnel ([Cass. Ass. plén., 10 juill. 1992, n°88-40.672 et 88-40.673, Bull AP n°9](#)).

## **2) REPRISE PAR UN EMPLOYEUR PUBLIC DE SALAIRES DE DROIT PRIVE A LA SUITE D'UN CHANGEMENT DANS LA SITUATION JURIDIQUE DE L'EMPLOYEUR**



Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à celle-ci de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée, selon la nature du contrat dont ils sont titulaires (*C. trav., art. L. 1224-3 ; Cass. soc., 8 déc. 2016, n°15-17.176, à paraître au Bulletin*). Le refus par ces derniers entraîne la rupture de plein droit du contrat, laquelle produit les effets du licenciement (*Cass. soc., 10 janv. 2017, n°15-14.775, à paraître au Bulletin ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2017, n°15-18.481, à paraître au Bulletin*).

La rupture du contrat de travail d'un salarié protégé faisant suite à son refus d'accepter le contrat qui lui est proposé en application de l'article [L. 1224-3](#) est soumise à l'ensemble de la procédure prévue en cas de licenciement d'un salarié protégé et, dès lors, subordonnée à l'obtention de l'autorisation administrative préalable (*CE, 6 juin 2018, n°391.860, Mme E., Rec. p. 257*).

Il convient de se reporter :

- à la **fiche 5** pour la procédure interne à l'entreprise à mettre en œuvre ;
- à la **fiche 10** pour les vérifications à opérer par l'inspecteur du travail, et notamment le respect par le nouvel employeur de son obligation de proposer au salarié une offre reprenant les clauses substantielles de son contrat antérieur.

### **3) LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LES DIFFERENTS DEPARTEMENTS MINISTERIELS EN MATIERE D'INSPECTION DU TRAVAIL**

Cette répartition a été sensiblement modifiée par le [décret n°2008-1503 du 30 décembre 2008](#) relatif à la fusion des services d'inspection du travail.

#### **3.1. La compétence des inspecteurs du travail placés sous l'autorité du ministre chargé du travail**

##### 3.1.1. La compétence de droit commun des inspecteurs du travail appartenant au ministère du travail

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, elle s'étend aux secteurs de l'industrie et des commerces et services, aux professions agricoles et au secteur des transports (*C. trav., art. R. 8111-1*).

Les demandes d'autorisation relatives aux salariés titulaires de fonctions représentatives au sein des entreprises d'armement maritime relèvent de la seule compétence de l'inspecteur du travail de droit commun, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les salariés navigants ou sédentaires (*Cass. soc., 10 mars 2009, n°08-40.033, Bull. civ V n°68*).

##### 3.1.2. Les compétences spécifiques

###### *3.1.2.1. La compétence des fonctionnaires appartenant à d'autres départements ministériels et exerçant les missions d'inspection du travail sous l'autorité du ministre chargé du travail*

- Les mines et carrières et leurs dépendances

Les missions d'inspection du travail y sont exercées par les fonctionnaires habilités à cet effet par les directeurs régionaux de l'environnement, de l'aménagement et du logement parmi les agents placés sous leur autorité (*C. trav., art. R. 8111-8*).

S'agissant des carrières situées sur le domaine de l'Etat et mis à la disposition du ministère de la défense, ces missions sont exercées par des agents habilités à cet effet par le ministre de la défense (*C. trav., art. R. 8111-9*).

- Les industries électriques et gazières

- *Les aménagements hydroélectriques concédés, y compris les téléphériques qui leur sont associés*

La compétence en matière d'inspection du travail est exercée par les ingénieurs ou techniciens habilités à cet effet par les directeurs régionaux de l'environnement, de l'aménagement et du logement ou le directeur régional et interdépartemental de l'environnement et de l'énergie d'Ile-de-France parmi les agents placés sous leur autorité (*C. trav., art. [R. 8111-10](#)*).

En revanche, à l'instar de la distribution d'électricité, le contrôle des ouvrages de transport d'électricité a été transféré, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012, à l'inspection du travail de droit commun (*D. n°2011-1697 du 1<sup>er</sup> déc. 2011, art. 30 et 36*).

- *Les centrales de production d'électricité comprenant une ou plusieurs installations nucléaires de base*

Dans ces installations visées par l'[article 28-III](#) de la loi n°2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, les missions d'inspection du travail sont exercées par les agents de l'Autorité de sûreté nucléaire, habilités à cet effet par cette dernière (*C. trav., art. [R. 8111-11](#)*).

### **3.2. La compétence des agents placés sous l'autorité du ministre de la défense dans les établissements de la défense**

Pour les établissements placés sous l'autorité du ministre de la défense et dont l'accès est réglementé et surveillé en permanence, les missions sont exercées sous l'autorité de ce dernier par les agents civils et militaires qu'il désigne (*C. trav., art. [R. 8111-12](#)*). Il en va de même des carrières situées sur le domaine de l'Etat et mises à la disposition du ministère de la défense.

## Fiche 1b

# L'INSPECTEUR DU TRAVAIL TERRITORIALEMENT COMPETENT POUR STATUER SUR LA DEMANDE

## 1) LES FONDEMENTS DE LA COMPETENCE TERRITORIALE

### 1.1. Par les dispositions légales

Les règles de détermination de la compétence territoriale de l'inspecteur du travail ont été modifiées par l'ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017. Elles sont applicables aux mandats créés par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 (membre du CSE, représentant de proximité, membre du CSE interentreprises) ou maintenus (délégué syndical, représentant de la section syndicale, mandats extérieurs). En revanche, elles ne sont pas applicables aux mandats amenés à disparaître (délégué du personnel, membre du CE et membre du CHSCT), lesquels sont couverts par des dispositions transitoires (**CF.FICHE 23**).

La compétence de l'inspecteur du travail est définie au regard du motif de saisine sur lequel est fondée la demande d'autorisation de licenciement ou de transfert du contrat de travail.

L'article [L. 2421-3](#) du code du travail, applicable aux membres de la délégation du CSE et aux représentants de proximité dispose que « *La demande d'autorisation de licenciement est adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement dans lequel le salarié est employé. Si la demande d'autorisation de licenciement repose sur un motif personnel, l'établissement s'entend comme le lieu de travail principal du salarié. Si la demande d'autorisation de licenciement repose sur un motif économique, l'établissement s'entend comme celui doté d'un comité social et économique disposant des attributions prévues à la section 3, du chapitre II, du titre I, du livre III.* »

### 1.2. Par renvoi de dispositions légales

Les articles [R. 2421-1](#) (délégué syndical, salarié mandaté et membre du CSE interentreprises et conseiller du salarié) et [R. 2421-10](#) du code du travail (membre du CSE et représentant de proximité) renvoient aux dispositions de l'article [L. 2421-3](#) définissant les règles de compétence territoriale.

L'article [L. 2421-4](#) du code du travail rend applicables l'ensemble des règles de procédure propres à la demande d'autorisation et à son instruction (compétence comprise) aux :

- membres du groupe spécial de négociation du comité d'entreprise européen
- membres du groupe spécial de négociation du comité de la société européenne
- membres du groupe spécial de négociation du comité de la société coopérative européenne
- membres du groupe spécial de négociation du comité issu de la fusion transfrontalière
- membres siégeant aux dits comités
- membres d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture prévue à l'article [L. 717-7](#) du code rural et de la pêche maritime
- représentants du personnel d'une entreprise extérieure, désignés au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue au IV de l'article [L. 515-8](#) du code de l'environnement ou mentionnée à l'article [L. 211-2](#) du code minier.

En application de l'article [L. 2421-2](#) du code du travail, il y a lieu d'appliquer la règle de compétence territoriale fixée pour le délégué syndical, le salarié mandaté et le conseiller du salarié aux autres mandats soumis à la même procédure (membre du conseil ou administrateur de caisse de sécurité sociale ou de mutuelle, représentant des salariés dans une chambre d'agriculture, conseiller prud'homme, assesseur maritime, défenseur syndical, membre de la commission paritaire régionale interprofessionnelle).

### **1.3. Extension à d'autres situations**

Bien qu'aucune précision relative à la détermination de l'inspecteur du travail territorialement compétent ne soit apportée pour ce qui concerne les demandeurs d'élections, les candidats et les anciens détenteurs de fonctions représentatives, il y a lieu de considérer que les mêmes règles ont vocation à s'appliquer.

## **2) LES CRITERES PERMETTANT DE DETERMINER LA COMPETENCE TERRITORIALE DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL**

### **2.1. Motif personnel : le critère du lieu de travail principal du salarié**

L'article [L. 2421-3](#) du code du travail dispose que : « *La demande d'autorisation de licenciement est adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement dans lequel le salarié est employé. Si la demande d'autorisation de licenciement repose sur un motif personnel, l'établissement s'entend comme le lieu de travail principal du salarié* ».

Le motif personnel s'entend d'un motif pris en considération de la personne : motif disciplinaire, inaptitude physique, insuffisance professionnelle, trouble objectif, rupture anticipée du CDD, mise à la retraite, absences prolongées et répétées pour maladie, défaut ou perte de titre, rupture de la période d'essai.

Ces règles sont également applicables aux demandes d'autorisation de rupture conventionnelle individuelle du contrat de travail (les dispositions des articles [R. 2421-18](#) et [R. 2421-21](#) du code du travail, renvoyant à l'article [L. 2421-3](#) du code du travail).

L'inspecteur du travail compétent pour instruire la demande d'autorisation de rupture du contrat de travail est celui du lieu de travail principal du salarié. Si le salarié n'exerce plus son activité à la date à laquelle l'inspecteur du travail est amené à procéder à l'enquête contradictoire et à se prononcer sur la demande de rupture du contrat de travail du salarié, il s'agit du dernier lieu de travail au sein duquel le salarié a exercé sa prestation. Il en est ainsi notamment si le salarié déclaré inapte a refusé un changement de ses conditions de travail fondé sur une mobilité géographique et qu'il ne se présente plus sur son lieu de travail.

Le site ou l'agence de rattachement s'identifie au regard d'un faisceau d'indices tels que les mentions du contrat de travail ou du bulletin de salaire, l'existence d'un lieu stable et régulier de passage quotidien du salarié, la présence d'un encadrement de proximité sans qu'il dispose nécessairement d'un pouvoir hiérarchique. Ce lieu de travail ne constitue pas nécessairement un établissement secondaire de l'entreprise et il peut s'agir par exemple d'une agence, d'un centre, d'un entrepôt.

#### **2.1.1. Si le salarié exécute toute sa prestation de travail ou l'essentiel de celle-ci sur un lieu de travail unique**

C'est l'inspecteur du travail chargé du contrôle de ce lieu de travail qui est compétent pour se prononcer sur une telle demande.

Il en est de même, que le lieu d'exécution effective de la prestation de travail :

- soit situé dans les locaux de l'entreprise ;
- ou soit situé hors de ces locaux : salariés mis à disposition auprès d'une autre société ou leur prestation de travail effective dans les locaux d'une autre entreprise (notamment employés de restauration collective, salariés d'entreprises de services du numérique), ou salariés réalisant une mission de longue durée sur un chantier ;
- ou soit le domicile du salarié.

#### 2.1.2. Si le salarié est amené à travailler sur plusieurs lieux de travail

Soit le lieu de travail principal est déterminé au regard de la quotité de travail exercée sur chaque site et il revient, dans ce cas, à l'inspecteur du travail en charge du contrôle de ce site d'instruire la demande d'autorisation de rupture du contrat du salarié. Cette règle s'applique notamment aux entreprises de nettoyage ou de sécurité.

Soit le salarié est itinérant ou intervient sur des chantiers (à l'exception des missions de longue durée sur un chantier), et il appartient alors à l'inspecteur du travail en charge du contrôle de l'agence ou du site de rattachement du salarié, d'instruire la demande d'autorisation de rupture du contrat de travail.

Cette règle s'applique également lorsque le salarié exerce son activité sur plusieurs lieux de travail mais que l'identification d'un lieu principal n'est pas possible.

### **2.2. Motif économique ou autre motif non personnel : le critère du lieu d'implantation de l'établissement distinct doté d'un CSE d'établissement**

Les dispositions de l'article [L. 2421-3](#) du code du travail prévoient : « *La demande d'autorisation de licenciement est adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement dans lequel le salarié est employé. (...) Si la demande d'autorisation de licenciement repose sur un motif économique, l'établissement s'entend comme celui doté d'un comité social et économique disposant des attributions prévues à la section 3, du chapitre II, du titre I, du livre III.* ».

Selon l'organisation de l'entreprise, la demande d'autorisation de licenciement devra être adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement dans lequel le salarié est employé :

- En présence d'un CSE d'établissement disposant des attributions consultatives prévues à la section 3, du chapitre II, du titre I, du livre III, de la partie II, à l'inspecteur du travail compétent pour cet établissement distinct ;
- En l'absence d'un CSE d'établissement, à l'inspecteur du travail compétent pour l'établissement disposant d'une autonomie de gestion suffisante.

Ainsi, pour déterminer s'il est territorialement compétent, l'inspecteur du travail devra tout d'abord vérifier, lorsque l'effectif **de l'entreprise** atteint 50 salariés, s'il existe un CSE d'établissement **disposant des attributions consultatives prévues à la section 3, du chapitre II, du titre I, du livre III, de la partie II du code du travail**, au sein de l'établissement qui relève du contrôle de sa section d'inspection. A défaut, il devra déterminer si l'établissement dans lequel travaille le salarié dispose d'une autonomie suffisante, notamment en matière de gestion du personnel.

Un CSE d'établissement dispose des attributions consultatives dans les cas suivants :

- lorsque l'entreprise qui met en place un CSE, était préalablement dotée d'un comité d'entreprise et que son effectif atteignait 50 salariés ;
- lorsqu'en cours de mandat, l'effectif de l'entreprise augmente pour atteindre au moins 50 salariés pendant 12 mois consécutifs, à l'issue de ce délai de 12 mois ;
- lorsque l'entreprise dépourvue d'instance représentative du personnel a atteint le seuil de 50 salariés pendant 12 mois consécutifs précédant la mise en place du CSE, à l'issue d'un délai de 12 mois à compter de la mise en place du CSE.

### 2.2.1. L'inspecteur du travail doit prioritairement vérifier s'il existe un CSE d'établissement tel que défini supra, dont la seule présence emporte automatiquement sa compétence

Selon le motif soulevé à l'appui de la demande, cette règle est d'origine légale ou jurisprudentielle :

#### *2.2.1.1. Cas d'application sur un fondement légal :*

Il ressort des dispositions de l'article [L. 2421-3](#) du code du travail que si la demande d'autorisation de licenciement repose sur un motif économique, l'établissement s'entend comme celui doté d'un CSE disposant des attributions prévues à la section 3, du chapitre II, du titre I, du livre III.

Ces règles sont également applicables aux demandes d'autorisation de ruptures conventionnelles collectives (les articles [R. 2421-18](#) et [R. 2421-21](#) du code du travail renvoyant à l'article [L. 2421-3](#) du code du travail).

#### *2.2.1.2. Cas d'application sur un fondement jurisprudentiel :*

Concernant les demandes d'autorisation n'ayant pour objet ni un licenciement économique, ni un licenciement pour motif personnel, la présence d'un CSE d'établissement est, en application de la règle jurisprudentielle, un critère décisif. Elle suffit à conférer à l'établissement en question la qualité d'établissement au sens des dispositions déterminant la compétence de l'inspecteur du travail, quelles que soient, par ailleurs, ses modalités de gestion ([CE, 12 oct. 2006, n° 287.489, Sidel Filling Aseptic Tables p.1087](#) ; [CAA Lyon, 6 avr. 2010, n° 09LY00368, SA SYNERGIE](#)).

Conformément aux dispositions de l'article [L. 2313-4](#) du code du travail, le périmètre des établissements distincts est déterminé par accord collectif, ou à défaut par décision unilatérale de l'employeur, compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel. Uniquement dans ce dernier cas, la loi fixe les critères de l'établissement distinct. Dès lors, si au regard de la jurisprudence, la présence d'un établissement distinct confère une présomption d'autonomie de gestion, cette position n'a pas été confirmée sur le fondement des dispositions issues de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017.

Sont ainsi soumises aux règles de compétence territoriale tenant à la présence d'un CSE d'établissement, en application de cette décision du Conseil d'Etat, les demandes portant sur le transfert du contrat de travail, le non renouvellement ou l'arrivée à terme du contrat de travail à durée déterminée, la rupture du contrat de travail pour fin de chantier ou de spectacle, la rupture du contrat de travail sur le fondement d'un accord collectif (accord de mobilité interne, accord de performance collective).

Cette règle s'applique que le CSE d'établissement couvre le périmètre d'un seul ou de plusieurs sites.

Dans la décision du Conseil d'Etat précitée, il s'agissait de la mise en place d'un comité d'établissement dans un établissement reconnu distinct par voie d'accord collectif instituant un comité central d'entreprise. Ainsi, lorsqu'un tel accord est intervenu entre l'employeur et les organisations syndicales, le critère de l'autonomie de gestion apparaît inopérant. L'inspecteur du travail compétent est alors celui du ressort de l'établissement distinct reconnu comme tel en application de l'accord d'entreprise quand bien même celui-ci ne serait pas réellement autonome par rapport au siège.

Cette solution s'applique également lorsque l'implantation d'un établissement distinct doté d'un CSE d'établissement fait suite à une décision administrative déterminant les établissements

distincts au sein d'une entreprise. Il n'y a en effet pas lieu de distinguer selon l'origine de la mise en place de ce comité, le critère déterminant étant constitué par sa présence au sein de l'établissement concerné.

Au regard de la complexification croissante de l'organisation interne des entreprises, il s'avère fréquemment que le **CSE d'établissement soit amené à couvrir un périmètre composé de plusieurs sites** géographiques et que, par voie de conséquence, il ne soit pas implanté au sein du site dans lequel le salarié exécute sa prestation de travail.

Dans ce cas de figure, l'inspecteur du travail saisi ne saurait automatiquement déduire son incompétence de cette absence de CSE d'établissement au sein du « site » d'exécution du contrat de travail du salarié, ni renvoyer *ipso facto* la demande à l'inspecteur du travail compétent géographiquement pour le lieu où est implanté l'autorité qui a pris la décision de procéder à la rupture ou au transfert du contrat de travail du salarié protégé. En effet, dès lors qu'il apparaît que le site en question est rattaché à un CSE d'établissement, l'inspecteur du travail devra au préalable vérifier le lieu d'implantation de l'établissement dont dépend ce CSE d'établissement.

Ce lieu peut être défini par la volonté des partenaires sociaux, ou identifié par la décision de l'autorité administrative déterminant les établissements distincts. Il arrive cependant que ni l'accord ni la décision administrative ne précise de lieu d'implantation du CSE d'établissement. Il appartient alors à l'inspecteur du travail saisi de procéder par recueil d'un faisceau d'indices lui permettant de déterminer le lieu d'implantation de fait dudit comité (notamment adresse de l'établissement organisateur des élections des membres du CSE d'établissement concerné telle que mentionnée sur le formulaire « Cerfa », lieu où se tiennent majoritairement les réunions de l'institution, lieu d'expédition de la demande d'autorisation de rupture ou de transfert du contrat de travail...)

Lorsque le salarié partage son temps de travail entre plusieurs établissements dotés d'un CSE d'établissement, l'inspecteur du travail compétent est celui qui contrôle l'établissement au sein duquel le salarié exerce principalement son activité ([CE, 3 oct. 1994, n°120.749, Tournant, Tables, p. 1215](#)).

Si l'inspecteur du travail initialement saisi constate, une fois qu'il a procédé à ces investigations, qu'il n'est pas territorialement compétent, il devra, conformément à l'article [L.114-2](#) du code des relations entre le public et l'administration, transmettre la demande d'autorisation à son collègue compétent pour instruire et statuer sur la demande, et informer les parties de cette transmission (**CF. FICHE 2**).

#### 2.2.2. Si l'établissement est dépourvu de CSE d'établissement, l'inspecteur du travail doit vérifier qu'il dispose d'une autonomie de gestion

Ces critères d'autonomie de gestion ont été énoncés à l'occasion de la décision Suburbaine de canalisations et de grands travaux ([CE, 2 févr. 1996, n°133.455, Suburbaine de canalisations et de grands travaux, Tables p. 1194](#)).

Si l'établissement où le salarié est employé ne dispose pas d'une autonomie suffisante, notamment en matière de gestion du personnel, critère déterminant, il ne saura être valablement regardé comme un « établissement » au sens de la compétence territoriale de l'inspecteur du travail.

Tel est par exemple le cas lorsque la lettre de convocation à l'entretien préalable, la demande d'autorisation de licenciement et, ultérieurement, la lettre de licenciement émanent de responsables travaillant au siège de l'entreprise : l'établissement qui emploie le salarié ne saurait alors être regardé comme disposant d'une autonomie suffisante par rapport au siège ([CE, 21 déc. 1994, n°151.746, Compagnie nationale Air Algérie](#) ; [CE, 16 juin 1995, n°143.437, Battesti](#) ; [CE 2 févr. 1996, n°133.455, Suburbaine de canalisations et de grands travaux, Tables. p.1194](#)). De même,



lorsqu'un directeur d'établissement n'a pas compétence pour procéder au licenciement du personnel permanent, l'établissement ne saurait être regardé comme suffisamment autonome ([CE, 11 janv. 1995, n°129.995, Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, Rec. p. 20](#)). L'inspecteur du travail compétent est alors celui qui contrôle l'établissement disposant des prérogatives en matière de gestion du personnel (le plus souvent le siège social ou la direction régionale à laquelle est administrativement rattaché le salarié).

La présence ou l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'établissement où travaille le salarié peuvent constituer des indices d'autonomie suffisante ou insuffisante de l'établissement. Mais ces indices apparaissent subsidiaires. Ainsi, l'absence de toute institution représentative du personnel dans l'établissement peut être de nature à confirmer une absence d'autonomie suffisante déjà constatée par l'absence de pouvoir du directeur d'établissement en ce qui concerne le licenciement de son personnel ([CE, 21 déc. 1994, n°151.746, Compagnie nationale Air Algérie](#)). A l'inverse, la présence au sein d'un établissement d'un délégué syndical ne suffit pas à établir l'autonomie de gestion dès lors que le directeur de l'établissement n'a pas compétence pour procéder au licenciement du personnel ([CE, 11 janv. 1995, n°129.995, Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, Rec. p. 20](#)).

Le constat de l'absence d'autonomie ne saurait pour autant justifier la reconnaissance de la compétence de l'inspecteur du travail chargé du contrôle d'une société-mère, motif tiré de l'absence d'autonomie de sa filiale ([CE, 17 juill. 2013, n°356.099, Bryssine/Silicomp, Tables p.865](#)).

### **2.3. Les cas particuliers**

#### **2.3.1. Lorsque le salarié exécute habituellement son travail en dehors de tout établissement ou que son lieu de travail n'existe plus**

Si la demande repose sur un motif personnel, sauf si un lieu de travail principal est identifié, l'inspecteur du travail compétent est celui dont relève le site ou l'agence de rattachement du salarié.

Pour tous les autres motifs, l'inspecteur du travail compétent est celui qui contrôle l'établissement auquel est administrativement rattaché le salarié (au sens des critères définis supra).

#### **2.3.2. Lorsque le salarié est employé par une société étrangère ne disposant d'aucune implantation sur le territoire national**

Par décision du 21 juillet 2009, ([CE, 21 juill. 2009, n°314.968, Aqio Sigaren Fabrieken Tables, p.977](#)) le Conseil d'Etat a posé les principes permettant d'identifier, en fonction du cas d'espèce, l'inspecteur du travail territorialement compétent en pareille hypothèse.

Ainsi a-t-il été décidé « que le licenciement de tout salarié protégé exerçant son activité en France doit faire l'objet d'une autorisation de l'inspecteur du travail ; que la circonstance qu'un employeur, ayant son siège social à l'étranger et employant des salariés sur le territoire français, ne dispose, sur ce territoire, d'aucune implantation matérielle permanente, ne saurait avoir pour effet de priver les salariés protégés de la protection légale instituée en leur faveur ; qu'en pareil cas, la demande d'autorisation de licenciement doit être adressée à l'inspecteur du travail responsable de la section d'inspection à l'intérieur de laquelle se trouve le lieu principal d'activité de la personne disposant des prérogatives de l'employeur ; que, dans l'impossibilité de déterminer un tel lieu, il appartient au directeur général du travail de désigner l'inspecteur du travail chargé d'instruire la demande et de statuer sur cette dernière[...] ».

Il appartient donc à l'inspecteur du travail saisi d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié relevant d'une entreprise ayant son siège social en dehors du territoire national et ne disposant d'aucune implantation géographique permanente, de vérifier s'il est territorialement



compétent, en s'assurant qu'il est saisi par un représentant de l'employeur sis au lieu principal d'activité de l'entreprise en France, si ce lieu est identifiable.

Si l'inspecteur du travail n'est pas en mesure de déterminer un tel lieu, il lui appartient de transmettre la demande au directeur général du travail (Service d'Animation Territoriale – Bureau DASIT2) aussi rapidement que possible, le délai à l'issue duquel est susceptible de naître une décision implicite de rejet courant dès le dépôt de la demande à l'autorité saisie, même si cette dernière est incompétente, conformément à l'article [L. 114-3](#) du code des relations entre le public et l'administration. Il revient alors au directeur général du travail de désigner l'inspecteur du travail chargé d'instruire et de statuer sur la demande.

#### **2.4. Les effets de l'incompétence territoriale détectée par l'inspecteur du travail saisi**

##### **2.4.1. En cours de procédure administrative**

L'inspecteur du travail initialement saisi ne peut rejeter la demande pour ce seul motif. Il doit procéder à la transmission de la demande à l'autorité compétente et en informer les parties (*CRPA art. [L. 114-2](#)*).

Il appartient à l'inspecteur du travail territorialement compétent, d'accuser réception de la demande, de procéder à l'enquête contradictoire et de statuer sur la demande (*CRPA art. [L. 114-4](#)*).

##### **2.4.2. Une fois la décision prise**

Il convient sur ce point de se référer à la **FICHE 21**.

### **3) L'INSPECTEUR DU TRAVAIL COMPÉTENT POUR REALISER L'ENQUÊTE CONTRADICTOIRE**

#### **3.1. Le principe : unicité enquêteur-décideur**

La notion de compétence territoriale de l'inspecteur du travail amené à statuer sur des demandes concernant la rupture ou le transfert du contrat de travail d'un salarié protégé, telle que visée par les dispositions susvisées du code du travail, implique que l'inspecteur du travail compétent pour procéder à l'enquête contradictoire est celui qui est compétent pour statuer sur la demande (*CE, 8 juin 2015, n°374.303, KPMG, Tables. p.539*).

Le juge administratif considère en effet qu'il ressort des dispositions des articles [R. 2421-4](#) et [R. 2421-11](#) du code du travail, « *que cette enquête ainsi que la décision prise à son issue relèvent de l'inspecteur du travail ayant compétence pour statuer sur la demande d'autorisation* ». Dès lors, il n'est pas possible à l'inspecteur du travail saisi d'une demande de déléguer l'enquête contradictoire à laquelle il est tenu de procéder personnellement, à l'inspecteur du travail territorialement plus proche du lieu de travail du salarié.

#### **3.2. Les assouplissements au principe**

Pour les cas où le salarié ne veut/peut pas venir et dès lors que les parties ont été régulièrement convoquées par l'inspecteur du travail compétent, pour éviter les situations de blocage, des aménagements à cette règle peuvent être envisagés (**CF. FICHE 3**).

En outre, la décision du Conseil d'Etat du 8 juin 2015 a réduit la portée du principe d'unicité entre l'enquêteur et le décideur (*CE, 8 juin 2015, n°374.303, KPMG, Tables. p.539*). Ainsi, le Conseil d'Etat a retenu : « *qu'à l'effet de concourir à la mise en œuvre de la protection rappelée ci-dessus, les articles R. 2421-4 et R. 2421-1 du code du travail disposent que l'inspecteur du travail saisi d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé au titre d'un ou plusieurs mandats représentatifs procède à une enquête contradictoire; que cette enquête ainsi que la décision prise à son issue relèvent de l'inspecteur du travail ayant compétence pour statuer sur la demande d'autorisation; que la cessation de fonctions de l'inspecteur du travail ayant conduit l'enquête*

*contradictoire n'impose pas, par elle-même, que l'inspecteur du travail assurant son remplacement ou lui ayant succédé procède à une nouvelle enquête contradictoire avant de statuer sur la demande, même s'il lui est toujours loisible de le faire ».*

Ainsi, même s'il en a la possibilité, l'inspecteur du travail assurant le remplacement de l'inspecteur titulaire ou lui ayant succédé n'a pas l'obligation de procéder à une nouvelle enquête contradictoire avant de statuer sur la demande.

Cet aménagement du principe d'unicité s'applique également aux demandes impliquant successivement un inspecteur du travail intérimaire et l'inspecteur du travail titulaire (ou inversement). Un inspecteur du travail assurant l'intérim peut donc prendre la décision après une enquête contradictoire réalisée par l'inspecteur du travail titulaire, dès lors qu'il a été régulièrement désigné comme intérimaire. Il en est de même dans la situation inverse, ou en cas de déménagement de l'entreprise en cours de procédure ayant pour effet un changement de compétence. Pour autant, en cas de succession d'inspecteurs, chaque acte d'enquête doit avoir été réalisé par l'inspecteur du travail compétent, de même, la décision doit être signée par l'inspecteur compétent.

**Conseil pratique :** Afin d'assurer une cohérence entre l'enquête contradictoire et la décision, l'assouplissement à la règle enquêteur décideur doit rester exceptionnel et il est fortement souhaitable que l'inspecteur du travail qui a procédé à l'enquête contradictoire prenne la décision administrative.

Pour les cas exceptionnels au regard du nombre de salariés protégés concernés par l'opération, il revient aux services de se rapprocher de la DGT pour définir des modalités adaptées.

### **3.3. Les règles d'intérim entre inspecteurs du travail**

Les règles tenant à l'organisation des intérim des inspecteurs du travail s'apprécient au regard de la [note DGT/SAT/DASC du 12 mars 2010](#) relative aux délégations de signature dans le domaine des actions d'inspection de la législation du travail et à l'organisation de l'intérim des inspecteurs du travail.

En cas d'absence ou d'empêchement temporaire de l'inspecteur du travail compétent, un autre inspecteur du département ne pourra instruire et se prononcer sur la demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé qui lui est présentée « *que s'il a été désigné à cette fin par une décision du directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle* [le DIRECCTE, ou, par délégation, le responsable de l'unité territoriale] », cette décision devant mentionner le nom de l'inspecteur qui sera chargé d'assurer l'intérim ([CE, 22 oct. 2008, n°294.958, Barbier-Skubiszewski](#)). L'ordre des intérim mentionnés dans la décision du DIRECCTE doit être respecté. La décision confiant l'intérim doit être régulièrement publiée au recueil des actes administratifs du département ([CE, 21 déc. 2001, n°224.363, Préfet de Seine-Maritime c/ Fanidi](#)).

A défaut de désignation de l'inspecteur du travail chargé de l'intérim et/ou de publication de la décision au recueil, la décision prise par l'intérimaire est illégale.

### **3.4. Les règles de suppléance applicables aux sections confiées aux contrôleurs du travail**

La réforme de l'inspection du travail est fondée sur le [décret n°2013-875 du 27 septembre 2013](#), modifiant le décret n° 97-364 du 18 avril 1997 portant statut particulier du corps des contrôleurs du travail et sur le [décret n°2014-359 du 20 mars 2014](#), relatif à l'organisation du système d'inspection du travail. Ce dernier décret fixe des mesures transitoires pour l'exercice de la compétence réservée aux inspecteurs du travail en matière de décisions administratives, au sein des sections sur lesquelles sont affectés des contrôleurs du travail. Ainsi, en application des dispositions de l'article [R.8122-11](#) du code du travail, il appartient au DIRECCTE de désigner un ou

plusieurs inspecteurs du travail pour prendre en charge les décisions relevant des sections sur lesquelles sont affectés des contrôleurs du travail. Sauf à encourir l'illégalité, la décision doit être rendue par l'inspecteur du travail ainsi désigné.

## Fiche 2

### LA RECEVABILITE DE LA DEMANDE

Avant de procéder à l’instruction au fond de la demande d’autorisation, l’autorité administrative doit préalablement s’assurer que cette demande remplit les conditions de recevabilité, appréciées selon les critères exposés ci-après.

A défaut, il lui appartient de notifier au demandeur une décision de rejet, conforme aux exigences de forme, de motivation et de notification (**CF. FICHE 18**), sans qu’il y ait nécessairement lieu pour l’inspecteur du travail de procéder à l’enquête contradictoire prévue par les articles [R. 2421-4](#), [R. 2421-11](#), [R. 2421-17](#) pour le transfert, [R. 2421-19](#) pour la rupture conventionnelle individuelle ou collective (**CF. FICHE 3**) ; **il doit cependant, dès lors qu’il est conduit à porter une appréciation sur ce point et ne se trouve pas en situation de compétence liée, recueillir préalablement les explications du demandeur (CE, 23 déc. 2016, n° 395.469, Casa France)**. En outre, la décision de rejet doit être également notifiée au salarié. Une nouvelle demande d’autorisation peut alors être présentée, sous réserve qu’il ait été remédié à la cause de l’irrecevabilité. Dans ce cas, la tenue d’une enquête contradictoire ayant précédé la décision de rejet ne saurait exonérer l’autorité administrative de l’obligation de procéder à une nouvelle enquête.

#### 1) LES MODALITES D’ENVOI PAR LE DEMANDEUR

##### 1.1. Les formalités d’envoi

La demande est adressée à l’inspecteur du travail par voie électronique selon les modalités prévues aux articles [L. 112-9](#), [R. 112-9-1](#) et [R. 112-9-2](#) du CRPA ou par lettre recommandée avec avis de réception en deux exemplaires (*C. trav., art. [R. 2421-1](#), [R. 2421-10](#) et [décret n°2015-1404 du 5 nov. 2015](#)*).

L’autorité administrative n’est valablement saisie d’une demande adressée par voie électronique et les délais ne commencent à courir que si elle est présentée sur le téléservice dédié, au sens de l’article 1er de [l’ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005](#) relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives (<https://sve.travail-emploi.gouv.fr>). Tel n’est pas le cas notamment d’une demande d’autorisation envoyée directement sur la messagerie de l’inspecteur du travail, qui ne peut dès lors être prise en compte. Les modalités d’accusé de réception de la demande adressée par voie électronique sont précisées au 3.1 de la présente fiche.

La présentation de cette demande doit être précédée des procédures internes prévues selon la nature du ou des mandats détenus par le salarié protégé.

L’envoi du formulaire [cerfa n°14599\\*01](#) (« rupture conventionnelle d’un contrat de travail à durée indéterminée d’un salarié protégé ») dûment rempli vaut demande d’autorisation de la rupture conventionnelle (sur la rupture conventionnelle, **CF. FICHE 14**).

La demande doit être adressée à l’inspecteur du travail compétent. En cas de saisine d’un inspecteur du travail incompétent, **ce dernier ne devra pas rejeter la demande** mais la transmettre sans délai à l’inspecteur du travail compétent (*CRPA, art. [L. 114-2](#)*). Les délais opposables à l’auteur de la demande courent à compter de la saisine de l’autorité incompétente (sur les règles de compétence, **CF. FICHE 1b**).

## **1.2. Les pièces jointes prévues par le code du travail**

Lorsque le mandat du salarié impose la consultation du comité social et économique, le procès-verbal de la réunion au cours de laquelle l'avis a été recueilli, doit être joint à la demande (*C. trav., art. R. 2421-10*). Un extrait du procès-verbal est suffisant. Il peut être communiqué jusqu'à la date à laquelle l'inspecteur du travail prend sa décision (*CAA Paris, 21 sept. 1999, n° 97PA03315, M. M.*). Compte tenu des délais d'approbation des procès-verbaux, l'absence d'approbation ne conditionne pas la recevabilité de la demande (*CAA Nancy, 17 nov. 2011, n° 11NC00221*).

Si la demande de licenciement est fondée sur un motif économique et s'inscrit dans le cadre d'un licenciement collectif soumis à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur doit communiquer une copie de la décision de validation ou d'homologation du DIRECCTE compétent. Il en est de même pour la décision de validation prise par le DIRECCTE lorsque la demande est fondée sur un accord portant sur les ruptures conventionnelles collectives.

Si l'absence de communication de ces pièces à l'appui de la demande ne constitue pas un motif d'irrecevabilité de celle-ci, l'inspecteur du travail doit toutefois en disposer pour statuer.

## **2) L'APPRECIATION DE LA RECEVABILITE**

Elle peut être vérifiée jusqu'à la date de la décision de l'inspecteur du travail.

### **2.1. L'intérêt à présenter la demande**

Si le contrat a déjà été rompu, que ce soit à l'initiative de l'employeur par l'envoi d'une lettre de licenciement sans autorisation (*CE, 15 déc. 2004, n° 252.590, ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité c/ sté Mayday Sécurité, Tables p.898*) ou du salarié, notamment lorsqu'il a pris acte de la rupture du contrat de travail avant la présentation de la demande d'autorisation (*CE, 17 déc. 2008, n° 310.889, M. Hoyeau c./ Centre chirurgical des peupliers de la Croix-Rouge, Rec. p. 461*), l'inspecteur du travail doit se déclarer incompétent et rejeter la demande.

Il en est de même lorsque le salarié effectue son préavis de démission : la faute grave commise pendant l'exécution du préavis a pour seul effet de priver le salarié du solde de l'indemnité de préavis (*Cass. soc., 5 oct. 1995, n°94-41.120 ; Cass. soc., 4 juill. 2007, n°05-45.221*).

A contrario, une procédure de résiliation judiciaire en cours ne fait pas obstacle à la présentation d'une demande d'autorisation de licenciement.

Par ailleurs, s'agissant de la rupture conventionnelle, individuelle ou collective, la partie la plus diligente, employeur ou salarié, peut présenter la demande d'autorisation (**CF. FICHE 14**).

### **2.2. La qualité pour présenter la demande**

#### **2.2.1. Les règles générales**

Le demandeur doit être l'employeur du salarié protégé ou son représentant habilité à agir en son nom (*CE, 16 déc. 1988, n° 74.120, M. Y c/ l'Etablissement de Moulins de la Société Anonyme "Potain", Tables p.1054*). L'identité de ce demandeur doit clairement apparaître dans la demande. Dans le cas d'un salarié mis à disposition, c'est l'employeur, et non l'utilisateur, qui dispose de cette qualité.

La signature pour ordre (« PO ») est admise, sous réserve que la personne mentionnée sur le document comme signataire de la lettre (mention nécessaire), et pour laquelle une autre personne a signé « en PO », ait elle-même qualité pour présenter la demande (*cf., dans le même sens, pour la signature d'une lettre de notification du licenciement : Cass. soc., 10 nov. 2009, n°08-41.076, Bull. civ. V n°250 ; Cass. soc., 10 mai 2012, n°10-28.769*).

**L'unité économique et sociale ne disposant pas de la personnalité morale, son président ne peut en aucun cas, même sur le fondement d'un accord collectif, être considéré comme l'employeur des salariés de toutes les entités qui la composent ([Cass. soc., 16 déc. 2008, n°07-43.875, Bull. civ. V n°255](#))**

En cas de transfert partiel d'une société, celle-ci doit être regardée comme restant l'employeur d'un salarié protégé tant que l'inspecteur du travail n'a pas autorisé le transfert, et alors même que le transfert a produit ses effets, notamment pour les autres salariés, non protégés. L'inspecteur du travail ne peut donc rejeter la demande au seul motif que la société n'a plus qualité pour demander l'autorisation ([CE, 24 juin 2013, n° 340.128, 340.433 et 340.434 ministre de l'Ecologie, du Développement durable, des Transports et du Logement, Tables p.867](#)).

Le respect du délai d'un mois imparti pour procéder aux licenciements autorisés par le tribunal de commerce, tant dans le cadre d'une cession prévue à l'occasion de la liquidation judiciaire (*C. com.*, art. [L. 642-5](#)) que dans celui d'un plan de redressement (*C. com.*, art. [L. 631-19](#)), s'apprécie, pour les salariés protégés, à la date à laquelle l'administrateur, l'employeur ou le liquidateur, selon le cas, a manifesté son intention de rompre le contrat de travail (*C. trav.*, art. [L. 3253-9](#)). Cette manifestation de volonté est caractérisée par l'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable ([Cass. soc., 8 févr. 2012, n° 10-12.906, 10-13.405 et 10-13.521, Bull. civ. V n°62](#)). Il convient toutefois de souligner que le non-respect de ce délai ne saurait pour autant priver l'administrateur, l'employeur ou le liquidateur de sa qualité à agir et entraîner l'irrecevabilité de la demande. Cette position est au demeurant identique à celle retenue par la chambre sociale pour les salariés non protégés, auxquels le juge judiciaire ne reconnaît que la possibilité de demander, le cas échéant, réparation du préjudice causé par l'irrégularité ([Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-42.340, Bull. civ. V n° 242](#) ; [Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 04-40.529, Bull. civ. V n° 267](#)).

#### 2.2.2. : Les cas de représentation de l'employeur sans exigence de formalité

Du fait des pouvoirs qui leur sont donnés d'engager ou de représenter la société à l'égard des tiers, les dirigeants de sociétés commerciales ont qualité pour saisir l'administration. Tel est notamment le cas du gérant d'une société en nom collectif (*C. com.*, art. [L. 221-5](#)), du gérant d'une SARL (*C. com.*, art. [L. 223-18](#)), du président du conseil d'administration ou du directeur général d'une société anonyme (*C. com.*, art. [L. 225-51-1](#)) ou, dans une société anonyme avec directoire et conseil de surveillance, du directeur général ou du président du directoire (*C. com.*, art. [L. 225-66](#)).

La même qualité est reconnue, par leurs fonctions, aux chefs du personnel ([CE, 16 déc. 1988, n° 74.120, M. Y c/l'Etablissement de Moulins de la Société Anonyme "Potain", Tables p.1054](#).) et, par extension, aux responsables de ressources humaines. De même, le directeur du personnel, le directeur financier ou encore le directeur général, salarié de la société-mère, habilité à engager une procédure de licenciement d'un salarié employé par une filiale peut également présenter à l'administration une demande d'autorisation ([Cass. soc., 19 janv. 2005, n°02-45.675, Bull. civ. V n°10](#) ; [Cass. soc., 30 juin 2015, 13-28.146, Bull. civ. V, n°833](#) ; [Cass. soc., 13 juin 2018, n°16-23.701, à paraître au Bulletin](#)).

Toutefois, cette qualité ne peut être reconnue aux personnes étrangères à l'entreprise, y compris l'expert-comptable agissant pour ordre de l'employeur ([Cass. soc., 26 avr. 2017, n°15-25.204, à paraître au Bulletin](#)). Par exception à cette règle, l'avocat du demandeur a qualité pour saisir l'administration, en application des dispositions de l'[article 6](#) de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 et bénéficie à ce titre d'une présomption de mandat ([CE, 29 nov. 1991, n°129.441, Syndicat des commerçants non sédentaires de la Savoie, publié au Recueil](#) ; [Cass. soc., 29 sept. 2010, n°09-40.515, Bull. civ. V n°202](#)).

Aucune disposition légale n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit ([Cass. soc., 6 juill. 2004, n° 02-43.322](#) ; [Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-30.215, Bull. ch. mixte n°2](#)), y compris s'agissant d'une société par actions simplifiée ([Cass. soc., 8 févr. 2012, n° 10-27.174](#)).

Il convient toutefois de s'assurer que les statuts de la société commerciale ne subordonnent pas la validité d'une procédure de licenciement à une délibération particulière du conseil d'administration ou des associés.

### 2.2.3. : Les cas de représentation soumis à des exigences particulières

Lorsque l'employeur est une association, une fondation ou une mutuelle, la qualité pour présenter la demande d'autorisation de rupture ou de transfert du contrat doit être appréciée au regard de ses statuts. Sauf disposition statutaire contraire ou délégation expresse, seul le président de l'association peut mettre en œuvre la procédure ([Cass. soc., 29 sept. 2004, n° 02-43.771, Bull. civ V n°236](#); [Cass.soc. 14 mars 2018, n° 16-12.578](#)).

Si la demande d'autorisation est présentée par le secrétaire d'un comité social et économique agissant comme employeur, celui-ci doit recevoir une habilitation ([CE, 12 févr. 1993, n° 89.733, Comité d'établissement SNECMA Evry-Corbeil](#)). A défaut, le pouvoir de recruter et de licencier doit faire l'objet d'une délégation spéciale et expresse à une autre personne ([Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-47.737, Bull. civ V n°255](#)).

## **2.3. La qualification et la motivation suffisantes de la demande d'autorisation**

### 2.3.1. : Quel que soit le motif

Aux termes des articles [R. 2421-1](#) et [R. 2421-10](#) du code du travail, la demande énonce les motifs du licenciement envisagé.

Il appartient à l'employeur de faire état avec précision de la cause justifiant le licenciement dans sa demande d'autorisation de licenciement, ou le cas échéant dans un document joint à cet effet auquel renvoie sa demande ([CE, 26 sept. 2018, n°401.509 à 401.511, Sté Forge France, Tables p. 944](#)).

La qualification juridique incombe à l'employeur : il n'appartient pas à l'administration du travail de se substituer à celui-ci pour préciser la qualification qu'il entend retenir. Cette qualification délimite le champ et la grille de contrôle de l'inspecteur du travail, qui n'a en tout état de cause pas le pouvoir de requalifier la demande ([CE, 24 nov. 1982, n° 31.738 SA Mécanique et conceptions industrielles modernes](#); [CE, 16 juin 1995, n° 126.960, Sevestre](#); [CE, 19 oct. 2012, n° 334.588, Prieto, Tables p.1012](#); [CE, 19 juin 2013, société DHL Solutions-DHL Fashion, n° 352.182](#)). Si l'inspecteur du travail estime que le motif pour lequel l'employeur lui demande l'autorisation de rompre le contrat n'est pas fondé, il ne peut légalement accorder l'autorisation demandée en lui substituant un autre motif de rupture, alors même que cet autre motif aurait été de nature, s'il avait été présenté par l'employeur, à justifier une telle rupture ([CE, 20 mars 2017 n° 392.296, Total Petrochemicals France, Rec. p.101](#)).

Les éléments de fait et de droit doivent être assez précis pour éviter toute confusion : en tout état de cause, même non mentionnée expressément, la nature du motif retenu par l'employeur doit pouvoir se déduire sans la moindre ambiguïté. Cette nécessité s'impose d'autant plus, par exemple, lorsqu'il s'agit de qualifications telles que la faute professionnelle ou l'insuffisance professionnelle non fautive, voire d'un fait constitutif d'un agissement fautif ou au contraire étranger à l'exécution du contrat de travail.

Le refus de la modification du contrat de travail n'est en soi un motif de licenciement : la demande doit en effet préciser l'origine de la proposition de modification refusée, qu'elle soit inhérente ou non à la personne du salarié (**CF. FICHE 11**).

Si la demande ne permet pas de déterminer le terrain sur lequel l'employeur entend se placer, l'inspecteur du travail doit la rejeter, après avoir mis l'employeur à même de présenter, par écrit, ses observations ([CE, 23 déc. 2016, n° 395.469, Casa France](#); [cf. introduction de la présente fiche](#)). Toutefois, dans le cadre de ses observations, l'employeur ne pourra pas requalifier la demande, cette dernière fixant, de manière définitive, les limites du litige.



### 2.3.2 : En cas de motif économique

La demande d'autorisation de licenciement, qui fixe le cadre du contrôle de l'inspecteur du travail, doit énoncer la nature de la cause économique : difficultés économiques, mutations technologiques, réorganisation pour sauvegarde de la compétitivité, cessation complète d'activité de l'entreprise).

Si le licenciement est fondé sur la réorganisation de l'entreprise, l'employeur doit préciser si celle-ci est justifiée par des difficultés économiques, par la nécessité de sauvegarder sa compétitivité ou encore par des mutations technologiques, sans se limiter à renvoyer à un document joint, sauf à ce que ce dernier ait pour effet d'en préciser la cause ([CE, 26 sept. 2018, n°401.509 à 401.511, Sté Forge France, Tables p. 944](#)).

La demande doit également préciser ses conséquences sur l'emploi du salarié (suppression ou transformation d'emploi ou modification refusée du contrat de travail). Pour l'analyse du motif économique, il convient de se reporter à la **FICHE 7a**.

### 2.3.3 : En cas de pluralité des motifs

Une demande d'autorisation de licenciement peut invoquer deux motifs inhérents à la personne dès lors qu'ils procèdent de faits distincts, ou deux causes économiques distinctes. Il convient dans ce cas de vérifier le respect des règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement ainsi que d'examiner, en cas de refus, le bien-fondé de chacun des motifs invoqués ([Cass. soc., 23 sept. 2003, n° 01-41.478, Bull. civ. V n° 242](#) ; [Cass. soc., 17 oct. 2018, n°17-13.431](#)) (**CF. FICHE 18**).

Les motifs doivent toutefois ne pas être incompatibles (ce qui pourrait, par exemple, être le cas d'une demande invoquant simultanément une inaptitude physique et une insuffisance professionnelle).

## 3) L'OBLIGATION POUR L'AMINISTRATION D'ACCUSER RECEPTION

### 3.1. Les modalités de l'accusé de réception

Dès réception de la demande, un accusé de réception doit être adressé au demandeur ([CRPA, art. L. 112-3](#)). Cet accusé de réception peut figurer dans le courrier de convocation à l'enquête contradictoire du demandeur.

Le contenu de cet accusé de réception, précisé notamment par l'article [R. 112-5](#) du CRPA, est le suivant :

- la date de la réception de la demande ;
- le fait que la demande est susceptible de donner lieu à une décision implicite de rejet ;
- la date à laquelle, à défaut d'une décision expresse, la demande sera réputée rejetée (**CF. FICHE 18** pour la computation des délais) ;
- la désignation, l'adresse postale ainsi que le numéro de téléphone de l'autorité administrative compétente ;
- les délais et voies de recours contre la décision implicite de rejet.

Il convient de souligner la nécessité de mentionner en particulier la date précise de naissance de la décision implicite de rejet, la seule mention du délai de deux mois à l'issue duquel elle serait susceptible de naître ne satisfaisant pas à cette exigence.

En cas de présentation de la demande à une autorité incompétente, l'accusé de réception doit être établi par l'inspecteur du travail compétent à qui le dossier doit être transmis par l'autorité initialement saisie ([CRPA, art. L. 114-4](#)) (**CF. FICHE 1b**).

Lorsque la demande est adressée à l'administration par voie électronique, dans le cadre du téléservice dédié, un accusé d'enregistrement électronique mentionnant la date de réception de l'envoi, est instantanément envoyé à l'intéressé ou, en cas d'impossibilité, dans un délai d'un jour ouvré à compter de la réception ; l'accusé de réception électronique « complet » est envoyé au plus tard dans un délai de dix jours ouvrés à compter de la réception de l'envoi de l'intéressé. Ce délai



ne s'applique qu'à compter de la saisine, en application de l'article [L. 114-2](#), de l'administration compétente (*CRPA*, art. [R. 112-11-2](#)).

Cet accusé de réception « complet », prévu à l'article [L. 112-11](#) du CRPA doit comporter les mentions de l'article [R. 112-11-1](#), identiques à celles prévues à l'article [R. 112-5](#), à savoir :

- la date de réception de l'envoi électronique par le premier service saisi ;
- la désignation du service chargé du dossier, ainsi que son adresse électronique ou postale et son numéro de téléphone ;
- la date à laquelle, à défaut d'une décision expresse, la demande sera rejetée ;
- les délais et les voies de recours à l'encontre de la décision implicite de rejet.

Les délais de recours courent à compter de la date de transmission de la demande par voie électronique sur le portail dédié.

### **3.2. Les conséquences du défaut d'accusé de réception**

En cas de défaut d'accusé de réception, ou si celui-ci ne comporte pas l'ensemble des mentions prévues par l'article [R. 112-5](#) (ou, en cas d'envoi électronique de la demande, par l'article [R. 112-11](#)) du CRPA, les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur de la demande (*CRPA*, art. [L. 112-6](#)). Toutefois, la partie à qui la décision fait grief ne pourra exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable (au maximum un an) courant à compter de la date à laquelle il est établi qu'elle en a eu connaissance (*CE, 7 févr. 2018, n°397.246 et n°397.247, Metaleurop Nord ; CE, 28 mars 2018, n°410.552, Imprimerie Georges Frère, mentionné aux Tables*).

L'absence d'accusé de réception ou une rédaction incomplète de ce dernier rend inopposable la forclusion des délais de recours en cas de décision implicite de rejet (*CRPA*, art. [L. 112-6](#) et [L. 112-12](#) ; *CE, 7 déc. 2015, n°387.872, M. A., Tables p. 796*). Toutefois, la partie à laquelle la décision fait grief ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable d'un an à compter de la date à laquelle il est établi qu'elle en a eu connaissance (*CE, 18 mars 2019, n° 417.270, Jounda Nuegoh, publié au Recueil*).

## **4) LES MODALITES DE REJET DE LA DEMANDE POUR IRRECEVABILITE**

Comme toute décision administrative, le rejet pour irrecevabilité doit être motivé et sa notification doit comporter les voies et délais de recours.

## Fiche 3

# L'ENQUETE CONTRADICTOIRE

### 1) PRINCIPES GENERAUX

L'enquête contradictoire constitue un moment essentiel de la procédure de licenciement. C'est à cette occasion en effet qu'employeur et salarié pourront faire valoir leurs arguments et que l'inspecteur du travail se forgera une conviction au regard des éléments qui lui seront apportés.

Cette enquête ne peut porter que sur les faits ainsi que sur la qualification qui y est apportée, tels qu'invoqués à l'appui de la demande. L'inspecteur du travail qui aurait connaissance lors de l'enquête de faits nouveaux qui n'auraient pas été soumis au salarié par l'employeur dans le cadre de la procédure interne préalable à sa saisine, ne saurait faire porter son contrôle sur ces faits ni *a fortiori* les retenir à l'appui de sa décision.

L'enquête ne se limite pas à la seule audition des parties, mais couvre la période s'étendant de la convocation des parties à la prise de décision.

Il est par conséquent logique que cette étape procédurale soit entourée d'un certain nombre de garanties pour les parties et que l'enquête menée sans respect du contradictoire soit sanctionnée par l'illégalité de la décision administrative rendue dans de telles conditions.

#### **1.1. La nécessité d'organiser une enquête contradictoire quel que soit le motif allégué à l'appui de la demande**

Toute décision administrative de l'inspecteur du travail saisi d'une demande relative à la rupture ou au transfert du contrat de travail d'un salarié protégé doit, **à peine de nullité**, être précédée d'une enquête contradictoire (C. trav., art. [R.2421-4](#); [R.2421-11](#); [R.2421-17](#) pour le transfert et [R.2421-19](#) pour la rupture conventionnelle individuelle ou collective) ([CE, 4 déc. 1987, n°72.379, Ministre des affaires sociales c/ Sté Monoplast](#); [CE, 16 juin 1995, n°133.569, société d'intérêt collectif bétail et viande de l'Amiénois](#); [CE, 6 avr. 1998, n°170.505, société reprographie moderne J. Bessière](#)).

Les règles du contradictoire lorsque l'autorité administrative est à nouveau saisie à la suite d'une annulation contentieuse sont précisées dans la fiche 22 de la présente circulaire.

Lorsqu'à la suite de l'annulation par le juge administratif d'une décision portant sur le licenciement d'un salarié protégé, nonobstant l'absence de changement dans les circonstances de droit et de fait, l'inspecteur du travail décide cependant de procéder à une nouvelle enquête contradictoire, celle-ci doit alors être conduite dans des conditions régulières ([CE, 5 sept. 2008, n°301.506, Seroba, Tables p.954](#)). L'inspecteur du travail devra procéder à une nouvelle enquête contradictoire dès lors qu'interviennent de nouveaux éléments de droit et de fait (acquisition de nouveau(s) mandat(s), lien contractuel rompu, éléments de faits par lesquels l'inspecteur du travail n'est pas lié par l'autorité de la chose jugée, etc.).

Enfin, si la décision de l'inspecteur du travail est annulée par le juge administratif pour un motif d'illégalité externe tiré du non-respect du principe du contradictoire, il devra procéder à une régularisation de la procédure contradictoire avant, le cas échéant, de prendre une nouvelle décision.

#### **1.2. L'inspecteur du travail compétent pour procéder à l'enquête contradictoire**

En principe, l'inspecteur du travail compétent pour prendre la décision procède lui-même à l'enquête contradictoire. Il lui est toutefois possible, dès lors qu'il a régulièrement convoqué les parties dans le cadre de l'enquête contradictoire, de faire procéder, selon les modalités qu'il

détermine, à des investigations ou des auditions complémentaires par un autre agent de contrôle, notamment pour des raisons liées à l'éloignement géographique. L'employeur et le salarié doivent être mis à même de prendre connaissance des éléments complémentaires ainsi recueillis, selon les modalités visées *infra* (cf. partie 3).

Si le contrôleur du travail peut éventuellement accompagner l'inspecteur du travail compétent, notamment lorsque dans les faits c'est lui qui suit régulièrement l'entreprise concernée, il ne saurait mener seul l'enquête contradictoire.

Par ailleurs, la cessation de fonctions de l'inspecteur du travail ayant conduit l'enquête contradictoire n'impose pas, par elle-même, que l'inspecteur du travail assurant son remplacement ou lui ayant succédé procède à une nouvelle enquête contradictoire avant de statuer sur la demande, même s'il lui est toujours loisible de le faire ([CE, 8 juin 2015, 374.303, KPMG, Tables p.539](#)). Il en est de même si l'inspecteur du travail par intérim a procédé à l'enquête contradictoire (**CF. FICHE 1b**, 3.3 et 3.4 pour les règles de l'intérim et de la suppléance).

En tout état de cause, la décision ne doit être signée que par le seul inspecteur du travail compétent ([CAA Nantes, 30 oct. 2008, n° 08NT00909, Mediapost](#)).

## 2) LA CONVOCATION A L'ENQUETE CONTRADICTOIRE

### 2.1. Les modalités de la convocation à l'enquête

Sauf dans les cas où il est recouru à la procédure aménagée prévue par les dispositions des articles [R. 2421-1](#), [R. 2421-4](#), [R. 2421-17](#) et [R. 2421-19](#) du code du travail (cf. *infra* 3.2), l'inspecteur du travail compétent doit convoquer individuellement et personnellement l'employeur et le salarié concerné par la demande. Il est conseillé que cette convocation s'effectue par voie de lettre recommandée avec avis de réception. Cette convocation peut, en ce qui concerne l'employeur, figurer dans le courrier par lequel l'inspecteur du travail accuse réception de la demande qui lui a été présentée. S'agissant d'une demande d'autorisation de transfert, si, dans le cadre de son enquête, l'inspecteur du travail peut recueillir les observations de l'entreprise cessionnaire destinée à devenir l'employeur du salarié protégé, il n'est pas tenu de recueillir de telles observations avant de prendre sa décision ([CE, 28 mars 2013, n°350.436, Sté Challançon, Tables p.868](#)).

Si, malgré une convocation régulièrement adressée, le salarié ne se présente pas à l'enquête ou allègue d'un empêchement, la procédure doit être regardée comme régulière. Il est cependant recommandé de mettre ce dernier à même de transmettre à l'inspecteur du travail compétent toute observation écrite. Par ailleurs, l'inspecteur du travail n'a pas à faire mention des motifs de la demande dans la lettre de convocation du salarié à l'enquête contradictoire, l'absence de ces motifs n'entachant pas cette dernière d'irrégularité ([CE, 20 nov. 2009, n°320.179, Ministre du travail c./ Sentenac](#)).

Cependant, il doit mettre le salarié à même de prendre connaissance de l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de la demande d'autorisation de licenciement (cf. *infra* 3.3.1 et, pour la procédure aménagée, 3.2).

Aucune disposition ne prévoit de délai entre la convocation à l'enquête contradictoire et la tenue de l'enquête. Néanmoins, il est recommandé de laisser un délai suffisant aux parties pour leur permettre de préparer leur audition.

Ainsi, l'inspecteur du travail qui procède à l'enquête le lendemain de la réception de la demande ne laisse pas au salarié un délai suffisant pour lui permettre notamment de se faire assister ([CE, 21 avr. 1989, n°90.549, société d'optique électronique et mécanique](#)). La brièveté du délai entre la convocation et l'enquête peut également, si elle a été de nature à empêcher la présence du salarié et à influencer sur le sens de la décision finalement rendue, entacher d'illégalité cette dernière ([CE, 5 sept. 2008, n°301.506, Seroba, Tables.p.954](#)).

## **2.2. La demande de documents nécessaires à l'inspecteur du travail aux fins d'effectuer son contrôle**

Afin de faciliter le déroulement de l'enquête, l'inspecteur du travail peut, lors de la convocation des parties, demander à l'employeur que lui soient transmis des documents nécessaires à l'instruction de la demande. Il s'agira notamment des copies :

- des pièces justificatives de la totalité des mandats
- de la convocation du salarié à l'entretien préalable ainsi que de l'accusé de réception
- des convocations des membres des instances consultées et du salarié visé par la mesure
- du procès-verbal de la consultation du CSE sur le licenciement du salarié protégé
- de la décision d'homologation ou de validation du plan de sauvegarde de l'emploi prise par le DIRECCTE
- des pièces attestant du respect des procédures conventionnelles (conseil de discipline, commission paritaire ....)

Il doit également avoir connaissance de tout évènement affectant la qualité pour agir du demandeur ou le statut du salarié, sous peine d'entacher d'illégalité la décision prise.

## **3) LE DEROULEMENT DE L'ENQUETE CONTRADICTOIRE**

### **3.1. La présence, l'assistance ou la représentation des parties**

Le salarié peut se faire assister par un représentant de son syndicat (*C. trav., art. [R. 2421-4](#)*). S'il est d'usage que l'administration rappelle cette faculté d'assistance lors de la convocation à l'enquête, une telle mention ne présente aucun caractère obligatoire (*CE, 22 nov. 1991, n°102.824, Bathfield ; CAA Paris, 17 déc. 2008, n°05PA02066, Me Pellegrini*).

Par ailleurs, l'employeur comme le salarié peuvent se faire assister ou représenter par un avocat (*L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, art. 6*). La représentation par un avocat peut s'opérer sans qu'une délégation particulière ne lui soit donnée, ce dernier bénéficiant d'une présomption de mandat (*Cass. soc., 29 sept. 2010, n°09-40.515, Bull. civ. V n°202*). Cette possibilité d'assistance ne saurait toutefois faire échec au pouvoir qui est reconnu à l'inspecteur du travail par l'[article 12 de la Convention n° 81 de l'Organisation Internationale du Travail](#) et par l'[article 16 de la Convention n°129](#) d'entendre ou d'interroger seul l'employeur ou le salarié pour les nécessités de l'enquête.

En outre, l'employeur peut se faire représenter par une personne extérieure à l'entreprise expressément mandatée à cet effet dès lors qu'il a été régulièrement convoqué par l'inspecteur du travail (*CE, 16 févr. 1996, n°151.401, Molinari, Tables p.1190*).

### **3.2. Les modalités de l'enquête**

L'inspecteur du travail doit procéder à l'audition personnelle et individuelle du salarié (*CE, 28 avr. 1997, n°163.971, Rouault*) et de l'employeur (*CRPA, art., L. 121-1*).

Des entretiens téléphoniques, même individuels, ne peuvent se substituer à cette audition (*CE, 21 août 1996, n°149.249, Genin, Tables p.1190*). Quand plusieurs salariés sont concernés par la demande, l'inspecteur du travail doit les entendre un par un.

L'inspecteur du travail détermine librement les modalités de son enquête, et notamment le lieu de son déroulement (*CE, 20 avr. 2005, n°254.909, IMS*).

A titre d'exemple, l'inspecteur du travail n'a aucune obligation de conduire son enquête dans les locaux d'une administration pénitentiaire. Le salarié protégé incarcéré au moment de l'enquête et régulièrement convoqué par l'inspecteur du travail doit se manifester auprès de ce dernier pour solliciter un report d'enquête, un déplacement de l'inspecteur dans les locaux pénitentiaires ou encore une autorisation de sortie pour pouvoir se rendre à l'enquête. A défaut de telles démarches,

l'enquête n'aura pas eu lieu du fait du salarié et aucune irrégularité ne pourra être retenue de ce chef ([CAA Lyon, 23 oct. 2007, n°05LY00086, Marty](#)).

L'[article 2 du décret n° 2017-1819 du 29 décembre 2017](#) relatif au comité social et économique a prévu une **procédure aménagée** pour :

- les demandes d'autorisation de licenciement pour motif économique concernant au moins 25 salariés protégés (*C. trav.*, art. [R. 2421-1](#) et [R. 2421-4](#)) : le seuil de 25 salariés protégés s'apprécie par demande présentée à chaque inspecteur du travail et non en totalisant le nombre de salariés sur l'ensemble des demandes formées pour une même opération ;
- les demandes d'autorisation de transfert (*C. trav.*, art. [R. 2421-17](#)) ;
- les demandes d'autorisation de rupture conventionnelle individuelle ou collective du contrat de travail (*C. trav.*, art. [R. 2421-19](#)).

L'inspecteur du travail dispose, uniquement dans ces cas, de la faculté de mettre à même le salarié de présenter ses observations écrites et, sur sa demande, des observations orales. Dans ce cas, l'inspecteur du travail doit respecter les modalités de l'enquête contradictoire et procéder à l'audition du salarié. A cette occasion, ce dernier peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat.

Cette procédure aménage uniquement l'audition personnelle et individuelle du salarié et non celle de l'employeur qui en sa qualité de demandeur doit être auditionné ([CRPA, art., L. 121-1](#)).

Le courrier envoyé au salarié et accompagné de l'ensemble des pièces doit lui être adressé par tout moyen conférant date certaine pour le mettre à même de présenter ses observations écrites en connaissance de cause.

De plus, il est conseillé de fixer un délai raisonnable pour formuler des observations, qui sera adapté en fonction du motif de la saisine et du nombre de pièces à l'appui de la demande.

En tout état de cause, l'inspecteur du travail peut, dans tous les cas, réaliser l'enquête contradictoire en procédant à une audition individuelle et personnelle des parties, s'il le juge utile.

Enfin, si en sus de l'audition individuelle et personnelle des parties à laquelle elle ne peut jamais se substituer, l'organisation d'une confrontation entre le représentant de l'employeur et le salarié permet, sous certaines conditions, d'assurer le respect du contradictoire ([CE, 9 juill. 2007, n° 288.295, Sangare, Tables p.1110](#) ; [CE, 14 déc. 2009, n° 314.877, Labatut Rhône-Alpes](#)), ce n'est le cas que sous réserve que le salarié ait pu, comme évoqué *infra*, être mis à même de prendre connaissance de l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande et qu'il puisse y présenter des observations en temps utile ([CE, 22 févr. 2012, n° 346.307, Gaston A., Tables p.549](#)).

### **3.3. La communication aux parties des pièces et ses limites**

Le juge administratif exerce un contrôle strict sur le respect du contradictoire.

D'abord opéré sur des demandes d'autorisation de licenciement pour motif personnel ([CE, 20 avr. 2005, n° 254.066, Senior, Tables p.1123](#) ; [CE, 12 oct. 2006, n° 286.728, Schiffli](#) ; [CE, 24 nov. 2006, n° 284.208, Rodriguez, Rec. p. 481](#) ; [CE 9 juill. 2007, n°288.295, Sangare , Tables p.1110](#) ; [CE, 23 déc. 2010, n°333.169, Mallet](#) ; [CE, 22 févr.2012, n° 335.200, Mariano-Robert](#) ; [CE, 22 févr. 2012, n 346.307, Gaston A, Tables p.549](#)), ce contrôle a été étendu à toute demande d'autorisation de licenciement **quel qu'en soit le motif, y compris en matière économique** ([CE, 19 juillet 2017, n°391.402, Agence du Bâtiment, Tables p.440](#)).

<b>Conseil pratique</b> : pour éviter toute contestation relative au contradictoire, notamment en ce qui concerne les modalités de communication des éléments apportés par l'employeur à l'appui de la
--

demande ou transmis par le salarié en réponse aux arguments avancés par l'employeur, **il est fortement recommandé de faire signer, par chacune des parties, une attestation faisant état de manière exhaustive des éléments communiqués par l'inspecteur du travail dans ce cadre. En tout état de cause, l'inspecteur du travail doit pouvoir justifier du respect du contradictoire.**

L'inspecteur du travail doit alors satisfaire à deux exigences **cumulatives** :

- celle de permettre au seul salarié, de prendre connaissance de l'ensemble des pièces jointes par son employeur à la demande de licenciement le concernant (3.3.1) ;
- et celle consistant à mettre à même, employeur comme salarié, de prendre connaissance des éléments déterminants qui auront pu être recueillis en cours d'enquête et qui sont de nature à établir ou non la réalité des faits allégués à l'appui de la demande (3.3.2).

### 3.3.1. L'obligation de mettre à même le salarié de prendre connaissance de l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande

Cette obligation, qui résulte essentiellement de la jurisprudence Rodriguez ([CE, 24 nov. 2006, n°284.208, Rodriguez, Rec.p.481](#)), n'implique pas une transmission systématique de l'ensemble des pièces jointes à l'appui de la demande mais suppose cependant une **information claire et exhaustive du salarié de ces pièces** ainsi que des modalités de leur communication (consultation sur place notamment).

Il appartient à l'inspecteur du travail soit d'assurer au salarié la possibilité de consulter librement ces pièces et d'en prendre copie, soit de les lui adresser, le cas échéant sous forme dématérialisée.

L'inspecteur du travail doit donc transmettre copie des pièces jointes à l'appui de la demande dès lors que le salarié en fait la demande. En effet, le seul fait de présenter au salarié, lors de l'enquête contradictoire, les pièces jointes à l'appui de la demande, ne saurait suffire à considérer que le contradictoire a été respecté si le salarié en a, par la suite, demandé copie sans l'obtenir ([CE, 19 juill. 2017, n°389.635, GSMC Innovation, Tables p.440](#)).

Sauf lorsque l'accès aux témoignages et attestations serait de nature à porter gravement préjudice à leurs auteurs ou que les pièces seraient couvertes par un secret professionnel, l'inspecteur du travail ne saurait opérer un tri entre ces pièces, pas plus qu'il ne saurait porter d'appréciation sur leur pertinence ou leur utilité dans le cadre de l'enquête et ce, quand bien même ces pièces ne seraient pas déterminantes ou s'avèreraient être sans lien direct avec le motif de la demande. L'inspecteur du travail ne peut pas non plus se retrancher derrière la circonstance selon laquelle le salarié est susceptible d'avoir déjà connaissance de ces pièces pour en refuser la communication ([CE, 22 févr. 2012, n°335.200, Mariano-Robert](#)).

Enfin, le caractère contradictoire impose que le salarié protégé soit mis à même de prendre connaissance de l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande dans des conditions et des délais lui permettant de présenter utilement ses observations, et en tout état de cause avant la décision créatrice de droits ([CAA Nantes, 14 nov. 2017, n°15NT02900, Mme Derouin](#)).

### 3.3.2. L'obligation de mettre à même employeur et salarié de prendre connaissance de l'ensemble des éléments déterminants que l'inspecteur du travail a pu recueillir en cours d'enquête

Dans le cadre d'une demande d'autorisation de licenciement pour motif personnel, c'est la jurisprudence Sangare qui a fixé le cadre de cette obligation. L'inspecteur du travail doit à ce titre mettre à même **employeur et salarié** de prendre connaissance de l'ensemble des **éléments déterminants** qu'il a pu recueillir au cours de son enquête. Cette obligation porte aussi bien sur les éléments qui sont **de nature à établir** que sur ceux qui sont **de nature à écarter** la matérialité des faits allégués à l'appui de la demande ([CE 9 juill. 2007, n° 288.295, Sangare, Tables p.1110](#); [CE, 22 févr. 2012, n° 346.307, Gaston A, Tables p.549](#)).

La jurisprudence Agence du Bâtiment a étendu au motif économique et renforcé cette obligation en imposant désormais à l'autorité administrative de mettre à même employeur et salarié de présenter leurs observations, notamment par la communication de **l'ensemble des éléments sur lesquels il entend fonder sa décision** ([CE, 19 juill. 2017, n°391.402, Agence du Bâtiment, Tables p.440](#)).

Là encore, il ne s'agit pas d'une transmission systématique à la charge de l'administration, de l'ensemble des pièces mais suppose cependant une **information claire et exhaustive des parties desdites pièces** ainsi que des modalités de leur communication. Toutefois, si les parties manifestent le souhait d'en obtenir copie, il appartiendra à l'inspecteur du travail de satisfaire à cette demande.

Cette obligation ne se limite pas aux témoignages, ni aux seuls éléments écrits. Il appartient à l'inspecteur du travail de mettre à même les parties d'accéder aux témoignages oraux qu'il a pu recueillir en cours d'enquête et, s'il en est fait la demande, d'en communiquer la teneur à la partie mise en cause par ces éléments.

En outre, le respect de l'obligation de transmission des éléments recueillis par l'inspecteur du travail en cours d'enquête ne s'applique qu'aux seuls éléments sur lesquels il entend fonder sa décision.

Dès lors, il est recommandé à l'inspecteur du travail de faire application de ce principe sur les points de contrôle déterminants qu'il aura retenus à l'appui de sa décision, quand bien-même ne concerneraient-ils pas strictement le motif allégué par l'employeur à l'appui de la demande.

Cette obligation s'impose aussi dans le cas où l'employeur ou le salarié dispose déjà d'une pièce ou est réputé en avoir déjà eu connaissance. Par exemple, si le salarié fournit son contrat de travail (non présenté par l'employeur à l'appui de la demande d'autorisation de licenciement) pour justifier du non-respect de l'obligation de recherche de reclassement par l'employeur, l'inspecteur du travail, s'il entend fonder sa décision sur cet élément, devra mettre à même l'employeur de présenter ses observations en le lui communiquant, peu important qu'il disposait nécessairement de cette pièce.

**Conseil pratique** : préalablement à l'envoi de la décision, il est préconisé que l'inspecteur du travail établisse de façon exhaustive, la liste des documents déterminants fondant sa décision et qu'il s'assure de disposer de la preuve permettant de démontrer que les parties ont été à même d'en prendre connaissance et plus particulièrement celle à qui la décision fait grief.

3.3.3. Les limites posées au principe de communication des pièces produites par l'employeur à l'appui de la demande ainsi que des éléments déterminants recueillis par l'inspecteur du travail en cours d'enquête



Qu'il s'agisse des pièces produites par l'employeur à l'appui de la demande (3.3.1) ou des éléments déterminants recueillis par l'inspecteur du travail au cours de l'enquête (3.3.2), le principe de communication des attestations et témoignages aux parties a fait l'objet d'un aménagement par la jurisprudence.

Ainsi, s'il estime qu'une telle communication serait de nature à porter gravement préjudice à leur auteur, « *l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé, de façon suffisamment circonstanciée de leur teneur* » (concernant les pièces produites par l'employeur à l'appui de la demande : [CE, 24 nov. 2006, n°284.208, Rodriguez, Rec.p.481](#) ; [CE, 23 déc. 2013, n°361.859, Sté Air France](#) ; concernant les éléments déterminants recueillis en cours d'enquête : [CE, 9 juill. 2007, n°288.295, Sangare, Tables p.1110](#) ; [CE, 2 mars 2011, n°322.818, Dondelle, Tables p.1183](#)).

S'agissant des pièces transmises par l'employeur à l'appui de la demande, si l'inspecteur du travail ne peut opérer de tri, il peut toutefois distinguer entre les attestations et témoignages, d'une part, et le reste des pièces, d'autre part, pour déterminer la façon dont le salarié peut prendre connaissance des premiers de ces éléments.

Concernant la communication des attestations et témoignages recueillis en cours d'enquête l'inspecteur du travail dispose d'un pouvoir d'appréciation, sous le contrôle du juge administratif : il peut notamment décider de ne pas communiquer les éléments déterminants dont la transmission **est de nature à porter gravement préjudice à leur auteur** (par exemple : risque de sanction disciplinaire, intimidation, pressions, mise à l'écart, privation de travail, menace contre un collègue qui témoigne, fonctions et responsabilités du salarié protégé, nature des faits en cause, contenu même des témoignages, contexte social de l'entreprise). Il doit alors se limiter à informer les parties, de façon suffisamment circonstanciée, de la **teneur** de ces éléments ([CE, 14 déc. 2009, n°314.877, Labatut Rhône-Alpes](#)).

Les modalités de la communication des attestations et témoignages diffèrent selon qu'il s'agit d'actes émanant de témoins ou de victimes.

En effet, l'inspecteur du travail doit systématiquement communiquer au salarié protégé l'identité des personnes s'estimant victimes de ses agissements ([CE, 24 nov. 2006, n° 284.208, Rodriguez, Rec.p.481](#)). Il ne peut ainsi se retrancher derrière un éventuel risque de représailles de la part du salarié protégé mis en cause à l'égard de la victime présumée, et ce, quelle que soit la gravité des accusations portées à l'appui de la demande (harcèlement moral ou sexuel par exemple).

La seule communication de la teneur des témoignages, sans mention de l'identité de leurs auteurs, suffit en ce qui concerne les témoins qui ne s'estiment pas être victimes.

Concernant les autres limites posées au principe de communication des pièces produites par l'employeur à l'appui de la demande ainsi que des éléments déterminants recueillis en cours d'enquête, l'inspecteur du travail, s'il considère les éléments transmissibles, doit en outre occulter le cas échéant les mentions :

- relevant de la vie privée : adresse, situation familiale, numéro de téléphone, âge, date de naissance, situations matrimoniale et patrimoniale, le nom et le prénom ne faisant pas partie des éléments protégés au titre de la vie privée (en ce sens : [CE, 30 mars 1990, n°90.237, Degorge-Boëtte, Rec. p. 85](#)) ;
- faisant état de comportements de personnes autres que les protagonistes.

Enfin, l'inspecteur du travail doit s'abstenir de communiquer des documents couverts par un secret protégé (secret médical, secret de fabrication, secret de l'instruction pénale...).

Concernant les documents couverts par le secret de l'instruction (plaintes, procès-verbaux d'audition, ...), si les parties y ont accès, l'article [114](#) du code de procédure pénale en limite la



communication aux tiers à l'action pénale. Ainsi, il convient de ne pas utiliser ni communiquer les pièces couvertes par le secret de l'enquête ou de l'instruction, sauf à ce que le ministère public ait expressément autorisé l'une ou l'autre des parties à communiquer ces pièces à l'inspecteur du travail dans le cadre de son enquête. Au demeurant, les déclarations recueillies au cours d'une enquête pénale n'ont pas plus de valeur probante que celles recueillies par l'autorité administrative au cours de son enquête. Le secret de l'instruction prend fin lors du renvoi devant la juridiction.

Concernant le secret médical, il convient de recueillir l'autorisation écrite de la partie concernée, préalablement à la transmission de documents couverts par le secret médical.

## Fiche 4

# LE BENEFICE DE LA PROTECTION

L'autorité administrative saisie d'une demande d'autorisation doit préalablement s'assurer de l'existence, **à la date de l'engagement de la procédure**, c'est-à-dire à la date d'envoi de la convocation préalable, d'une protection justifiant sa compétence pour statuer. Cette vérification suppose un recensement précis des mandats brigués, exercés ou antérieurement exercés par le salarié concerné, ainsi que les mandats acquis ou brigués jusqu'à la date de la décision. A l'appui de ce recensement, il doit être demandé à l'employeur, et le cas échéant au salarié, de produire des justificatifs écrits (procès-verbaux d'élection ou de désignation, lettres de désignation, ...).

Ce recensement doit en outre être exhaustif, dans la mesure où l'appréciation par l'autorité administrative se fonde notamment sur les conditions d'exercice des fonctions représentatives, l'omission d'une de ces fonctions dans la demande et dans la décision entachant d'illégalité toute décision d'autorisation, sauf s'il est établi que l'inspecteur du travail en avait connaissance (**CF. FICHE 18**).

En cas d'absence de protection, il est rappelé que l'administration doit se déclarer incompétente et rejeter la demande d'autorisation qui lui est présentée, ce rejet devant néanmoins être regardé comme valant décision administrative. Il en va autrement si la protection, expirée à la date de la décision de l'inspection du travail, existait toutefois lors de l'engagement de la procédure de licenciement par l'employeur (*CE, 23 nov. 2016, n°392.059, Thieulent, Rec. p.517 cf. paragraphe 6*).

## 1) LE CHAMP DE LA PROTECTION

### 1.1. Le champ des salariés bénéficiaires

La liste légale des salariés bénéficiant de la protection est énumérée par les dispositions ci-après du code du travail :

- par les articles [L. 2411-1](#) à [L. 2411-25](#) pour le licenciement ;
- par les articles [L. 2412-1](#) à [L. 2412-16](#) pour la rupture ou le non-renouvellement du contrat à durée déterminée (**CF. FICHE 13**) ;
- par l'article [L. 2413-1](#) pour l'interruption ou le non-renouvellement d'une mission de travail temporaire (*également en cas de décision de ne plus lui confier de mission : [Cass. soc., 13 févr. 2012, n°11-21.946 QPC, Bull. civ V n°71](#)*) ;
- par l'article [L. 2414-1](#) pour le transfert partiel d'entreprise ou d'établissement ;
- par l'article [L. 1237-15](#) pour la rupture conventionnelle individuelle ;
- par l'article [L. 1237-19-2](#) pour la rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective.

Le salarié candidat aux fonctions de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique bénéficie de la protection à compter de la date à laquelle l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa candidature (*C. trav., art. [L. 2314-5](#)*).

Bénéficient également de la protection, si l'accord collectif qui les institue le prévoit :

- les salariés membres des commissions paritaires professionnelles nationales (*[CE, 4 mai 2016, n°380.954, Garroux, Tables p.978](#) ; [Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2017, n°15-24.310, à paraître au Bulletin](#)*) ;

- les salariés membres des commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles locales (*C. trav.*, art. [L. 2234-3](#)).

Par ailleurs, en application des dispositions du code général des collectivités territoriales ([L. n°2015-366 du 31 mars 2015](#) ; [Cass. soc., 14 sept. 2016, n°16-40.223 QPC, à paraître au Bulletin](#)), bénéficient de la qualité de salariés protégés, si, pour l'exercice de leur mandat, ils n'ont pas cessé d'exercer leur activité professionnelle salariée :

- les maires, ainsi que les adjoints au maire des communes de 10 000 habitants au moins (art. [L. 2123-9](#)) ;
- le président ou les vice-présidents ayant délégation de l'exécutif du Conseil départemental (art. [L. 3123-7](#)) ;
- le président ou les vice-présidents ayant délégation de l'exécutif du Conseil régional (art. [L. 4135-7](#)).

De même que la recodification du code du travail de 2008 ([Cass. soc., 27 janv. 2010, n°08-44.376, Bull. civ V n°22](#) ; [Cass. soc., 13 févr. 2012, n°11-21.946, QPC, Bull. civ. V n° 71](#) ; [Cass. soc., 13 mars 2012, n° 10-21.785 Bull. Civ. V n° 99](#)), les dispositions de [l'article 2 de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017](#) relatives à la protection doivent être regardées comme intervenues à droit constant en l'absence de dispositions expresses de sens contraire. De ce fait, par exemple, les conseillers du salarié bénéficient, après la fin de leur mandat, de la protection dans les mêmes conditions que les délégués syndicaux.

## **1.2. Les instances ou les mandats mis en place par voie conventionnelle**

En application de l'article [L. 2251-1](#) du code du travail, une convention ou un accord collectif ne peut déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public, et en l'espèce à celles qui déterminent le champ de la compétence des agents publics.

Par dérogation à ce principe, l'article [L. 2411-2](#) du code du travail étend la protection contre le licenciement, et par voie de conséquence la compétence de l'autorité administrative, au délégué syndical, au membre de la délégation du personnel au comité social et économique et au représentant de proximité institués par convention ou accord collectif de travail.

Cette disposition peut s'appliquer :

- aux représentants du personnel en nombre supérieur au nombre défini par la loi ;
- aux représentants du personnel mis en place dans une entreprise ou un établissement n'atteignant pas le seuil fixé par la loi ;
- aux institutions distinctes de celles prévues par la loi.

Toutefois, dans ce dernier cas, celles-ci doivent, pour ouvrir à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice prévue en faveur des représentants du personnel et des syndicats, être de même nature que celles prévues par le code du travail (*cf. en ce sens* : [Cass. soc., 29 nov. 1989, n°87-45.162, Bull. civ V n°688](#) ; [Cass. soc., 15 mars 2006, n°04-45.247, Bull. civ. V n°111](#) ; [CE, 9 déc. 1995, n°122.643, ministre du Travail c/ Bedda, Rec. p. 482](#)).

En outre, la notion d'institution de même nature doit s'entendre non seulement de la nature de l'instance, mais également de celle du mandat détenu par le salarié ([Cass. soc., 20 févr. 1991, n° 89-42.288, Bull. civ. V n° 85 pour un représentant syndical au CHSCT](#) ; [CE, 8 avr. 2013, n°348.162, Lanteri, Tables p.864](#)).

### **1.3. Les salariés détachés ou mis à disposition**

Les salariés mis à disposition ne sont pas éligibles dans l'entreprise utilisatrice (*C. trav., art. L. 2314-23*), mais conservent la possibilité d'être élus dans leur entreprise d'origine (*Cass. soc., 28 sept. 2011, n°10-27.374, Bull. civ., V n°201*).

### **1.4. Les salariés étrangers en situation irrégulière**

Les étrangers employés de manière irrégulière, au regard des règles d'emploi de la main-d'œuvre étrangère, se trouvent hors du champ d'application des dispositions relatives à la protection des représentants du personnel, compte tenu de la nullité de leur contrat de travail (*CE, 13 avr. 1988, n°74.346, Sté Informatis, Rec. p. 140*). Il en va de même en cas de non-renouvellement de l'autorisation de travail (*Cass. soc., 10 oct. 1990, n°88-43.683, Bull. civ V n°453 ; Cass. soc., 5 nov. 2009, n°08-40.923*).

## **2) LES CONDITIONS DU DROIT A LA PROTECTION**

Le bénéfice de la protection s'apprécie au plus tard à la date d'engagement de la procédure de licenciement, par l'envoi de la convocation à l'entretien préalable, nonobstant l'acquisition postérieure d'un mandat assorti d'une protection (*CE, 23 déc. 2011, n°338.607, Sté Lidl, Tables p. 1181*). Par analogie, dans le cas de la rupture conventionnelle, seule la protection existant à la date de convocation au premier entretien préparatoire ou, à défaut d'une telle convocation, lors de la tenue de cet entretien, est prise en compte.

### **2.1. La nécessité de l'existence d'une élection ou d'une désignation**

La détention du mandat doit résulter d'une désignation régulière. En l'absence de toute élection ou de toute désignation, le mandat doit être regardé comme inexistant, nonobstant le fait qu'il ait pu être exercé (*Cass. soc., 28 nov. 2006, n°04-45.548, Bull. civ V n°356 ; Cass. soc., 12 févr. 2008, n°06-44.121, Bull. civ V n°35 ; Cass. soc., 28 sept. 2016, n°15-16.984*). S'agissant du délégué syndical, du représentant de la section syndicale et du représentant syndical au comité social et économique, l'absence de contestation dans le délai de 15 jours a toutefois pour effet de purger de tout vice cette désignation (*C. trav., art. L. 2143-8 et L. 2142-1-2*).

Si la désignation intervient dans le cadre d'une unité économique et sociale (UES), chacun des chefs des entreprises qui la composent doit en être averti ; à défaut, cette désignation est inopposable à ceux d'entre eux à la connaissance desquels elle n'aurait pas été portée (*Cass. soc., 19 juin 1987, n°86-60.439, Bull. civ V n°409*).

### **2.2. Les litiges relatifs à la candidature ou à la désignation**

Lorsque la candidature du salarié intervient après son refus d'une sanction disciplinaire, mais avant l'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement, il bénéficie du statut protecteur (*Cass. soc., 13 mai 2014, n° 13-14.537, Bull. civ. V n°115*).

Le bénéfice de la protection au titre de l'imminence de candidature ou de désignation est accordé au salarié si l'employeur a eu connaissance de cette imminence avant la date d'envoi ou de remise de la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 1993, n° 92-40.072 Bull. civ. V n° 298 ; Cass. soc., 18 nov. 1998, n° 96-42.810, Bull. civ. V n°508 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> mars 2005, n° 03-40.048, Bull. civ. V n° 75 ; Cass. soc., 11 oct. 2017, n° 16-10.139, à paraître au Bulletin*). Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsqu'une demande d'élection est adressée à l'employeur alors que, la veille, le salarié a été convoqué à un entretien préalable par lettre remise en main propre qu'il a refusé de recevoir (*Cass. soc., 18 mai 2011, n°10-13.574*).

Si la procédure de licenciement de droit commun ne nécessite pas d'entretien préalable (par exemple, dans le cas d'un licenciement pour motif économique d'au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours), l'employeur doit requérir l'autorisation administrative de licencier un

salarié candidat lorsqu'il a été informé de cette candidature avant la date d'envoi de la lettre de licenciement ([Cass. soc., 6 avr. 2016, n° 14-12.724, à paraître au Bulletin](#)).

Il est rappelé que cette protection bénéficie également, jusqu'à la date de dépôt des candidatures pour le 2<sup>ème</sup> tour, à un salarié ayant présenté sa candidature avant le 1<sup>er</sup> tour des élections du comité social et économique sans étiquette syndicale ([Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 04-47.426, Bull. civ. V n°411](#) ; [Cass. soc., 11 oct. 2017, n° 16-10.139, à paraître au Bulletin](#)).

En cas de litige sur l'existence de cette protection, c'est au salarié, ou au syndicat, de saisir le conseil de prud'hommes et d'établir la preuve de la connaissance par l'employeur de la désignation ou de la candidature (*en ce sens* : [Cass. soc., 23 juin 1999, n° 98-60.358](#) ; [Cass. soc., 4 mars 1998, n°95-41.838](#) ; [CE, 5 juill. 2006, n°282.033, Julien](#) ; [Cass. soc., 20 mars 2013, n° 11-26.705](#)). Toutefois, dès lors que l'autorité administrative, statuant sur le licenciement d'un salarié, a de ce fait estimé que celui-ci bénéficiait de la protection, sa décision s'impose en l'état au juge judiciaire, qui ne peut plus se prononcer sur la validité de la protection, même en présence d'une allégation de fraude, sous peine de violer le principe de séparation des pouvoirs ([Cass. soc., 26 sept. 1989, n° 88-42.358, Bull. civ. V n° 541](#)). Il en va de même lorsque l'autorité administrative se déclare incompétente, sa réponse valant décision administrative ([Cass. soc., 4 oct. 2011, n° 10-18.023, Bull. civ. V n°225](#)).

### **2.3. La protection des salariés exerçant des mandats extérieurs à l'entreprise**

#### **2.3.1. Règles communes**

Lorsque le salarié exerce un mandat extérieur à l'entreprise, dont l'employeur peut par conséquent ignorer l'existence, il ne saurait se prévaloir de la protection attachée à un tel mandat s'il n'en a pas informé son employeur et ce, au plus tard, lors de l'entretien préalable au licenciement envisagé à son égard ([C. constit. 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC](#) ; [CE, 23 déc. 2013, n°354.856, Sté Lionel Dufour Investissement](#) ; [Cass. soc., 14 sept. 2012, n° 11-21.307, Bull. civ. V n° 230](#) ; [Cass. soc., 15 avr. 2015, n° 13-25.283, Bull. civ. V n° 88](#) ; [Cass. soc., 16 janv. 2019, n°17-27.685, à paraître au bulletin](#)).

S'agissant d'une rupture du contrat de travail ne nécessitant pas la tenue d'un entretien préalable, l'information de l'employeur sur l'existence de ce mandat extérieur à l'entreprise doit être faite au plus tard avant la notification de l'acte de rupture ([Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 16-17.692](#)).

La même obligation s'impose au salarié à l'égard du mandataire judiciaire dans le cas d'un licenciement ou d'une rupture du contrat prononcé par celui-ci lors d'une procédure collective, sauf à établir que ce dernier avait connaissance de la protection ([Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2017, n°16-12.221, Bull. civ. V n° 980](#) ; [Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 16-24.089](#) ; [CE, 24 juill. 2019, n° 411.058, M. Petavy, à paraître aux tables](#)).

#### **2.3.2. Dispositions spécifiques**

##### **2.3.2.1 Conseillers prud'hommes (C.trav., art. [L. 2411-22](#))**

Le point de départ de la protection du conseiller prud'homme durant la période d'exercice de ses fonctions est la date de signature de l'arrêté de nomination, pris conjointement par le garde des sceaux, ministre de la justice, et le ministre chargé du travail en application de l'article [L. 1441-1](#) du code du travail. Ces fonctions prennent fin à la date d'installation des conseillers prud'hommes nouvellement nommés. A partir de cette date, il bénéficie de la protection de six mois accordée après la cessation de ses fonctions.

La protection est par ailleurs acquise au candidat jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois suivant la date de signature de l'arrêté de nomination des conseillers prud'hommes :

- dès que sa candidature a été notifiée à son employeur par le mandataire de la liste en application de l'article [L. 1441-22](#) du code du travail ;
- ou lorsque le salarié fait la preuve que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de celle-ci.

##### **2.3.2.2. Conseillers du salarié (C.trav., art. [L. 2411-21](#))**

La protection du conseiller du salarié court à compter du jour où la liste est arrêtée dans le département par le préfet en application de l'article [D. 1232-5](#) du code du travail, indépendamment des formalités de publicité prévues par ce dernier texte ([Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 08-45.227, Bull. civ. V n° 190](#) ; [Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-41.173, Bull. civ. V n° 192](#)). La protection lui est également acquise s'il établit que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa désignation, avant la publication de la liste ([Cass. soc., 5 mai 2009, n° 08-40.540](#) ; [Cass. soc., 19 janv. 2011, n° 10-13.972](#)).

Après la cessation de ses fonctions, le conseiller du salarié bénéficie d'une période de protection identique à celle accordée au délégué syndical ([Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-46.017, Bull. civ. n° 106](#) ; [Cass. soc., 27 janv. 2010, n° 08-44.376, Bull. civ. V n° 22](#)).

#### 2.3.2.3. Défenseurs syndicaux (C.trav., art. [L. 2411-24](#))

La protection du défenseur syndical court à compter du jour où la liste est arrêtée par le préfet de région en application de l'article [L. 1453-4](#) du code du travail.

A l'instar du conseiller du salarié, il y a lieu de considérer que la protection lui est également acquise s'il établit que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa désignation, avant la publication de la liste.

### **2.4. La protection du représentant des salariés dans une procédure collective**

Cette protection ne s'applique qu'au seul licenciement et bénéficie uniquement aux représentants des salariés pendant la durée de leur mandat, à l'exclusion des salariés candidats à ces fonctions et des anciens représentants des salariés (*en ce sens* : [Cass. soc., 1<sup>er</sup> mars 2005, n° 02-44.293, Bull. civ. V n° 74](#)).

## **3) LA FIN DU MANDAT ET DE LA PROTECTION**

### **3.1. Les effets d'un changement dans la situation professionnelle du salarié protégé**

Un représentant du personnel ne peut exercer ses fonctions représentatives que s'il continue à travailler dans l'établissement où il a été élu. Ainsi, un changement d'établissement intervenu régulièrement ou une mutation acceptée dans un autre établissement mettent fin au mandat (*en ce sens* : [Cass. soc., 26 janv. 1972, n° 71-40.194, Bull. civ. V n° 62](#) ; [Cass. crim., 4 oct. 1983, n° 82-92.919](#) ; [Cass. soc., 3 nov. 2016, n°15-16.026, à paraître au Bulletin](#)). Il en va différemment en cas de changement provisoire ([Cass. soc., 11 mars 1982, n° 80-41.252, Bull. civ. V n° 164](#)).

De même, le mandat n'est pas remis en cause en cas de changement de catégorie professionnelle de son titulaire (C. trav., art. [L. 2314-33](#) ; [CE, 10 juill. 2019, n°416.273, mentionné aux Tables](#)).

### **3.2. La fin du mandat de membre du CSE**

Conformément aux articles [L. 2314-33](#) et [L. 2314-34](#) du code du travail, les membres de la délégation du personnel du CSE sont élus pour une durée de deux à quatre ans. Le mandat de membre du CSE expire, en tout état de cause, à l'arrivée de ce terme, que le renouvellement de l'instance ait lieu antérieurement ou postérieurement à cette date. Toutefois, les dispositions de l'article [L. 2411-5](#) du code du travail portent notamment sur la protection du membre élu du CSE. Dès lors, en cas de renouvellement de l'instance, que ce renouvellement ait eu lieu avant ou après l'arrivée du terme des mandats précédents, ses nouveaux membres bénéficient de la protection en qualité de membres élus à partir de la date de la proclamation des résultats, et ce, quand bien même, l'exercice du mandat ne débutera qu'à la date d'expiration des mandats précédents si le renouvellement est antérieur à celle-ci.

### **3.3. La fin des mandats de délégué syndical et de représentant syndical au comité social et économique**

Le mandat de délégué syndical prend fin au plus tard lors du premier tour de l'élection de l'institution représentative du personnel renouvelant l'institution dont l'élection avait permis de reconnaître la représentativité de l'organisation syndicale l'ayant désigné (*C. trav., art. L. 2143-11*). Il en va de même pour le représentant syndical au CSE (*Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.347, Bull. civ. V n° 58*). En revanche, en l'absence de nouvelle désignation, la seule désaffiliation par le représentant syndical de la confédération syndicale qui l'a désigné n'a pas pour effet de mettre fin à son mandat (*Cass. soc., 6 mars 2019 ; n°18-15.238, à paraître au bulletin*).

Il peut également prendre fin :

- par accord entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives ou, en l'absence d'accord, par décision de l'autorité administrative en cas de réduction importante et durable de l'effectif en dessous de cinquante salariés (*C. trav., art. L. 2143-11*) ;
- ou par révocation décidée par l'organisation syndicale ;
- ou à la suite d'une action engagée par l'employeur, fondée notamment sur la disparition de la section syndicale.

### **3.4. L'incidence des résultats électoraux pour le mandat de représentant de la section syndicale**

Le mandat du représentant de la section syndicale prend fin, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise. Le salarié qui perd ainsi son mandat de représentant syndical ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise (*C. trav., art. L. 2142-1-1*).

A l'instar de l'ancien délégué syndical, il bénéficie alors de la protection de 12 mois prévue par l'article [L. 2411-3](#) du code du travail s'il a exercé ses fonctions pendant au moins un an (*C. trav., art. L. 2142-1-2*).

### **3.5. L'effet de la cessation d'activité ou de la liquidation judiciaire de l'entreprise**

Ni la cessation d'activité de l'entreprise, ni sa mise en liquidation judiciaire ne mettent par elles-mêmes fin au mandat des membres du CSE (*CE, 26 janv. 2011, n° 326.123, Theetten, Tables p.1181 ; Cass. soc., 19 déc. 2018, n°17-15.503, à paraître au Bulletin*). Il en va de même, s'agissant d'un CSE d'établissement, en cas de fermeture d'un établissement (*Cass. soc., 27 nov. 2013, n°12-26.155, Bull. civ. V n°289*).

### **3.6. La fin du mandat du représentant des salariés dans les procédures collectives**

La protection contre le licenciement, instituée en faveur du représentant des salariés pour l'exercice de sa mission, cesse de plein droit lorsque toutes les sommes versées par l'AGS au représentant des créanciers ont été reversées par ce dernier aux salariés (*C. com., art. L. 662-4 ; également : Cass. soc., 29 sept. 2009, n°08-40.603, Bull. civ. V n°197 ; Cass. soc., 30 janv. 2013, n°11-22.979, Bull. civ. V n°23*).

Lorsque le représentant des salariés exerce les fonctions du comité social et économique, la protection cesse au terme de la dernière audition ou consultation prévue par la procédure de redressement judiciaire (*C. com., art. L. 662-4*).



### **3.7. Les conditions de validité de la prorogation des mandats**

La prorogation des mandats est admise si elle résulte d'un accord conclu avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ([Cass. soc. 27 mai 1999, n° 98-60.327, Bull. civ. V n°241 p 176](#) ; [Cass. soc. 12 juill. 2006, n°05-60.331, Bull. civ. V n°259](#)), et non par une délibération de l'instance elle-même ([Cass. soc., 12 mars 2003, n°01-60.771, Bull. civ. V n° 96](#) ; [Cass.soc., 16 janv. 2008, n° 06-40.710](#)). Cet accord, qui doit être écrit à peine de nullité ([Cass. crim., 6 janv.2009, n°08-82.736](#)), doit intervenir avant le terme du mandat et ne saurait le faire revivre rétroactivement ([CE, 3 juill. 2013, n° 342.291, M. Kodjovi Anani, Rec. p.188](#)). Par ailleurs, lorsque l'autorité administrative est saisie d'un litige portant sur la décision de l'employeur relative au nombre et au périmètre des établissements distincts et que cette saisine intervient dans le cadre d'un processus électoral global, les mandats sont prorogés automatiquement jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin (*C. trav., art. [L. 2313-5](#) et [L. 2313-8](#)*).

S'agissant de la prorogation des mandats prévue au titre de la période transitoire précédant la mise en place du CSE, se reporter à la **FICHE 23**.

Si l'inspecteur du travail constate que le mandat du salarié a été prorogé en dehors des formes légales et que la protection dont l'intéressé bénéficiait est expirée à la date d'engagement de la procédure, il doit se déclarer incompétent.

### **3.8. L'incidence de la modification dans la situation juridique de l'employeur**

Le mandat des délégués syndicaux et membres élus de la délégation du personnel du CSE et des représentants syndicaux de l'entreprise ayant fait l'objet de la modification subsiste lorsque cette entreprise conserve son autonomie juridique (*C. trav., art. [L. 2143-10](#) et [L. 2314-35](#)*).

A l'inverse, lorsque l'entreprise perd son autonomie juridique sans devenir un établissement distinct de l'entreprise qui l'a reprise, le mandat des membres du comité de l'entreprise absorbée cesse de plein droit à la date de la reprise (*en ce sens, cf. [CE, 8 janv. 1997, n° 154.728, Sté Melitta, Tables p. 1106](#)*) et le salarié bénéficie alors de la protection attachée à ses anciennes fonctions.

### **3.9. Les conséquences de la perte de son mandat de membre du comité économique pour le membre de cette instance désigné délégué syndical dans un établissement de moins de 50 salariés**

Dans les établissements qui emploient moins de cinquante salariés, les syndicats représentatifs dans l'établissement peuvent désigner, pour la durée de son mandat, un membre de la délégation du personnel au CSE comme délégué syndical (*C. trav., art. [L. 2143-6](#)*). La cessation de la fonction de membre de la délégation du personnel au CSE entraînant dans ce cas celle de délégué syndical, il s'ensuit que la protection « post-mandat » est celle accordée aux membres du CSE (6 mois), et non la protection « post-mandat » de 12 mois accordée aux délégués syndicaux ayant exercé cette fonction pendant au moins 12 mois ([Cass. soc., 24 oct. 2007, n° 06-40.477](#)).

### **3.10. La reconnaissance de l'unité économique et sociale**

Les mandats en cours cessent au jour des élections organisées au sein de l'unité économique et sociale quelle que soit l'échéance de leur terme ([Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V n° 142](#)).

### **3.11. L'annulation d'une autorisation de licenciement ou de transfert**

Lorsque la décision autorisant le licenciement d'un membre de la délégation du personnel au CSE ou d'un représentant de proximité ou d'un membre de la délégation du personnel au CSE interentreprises (*C. trav., art. [L. 2422-2](#)*) ou d'un représentant des salariés au conseil de surveillance ou d'administration d'une entreprise du secteur public (*C. trav., art. [L. 2422-3](#)*) est annulée, le salarié peut être réintégré dans son mandat si l'institution n'a pas été renouvelée.

Il en est de même en cas d'annulation d'une autorisation de transfert ([Cass. soc., 26 mai 2004, n°02-60.935 Bull. civ. V n° 142](#)).



Si l'institution a été renouvelée, le membre du CSE bénéficie de la protection de six mois attachée à sa qualité d'ancien élu (*C. trav., art. L. 2422-2*). Le délai de six mois court à compter du jour où l'intéressé est réintégré dans l'entreprise (*Cass. soc., 13 janv. 2009, n°06-46.364, Bull. civ. V n°8*). Cette protection est également accordée à un délégué syndical, représentant de droit le syndicat au comité, réintégré dans l'entreprise après l'annulation de l'autorisation, sans avoir pu retrouver son mandat du fait de la disparition de cette instance (*Cass. soc., 16 déc. 2014, n° 13-21.203, Bull. civ. V n° 289*).

En revanche, le délégué syndical doit être à nouveau désigné (*Cass. soc., 24 janv. 1990, n° 89-60.004, Bull. civ. V n° 31 ; Cass. soc., 22 janv. 2002, n° 00-60.356, Bull. civ. V n° 28*). Cette désignation est possible même si, licencié après autorisation, il n'a pu être candidat aux élections professionnelles organisées dans l'entreprise postérieurement à son licenciement (*Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 13-11.301, Bull. civ. V n° 263*).

#### **4) LES CONSEQUENCES DE L'ANNULATION CONTENTIEUSE DU MANDAT SUR LE BENEFICE DE LA PROTECTION**

##### **4.1. Le jugement annulant une élection ou une désignation**

L'annulation de l'élection par le juge judiciaire n'a pas pour effet de remettre en cause rétroactivement le bénéfice de la protection pour la période ayant précédé le prononcé du jugement, dans la mesure où c'est seulement à compter de cette date que le salarié est privé de son mandat (*en ce sens : CE, 21 déc. 1994, n° 105.313 et 105.316, ministre du Travail c./ Huard de Jorna, Rec. p. 1215 ; CE, 11 janv. 1995, n° 129.995, Comité Mosellan de Sauvegarde de l'enfance, de l'adolescence et des adultes, Rec. p. 20*). Le salarié bénéficie donc du statut protecteur si la rupture du contrat de travail intervient antérieurement à l'annulation de son mandat, peu important qu'il n'en ait pas effectivement exercé les fonctions (*Cass. soc., 28 févr. 2007, n°05-42.553, Bull. civ. V n° 36 ; Cass. soc., 4 mars 2009, n° 08-41.408, Bull. civ. V n° 63*). Il en est de même de l'annulation d'une candidature (*Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-42.019, Bull. civ. V n° 396 ; Cass. soc., 5 mai 2009, n° 07-45.004*) ou d'une désignation (*CE, 7 oct. 2009, n° 322.581, Sté Vacances Voyages Loisirs, Rec. p. 358 ; Cass. soc., 16 déc. 2014, n° 13-15.081, Bull. civ. V n° 290 ; Cass. soc., 11 oct. 2017, n°16-11.048, à paraître au Bulletin*).

S'agissant de la protection complémentaire accordée aux anciens représentants du personnel, le salarié dont l'élection a été annulée bénéficie de la protection en tant qu'ancien membre du comité social et économique à compter de la date du jugement d'annulation (*CE, 11 janv. 1995, n° 129.995, Comité Mosellan de Sauvegarde de l'enfance, de l'adolescence et des adultes, Rec. p. 20*). La protection complémentaire est également acquise à compter de la date du jugement, en cas d'annulation de sa désignation, au délégué syndical ayant exercé au moins 12 mois ses fonctions (*Cass. soc., 3 avr. 2019, n°17-28.880*).

En outre, compte tenu de l'absence d'effet rétroactif, l'annulation des élections est sans incidence sur la régularité des désignations, en qualité de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise, des salariés dont le mandat prend fin lors des nouvelles élections renouvelant l'institution représentative du personnel (*Cass. soc., 11 mai 2016, n°15-60.171, Bull 2016, n° 850, V, n° 1295*).

##### **4.2. Le jugement annulant la reconnaissance d'une unité économique et sociale**

De même, l'annulation de la reconnaissance d'une unité économique et sociale a également pour conséquence de n'entraîner que pour l'avenir, sans effet rétroactif, la perte du mandat, et le salarié concerné bénéficie, à compter de la date du jugement d'annulation, de la protection complémentaire accordée aux anciens représentants du personnel ([Cass. soc., 2 déc. 2008, n° 07-41.832, Bull. civ. V n° 238](#)).

## **5) L'EXPIRATION DE LA PROTECTION AVANT L'ENGAGEMENT DE LA PROCEDURE DE LICENCIEMENT**

Le licenciement prononcé à l'expiration de la période légale de protection ne peut être motivé par des faits invoqués devant l'autorité administrative et qui ont donné lieu à une décision de refus d'autorisation de licenciement ([Cass. soc., 23 sept. 2015, n° 14-10.648, Bull. civ. V n° 836](#)).

En outre, la proximité du terme de la protection ne saurait pour autant conduire l'employeur à différer le licenciement pour éluder l'obligation de mettre en œuvre la procédure spéciale. Le salarié protégé ne peut en effet être licencié au terme de son mandat en raison de faits commis pendant la période de protection, qui auraient dû être soumis à l'inspecteur du travail et, si tel est le cas, le juge peut alors déclarer nul le licenciement intervenu dans ces conditions ([Cass. soc., 23 nov. 2004, n° 01-46.234, Bull. civ. V n° 295](#) ; [Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-26.667](#) ; [Cass. soc., 18 févr. 2016, n° 14-17.131](#) ; [Cass. soc., 28 févr. 2018, n° 16-19.562](#)).

## **6) L'EXPIRATION DE LA PROTECTION ENTRE L'ENGAGEMENT DE LA PROCEDURE DE LICENCIEMENT ET LA DECISION ADMINISTRATIVE**

En application du principe posé par la décision Thieulent ([CE, 23 nov. 2016, n°392.059, Rec. p.517](#)), la qualité de salarié protégé, qui conditionne la compétence matérielle de l'administration pour se prononcer sur une demande d'autorisation de licenciement, doit être appréciée au seul stade de la date d'envoi de la convocation à entretien préalable. La circonstance que la période légale de protection ait expiré à la date de la décision administrative est donc sans incidence sur la compétence matérielle de l'inspecteur du travail : ce dernier reste compétent pour statuer sur la demande d'autorisation de licenciement.

## Fiche 5

# LES PROCEDURES LEGALES OU CONVENTIONNELLES INTERNES A L'ENTREPRISE

(Mise à jour - Décembre 2021)

L'autorité administrative est tenue de refuser la rupture du contrat de travail du salarié protégé lorsque la procédure interne mise en œuvre par l'employeur est entachée d'une irrégularité substantielle. Toutefois, lorsque la décision de refus est exclusivement ou partiellement motivée par l'existence d'une telle irrégularité, l'employeur a la possibilité de régulariser la procédure interne avant de saisir à nouveau l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de licenciement fondée sur les mêmes faits. Il appartient à l'inspecteur du travail de statuer sur cette nouvelle demande quand bien même se serait-il déjà prononcé, au-delà de l'irrégularité de procédure, sur le bien-fondé de la première demande.

### 1) LES REGLES COMMUNES DE LA PROCEDURE INTERNE

#### 1.1. L'entretien préalable

L'obligation de convoquer le salarié à un entretien préalable s'applique à toute rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur, ce qui inclut tout licenciement quel qu'en soit le motif (et notamment tout licenciement pour motif économique : **cf. 2.2.1**). Cette obligation s'applique également :

- à la mise à la retraite (**cf. 2.3**) ;
- à la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée (**CF. FICHE 13a**) ;
- à la fin, à l'échéance du terme, du contrat de travail à durée déterminée comportant une clause de renouvellement ou de report du terme (**CF. FICHE 13a**) ;
- à la rupture du contrat de travail consécutive à une reprise d'activité par une personne publique (**cf. 2.6**).

Ne donnent pas lieu à la tenue d'un entretien préalable :

- la fin, à l'échéance du terme, du contrat de travail à durée déterminée ne comportant pas de clause de report de renouvellement ou de report du terme (**CF. FICHE 13a**) ;
- le transfert du contrat de travail dans le cadre des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ;
- la rupture conventionnelle, individuelle ou collective (**cf. 2.5**).

##### 1.1.1. Les modalités de convocation à l'entretien préalable

Si le salarié n'a pas été convoqué à un entretien préalable, la procédure est substantiellement viciée ([CE, 5 juin 1987, n° 69.014, S<sup>te</sup> Hilti France](#) ; [CE, 15 mai 1995, n° 148.320, S<sup>te</sup> Cise-Réunion](#) ; [CE, 11 juin 2007, n° 286.224, Budroni](#)).

Tel n'est pas le cas si, régulièrement convoqué, il refuse de se rendre à l'entretien ([CE, 6 janv. 1992, n° 102.906, Faïenceries de Salins](#) ; [CE, 28 juin 1996, n° 156.427, Caisse régionale du Crédit agricole de Vendée](#)).

Mais en présence de deux demandes successives fondées sur le même motif et présentées rapidement l'une derrière l'autre, il n'y a pas d'obligation de convoquer le salarié protégé à un nouvel entretien ([CE, 13 nov. 1991, n° 91.226, M. Lasala](#)). De même, suite à une annulation contentieuse d'une décision d'autorisation, un délai de deux ans entre les deux demandes d'autorisation ne constituent pas, à lui seul, une circonstance de fait nouvelle imposant que soit organisé un nouvel entretien préalable ([CE, 19 sept. 2014, n° 362.660, Cézilly-Guichard, Tables p.889](#)).

La convocation à entretien préalable peut être adressée en LRAR ou remise en main propre contre décharge. Elle est regardée comme régulière, y compris en l'absence de remise au salarié d'un récépissé ([Cass. soc., 28 févr. 2018, n° 16-19.934](#)).

L'envoi d'une télécopie rend la procédure irrégulière ([Cass. soc., 13 sept. 2006, n° 04-45.698, Bull. civ. V n° 267](#)). Néanmoins, un envoi par Chronopost ([Cass. soc., 8 févr. 2011, n° 09-40.027, Bull. civ. V n° 45](#)) ou une remise par voie d'huissier ([Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71.412, Bull. civ. V n° 83](#)) ne vicie pas la procédure.

Le respect du délai de cinq jours ouvrables prévu par l'article [L.1232-2](#) du code du travail est d'ordre public absolu ([Cass. soc., 28 juin 2005, n° 02-47.128, Bull. civ. V n° 215](#) ; [CE, 20 mars 2009, n° 312.258, S<sup>te</sup> Armor](#)).

Le non-respect de ce délai, quel qu'en soit le motif, est constitutif d'un vice substantiel de procédure, s'opposant à ce que l'autorisation de rupture puisse être délivrée.

Toutefois, lorsqu'une première convocation à entretien préalable, respectant le délai de cinq jours ouvrables, a fait l'objet d'un report à la demande du salarié, la procédure interne n'est entachée d'aucune irrégularité ([Cass. soc., 24 nov. 2010, n° 09-66.616, Bull. civ. V n° 267](#) ; [Cass. soc., 29 janv. 2014, n° 12-19.872, Bull. civ. V n° 36](#)). *A contrario*, si l'employeur est à l'initiative du report, le délai de cinq jours devra, de nouveau, être respecté.

Lorsque la date de présentation de la convocation à entretien préalable est illisible, celle-ci ne doit être regardée que comme étant intervenue au jour de la réexpédition par la Poste de l'accusé de réception (en ce sens, pour la convocation d'un salarié devant le conseil de discipline, [Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-72.787, Bull. V n° 115](#)). Par conséquent, dans un tel cas de figure, ce n'est qu'à compter du lendemain de cette dernière date qu'il conviendra d'apprécier si le délai de cinq jours ouvrables prévu par l'article [L. 1232-2](#) du code du travail a bien été respecté.

En outre, en l'absence d'avis de passage, l'inspecteur du travail est tenu de refuser le licenciement du salarié protégé, l'employeur n'étant pas en mesure de démontrer que le salarié a eu connaissance d'une convocation à un entretien préalable dans le délai prescrit par les dispositions de l'article L. 1232-2 du code du travail ([CE, 9 oct. 2020, n° 427.115, sté Wantzl](#)).

Aux termes de l'article [641](#) du code de procédure civile, le jour de la notification qui fait courir le délai ne compte pas. L'article [642](#) dispose, quant à lui, que le délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures et que s'il expire le samedi, le dimanche, le jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Il s'agit par ailleurs de cinq jours « pleins ». Dès lors, non seulement le jour de la présentation de la lettre de convocation ne compte pas, mais encore l'entretien préalable ne peut se tenir le cinquième jour ouvrable suivant le point de départ du délai, mais au plus tôt le lendemain.

Il faut en outre neutraliser les dimanches et les jours fériés et chômés qui se trouveraient inclus dans le délai s'écoulant entre le lendemain de la présentation de la lettre de convocation et le jour de la tenue de l'entretien préalable pour apprécier le respect du délai minimal de cinq jours ouvrables. Tous les jours de la semaine sont regardés comme ouvrables, sauf le dimanche, même si le salarié est occupé ce jour-là ([Cass. soc., 20 déc. 2006, n°04-47.853, Bull. civ. V n° 396](#)).

Enfin, conformément à l'article [R. 1231-1](#) du code du travail, lorsque le dernier jour ouvrable du délai de cinq jours tombe un samedi, il est reporté au premier jour ouvrable suivant, soit le lundi. Dès lors, dans un tel cas, l'entretien préalable ne peut se tenir avant le mardi.

#### 1.1.2. L'omission de mentions obligatoires ou l'insertion de restrictions irrégulières dans la lettre de convocation à l'entretien préalable

L'absence de mention du lieu de l'entretien préalable ne constitue un vice substantiel que si cet entretien ne s'est pas tenu et s'il pouvait exister un doute sur le lieu de convocation ([CE, 28 sept. 2005, n° 266.023, Soinne et Associés, Rec. p. 367](#)).

En outre, l'absence de mention qu'un licenciement est envisagé vicie la procédure de manière substantielle ([CE, 12 oct. 1990, Demoleon, n° 99.640, Tables. p. 1016](#)).

L'employeur n'est cependant pas tenu de mentionner dans la lettre convoquant le salarié à l'entretien préalable les griefs allégués à son encontre ou les motifs du licenciement envisagé ([Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-40.103](#) ; [Cass. soc., 6 avr. 2016, n° 14-23.198, Bull. civ. V n° 849](#)).

La lettre doit toujours mentionner que le salarié peut se faire assister d'une personne appartenant au personnel de l'entreprise, même s'il n'y a pas d'institution représentative du personnel ([Cass. soc., 6 févr. 2001 n° 98-43.597, Bull. civ. V n° 44](#)).

**Si l'employeur relève d'une unité économique et sociale dotée d'instances représentatives du personnel qui lui sont propres, il doit être mentionné que le salarié peut se faire assister d'une personne appartenant au personnel d'une des entités la composant, sous peine d'irrégularité ([Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-14.650 Bull. V n° 140](#)). Toutefois, l'absence de cette mention n'entache pas la procédure d'irrégularité s'il est établi que le salarié a été pleinement informé, en temps utile, des modalités d'assistance auxquelles il avait droit, en fonction de la situation de l'entreprise, pour son entretien préalable ([CE, 12 juin 2019, n°408.970, Sté Véolia Eau, mentionné aux Tables](#)). En outre, si le salarié s'est fait assister par un salarié, extérieur à son entreprise mais appartenant à l'UES, la procédure peut être regardée comme régulière ([CAA Bordeaux, 29 févr. 2016, n°13BX01456, Sté Montoise de Miroiterie](#)).**

Lorsque l'entreprise (ou l'unité économique et sociale) ne dispose pas d'institution représentative du personnel, la possibilité pour le salarié de se faire assister par un conseiller du salarié inscrit sur une liste départementale doit être mentionnée, ainsi que les adresses de l'inspection du travail et de la mairie où cette liste peut être consultée ; à défaut, un vice substantiel de procédure doit être retenu ([Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 09-40.695](#)).

En outre, l'employeur est tenu de mentionner, dans la lettre de convocation à l'entretien préalable, la faculté pour le salarié protégé de se faire assister par un conseiller du salarié lorsqu'il est le seul représentant du personnel dans l'entreprise ([CAA Paris, 9 déc. 2013 n° 13PA01670, 13PA01791](#)).

L'employeur ne peut restreindre le choix du salarié quant au salarié l'assistant : le périmètre de choix est l'entreprise et toute restriction apportée par l'employeur vicie substantiellement la procédure ([CE, 16 juin 1995, n° 145.728, Sarrequemines Bâtiment](#)).

#### 1.1.3. Le déroulement de l'entretien préalable

Il doit s'agir d'un entretien formel qui ne saurait être remplacé par des réunions non formalisées ([CE, 15 mai 1995, n° 148.320, Sté Cise-Réunion](#)).

L'entretien préalable doit précéder la consultation du comité social et économique ([CE, 3 avr. 1991, n° 107.079, SA des Nouvelles Galeries](#)) et la saisine de l'inspecteur du travail ([CE, 19 déc. 1994,](#)

[n° 119.254, Ministre c/ association hôpital Cognacq-Jay ; CE, 11 déc. 2006, n° 282.699, Ministre c/ Avenance Equipement](#)), sous peine d'irrégularité substantielle.

L'employeur ne peut se faire assister que d'une personne appartenant au personnel de l'entreprise, ce qui exclut par exemple l'assistance par un avocat ([Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 04-43.636](#)) ou un huissier ([Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71.412, Bull. civ.V n°83](#)). S'il est assisté de plusieurs personnes, l'entretien préalable ne doit pas être détourné de son objet et se transformer en enquête, ce qui vicierait substantiellement la procédure ([Cass. soc., 17 sept. 2008, n° 06-42.195, Cass. soc., 20 janv. 2016, n° 14-21.346](#)).

Si l'employeur se fait assister par un salarié de l'entreprise alors qu'il existait un différend important entre ce dernier et le salarié visé par la mesure de licenciement, ce qui a porté atteinte à sa liberté d'expression, l'entretien préalable est détourné de son objet et la procédure est irrégulière ([Cass. soc., 21 juin 2011, n° 10-11.690](#)).

L'employeur ne peut pas se faire représenter par une personne étrangère à l'entreprise ([Cass. soc., 26 avr. 2017, n° 15-25.204, publié au Bulletin](#)). Le président du groupe auquel appartient l'entreprise, qui ne saurait être considéré comme une personne étrangère à cette dernière, peut valablement conduire l'entretien préalable ([Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-41.378](#)). De même, le directeur général de la société mère, qui supervise les activités de l'entreprise, ne doit pas être considéré comme une personne étrangère ([Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-23.701](#)).

Par ailleurs, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur judiciaire, désignés dans le cadre d'une procédure collective, ont tous pouvoirs pour mener l'entretien préalable au licenciement au nom de l'entreprise.

## **1.2. La consultation spéciale du comité social et économique sur la rupture du contrat de travail du salarié protégé**

**Lorsque le mandat du salarié protégé le requiert**, le comité social et économique disposant des attributions consultatives dans les entreprises de 50 salariés et plus (*C. trav.*, art. [L. 2421-3](#) et [L. 2421-4](#)) doit être consulté pour tout licenciement quel qu'en soit le motif, mais également :

- pour la rupture conventionnelle, individuelle ou collective (**cf. 2.5**) ;
- pour la mise à la retraite (**cf. 2.3**) ;
- pour la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée (**CF. FICHE 13a**) ;
- pour la fin, à l'échéance du terme, du contrat de travail à durée déterminée comportant une clause de renouvellement ou de report du terme (**CF. FICHE 13a**).

Ne donnent pas lieu à la consultation du comité social et économique :

- la fin, à l'échéance du terme, du contrat de travail à durée déterminée ne comportant pas de clause de report de renouvellement ou de report du terme (**CF. FICHE 13a**) ;
- le transfert du contrat de travail dans le cadre des dispositions de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail (**cf. 2.4**) ;
- la rupture du contrat de travail consécutive à une reprise d'activité par une personne publique (**cf. 2.6**).

Le licenciement du délégué syndical d'une entreprise de moins de 300 salariés, représentant syndical de droit au CSE (*C. trav.*, art. [L. 2143-22](#)), est soumis à consultation du comité (*jugé en ce sens* : [CAA Bordeaux, 3 avr. 2008, n° 06BX00313, Mitjavila](#)).

De même, lorsque, postérieurement à la mise en place du CSE, l'effectif d'au moins 50 salariés est atteint pendant 12 mois consécutifs, le CSE est consulté sur le projet de licenciement du salarié protégé au titre des dispositions prévues aux l'articles [L. 2312-37](#) (consultation « ponctuelle »), [L. 2421-3](#) et [L. 2421-4](#) du code du travail, sauf si le CSE doit être renouvelé dans une période inférieure à 12 mois (*C. trav. art. L. 2312-2*).

Toutefois, l'employeur est tenu de respecter les modalités procédurales lorsqu'il a décidé de les mettre en œuvre alors qu'elles n'étaient pas obligatoires ([Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 18-15.029, publié au Bulletin](#)).

L'employeur doit fournir à l'autorité administrative tous les éléments lui permettant d'apprécier, dans le cadre de la vérification de la régularité de la procédure, l'existence d'une obligation de consultation du CSE préalable à la présentation de la demande d'autorisation.

La régularité de la procédure de consultation du CSE s'apprécie au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat du 4 juillet 2018 qui précise que l'administration ne peut légalement accorder l'autorisation demandée que si le comité a été mis à même d'émettre son avis en toute connaissance de cause, dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation ([CE, 4 juill. 2018, n° 410.904, Mr X c/ Association des Cités du secours catholique, mentionné aux Tables](#) ; [CE, 4 juill. 2018, n° 397.059, S<sup>te</sup> Véron International, mentionné aux Tables](#)).

Il n'existe donc plus de vice de procédure absolu, l'administration porte une appréciation globale au cas par cas sur la validité de chaque consultation en vérifiant tout particulièrement l'information donnée aux membres de l'instance, dont la complétude et la qualité doivent permettre à l'instance de se prononcer en toute connaissance de cause, ainsi que les conditions de consultation de l'instance, qui doivent être loyales. La sincérité de la consultation s'apprécie notamment au regard de l'absence de manœuvres de la part l'employeur de nature à fausser la consultation.

#### 1.2.1. La convocation à la réunion du comité social et économique

La convocation du salarié visé est obligatoire (*C. trav.*, art. [L. 2421-3](#) et [L. 2421-4](#)). En revanche, l'absence du salarié ne vicia pas la procédure lorsque, quoique convoqué, il refuse de se rendre à la réunion ([CE, 6 janv. 1992, n° 102.906, Faienceries de Salins](#)).

Il en va de même s'il était convoqué à une heure compatible avec ses horaires de sortie pendant un arrêt de travail ([CE, 11 déc. 1991, n° 101.920, Moussu, Tables p.1229](#) ; [et qu'il ne sollicite pas de report de la réunion CAA de Douai, 4 avr. 2019, n° 18DA00945, Mme A...D c/ société Sanofi Pasteur](#)).

L'employeur doit convoquer les membres titulaires du CSE ainsi que les représentants syndicaux. Il convient de vérifier que le suppléant, amené à siéger en remplacement d'un titulaire absent, a bien reçu l'ordre du jour (*C. trav.*, art. [L. 2315-30](#)) et a été mis à même d'assister à la réunion (art. [L. 2314-1](#)). De même, si un accord collectif ou le règlement intérieur le prévoient, la remise de la convocation aux suppléants doit être également contrôlée.

L'employeur peut démontrer par tout moyen que les membres absents lors de la réunion ont été effectivement convoqués ([CE, 3 oct. 2008, n° 306.430, UPC](#) ; [y compris par la mention de leur convocation sur le procès-verbal de la réunion CE, 23 juin 2014, n° 367.378, S<sup>te</sup> Les petites affiches](#)). Néanmoins, au regard des décisions du Conseil d'Etat du 4 juillet 2018 ([CE, 4 juill. 2018, n° 410.904, Mr X c/ Association des Cités du secours catholique, mentionné aux Tables](#) ; [CE, 4 juill. 2018, n° 397.059, S<sup>te</sup> Véron International, mentionné aux Tables](#)), l'absence de convocation des membres du CSE dans les conditions énoncées précédemment doit être intégrée dans le cadre de l'analyse du caractère faussé de la consultation ([cf. 1.2](#)).

Lorsque le comité refuse d'émettre un avis alors qu'il a été mis en mesure de le faire, la procédure n'est pas viciée ([CE, 22 oct. 2008, n° 301.603, S<sup>te</sup> Ferrero Couleurs de France](#)). Dans un tel cas de figure, l'employeur n'est pas tenu de convoquer à nouveau le comité, mais s'il le fait, il doit le faire régulièrement ([jugé en ce sens : CAA Versailles, 17 avr. 2008, n° 06VE00431, Wandebrouck ; CAA Nancy, 17 févr. 2011, n° 10NC00977, Me Pâté](#)). Dans ce cas, il appartient à l'autorité administrative de s'assurer que le CSE a été mis à même de rendre son avis en toute connaissance de cause dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation ([CE, 22 mai 2019, n°413.342, M.A...C c/ société TIM, mentionné aux Tables](#)).



La régularisation de la consultation du CSE est inopérante si elle intervient après le dépôt de la demande devant l'inspecteur du travail ([CE, 29 juin 1990, n° 87.944, Maris](#)).

L'absence de respect du délai de 3 jours entre la convocation du CSE et la réunion n'entache pas la procédure d'irrégularité sauf si le CSE n'a pu rendre son avis en connaissance de cause ([CE, 7 nov. 1990, n° 105.026, S<sup>té</sup> d'exploitation des établissements généraux de mécanique de l'Ouest](#)).

A titre d'illustration, un représentant du personnel visé par la mesure de licenciement, ayant reçu sa convocation deux jours avant la tenue de la réunion, a pu disposer d'un délai suffisant ([CE, 7 févr. 1992, n° 116.346, Fusco](#)).

Le comité doit disposer des éléments d'information précis et écrits lui permettant de se prononcer en toute connaissance de cause, et d'un délai d'examen suffisant compte tenu de la nature et des implications du dossier. Toutefois, l'absence de transmission écrite de ces informations par l'employeur, lors de la convocation du comité, n'entache pas d'irrégularité cette consultation si celui-ci a tout de même disposé de ces informations dans des conditions lui permettant d'émettre son avis en toute connaissance de cause ([CE, 27 mars 2015, n° 371.852, Den Hartogh, Tables p.900](#)). Il en est de même si le comité n'a pas été informé de l'intégralité des griefs reprochés au salarié (CAA de Marseille, 12 juill. 2019, n° 18MA03168, M. E...B c/ société Pellenc SA). A défaut d'irrégularité de procédure substantielle, l'autorité administrative est tenue d'apprécier le bien-fondé de l'ensemble des faits à l'appui de la demande si elle entend refuser le licenciement du salarié protégé, sans pouvoir en écarter certains au seul motif qu'ils n'ont pas été présentés aux membres du CSE (CAA Bordeaux, 16 nov. 2020, n° 18BX01897, Sté Altran Technologies Sud-Ouest).

Conformément aux dispositions de l'article [L. 2421-3](#) du code du travail, l'acquisition d'un nouveau mandat en cours de procédure ne donne pas lieu à une nouvelle consultation du CSE.

Si l'absence de consultation du CSE sur le projet de rupture du contrat de travail d'un salarié protégé résulte de l'inexistence de l'institution, alors même que l'employeur était tenu d'en organiser les élections, la procédure sera substantiellement viciée s'il ne produit pas un procès-verbal de carence ([CE, 26 janv. 2011, n°326.123, Me Theeten](#) ; [Cass. soc., 17 oct. 2018, n°17-14.392, à paraître au Bulletin](#)) ou s'il ne justifie pas de l'impossibilité d'organiser ces élections avant de saisir l'inspecteur du travail (pour le cas particulier de la consultation du CSE au titre de ses attributions générales en matière de procédure de licenciement pour motif économique (**cf. 2.2.2.1.**)).

De même, si le CSE continue de fonctionner alors que son mandat est expiré (notamment en raison d'une prorogation irrégulière de la durée des mandats), l'avis, émis par les membres n'ayant plus qualité pour siéger, est irrégulier et la procédure est regardée comme substantiellement viciée ([CE, 29 juin 1990, n°85.254, Sté Creusot-Loire Entreprise, Rec. p.197](#) ; [CE, 9 mai 2011, n° 333.241, 333.246, S<sup>té</sup> Donatien Bahaud](#)) (**CF. FICHE 4 § 3.7**).

#### 1.2.2. Les modalités de vote et le sens du vote

Le caractère substantiel d'un vice de procédure tenant à la consultation du CSE sur le projet de licenciement du salarié protégé doit s'apprécier, **au cas par cas**, au regard ([CE, 4 juill. 2018, n° 410.904, Mr X c/ Association des Cités du secours catholique, mentionné aux Tables](#) ; [CE, 4 juill. 2018, n° 397.059, S<sup>té</sup> Véron International, mentionné aux Tables](#)) :

- de l'information qui a été délivrée au CSE par l'employeur, afin d'examiner si cette information lui a permis de se prononcer en toute connaissance de cause ;
- des conditions de sa consultation, c'est-à-dire s'il a émis l'avis dans des conditions non susceptibles d'avoir faussé sa consultation ;
- du sens de l'avis rendu par les membres.

##### 1.2.2.1 Qui vote ?

La participation de l'employeur au vote ne vicie la procédure que si elle en a influencé le sens ([CE, 31 oct. 1990, n° 82.488, Escobois](#)).

L'employeur n'a pas le droit d'interdire à un membre titulaire, lui-même visé par une mesure de licenciement, de voter sur le projet de licenciement d'un *autre* salarié protégé (*jugé en ce sens* : [CAA Bordeaux, 18 nov. 1999, n° 96BX32214, Sodexho Guyane](#)). Il ne saurait de même interdire au membre titulaire du CSE de voter sur son propre projet de licenciement.

#### 1.2.2.2. Comment vote-t-on ?

Selon les dispositions de l'article [R. 2421-9](#) du code du travail, l'avis du CSE est exprimé au scrutin secret, après audition de l'intéressé.

Toutefois, un vote à main levée n'est constitutif d'un vice substantiel de procédure que s'il a été susceptible de fausser la consultation du CSE, quel qu'en soit le sens ([CE, 4 juill. 2018, n° 410.904, Mr X c/ Association des Cités du secours catholique, mentionné aux tables](#)). Et inversement, un vote à bulletins secrets pourrait être constitutif d'un vice substantiel s'il a faussé la consultation.

Un vote distinct doit être organisé pour chaque salarié protégé concerné ([CE, 2 févr. 1996, n° 121.880, Cornut](#)).

Le recours à la visioconférence peut être organisé par accord entre l'employeur et les membres élus du comité. À défaut d'accord, le nombre de réunions organisées par visioconférence est limité à trois par année civile (*C. trav., art. L. 2315-4*). Le dispositif de vote doit garantir que l'identité de l'électeur ne peut à aucun moment être mise en relation avec l'expression de son vote (*C. trav., art. D. 2315-1*).

La mention erronée de l'avis favorable du comité, sur le procès-verbal envoyé à l'administration, n'est pas de nature à entacher d'illégalité la décision d'autorisation de licencier le salarié, dès lors que le procès-verbal comporte les précisions suffisantes pour que l'autorité administrative soit en mesure d'apprécier le sens exact de l'avis émis par le CSE ([CE, 12 juill. 1995, n° 154.219, Dondi, Tables p.1061](#)).

Le procès-verbal de la réunion du CSE doit être transmis avant que l'inspecteur du travail ne prenne sa décision.

### **1.3. L'articulation entre l'entretien préalable et la consultation du comité social et économique**

L'entretien préalable doit avoir lieu avant la réunion de consultation du CSE.

Un délai suffisant entre les deux événements est nécessaire pour que le salarié puisse préparer son audition.

En cas de délai bref entre l'entretien préalable et la réunion du CSE, l'inspecteur du travail doit rechercher si cette brièveté a été, soit de nature à empêcher que le CSE se prononce en toute connaissance de cause, soit de nature à faire regarder son avis, quel qu'en soit le sens, comme ayant été émis dans des conditions ayant faussé cette consultation ([CE, 4 juill. 2018, n° 397.059, Sté Véron International, mentionné aux Tables](#) ; [CE, 22 mai 2019, n°407.401, syndicat CGT FAPT Télécoms 13 et le syndicat Services et Commerces CFDT 13 c/ société Avenir Télécom, mentionné aux Tables](#) ; [CAA de Douai, 21 mars 2019, n° 18DA01401, Sté Véron International](#) ).

Peut être pris en compte la circonstance que le salarié, quoique convoqué le même jour à l'entretien préalable et à la réunion du comité d'entreprise, a été informé des motifs de licenciement plusieurs jours avant dans le courrier lui notifiant sa mise à pied ([CE, 2. juin 1993, n° 107.508, Sawadogo, Tables p.1068](#)).

Si la convocation du CSE amené à se prononcer sur le licenciement du salarié protégé intervient alors que l'entretien préalable ne s'est pas encore tenu, il n'y a pas lieu de retenir un vice substantiel de procédure ([CE, 16 déc. 2009, n° 327.032, Lutman c./ S<sup>té</sup> Selpro, Tables p.978](#)).

## 2) LES REGLES SPECIFIQUES A CERTAINS MOTIFS

### 2.1. Motif disciplinaire

Chaque grief doit être débattu lors de l'entretien préalable (*C. trav.*, art. [L. 1232-3](#)). L'inspecteur du travail ne peut retenir des griefs qui n'ont pas été indiqués au salarié lors de l'entretien préalable ([CE, 19 mars 2008, n° 289.433, Coette, Tables p.954](#), [CE, 11 juin 2014, n° 365.135, S<sup>té</sup> Transports du Val d'Oise](#)).

En cas de mise à pied, les délais prévus par les articles [R. 2421-6](#) et [R. 2421-14](#) du code du travail ne sont pas prescrits à peine de nullité sauf s'ils apparaissent excessifs au regard des circonstances de l'espèce ([CE, 29 juin 2016, n° 381.766, M. Weiler, Rec. p.263](#) ; [CE, 27 févr. 2019, n° 413.556, M. A., mentionné aux Tables](#)).

Ont été jugés excessifs, en l'absence de CSE, un délai de saisine de l'inspecteur du travail de 18 jours, au lieu de 8 jours, à compter de la mise à pied ([CE, 23 août 2006, n° 278.221, Lycée agricole Tricastin-Baronnies](#)), un délai de 28 jours, au lieu du délai de 48h, entre la consultation du CSE et la saisine de l'inspecteur du travail ([CE, 13 nov. 1991, n° 82.787, Compagnie commerciale des Antilles françaises](#)), un délai de saisine de l'inspecteur du travail de 21 jours, au lieu de 8 jours, à compter de la mise à pied, sans rechercher si cette irrégularité a privé le salarié d'une garantie ([CE, 27 févr. 2019, n°413.556, Société Vacation Rental, mentionné aux Tables](#)).

Un délai de 8 jours entre la consultation du CSE et la saisine de l'inspecteur du travail n'a cependant pas été regardé comme excessif lorsque pendant la durée de la procédure, la rémunération du salarié a été maintenue (*jugé en ce sens* : [CAA Marseille, 10 avr. 2012, n° 10MA01947, X. c./ AFDAIM](#)).

Le non-respect du délai de 48h prévu pour la notification à l'inspecteur du travail de la mise à pied conservatoire d'un délégué syndical (*C. trav. art. [L. 2421-1](#)*), prescrite à peine de nullité de la mise à pied, n'entache pas d'irrégularité la procédure de licenciement ([CE, 2 juin 1989, n° 68320, Compagnie Française de l'Azote, Tables p.966](#)).

Lorsque la lettre autorisant une absence rémunérée d'un salarié, dans l'attente d'une décision définitive, est concomitante à la lettre déclenchant la procédure de licenciement à l'encontre de ce salarié, cette dispense de travail rémunérée constitue une mise à pied conservatoire et les délais prévus aux articles [R. 2421-6](#) et [R. 2421-14](#) du code du travail s'appliquent ([Cass. soc., 30 sept. 2004, n° 02-43.638, Bull. V n°240](#)).

### 2.2. Motif économique

#### 2.2.1 L'entretien préalable

Par dérogation aux règles de droit commun, l'entretien préalable est obligatoire pour le licenciement d'un salarié protégé compris dans un licenciement pour motif économique de dix salariés et plus dans une même période de 30 jours ([CE, 28 sept. 2005, n° 266.023 Soinne, Rec. p. 367](#); [CE, 7 déc. 2005, n° 270.590, Muller](#) ; [CE, 11 juin 2007, n° 286.224, Budroni](#)). Cette obligation vaut également en cas de rupture amiable pour motif économique dans le cadre d'un plan de départs volontaires.

#### 2.2.2. Procédure générale d'information et de consultation du comité social et économique en matière de licenciement économique

##### 2.2.2.1.

Lorsque le licenciement pour motif économique d'un salarié protégé est inclus dans un licenciement collectif qui requiert l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il appartient à l'inspecteur du travail de s'assurer de l'existence d'une décision de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi, à défaut de laquelle l'autorisation de licenciement ne peut légalement être accordée. Toutefois, il ne lui appartient pas d'apprécier la validité du plan de sauvegarde de l'emploi, ni de procéder au contrôle de la régularité de la procédure d'information et de consultation du CSE dans la mesure où ce contrôle n'incombe qu'au DREETS saisi de la demande de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi ([CE, 19 juill. 2017, n° 391.849, S<sup>té</sup> Milonga, Rec. p.250](#)).

En revanche, l'inspecteur du travail demeure compétent pour vérifier la régularité de la procédure générale d'information et de consultation pour les licenciements collectifs non soumis à l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi.

La consultation du CSE au titre du projet économique doit être antérieure à l'exécution effective de la décision de l'employeur sous peine d'entacher la procédure interne d'irrégularité ([CAA Bordeaux, 30 juin 2009, n° 08BX00806, Nardy-Blanc](#)).

Même en cas de redressement ou liquidation judiciaire, la procédure générale doit, le cas échéant, être contrôlée ([CE, 26 janv. 2011, n° 326.123, Me Theeten, Tables p. 1181](#)).

Le CSE doit être consulté sur les critères d'ordre des licenciements ; à défaut la procédure interne est substantiellement viciée (*jugé en ce sens* : [CAA Paris, 23 mars 1999, n° 97PA00800, Société Seriee SA](#)).

Si la procédure générale de consultation n'a pas pu être suivie parce que le CSE n'a pas été mis en place, alors que l'entreprise est assujettie à cette obligation, la procédure de licenciement pour motif économique est irrégulière sauf si l'employeur justifie d'un procès-verbal de carence (*C. trav., art. L. 1235-15*).

De même, la procédure n'est pas irrégulière s'il justifie de l'impossibilité d'accomplir ces formalités dans des circonstances ne lui sont pas imputables ([CE, 26 janv. 2011, n° 326.123, Me Theeten, Tables p.1181](#) ; [Cass. soc., 17 oct. 2018, n°17-14.392, à paraître au Bulletin](#)).

En outre, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, les éléments d'information adressés par l'employeur au CSE doivent porter non seulement sur la situation économique du secteur d'activité qu'il a pris en considération, mais aussi sur les raisons qui l'ont conduit à faire reposer son analyse sur ce secteur d'activité ([CE, 22 juill. 2015, n° 385.816, Sté Heinz France, Rec. p.261](#)).

En tout état de cause, si des irrégularités sont constatées, il appartient à l'autorité administrative d'apprécier si le CSE a été mis à même de rendre son avis en toute connaissance de cause dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation ([CE, 4 juill. 2018, n° 410.904, Mr X c/ Association des Cités du secours catholique, mentionné aux Tables](#) ; [CE, 4 juill. 2018, n° 397.059, S<sup>té</sup> Véron International, mentionné aux Tables ; cf. 2.1](#)).

### **2.3. Mise à la retraite**

Cette rupture étant assimilée par le juge administratif à un licenciement sur le plan procédural, l'entretien préalable est requis ([CE, 17 juin 2009, n° 304.027, Crédit du Nord, Tables p.977](#)), ainsi que la consultation du comité social et économique lorsqu'elle est requise en raison du mandat détenu par le salarié.

Les membres du comité social et économique doivent disposer des éléments suffisants pour pouvoir se prononcer sur la mise à la retraite envisagée par l'employeur, et notamment s'assurer que le salarié dispose bien d'un nombre de trimestres suffisant pour bénéficier d'une pension à taux plein ([CE, 26 oct. 2011, n° 335.755, Total, Tables p.1182](#)).

### **2.4. Transfert**

Il n'appartient pas à l'administration de retenir l'existence d'un vice de procédure substantiel tiré de l'absence ou de l'irrégularité de la consultation générale du comité social et économique sur l'opération de transfert elle-même ([CE, 22 mai 2013, n° 340.111, Stamm, Tables p.864](#)).

## **2.5. Rupture conventionnelle individuelle**

La procédure interne est substantiellement viciée et l'inspecteur du travail est tenu de refuser la rupture sollicitée en l'absence :

- du ou des entretiens prévus par l'article [L. 1237-12](#) du code du travail ([Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 2016, n° 15-21.609, à paraître au Bulletin](#)) ou du non-respect des dispositions applicables;
- de remise de la convention de rupture au salarié ([Cass. soc., 6 févr. 2013, n° 11-27.000, Bull. civ. V n°29](#)).

## **2.6. Rupture du contrat de travail consécutive à la reprise d'une activité par une personne de droit public**

La rupture du contrat de travail d'un salarié protégé résultant de son refus du contrat proposé, en application des dispositions de l'article [L. 1224-3](#) du code du travail, par la personne publique est soumise à l'ensemble de la procédure prévue en cas de licenciement de tout salarié protégé (**CF. FICHES 1a et 10**). Il en résulte que la personne publique doit, avant de présenter une demande d'autorisation à l'inspecteur du travail, convoquer le salarié protégé à un entretien préalable ([CE, 6 juin 2018, n°391.860, Mme E., Rec. p.257](#)).

## **3) AUTRES PROCEDURES**

Depuis la décision du Conseil d'Etat du 21 mai 2008 ([CE, 21 mai 2008, n° 304.394, Rahir, Rec. p. 183](#)) il incombe à l'autorité administrative, saisie d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé, d'apprécier, sous le contrôle du juge administratif, si les règles de procédure d'origine conventionnelle préalables à sa saisine ont été observées ([CE, 13 févr. 2019, n° 403.890, AGEFOS-PME, mentionné aux Tables](#)).

L'inspecteur du travail doit également vérifier que les dispositions contractuelles sont respectées ([Cass. soc., 30 nov. 2017, n° 16-16.083](#)).

Ce point de procédure doit pouvoir s'appliquer quel que soit le terrain de la demande d'autorisation de licenciement.

De même, il appartient à l'administration de s'assurer de la régularité de la procédure disciplinaire applicable au sein de l'entreprise ([Cass. soc., 28 mars 2018, n°16-12.963](#)), et notamment les dispositions particulières du statut du personnel ([CE, 10 oct. 2018, n° 400.956, Régie Autonome des Transports Parisiens, mentionné aux Tables](#)). L'inspecteur du travail doit vérifier que la procédure conventionnelle a été régulièrement mise en œuvre avant de statuer sur le licenciement ([CE, 29 mai 2020, n° 418.488, Société Vietnam Airlines, mentionné aux Tables](#)).

## Fiche 6

# LE MOTIF DISCIPLINAIRE ET LE TROUBLE OBJECTIF

## 1) LES CONTROLES A OPERER SUR LE MOTIF DISCIPLINAIRE

### 1.1. Le caractère non prescrit

#### 1.1.1. Le délai de prescription

L'article [L. 1332-4](#) du code du travail prévoit qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur, qui dispose du pouvoir disciplinaire, en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.

Le délai de prescription est à nouveau ouvert lorsque le salarié refuse une mesure de rétrogradation disciplinaire ([Cass. soc., 15 janv. 2013, n° 11-28.109, Bull. civ V n°7](#) – **CF. FICHE 11a**).

Le délai de prescription commence à courir à partir du moment où le supérieur hiérarchique direct de l'intéressé est averti des faits, peu importe son rang dans la hiérarchie de l'entreprise ou le fait qu'il ne dispose pas expressément du pouvoir de sanctionner ([Cass. soc., 30 avr. 1997, n° 94-41.320, Bull. civ. V n° 148](#) ; [Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 02-47.272](#)).

C'est la date d'envoi de la convocation à l'entretien préalable qui constitue l'engagement des poursuites disciplinaires ([CE, 12 févr. 1990, n° 88.256, Oberlander, Rec. p. 1016](#) ; [Cass. soc., 5 févr. 1997, n°94-44.538, Bull. civ. V, n°52](#) ; [Cass. soc., 14 sept. 2016, n°14-22.225](#)).

Dès lors qu'un fait fautif a été commis plus de deux mois avant l'engagement des poursuites disciplinaires, il doit être démontré que l'employeur n'a eu connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur de ce fait que dans les deux mois ayant précédé l'engagement de ces poursuites ([Cass. soc., 24 mars 1988, n° 86-41.600, Bull. civ. V n° 203](#) ; [Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 88-45.539, n° 693 Bull. civ. V n° 55](#) ; [Cass. soc., 13 oct. 2015, n° 14-21.926](#)).

Lorsqu'il est saisi de plusieurs faits fautifs, l'inspecteur du travail doit donc prioritairement vérifier s'il existe un fait fautif établi dont l'employeur aurait eu connaissance dans les deux mois précédant l'engagement des poursuites. A défaut, aucun des autres faits invoqués ne pourra être retenu à l'encontre du salarié.

Lorsque les faits reprochés caractérisent un comportement fautif continu du salarié, le point de départ du délai de deux mois est alors la date du dernier manquement constaté par l'employeur ([CE, 12 févr. 1990, n°88.256, Oberlander](#)).

Même s'ils n'ont pas fait l'objet de sanctions disciplinaires par le passé, les faits, de même nature qu'un grief non prescrit fondant la demande d'autorisation de licenciement, sont alors pris en compte par l'inspecteur du travail dans le cadre du contrôle qu'il opère.

#### 1.1.2. L'interruption du délai de prescription

##### 1.1.2.1. En cas de poursuites pénales

Au-delà du délai de deux mois, un fait fautif peut fonder l'engagement d'une procédure disciplinaire à l'encontre du salarié s'il a donné lieu, dans le même délai, à l'exercice de poursuites pénales.

La mise en mouvement de l'action publique pénale peut limitativement s'opérer soit à l'initiative du ministère public, par l'ouverture d'une information sur réquisitoire de celui-ci ([CE, 5](#)

[déc. 2011, n° 328.380, Collège libre de Jully, Tables p.1183](#)), soit à celle de la victime par voie de citation directe ou de plainte avec constitution de partie civile ([CE, 5 déc. 2011, n°328.380, Collège libre de Jully, Tables p.1183](#) ; [Cass. soc. 12 janv. 1999, n° 98-40.020, Bull. civ. V n° 8](#) ; [Cass. soc., 6 déc. 2000, n° 98-45.772, Bull. civ. V n° 411](#) ; [Cass. soc., 15 mai 2008, n° 07-41.362](#)). L'ouverture d'une enquête préliminaire n'interrompt pas le délai de prescription ([Cass. soc., 13 oct. 2016, n°15-14.006](#)). Il en est de même de la saisine du Procureur de la République d'une plainte ([CE, 19 déc. 2018, n°416.709, SEMMINN](#)).

#### 1.1.2.2. *En cas de refus d'une sanction disciplinaire modifiant le contrat de travail*

Il convient de se reporter au point 3.1.2 de la **FICHE 11a**.

#### 1.1.2.3. *La possibilité de régulariser la procédure interne*

La convocation au premier entretien préalable interrompant le délai de prescription de deux mois prévu à l'article [L. 1332-4](#) du code du travail, un nouveau délai commence à courir à compter de cette date, la première convocation n'ayant pas produit d'effet ([Cass. soc. 9 oct. 2001, n° 99-41.217, Bull. civ. V n°304](#)). Ainsi, si préalablement à la saisine de l'administration, la procédure interne est reprise par l'employeur dans ce délai de deux mois, la prescription des faits fautifs ne peut lui être opposée.

#### 1.1.3. Le point de départ du délai en cas de nécessité d'enquête interne

Lorsque l'employeur, en cas de doute sur la réalité des faits et l'implication du ou des salariés concernés, diligente une enquête interne, le point de départ du délai est la date à laquelle les conclusions de cette enquête sont rendues. Le temps pris pour procéder à une enquête, lorsqu'elle est nécessaire, interrompt donc la prescription ([CE, 5 mai 2010, n° 325.726, S<sup>te</sup> Mona Lisa Investissements](#) ; [Cass. soc., 7 déc. 2016, n°15-24.420](#)). Le délai de deux mois ne court alors qu'à compter du jour où l'employeur a une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés ([Cass. soc., 7 nov. 2006 n° 04-47.683, Bull. civ. V n° 325](#) ; [Cass. soc., 23 nov. 2010, n° 09-40.638](#) ; [CE, 5 mai 2010, n° 325.726, Sté Mona Lisa Investissements](#)).

#### 1.1.4. L'incidence de la maladie du salarié sur le délai

La maladie n'entraîne ni la suspension ni l'interruption du délai de deux mois ([Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-41.217, Bull. civ. V n°304](#) ; [Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.493](#)).

#### 1.1.5. L'incidence du rejet de la demande ou du refus de l'autorisation de licenciement par l'autorité administrative

##### 1.1.5.1. *La décision de rejet*

Il y a lieu de considérer que le délai de prescription des faits fautifs, résultant des dispositions de l'article [L. 1332-4](#) du code du travail, recommence à courir dès la date de notification au demandeur de la décision de rejet pour irrecevabilité. C'est donc dans ce délai légal de deux mois que doit être présentée la nouvelle demande d'autorisation.

##### 1.1.5.2. *La décision de refus*

Le refus de l'autorisation de licenciement par l'autorité administrative fondé sur un vice de procédure substantiel a pour effet d'interrompre le délai de prescription. Dès lors que la procédure initiale était viciée, l'employeur ne pouvait procéder au licenciement sans avoir engagé une nouvelle procédure, dans un nouveau délai de deux mois suivant la notification de la décision de l'inspecteur du travail ([Cass. soc., 29 sept. 2014, n° 12-28.679, Bull. civ. V n° 215](#) ; [CAA Bordeaux, 25 juin 2018, n°16BX00878](#)).



### 1.1.6. L'incidence du retrait de la demande d'autorisation par l'employeur

Le retrait de la demande d'autorisation de licenciement n'a pas pour effet d'interrompre le délai de prescription ([CAA Nancy , 27 mai 2017, n°16NC00151](#)). Dès lors, si la demande d'autorisation de licenciement est retirée, et à défaut d'engagement d'une nouvelle procédure dans le délai de deux mois suivant la convocation au premier entretien, la prescription des faits fautifs pourra être opposée à l'appui d'une décision de refus de licenciement.

### 1.2. L'épuisement du pouvoir disciplinaire

Un même fait ne peut donner lieu à deux sanctions, règle dite du « *non bis in idem* » ([Cass. soc., 25 mai 2004, n°02-44.272](#) ; [Cass. soc., 17 juin 2009, n°07-44.570, Bull. civ. V n°152](#)).

Constitue un avertissement le message électronique de l'employeur adressant divers reproches à un salarié et l'invitant de façon impérative à un changement radical, avec mise au point ultérieure le mois suivant ([Cass. soc., 26 mai 2010, n°08-42.893](#) ; [Cass. soc., 1er déc. 2010, n°09-41.693](#) ; [Cass. soc., 19 mai 2015, n°13-26.916, à paraître au Bulletin](#) ; [Cass. soc., 3 févr. 2017, n°15-11.433](#)). *A contrario*, un compte-rendu d'un entretien ne traduisant pas une volonté sanctionner ne s'analyse pas en une mesure disciplinaire ([Cass. soc., 12 nov. 2015, n°14-17.615, Bull. 2016, n° 839, Soc., n° 424](#)).

A épuisé son pouvoir disciplinaire l'employeur qui, bien qu'informé de l'ensemble des faits reprochés à un salarié, a choisi de notifier à ce dernier une sanction disciplinaire pour seulement certains d'entre eux ([Cass. soc., 22 juin 2011, n°09-73.007](#) ; [Cass. soc., 25 sept. 2013, n°12-12.976, Bull. civ. V n°203](#) ; [Cass. soc., 13 févr. 2019, n°17-21.793](#)).

### 1.3. Le respect des garanties conventionnelles ou statutaires

L'inspecteur du travail est tenu d'apprécier si les règles de procédure d'origine conventionnelle ou statutaire préalables à sa saisine ont bien été respectées ([CE, 21 mai 2008 n° 304.394, ministre de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement c./ M.Rahir, Rec. p. 183](#)) (**CF. FICHE 5**).

A l'instar de la solution retenue par la Cour de cassation pour l'appréciation de la cause réelle et sérieuse ([Cass. soc., 3 déc. 2002, n° 00-46.055, Bull. civ. V n°362](#)), il y a toutefois lieu de considérer que la seule circonstance que la convention collective subordonne le licenciement pour faute grave à l'avis conforme d'une commission ne fait pas obstacle à ce que l'employeur saisisse l'administration d'une demande d'autorisation sans avoir obtenu l'accord de cette commission, dès lors que la faute de nature à justifier le licenciement d'un salarié protégé n'est pas nécessairement une faute grave.

### 1.4. La matérialité et l'imputabilité des faits

#### 1.4.1. La matérialité et l'imputabilité

L'employeur doit établir la matérialité des faits reprochés ([CE, 21 déc. 1994, n°127.898, Sté lyonnaise de banque, Tables p. 1216](#)). Il doit donc alléguer des faits précis à l'appui de sa demande et ne saurait se contenter de griefs vagues et peu circonstanciés. Il lui appartient en outre de fournir des éléments justificatifs suffisamment précis et probants ([CE, 10 avr. 2002, n° 220.907, Bernadac c./ AISMT](#)), autres que ses seules allégations ([CE, 22 mars 2010, n° 324.398, Sté CTP Prêt à partir, Tables p.1004](#)).

Pour déterminer si les faits sont établis, l'inspecteur du travail peut procéder à toute mesure d'instruction qu'il juge utile, notamment : vérification personnelle sur les lieux, consultation de documents, audition de personnes, témoignages, consultation de procès-verbaux de réunions du CSE.

L'absence de contestation par le salarié des faits qui lui sont reprochés n'implique pas l'existence d'une faute, le salarié n'ayant en outre pas à prouver que ces faits sont imputables à d'autres ([Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-40.924](#)).

La production par l'employeur de témoignages émanant d'autres salariés, si elle peut être prise en compte, doit être appréciée au regard de leur caractère suffisamment circonstancié et en prenant en considération la situation de subordination juridique de ces derniers. L'existence d'un lien de subordination, si elle doit être prise en compte, ne saurait pour autant aboutir à écarter *a priori* ces témoignages.

La matérialité des faits reprochés au salarié ne peut être établie sur le seul fondement de témoignages anonymes ([Cass. soc., 4 juill. 2018, n° 17-18.241, Bull. civ. V à paraître au Bulletin](#)).

L'employeur doit démontrer que les faits sont personnellement imputables au salarié ([Cass. soc., 21 mars 2000, n° 98-40.130, Bull. civ. V n°113](#) ; [Cass. soc., 23 juin 2004, n° 01-43.606](#)). Il n'appartient pas au salarié mis en cause de prouver qu'il n'en est pas l'auteur ([CE, 3 oct. 2008, n° 308.046, ANRS](#)).

Cette exigence d'imputabilité personnelle des faits exclut toute notion de faute collective. Il en est ainsi, en particulier, pour les actes fautifs intervenus à l'occasion d'une grève : l'existence d'une faute d'une gravité suffisante doit être fondée sur le constat de la participation personnelle et active de l'intéressé, et non sur sa simple présence sur les lieux au moment de la commission des faits ([CE, 17 janv. 1986, n° 55.625, S<sup>té</sup> Brossette](#) ; [CE, 9 nov. 1994 n° 140.476, Arab](#)).

#### 1.4.2. La licéité des modes de preuve

Les modes de preuve utilisés doivent être justifiés par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché (*C. trav.*, art. [L. 1121-1](#)).

Par ailleurs, un dispositif de contrôle ne peut valablement être institué dans l'entreprise que s'il a été porté préalablement à la connaissance des salariés (*C. trav.*, art. [L. 1222-4](#)). A défaut, il s'apparente à un procédé déloyal qui ne saurait constituer un mode de preuve licite.

En outre, l'employeur doit informer et consulter le CSE, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise des moyens ou techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés (*C. trav.*, art. [L. 2312-38](#)).

La simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux de travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas un mode de preuve illicite ([Cass. soc., 26 avr. 2006, n° 04-43.582 Bull. civ. V n° 145](#)).

Un aveu extra-judiciaire obtenu suite à une exploitation illicite d'images de vidéosurveillance ne peut fonder un licenciement, ce qui implique que la matérialité des faits ne peut reposer sur la seule reconnaissance des faits par le salarié si elle fait suite aux éléments recueillis sur le fondement d'un moyen de preuve illicite ([Cass. soc., 20 sept. 2018, n°16-26.482](#)).

##### 1.4.2.1 Le contrôle de la licéité des traitements de données personnelles

A compter du 25 mai 2018, date de l'entrée en application du règlement général sur la protection des données (RGPD) ([règlement \(UE\) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016](#)), le régime déclaratif des traitements automatisés de données personnelles auprès de la CNIL est supprimé. Sous contrôle de la CNIL, l'employeur est désormais pleinement responsable de la protection des données qu'il traite et doit pouvoir en démontrer la mise en conformité à tout moment avec le RGPD.

Lorsque l'inspecteur du travail procède au contrôle de la licéité d'un moyen de preuve obtenu à partir du traitement de données personnelles, il doit  systématiquement  vérifier :

- l'information-consultation du CSE ;
- l'information individuelle de la personne auprès de laquelle sont recueillies des données à caractère personnel, portant notamment sur l'identité du responsable du traitement, les finalités poursuivies par le traitement auquel les données sont destinées, ses droits (opposition, accès, rectification, effacement...), ainsi que sur les destinataires ou catégories de destinataires des données ([RGPD, art. 13 et 14](#)) ;

- la proportionnalité au but recherché du moyen de surveillance qui ne doit pas porter une atteinte excessive à la vie personnelle du salarié ([Cass. soc., 27 mars 2019, n°17-31.715, à paraître au Bulletin](#)).

Si le moyen de preuve paraît disproportionné au but recherché ou si sa finalité ne semble pas en adéquation avec les faits mentionnés à l'appui de la demande d'autorisation de licenciement, l'inspecteur du travail doit vérifier si les obligations issues du RGPD ont été respectées en ce que :

- le dispositif utilisé et sa finalité ont été inscrits au registre des activités de traitement (RGPD, art. 30) ;
- le cas échéant, l'employeur a désigné le délégué à la protection des données (RGPD, art. 37).

#### 1.4.2.2. Les dispositifs affectés par le RGPD

##### 1.4.2.2.1. L'enregistrement d'images ou de paroles

Tout enregistrement quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à l'insu des salariés, constitue un mode de preuve illicite ([Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120, Bull. civ. V n° 519](#)).

La mise en place d'un système de vidéosurveillance des salariés doit être proportionnée au but recherché : le contrôle doit être justifié par un intérêt légitime (productivité, sécurité, image de l'entreprise, etc.) et ne pas être excessif. Tel n'est pas le cas lorsqu'il apparaît que les salariés sont sous la surveillance constante de caméras alors qu'aucun élément ne vient étayer les préoccupations de sécurité alléguées ([CE, 18 nov. 2015, n° 371.196, Sté PS Consulting](#) ; [Délib. CNIL, 16 avr. 2009, n° 2009-201](#) ; [fiche pratique CNIL du 23 juillet 2018 sur la vidéosurveillance sur les lieux de travail](#)).

La validité des preuves recueillies par un système de vidéo surveillance n'est subordonnée ni à l'information et la consultation du CSE, ni à l'information des salariés, s'agissant de locaux tels que des entrepôts ou autres locaux de rangement dans lesquels les salariés ne travaillent pas ([Cass. soc., 31 janv. 2001, n° 98-44.290, Bull. civ. V n°28](#)) ou que le personnel n'y avait pas accès ([Cass. soc., 19 avr. 2005, n° 02-46.295, Bull. civ. V n°141](#)). En revanche, l'employeur ne peut pas être autorisé à utiliser comme mode de preuve les enregistrements d'un système de vidéosurveillance installé sur le site d'une société cliente permettant le contrôle de leur activité et dont les intéressés n'ont pas été préalablement informés de l'existence ([Cass. soc., 10 janv. 2012, n° 10-23.482, Bull. civ. V n°2](#)).

L'utilisation de l'enregistrement ne présente pas un caractère illicite, si le salarié ne peut ignorer que son image pouvait faire l'objet d'une captation au moyen d'un dispositif de surveillance, qui n'était ni clandestin ni déloyal ([Cass. soc., 7 nov. 2018, n°16-26.126](#)).

##### 1.4.2.2.2. Les outils informatiques

- *Les connexions internet*

Sont présumées avoir un caractère professionnel les connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail grâce à cet outil informatique, de sorte que l'employeur peut les rechercher pour les identifier hors de sa présence ([Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 06-45.800, Bull. civ. V n° 150](#) ; [Cass. soc., 9 févr. 2010, n° 08-45.253](#)).

- *Les messageries et correspondances électroniques*

Le respect de l'intimité de sa vie privée auquel le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, implique en particulier le secret des correspondances et l'employeur ne peut dès lors, sans violation de cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail ([Cass.](#)

[soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, Bull. civ. V n° 291](#)). Ainsi, les messages personnels expressément identifiés comme tels dans leur objet ne peuvent constituer un moyen de preuve ([Cass. soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866](#)).

L'interdiction faite à l'employeur de prendre connaissance des messages électroniques d'un salarié s'applique également même s'il avait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ([Cass. soc., 12 oct. 2004, n° 02-40.392, Bull. civ. V n° 245](#)). Il peut néanmoins demander au juge de désigner un huissier aux fins d'accéder au contenu de l'ordinateur mis à la disposition du salarié, y compris à ses courriels personnels dès lors que la mesure qu'il ordonne procède d'un motif légitime ([Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. civ. V n°84](#) ; [Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229, Bull. civ. V n°129](#)). L'investigation doit se faire en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé.

Si l'employeur peut consulter les fichiers ou messages non identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée ([Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 10-17.284](#) ; [Cass. soc., 18 oct. 2011, n° 10-25.706](#)).

Toutefois, l'employeur n'a pas accès aux courriels échangés sur une adresse de messagerie personnelle, distincte de la messagerie professionnelle, même si le salarié se sert de son ordinateur professionnel pour envoyer et recevoir des messages sur cette adresse ([Cass. soc., 26 janv. 2016, n° 14-15.360, à paraître au Bulletin](#)).

Une messagerie instantanée sur Internet est une forme de communication faisant partie de l'exercice d'une vie privée sociale et la notion de correspondance s'applique à l'envoi et à la réception de messages, même depuis l'ordinateur de l'employeur ([CEDH, 5 sept. 2017, n° 61496/08](#)).

#### *1.4.2.2.3. Le contrôle des communications téléphoniques*

La production par l'employeur des relevés de facturation téléphonique constitue un mode de preuve licite ([Cass. soc., 11 mars 1998, n° 96-40.147](#) ; [Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937, Bull. civ. V n°168](#)).

Les écoutes et enregistrements ne peuvent être réalisés qu'en cas de nécessité reconnue et doivent être proportionnés aux objectifs poursuivis (*C. trav., art. L. 1121-1*). En outre, les salariés doivent, dans cette hypothèse, avoir été dûment avertis que leurs conversations peuvent être écoutées ([Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090, Bull. civ. V n° 101](#)).

#### *1.4.2.2.4. La géolocalisation*

L'utilisation de la géolocalisation à des fins de contrôle est strictement encadrée ([Délib. CNIL n° 2006-066 du 16 mars 2006](#)).

L'utilisation par un employeur d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace que la géolocalisation (*CE, 15 déc. 2017, n° 403.776, Sté Oleodis, Rec. p.375* ; [Cass. soc., 19 dec. 2018, n°17-14.631, à paraître au Bulletin](#)) et n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail ([Cass. soc., 18 janv. 2018, n°16-20.618](#)).

#### *1.4.2.2.5. Le contrôle des accès et des horaires*

La CNIL a émis deux délibérations relatives aux conditions d'utilisation des dispositifs biométriques aux fins de contrôle d'accès aux locaux de l'entreprise qui déterminent les conditions de recours ([Délib. CNIL n° 2016-186, 30 juin 2016](#) ; [Délib. CNIL n° 2016-187, 30 juin 2016](#)), elle a

toutefois précisé que biométrie ne peut pas être utilisée pour contrôler les horaires des salariés ([Délib. CNIL SAN-2018-009, 6 sept. 2018](#)).

#### 1.4.2.3. Les dispositifs non affectés par le RGPD

##### 1.4.2.3.1. L'accès aux documents et SMS du salarié

Les documents détenus par le salarié dans le bureau mis à disposition par l'entreprise sont présumés avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès en dehors de sa présence, sauf lorsque le salarié a identifié ces documents comme étant personnels ([Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-12.330](#)). Il en est ainsi pour les dossiers et fichiers créés par le salarié grâce à l'outil informatique mis à disposition par l'employeur pour l'exécution de son travail ([Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-48.025, civ. V n° 308](#)).

L'ouverture des fichiers personnels identifiés comme tels sur le disque dur de l'ordinateur ne peut, par contre, sauf risque ou événement particulier, être effectuée qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé ([Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, Bull. civ. V n°165](#)), sans préjudice des mesures d'instruction qui peuvent être ordonnées par le juge en application de l'article 145 du code de procédure civile ([Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229, Bull. civ. V n°129](#)).

La dénomination « D:/données personnelles » du disque dur de l'ordinateur du salarié est insuffisante à lui conférer un caractère privé ([CEDH, 22 février 2018, n° 588/13, Libert c/ France](#)).

Par ailleurs, constitue un moyen de preuve licite l'utilisation par le destinataire de SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ([Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, Bull. civ. V n°85](#)). L'employeur est propriétaire du téléphone portable professionnel mis à la disposition du salarié et peut consulter tous les messages écrits et vocaux qui ne sont pas expressément identifiés comme étant personnels ([Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-14.779, Bull. 2015, IV n°20](#) ; [Cass. soc., 6 févr. 2013, n° 11-23.738, Bull. civ. V n°31](#)).

##### 1.4.2.3.2. La filature

Une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur ([Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401, Bull. civ. V n°352](#)).

##### 1.4.2.3.3. L'ouverture des sacs ou armoires individuels

L'employeur ne peut ouvrir les sacs des salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord, à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin et dans des conditions qui préservent leur intimité à l'égard des tiers ([Cass. soc., 11 févr. 2009, n° 07-42.068, Bull. civ. V n° 40](#)), sauf circonstances exceptionnelles ([Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 98-45.818, Bull. civ. V n° 115](#)).

L'ouverture de l'armoire individuelle d'un salarié par l'employeur n'est possible que dans les cas et aux conditions prévues par le règlement intérieur et en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu ([Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-43.030, Bull. civ. V n°377](#)). En outre, le salarié doit être informé de son droit de refuser le contrôle ou d'exiger la présence d'un témoin, l'affichage de ce règlement intérieur ne pouvant suppléer un défaut d'information ([Cass. soc., 8 mars 2005, n° 02-47.123](#)).

##### 1.4.2.3.4. Les réseaux sociaux

L'employeur ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée, accéder à des informations extraites du compte Facebook de celle-ci, obtenues à partir

du téléphone portable d'un autre salarié, informations réservées aux personnes autorisées ([Cass. soc., 20 déc. 2017, n° 16-19.609](#)).

Le licenciement pour faute grave d'une salariée ayant dénigré son employeur sur son compte Facebook revêt un caractère injustifié dès lors que les propos litigieux tenus dans un groupe fermé, accessible uniquement à des personnes agréées et en nombre restreint (14 en l'occurrence) relèvent d'une conversation privée ([Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-11.690, à paraître au Bulletin](#)).

#### 1.4.2.3.5. Le contrôle de l'alcoolémie

Le recours à l'alcootest doit être justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché (*C. trav.*, art. [L. 1121-1](#) et [L. 1321-1](#)).

Le contrôle de l'alcoolémie doit être prévu par le règlement intérieur ou une note de service spécifique qui en précise les conditions d'utilisation, notamment les postes à risques concernés par le dépistage, et la possibilité d'assistance et de contre-expertise pour le salarié contrôlé ([CE, 12 nov. 1990, n°96.721, Compagnie de signaux et d'Entreprises Electriques, Tables p.1010](#) ; [Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878, Bull. civ. V n° 176](#) ; [Cass. soc., 24 févr. 2004, n° 01-47.000, Bull. civ. V n° 60 ; circulaire DGT n°2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur](#)). Dès lors que les conditions susmentionnées sont remplies, l'employeur peut, en outre, se fonder sur ce contrôle pour engager une procédure disciplinaire ([Cass. soc., 22 mai 2002](#) ; [Cass. soc., 24 févr. 2004, précités](#)).

Est toutefois illicite une clause du règlement intérieur imposant au salarié de prouver qu'il n'est pas en état d'ébriété, même en cas de refus de sa part d'effectuer le test ([CE, 8 juill. 1988, n° 71484, Comptoir Lyon Alemand Louyot, Tables p.59](#)).

L'employeur doit impérativement respecter les formalités permettant l'entrée en vigueur du règlement intérieur, à défaut, les dispositions de celui-ci ne sont pas opposables au salarié ([Cass. soc., 4 nov. 2015, n° 14-18.574 et n° 14-18.573](#)).

#### 1.4.2.3.6. Le contrôle de la consommation de drogues

Les contrôles aléatoires de consommation de substances stupéfiantes sont admis dès lors que le règlement intérieur les réserve aux seuls postes pour lesquels l'emprise de la drogue constitue un danger particulièrement élevé pour le salarié ou pour les tiers. Un test salivaire ne peut être pratiqué que si le règlement intérieur prévoit une contre-expertise possible, laquelle doit être à la charge de l'employeur ([CE, 5 déc. 2016, n° 394.178, Sté Sogea Sud, Rec. p. 59](#) ; [avis n°114 du Conseil consultatif national d'éthique, 5 mai 2011](#)).

#### 1.4.2.4. Les pièces communiquées à l'inspecteur du travail et couvertes par le secret de l'enquête et de l'instruction pénale

L'inspecteur du travail ne peut légalement se fonder sur des pièces produites en violation du secret de l'enquête et de l'instruction. En effet, ce secret lie toute personne qui y concourt (*C. proc. pén.*, [art. 11](#)) et les parties, qui seules peuvent se faire délivrer tout ou partie des pièces et actes du dossier, ne peuvent pas les communiquer à des tiers, à l'exception de copies de rapports d'expertise pour les besoins de la défense (*C. proc. pén.*, [art. 114](#)).

Si des pièces couvertes par ce secret peuvent contenir des éléments déterminants pour apprécier la matérialité des faits reprochés au salarié, l'autorité administrative doit s'assurer auprès de la partie qui les produit qu'elle a obtenu des autorités judiciaires l'autorisation de les communiquer à des tiers.

En revanche, le droit de communication des pièces à des tiers est légalement possible dès la clôture de l'instruction ([Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 janv. 2010, n° 08-14.378, Bull. civ. n° 3](#)).

#### 1.4.3. Le doute raisonnable



Si un doute subsiste, il profite au salarié. Ce principe, qui résulte tant des dispositions sur le droit disciplinaire (*C. trav., art. [L. 1333-1](#)*) que de celles relatives au licenciement (*C. trav., art. [L. 1235-1](#)*), s'applique lorsque l'existence d'un doute concerne la réalité ou l'imputabilité des faits (*[CE 22 mars 2010, n°324.398, Société CTP prêt à partir, Tables p.933](#)* ; *[CE, 26 déc. 2012, n° 355.059, Sté Boldis](#)*).

Ce doute ne saurait être levé en mettant *de facto* à la charge du salarié de rapporter la preuve qu'il n'est pas l'auteur des faits en cause, en relevant par exemple, qu'il n'apparaît pas que la non-imputabilité d'un fait litigieux n'est pas établie et, d'autre part, que l'argument selon lequel d'autres personnes auraient pu être les auteurs avait un caractère peu probable (*[CE, 3 oct. 2008, n° 308.046, ANRS](#)*).

La simple dénégation des faits par le salarié ne suffit cependant pas à elle seule pour en retenir l'existence d'un doute. L'autorité administrative ne saurait donc se fonder, et motiver sa décision, sur ce seul élément (**CF. FICHE 18**).

#### 1.4.4. L'autorité de la chose jugée

Une instance parallèle à la demande d'autorisation de licenciement et pendante devant une juridiction n'empêche pas l'inspecteur du travail de statuer au fond en se prononçant sur la matérialité des faits puis en les qualifiant s'ils sont établis. Il ne peut donc pas être sursis à statuer sur cette demande dans l'attente de la décision au fond de la juridiction pénale. En effet, la procédure disciplinaire est indépendante de la procédure pénale, de sorte que l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire ne méconnaît pas le principe de la présomption d'innocence lorsque l'employeur prononce une sanction pour des faits identiques à ceux visés par la procédure pénale (*[Cass soc., 13 décembre 2017, n°16-17.193, à paraître au Bulletin](#)*).

Seules les décisions **définitives** des juridictions de jugement au pénal, ayant statué sans équivoque sur le fond de l'action publique pour les faits ayant motivé la demande d'autorisation et acquis force de chose jugée, sont de nature à lier l'appréciation, **quant à la seule matérialité des faits**, de l'autorité administrative.

Il en est ainsi :

- en cas de jugement de condamnation (*[CE, 18 févr. 1987, n° 76.577, SA Champignonnières de Chantilly-Gouvieux](#)* ; *[CE, 29 déc. 1993, n° 112.351, Pilorget](#)* ; *[CE, 27 juin 2001, n°202.701, SARL des câbleries Lapp, Tables p.1215](#)* ; *[CE, 22 févr. 2007, n° 282.724, Sanz](#)*), l'autorité administrative devant toutefois apprécier la gravité des faits au regard des règles applicables au contrat de travail et des exigences propres à l'exécution du mandat (*[CE, 27 juin 2001, n°202.701, SARL des câbleries Lapp, Tables p.1215](#)* ; **cf. infra : paragraphe 3**) ;
- en cas de jugement de relaxe, par lequel le juge pénal considère avec certitude que les faits reprochés n'ont pas été commis (*[CE, 11 mars 1987, n° 53.984, ONI, Rec. p. 90](#)* ; *[Cass. soc., 12 oct. 2016, n°15-19620](#)* ; *[Cass. soc., 6 mars 2019, n°17-24.701](#)*). En revanche, la même autorité ne saurait s'attacher aux motifs d'un jugement de relaxe tiré de ce qu'un doute subsiste sur la réalité des faits (*[CE, 16 oct. 1992, n° 105.773, Hubeaux](#)* ; *[CAA Marseille, 29 sept. 2017, n° 16MA01999, SAS BFSA-Balitrond](#)*). Dans ce cas, il appartient à l'administration d'apprécier la matérialité des faits.

Dès lors, sont dépourvus de l'autorité de la chose jugée, notamment :

- le classement sans suite de la plainte par le procureur de la République (*[Cass. soc., 20 nov. 2001, n° 99-45.756](#)*) ;
- le rappel à la loi par celui-ci (*[Cass. soc., 21 mai 2008, n° 06-44.948, Bull. civ V n°107](#)*) ;
- l'ordonnance de non-lieu (*[CE, 7 mai 1997, n°159.430, Nicolai](#)* ; *[Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-42.016](#)*).

Toutefois, même dépourvues de l'autorité de la chose jugée et sans lier l'autorité administrative sur l'examen de la matérialité des faits, les décisions non définitives des juridictions



pénales peuvent constituer pour elle des éléments d'appréciation ([CE, 17 avril 1992, n° 89.834, Sanyo France Tables p. 1348](#)).

A la suite d'un jugement pénal considérant les faits établis, et alors que l'inspecteur du travail a refusé la première demande d'autorisation de licenciement considérant qu'ils étaient matériellement non établis ou insuffisamment graves, l'employeur peut présenter une seconde demande d'autorisation de licenciement fondée sur les mêmes faits, le prononcé de la condamnation, devenue définitive, constituant un élément nouveau ([CE, 17 mars 1989, n° 82.161, Ministère des Affaires sociales c/ mme X, Tables p.964](#)).

### **1.5. Le caractère fautif**

Un fait fautif ne peut s'entendre que d'un fait du salarié contraire à ses obligations à l'égard de l'employeur ([Cass. soc., 4 juill. 2000, n° 97-44.846 et 98-44.959, Bull. civ V n° 263](#) ; [CE, 15 déc. 2010, n°316.856, Renault c./ Sté Onyx Est, Rec. p. 508](#) ; [Cass. soc., 27 juin 2012, n° 11-10.242](#)).

Ainsi, ne relèvent pas du motif disciplinaire :

- des faits caractérisant une insuffisance professionnelle (**CF. FICHE 8**) ;
- des faits survenus à l'occasion de l'exercice d'un mandat représentatif et non rattachables à l'exécution du contrat de travail ;
- un comportement extra professionnel incompatible avec les fonctions exercées par le salarié ou occasionnant un trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise ;

Toutefois, si les faits commis dans le cadre de l'exercice du mandat ou relevant de la vie privée du salarié sont rattachable à la vie de l'entreprise ou à l'activité professionnelle, en ce qu'ils caractérisent un manquement du salarié à ses obligations contractuelles ou un abus dans l'exercice de ses mandats, ils peuvent être invoqués à l'appui d'une procédure disciplinaire (**cf. 2.1**).

En outre, par exception au principe selon lequel des faits survenus à l'occasion de l'exercice d'un mandat représentatif ne relève pas du motif disciplinaire, les actes fautifs commis au cours d'une grève licite relèvent néanmoins de ce motif et leurs auteurs peuvent être licenciés en cas de faute lourde (*C. trav., art. [L. 2511-1](#)* ; [Cass. soc., 4 nov. 1992, n° 90-41.899, Bull. civ V n°529](#) ; [CE, 22 févr. 2007, n°282.724, Sanz](#)).

Ne relèvent pas d'un motif disciplinaire les actes et comportements du salarié liés au respect de ses droits, et notamment :

- le refus de restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché (*C. trav., art. [L. 1121-1](#)*) ;
- le refus d'exécuter une tâche n'entrant pas dans les attributions et/ou ne correspondant pas à la qualification ;
- le refus d'obéir à un ordre illégal ;
- le fait d'avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (*C. trav., art. [L.1132-3-3](#)*) ;
- le fait d'avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, d'agissements de harcèlement sexuel (*C. trav., art. [L.1153-3](#)*) ou de harcèlement moral (*C. trav., art. [L.1152-2](#)*) ou de discrimination (*a contrario* si le salarié est de mauvaise foi : [Cass. soc. 7 févr. 2018, n°16-19.594](#)) ;
- le fait pour des salariés des établissements sociaux et médico-sociaux d'avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, des mauvais traitements ou des privations infligés aux personnes accueillies dans l'établissement (*C. action sociale et familles, art. [L. 313-24](#)*) ;

- les opinions émises dans le cadre du droit à la liberté d'expression (*C. trav.*, art. [L.1235-3-1](#) ; *Cass. soc.*, 3 juill. 2012, n° 11-10.793, *Bull. civ. V n°202* ; *Cass. soc.*, 6 mai 2015, n° 14-10.781) ;
- l'exercice du droit de retrait en cas de situation de danger grave et imminent (*C. trav.*, art. [L. 4131-1](#) et s.) ;
- l'exercice du droit de grève (*C. trav.*, art. [L. 1132-2](#)).

De même, aucune sanction ne peut être fondée sur l'une des discriminations prohibées par l'article [L. 1132-1](#) du code du travail.

Concernant les faits commis en dehors de l'exécution du contrat de travail, il convient de se référer au **paragraphe 2 infra**.

## **1.6. La gravité suffisante des faits fautifs établis**

### 1.6.1. La notion de faute d'une gravité suffisante

L'autorité administrative doit rechercher si les faits reprochés au salarié, et dont la matérialité doit être établie, constituent une faute d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement, compte tenu (*CE, Ass. 5 mai 1976, n° 98.647 et 98.820, Safer d'Auvergne, Rec. p.232*) :

- d'une part, de l'ensemble des règles applicables à son contrat de travail ;
- mais également, d'autre part, des exigences propres à l'exécution du mandat dont il est investi.

De ce fait, la notion de faute d'une gravité suffisante, que doit retenir l'autorité administrative en matière de licenciement pour motif disciplinaire des salariés protégés, en application de la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat, se distingue nécessairement de la grille d'analyse utilisée par le juge judiciaire pour le contentieux de droit commun du licenciement. Elle n'implique donc pas l'existence d'une faute grave ; à l'opposé, elle ne saurait être purement et simplement assimilée à la cause réelle et sérieuse. De ce fait, une décision fondée sur l'existence d'une faute grave ou d'une cause réelle et sérieuse sera nécessairement illégale (**CF. FICHE 18**).

Le Conseil d'Etat a jugé qu'en cas de refus de sanction disciplinaire emportant modification du contrat de travail, si les faits fautifs invoqués sont établis, il appartient à l'inspecteur de s'assurer qu'ils présentent un caractère de faute suffisante à la lumière du refus opposé à la dite sanction (*CE, 3 juill. 2013, n°348.099, Association des Paralysés de France, Tables p.866* ; **CF. FICHE 11a**).

#### *1.6.1.1. La poursuite ou la répétition de faits fautifs*

Une nouvelle sanction est possible si le même fait fautif se reproduit ou se poursuit. Ainsi, en l'état d'un nouveau grief, l'employeur peut tenir compte de faits déjà sanctionnés par un avertissement pour apprécier si l'ensemble des faits reprochés au salarié constitue une faute d'une gravité suffisante (*CE, 17 févr. 1992, n°74.566, M. X c/Fédération des œuvres laïques du territoire Belfort* ; *Cass. soc.*, 4 nov. 1988, n° 85-45.112, *Bull. civ. V n° 565* ; *Cass. soc.*, 30 sept. 2004, n° 02-44.030, *Bull. civ. V n° 243* ; *Cass. soc.*, 9 nov. 2010, n° 08-42.582).

#### *1.6.1.2. La pluralité de fautes*

En cas de pluralité de fautes établies à l'encontre du salarié, l'autorité administrative doit apprécier la gravité de ces fautes prises ensemble, sauf si une faute, voire plusieurs, présente à elle seule un degré de gravité suffisant pour justifier le licenciement. Une décision autorisant le licenciement peut alors se fonder sur ce seul grief (*Cass. soc.*, 13 juill. 2016, 15-12.430 ; **CF. FICHE 18**).

### 1.6.2. Les facteurs d'appréciation de la gravité de la faute

Cette appréciation est basée sur la prise en compte de divers critères issus de la jurisprudence administrative.

#### 1.6.2.1. Les exigences du service

Elles résultent notamment du niveau de qualité requis pour la prestation de travail. Certaines prestations nécessitent, par nature, un niveau de qualité élevé qui restreint le droit à l'erreur (cf. en ce sens : [CE, 6 mars 1987, n° 70.132, Aguerre](#) ; [CE, 27 juin 2013, n° 354.788, Association Les Papillons Blancs](#)).

#### 1.6.2.2. Le comportement de l'employeur

L'attitude de l'employeur, et notamment son comportement lors des faits ou le non-respect de ses obligations, de même que les carences de l'organisation du travail, doit être prise en compte (dans ce sens : [CE, 15 juin 1987, n° 75.505, Sté Impression et publicité](#) ; [CAA Lyon, 3 juill. 2001, n° 01LY00593, Sté Cariane Auvergne](#) ; [Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 05-45.360](#) ; [Cass. soc., 24 janv. 2008, n° 06-42.990](#)).

L'existence de tolérances et usages, dès qu'elle a pu être matériellement établie, constitue un autre facteur d'appréciation ([CE, 28 févr. 2007, n°289.390, Sté Naïve-Auvidis](#) ; [Cass. soc., 18 oct. 1994, n° 93-40.562](#) ; [Cass. soc., 22 févr. 1995, n° 93-43.331](#) ; [Cass. soc., 22 nov. 2000, n° 98-45.061](#) ; [Cass. soc., 20 juin 2012, n°11-19.914](#) ; [Cass. soc., 16 juin 2015, n°13-26.913](#)).

#### 1.6.2.3. Le contexte de l'entreprise

Un climat social tendu ([CE, 13 nov. 1987, n°68.104, Fonderies et aciéries électriques de Feurs, Rec. p. 369](#) ; [CE, 22 oct. 2008, n°304.145, Friquet](#)) ou l'existence de menaces sur l'emploi constituent des facteurs d'atténuation de la gravité des faits.

Il en va de même lorsque les rapports habituels ont un caractère familial ([Cass. soc., 12 févr. 1987, n° 85-44.152 et 85-44.748](#) ; [Cass. soc., 16 févr. 1987, n° 84-41.065, Bull. civ.V n°79](#) ; [Cass. soc., 11 mai 1988, n° 85-43.804](#)).

#### 1.6.2.4. La situation particulière du salarié

Des éléments tels que la position hiérarchique du salarié ([CE, 11 déc. 1991, n° 101.920, Moussu, Tables p.1229](#)), de même que l'existence d'une volonté de nuire ou la recherche d'un avantage financier sont de nature à aggraver le caractère fautif des faits. A l'inverse, d'autres circonstances, comme le caractère involontaire de la faute, une volonté affichée de faire amende honorable après avoir été informé de ses droits et obligations ou après avoir retrouvé son calme, l'ignorance plausible d'une règle obligatoire, voire une situation familiale difficile, peuvent l'atténuer. Une ancienneté importante peut également être prise en compte.

Le Conseil d'État a jugé que l'autorisation de licenciement pour motif disciplinaire ne saurait être légalement accordée si les faits reprochés sont la conséquence d'un état pathologique ou d'un handicap du salarié ([CE, 3 juill. 2013, n° 349.496, Sté Journal du Centre, Tables p. 865](#)).

#### 1.6.2.5. Les antécédents disciplinaires

L'effet aggravant de l'existence d'antécédents disciplinaires ([CE, 27 juin 1990, n°98.011, Sté Castorama](#)) ou professionnels ([CE, 15 juin 1988, n°78.270, Gousset](#)) ou au contraire l'effet atténuant de leur absence ([CE, 13 avr. 1988, n°69.763, Dailedouze](#) ; [CE, 22 janv. 1996, n°119.127, M<sup>me</sup> Guilbert](#) ; [CE, 20 mai 2005, n°264.553, Association Pyrene Plus](#) ; [CE, 20 mars 2017, n°391.226, mentionné aux Tables](#)) est de nature à influencer sur l'appréciation des faits. L'employeur est fondé à évoquer des sanctions disciplinaires antérieures, peu important que celles-ci aient sanctionné des faits de nature différente ([Cass. soc., 3 avr. 2019, n° 16-29.102](#)).

La prise en compte de ces sanctions doit être relativisée lorsqu'il apparaît qu'elles ont fait l'objet d'une contestation sérieuse relative à leur bien-fondé, que celle-ci ait été ou non soumise à la juridiction prud'homale.

Par ailleurs, l'article [L. 1332-5](#) du code du travail dispose qu'aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction.

Un fait isolé sans antécédent disciplinaire peut justifier le licenciement pour motif disciplinaire ([Cass. soc. 24 janv. 2018, n°16-14.386](#)).

#### 1.6.2.6. *L'existence ou l'absence d'un préjudice plus ou moins important pour l'entreprise*

Un préjudice financier important, tel que celui résultant par exemple d'une perte financière conséquente ou de la perte d'un client important peut être retenu comme facteur aggravant (*en ce sens* : [CAA Bordeaux, 30 mars 2000, n°96BX02325, Etablissements Jean Valette](#)). La gravité peut être atténuée lorsque le préjudice subi s'avère limité ([CE, 11 févr. 1998, n°170.969, S<sup>té</sup> Monoprix, Rec. p. 1203](#) ; [CE, 30 déc. 2003 n°230.307, Sté France Printemps](#) ; [Cass. soc., 12 oct. 2011, n°10-16.649, Bull.civ. V n°231](#)).

#### 1.6.2.7. *L'existence de clauses d'un règlement intérieur ou conventionnelles*

Les prescriptions du règlement intérieur, et notamment les interdictions formulées par celui-ci, constituent un élément d'appréciation, qui ne lie cependant pas l'autorité administrative dans son appréciation de la gravité des faits ([CE, 9 juill. 1993, n°134.565, Berard, Tables p.1068](#) ; [CE, 29 nov. 1993, n°110.729, Sté SGEC Armatures, Tables p.1067](#)).

En revanche, il y a lieu de tenir compte des dispositions du règlement intérieur et de la convention collective prévoyant une gradation précise des sanctions et restreignant les conditions dans lesquelles un licenciement peut être prononcé (*cf. dans ce sens* : [Cass. soc., 13 oct. 1993, n°92-40.474, Bull. civ. V n°231](#) ; [Cass. soc., 17 déc. 1997, n°94-43.237, Bull. civ.V n° 453](#) ; [Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-23.090, à paraître au Bulletin ; convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, art. 33](#)).

En tout état de cause, l'exercice d'un mandat ne saurait avoir pour objet de protéger des comportements personnels inacceptables.

## 2) LE CONTROLE A OPERER SUR LES FAITS NE RELEVANT PAS DU MOTIF DISCIPLINAIRE

### 2.1. La distinction entre les faits caractérisant une faute ou un trouble objectif

Des faits commis par le salarié dans le cadre de sa vie privée ou à l'occasion de l'exercice de son mandat ne peuvent pas, en principe, justifier un licenciement pour motif disciplinaire puisque pendant ces périodes, le salarié n'est pas sous la subordination de son employeur. Il n'en va autrement que si ces faits se rattachent à la vie professionnelle du salarié et caractérisent un manquement à ses obligations contractuelles.

Si l'employeur situe sa demande d'autorisation sur le terrain disciplinaire, l'administration, qui n'a pas le pouvoir de requalifier la demande, est tenue de se prononcer exclusivement sur ce terrain (**CF. FICHE 2**) et de refuser l'autorisation en raison de l'absence de fait fautif proprement dit susceptible d'être retenu à l'encontre du salarié. Il appartient alors à l'inspecteur du travail d'informer sans délai l'employeur de son erreur de qualification juridique dans sa demande d'autorisation et de l'impossibilité pour l'administration de procéder à une modification de celle-ci, et de l'inviter à présenter, après le refus opposé à la première demande, une nouvelle demande d'autorisation comportant la qualification juridique adéquate.

### 2.1.1. Les faits relevant de la vie personnelle

Des circonstances extérieures à la vie professionnelle et tenant à la vie privée du salarié ne peuvent être prises en compte que si elles affectent la relation salariale.

En application du droit au respect de la vie privée (*C. civ., art. 9*), il ne peut en effet être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière (*Cass. soc., ch. mixte, 18 mai 2007, n°05-40.803, Bull. civ. V n°3* ; *Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150, Bull. civ. V n° 69* ; *Cass. soc., 18 oct. 2017, n° 16-15.030*).

Lorsqu'il estime que les faits doivent être regardés comme relevant de la vie personnelle, le juge écarte l'existence d'une faute (*CE, 15 déc. 2010, n° 316.856, Renault c./ Sté Onyx Est, Rec. p. 508* ; *CE, 5 déc. 2011, n° 337.359, s<sup>té</sup> A.O.N. conseil et courtage, Tables p.1182* ; *Cass. soc., 19 sept. 2007, n° 05-45.294* ; *Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 05-43.745* ; *Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.837* ; *Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, Bull. civ. V n°105* ; *Cass. soc., 18 oct. 2017, n°16-15.030*).

Toutefois, un manquement à l'obligation contractuelle de loyauté, constitué par un acte relevant de la vie personnelle du salarié peut constituer une faute (*CE, 11 mai 1987, n°77.747, Chulevitch* ; *Cass. soc., 25 févr. 2003, n° 00-42.031, Bull. civ V n°66* ; *Cass. soc., 21 nov. 2007, n° 06-44.229* ; *Cass. soc., 23 nov. 2010, n° 09-67.249* ; *Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-18.354*).

Par ailleurs, le seul fait que l'acte ait été commis hors temps et lieu de travail n'exclut pas automatiquement la notion de fait fautif, dès lors qu'il n'est pas étranger à la relation de travail. Il en est ainsi :

- pour la production par un directeur de clientèle d'un faux document comportant les mentions légales de la société dans le cadre d'un litige d'ordre privé (*CE, 5 déc. 2011, n° 337.359, Sté A.O.N. Conseil et courtage, Tables p.1182*) ;

- de l'utilisation des outils informatiques mis à disposition par l'employeur pour s'introduire dans la messagerie professionnelle d'un autre salarié sans son accord et y détourner des correspondances à caractère personnel, ce comportement constituant un manquement à l'obligation de loyauté (*CE, 4 juill. 2018, n°408.644, Mission locale de la Haute Garonne*) ;

- d'une correspondance entre deux salariés au temps et au lieu de travail, et portant sur un incident relatif à l'exécution par l'un d'eux de ses obligations professionnelles malgré les relations personnelles existant entre eux, qui ne revêt pas un caractère privé (*Cass. soc., 2 févr. 2011, n° 09-72.450*) ;

- de propos à caractère sexuel et d'attitudes déplacées du salarié à l'égard de personnes avec lesquelles l'intéressé était en contact en raison de son travail (*Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672, Bull. civ V n°236*) ;

- de faits de harcèlement sexuel tenant à l'abus par un salarié de son pouvoir hiérarchique dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles, même si les agissements ont lieu en dehors du temps et du lieu de travail (*Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-12.930, Bull. civ. V n°9*) ;

- de la consommation de drogues dures pendant des escales entre deux vols, le salarié se trouvant sous l'influence de produits stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions (*Cass. soc., 27 mars 2012, n°10-19.915, Bull. civ V n° 106*) ;

- de faits de menaces, insultes et comportements agressifs à l'égard de collègues ou supérieurs hiérarchiques commis à l'occasion d'un séjour organisé par l'employeur dans le but de récompenser les salariés lauréats d'un « challenge » national interne à l'entreprise (*Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-16.793, Bull. 2014, civ. V n°227*) ;

- de l'envoi par un salarié, pendant la suspension de son contrat de travail, de messages sur le téléphone professionnel de l'un de ses collègues se rapportant à un différend de nature non (*Cass. soc., 28 sept. 2016, n° 15-17.542*) ;

- de menaces sur le téléphone personnel d'une collaboratrice tendant à la détruire de façon professionnellement et de faire circuler des bruits sur elle, (*Cass. soc., 10 nov. 2016, n°15-19.736*).

### 2.1.2. Les faits commis dans l'exercice des fonctions représentatives

La décision Patarin concernant des faits relatifs à l'exercice de fonctions représentatives par la trésorière d'un comité d'entreprise, établit une distinction entre les agissements rattachables à l'exécution du contrat de travail et les comportements liés à l'exercice du mandat, et donc étrangers aux obligations contractuelles du salarié ([CE, 4 juill. 2005, n° 272.193, Rec. p.306](#)).

Toutefois, peuvent être regardés comme relevant également du motif disciplinaire les faits commis dans l'exercice des fonctions représentatives qui caractérisent un manquement aux obligations professionnelles. Tel est notamment le cas :

- Manquement à l'obligation de sécurité notamment par des actes de harcèlement moral ([CE, 10 déc. 2014, n° 362.663, Association service interentreprises de santé au travail \(SIST\), Tables p.890](#)) ou de violences physiques ([CE, 27 mars 2015, n° 368.855, Gonçalves c/ Véolia Transports, Tables p.901](#)) ;
- Manquement à l'obligation de loyauté notamment par la déclaration d'heures fictives de vacation au conseil de prud'hommes ([CE, 29 janv. 2014, n° 357.287, SARL Andréas Stihl](#)), l'utilisation d'heures de délégation aux fins d'exercer une activité professionnelle dans une autre entreprise ([CE, 27 mars 2015, n° 371.174, Sté TSE Express Médical, Tables p. 901](#)) ou l'absence d'information de l'employeur que le salarié se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts ([Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2017, n°15-24.441](#)) ;
- Manquement à l'obligation d'adopter un comportement correct notamment par la tenue de propos injurieux à l'égard de l'employeur en réunion de délégués du personnel, eu égard aux termes employés et à la nature des insinuations formulées qui, relatives à la vie privée de l'intéressé, ne pouvaient être rattachées aux conflits les ayant opposés dans l'entreprise ([CE, 28 juill. 1993, n° 140.778, Sté Transports André Izard et compagnie](#)) ;
- Manquement à l'obligation de probité : détournement de cartes cadeaux acquises avec la caisse du comité d'entreprise dont elle était trésorière (*jugé en ce sens* : [CAA NANTES, 29 mai 2015, n°13NT03195](#)) ;
- Manquement à l'obligation de discrétion : divulgation à la presse par un salarié membre du comité d'entreprise et délégué syndical d'informations expressément présentées comme confidentielles, ne pouvant faire l'objet d'une diffusion extérieure, tout en les déformant, ce qui est de nature à nuire aux intérêts de l'entreprise ; ([Cass. soc., 6 mars 2012, n°10-24.367](#)).

Le juge judiciaire estime qu'une sanction disciplinaire ne peut être prononcée à l'égard d'un salarié protégé qu'en raison de faits constituant un manquement à ses obligations professionnelles envers l'employeur ([Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, Bull. civ. V n°105](#) ; [Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66.792, Bull. civ. n° 152](#)).

Dès lors que les faits reprochés au salarié ont été commis dans le cadre de son mandat, il est nécessaire de caractériser un abus constitutif d'un manquement aux obligations professionnelles pour qu'ils soient sanctionnables ([Cass. soc., 22 nov. 2017, n°16-12.109](#)).

Par ailleurs, si l'employeur fonde sa demande d'autorisation de licenciement non sur un motif disciplinaire, mais sur la circonstance que le comportement du salarié est par lui-même, indépendamment de sa qualification de harcèlement, de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise, il lui appartient d'établir que les répercussions effectives du comportement du salarié sur le fonctionnement de l'entreprise sont, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables à son contrat de travail, de nature à justifier son licenciement ([CE, 29 juin 2016, n° 387.412, Piqal c/ Accenture, Tables p.979](#)).

### 2.1.3. Les faits commis au cours d'une grève ou d'un mouvement collectif



Les agissements du salarié protégé à l'occasion d'une grève restent soumis à la qualification du motif disciplinaire, dans la mesure où, si le contrat de travail est suspendu pendant la grève, le salarié reste placé sous la subordination juridique de l'employeur, la loi prévoyant que le contrat de travail du salarié gréviste ne peut être rompu, sauf faute lourde commise par celui-ci au sens de l'article [L. 2511-1](#) du code du travail ([CE, 1<sup>er</sup> avr. 1992, n° 112.826, Moreau et Syndicat Parisien](#) [Livre CGT, Rec. p. 148](#) ; [CE, 22 févr. 2007, n° 282.724, Sanz et Fédération des syndicats de transports CGT](#)).

Le juge administratif a considéré que l'atteinte portée à la liberté du travail ainsi qu'à la libre circulation des biens et des véhicules, caractérisaient un exercice anormal et gravement fautif des mandats de représentants du personnel dont étaient investis les intéressés ([CE, 26 octobre 1994, n°146.940, Sté France Glaces Findus](#) ; [Cass. soc., 6 juin 2018, n°17-18.770](#)).

L'inspecteur du travail saisi d'une demande d'autorisation de licenciement reposant sur de tels faits, prend en compte le rôle modérateur du salarié protégé pour apprécier la gravité des faits fautifs ([CE, 27 juin 1979, Manufacture Michelin, n° 13.069, Rec. p. 289](#)).

## **2.2. La grille de contrôle du trouble objectif**

Si l'employeur se place sur le terrain du trouble objectif l'inspecteur du travail doit apprécier :

- si les faits en cause sont établis ;
- s'ils sont de nature, compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé ([CE, 4 juill. 2005, n° 272.193, Madame Patarin c/Sté Rol Tech, Rec. p. 306](#) ; [CE, 15 oct. 2014, n° 362.235, Sté Gefco, Tables p.829](#) ; [CE, 15 déc. 2010, n° 316.856, Renault c./Sté Onyx Est, Rec. p. 508](#)).

De même, pour le juge judiciaire, si les agissements du salarié étrangers à la vie professionnelle ne peuvent justifier un licenciement disciplinaire, ils peuvent en revanche justifier un licenciement si un trouble caractérisé en a résulté, tenant notamment à la finalité de l'activité et aux fonctions du salarié et ayant eu des répercussions sur la bonne marche de l'entreprise ([Cass. soc., 30 juin 1992, n° 89-43.840, Bull. civ. V n° 429](#) ; [Cass. soc., 9 juill. 2002, n° 00-45.068](#) ; [Cass. soc., 3 déc. 2002, 00-44.321, Bull. civ. V n° 361](#) ; [Cass. soc, 26 févr. 2003, n° 01-40.255](#) ; [Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-42.816](#)).

Il convient toutefois de souligner que, si le critère des fonctions professionnelles occupées par le salarié figure au nombre des éléments à prendre en compte, c'est bien le trouble objectif résultant de l'agissement commis par le salarié mis en cause qui constitue le critère décisif sur lequel doit se fonder, en premier lieu, l'appréciation de l'impossibilité de maintenir le contrat de travail.

Si l'employeur se place sur le terrain de la faute, l'inspecteur du travail applique la grille de contrôle précédemment définie au **paragraphe 1 supra**.



## Fiche 7a

# LE MOTIF ECONOMIQUE

Dans le cas de la résiliation d'un contrat de travail résultant de la conclusion d'un accord de rupture amiable conforme aux prévisions d'un accord collectif soumis aux représentants du personnel ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi, la cause économique de la rupture ne peut, sauf fraude ou vice du consentement être contestée ([Cass. soc., 8 févr. 2012, n°10-27.176, Bull. civ. V n°64](#) ; [Cass. soc., 12 févr. 2014, n°12-24.845](#) ; [Cass. soc., 9 avr. 2015, n°13-23.588 à 13-23591, 13-23.630 à 13-23633, 13-23.883 à 13-23.886, Bull. civ. V n°72](#)). Par conséquent, est exclu tout contrôle de l'inspecteur du travail sur la cause économique et la suppression du poste en cas de rupture amiable pour motif économique (**CF. FICHE 14** pour les modalités du contrôle).

### 1) LA DEFINITION DU MOTIF ECONOMIQUE

Constitue un licenciement pour motif économique, tel que défini par l'article [L. 1233-3](#) du code du travail, tout licenciement effectué par un employeur :

- pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié ;
- résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail ;
- consécutives notamment à des difficultés économiques, à des mutations technologiques, à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité et à la cessation d'activité de l'entreprise.

La qualification de la demande par l'employeur circonscrit le cadre de contrôle de l'autorité administrative. Elle doit apporter, sans ajouter d'autres motifs, notamment inhérents à la personne du salarié, les éléments caractérisant le motif économique avec les précisions nécessaires à la vérification de la cause économique, élément originel, et de la suppression, de la transformation ou de la modification de l'emploi du salarié protégé, élément matériel.

Il appartient alors à l'employeur de faire état avec précision de la cause économique justifiant le licenciement dans sa demande d'autorisation de licenciement, ou, le cas échéant, dans un document joint à cet effet auquel renvoie sa demande ([CE, 26 sept. 2018, n°401.509 à 401.511, Sté Forge France, Tables p. 944](#)).

C'est sur l'ensemble de ces points - motif non inhérent à la personne du salarié, existence d'une cause économique sérieuse de licenciement, effet avéré de celle-ci sur l'emploi du salarié protégé concerné - que doit porter le contrôle de l'autorité administrative. L'effectivité des différentes étapes de ce contrôle doit clairement apparaître dans la motivation de la décision administrative (**CF. FICHE 18**).

Cet examen doit être précédé d'un contrôle rigoureux du respect des procédures internes. Aux règles communes des procédures de licenciement des salariés protégés (entretien préalable et, selon la nature du mandat, consultation du CSE, sans préjudice de règles conventionnelles applicables, **CF. FICHE 5**) s'ajoutent, en matière de licenciement économique, des obligations spécifiques, liées notamment à la consultation des instances représentatives du personnel sur la décision économique et ses conséquences sociales, rappelées ci-dessous.

## 2) LE CONTROLE DES PROCEDURES OBLIGATOIRES DE CONSULTATION DES REPRESENTANTS DU PERSONNEL ET DE LEUR ARTICULATION

### 2.1. L'étendue du contrôle en présence d'un plan de sauvegarde de l'emploi

Lorsque le licenciement pour motif économique d'un salarié protégé est inclus dans un licenciement collectif qui requiert l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi (*C. trav., art. [L. 1233-61](#), [L. 1233-25](#), [L.1233-26](#) et [L.1233-27](#); [Instruction DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif](#)), il résulte des articles [L. 1233-57-2](#), [L. 1233-57-3](#) et [L. 1233-58](#) du code du travail qu'il appartient à l'inspecteur du travail saisi de la demande d'autorisation de ce licenciement, de s'assurer de l'existence, à la date à laquelle il statue sur cette demande, d'une décision de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi, à défaut de laquelle l'autorisation de licenciement ne peut légalement être accordée.*

En revanche, dans le cadre de l'examen de cette demande, il n'appartient pas à l'inspecteur du travail d'apprécier la validité du plan de sauvegarde de l'emploi, ni de procéder aux contrôles de la régularité de la procédure d'information et de consultation du CSE dans la mesure où ce contrôle n'incombe qu'au DIRECCTE saisi de la demande de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi ([CE, 19 juill. 2017, n° 391.849, S<sup>té</sup> Milonga, Rec. p.250](#)).

L'annulation de la décision de validation ou d'homologation du DIRECCTE entraîne, par voie de conséquence, l'illégalité des autorisations de licenciement accordées, à la suite de cette validation ou de cette homologation, pour l'opération concernée ([CE, 19 juill. 2017, n° 391.849, S<sup>té</sup> Milonga, Rec. p.250](#)). En revanche, l'annulation de cette décision de validation ou d'homologation, au seul motif de son insuffisance de motivation, est sans incidence sur la validité de la décision d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé dès lors que le DIRECCTE a pris une nouvelle décision motivée dans le délai de 15 jours suivant la notification du jugement (*C. trav., art. [L. 1235-16](#)*).

Le DIRECCTE n'a pas à se prononcer, lorsqu'il statue sur une demande d'homologation ou de validation fixant un plan de sauvegarde de l'emploi, sur le motif économique du projet de licenciement collectif ([CE, 22 juillet 2015, n° 385.816, Heinz France, Rec. p. 261](#)), dès lors, l'inspecteur du travail reste compétent sur l'appréciation de la réalité du motif économique.

### 2.2. L'étendue du contrôle en l'absence d'un plan de sauvegarde de l'emploi

L'inspecteur du travail doit contrôler la régularité des procédures générales de consultation applicables dans les hypothèses suivantes:

- Dans les entreprises employant habituellement moins de cinquante salariés, l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique de moins de dix salariés dans une même période de trente jours réunit et consulte le CSE dans les entreprises d'au moins onze salariés. Le CSE rend son avis dans un délai qui ne peut être supérieur, à compter de la date de la première réunion au cours de laquelle il est consulté, à un mois. En l'absence d'avis rendu dans ce délai, le CSE est réputé avoir été consulté (*C. trav., art. [L. 1233-8](#)*);
- Dans les entreprises employant habituellement moins de cinquante salariés, l'employeur, qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours, réunit et consulte le CSE. Ce dernier tient deux réunions, séparées par un délai qui ne peut être supérieur à quatorze jours (*C. trav., art. [L. 1233-28](#) et [L. 1233-29](#)*);
- Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, le CSE disposant des attributions consultatives est consulté lorsque le projet de licenciement concerne entre deux et neuf salariés dans une même période de trente jours au titre de ses consultations ponctuelles (*C. trav., art. [L. 2312-37](#) et [L. 2312-40](#)*).

C'est au moment où la procédure de licenciement collectif est engagée que s'apprécie l'effectif pris en compte pour déterminer la procédure de consultation des instances représentatives du personnel applicable ([Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-46.313, Bull. civ. V n° 8](#)).

Le CSE doit également être consulté sur les critères d'ordre des licenciements, y compris lorsqu'un licenciement individuel pour motif économique est envisagé après application des critères d'ordre. A défaut la procédure interne est substantiellement viciée (*jugé en ce sens* : [CAA Paris, 23 mars 1999, n° 97PA00800, Seriee SA](#)).

Ces obligations de consultation s'imposent également en cas de rupture amiable (rupture conventionnelle, création d'entreprises, départ volontaires notamment dans le cadre d'un PSE...) résultant d'une cause économique et intervenant dans un contexte de suppressions d'emplois ([Cass. crim., 29 nov. 1994, n° 93-81.321, Bull. crim. n°385](#) ; [Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581, Bull. civ. V n° 70](#)).

Lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles homologuées doivent être prises en compte pour déterminer, au regard des seuils légaux, la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi (*cf.* [instruction DGT n° 02 du 23 mars 2010](#) ; *en ce sens* : [Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581, Bull. civ. V n° 70](#) ; [Cass. soc., 29 oct. 2013, n°12-15.382, Bull. civ. V n°253 – CF. FICHE 14](#)). Il en est de même des préretraites ([Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2011, n° 09-70.121](#)), ou des mises à la retraite intervenant dans un tel contexte. En revanche, les ruptures amiables résultant d'un accord portant rupture conventionnelle collective ou d'un congé de mobilité n'ont pas à être prises en considération.

Seules les irrégularités relatives à l'organisation des réunions ou au contenu de la consultation, et notamment la qualité des informations fournies dans le cadre de l'article [L. 1233-10](#) du code du travail, ayant eu pour effet de priver de toute portée utile la consultation de la représentation du personnel vicient suffisamment la procédure pour justifier le refus d'autorisation de licencier.

### 3) LE CONTROLE DU MOTIF ECONOMIQUE

Le champ de contrôle de l'autorité administrative a été précisée par le Conseil d'Etat : « *il appartient à l'inspecteur du travail et, le cas échéant, au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si la situation de l'entreprise justifie le licenciement du salarié, en tenant compte notamment de la nécessité des réductions envisagées d'effectifs et de la possibilité d'assurer le reclassement du salarié dans l'entreprise* » ([CE, 18 févr. 1977, n° 93.354, Abellan, Rec. p. 97](#)).

#### 3.1. La vérification de l'absence de motif inhérent à la personne du salarié

Si la demande fondée sur un motif économique est en réalité motivée par des éléments inhérents à la personne du salarié, l'inspecteur du travail est tenu de refuser l'autorisation ([CE, 27 juin 1997, n° 150.477, M. Embser](#)).

#### 3.2. Le contrôle de la cause économique

La cause économique relève d'un ou plusieurs des motifs légaux suivants ([L. 1233-3](#) du code du travail) :

- difficultés économiques ;
- mutations technologiques ;
- réorganisation opérée en vue de sauvegarder la compétitivité ;
- cessation totale et définitive d'activité de l'entreprise.

L'inspecteur du travail doit rechercher si la situation justifie le licenciement du salarié protégé, en tenant compte notamment de la nécessité des réductions envisagées d'effectifs. Il appartient à l'employeur de lui fournir tout élément probant dès la présentation de la demande d'autorisation de licenciement, ainsi qu'au cours de l'enquête, notamment en réponse aux demandes d'informations et de documents de l'inspecteur du travail. Ce dernier doit refuser l'autorisation de licenciement si l'ensemble des éléments ainsi recueillis ne permet pas de conclure au bien-fondé de la cause économique invoquée.

Cette cause économique doit être appréciée par l'inspecteur du travail à la date de sa décision ([CE, 19 févr. 1997, n° 156.996, S<sup>té</sup> SOS Cosmas](#)). En conséquence si, au cours de l'instruction, un redressement significatif de la situation de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe le justifie, un nouveau contexte pourra fonder un refus d'autorisation de licenciement ([CE, 21 déc. 2001, n° 215.185, Prieto et Syndicat général Force ouvrière de la région parisienne, Tables p.1215](#)). Toutefois, la seule amélioration de la situation économique découlant de la mise en œuvre des licenciements économiques ne peut aboutir à refuser le licenciement du salarié protégé.

A cet effet, lorsqu'un délai significatif s'est écoulé entre la définition des choix économiques de l'entreprise et l'instruction de la demande d'autorisation de licenciement du salarié protégé, l'inspecteur du travail doit s'assurer que la situation économique, telle que décrite dans le dossier qui lui est présenté, ne s'est pas modifiée. Il lui appartient alors de demander en tant que de besoin à l'employeur de lui fournir des informations et/ou documents complémentaires actualisés. De même, il découle des termes de l'article L. 631-17 du code de commerce que l'autorisation délivrée par le juge-commissaire de procéder à des licenciements qui présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation ne peut être prise que durant cette période. Dès lors, l'administration ne peut légalement autoriser un licenciement demandé sur le fondement d'une autorisation délivrée par le juge-commissaire si la période d'observation a expiré à la date à laquelle l'employeur la saisit de sa demande ([CE, 12 juin 2019, n° 410.987, Sté Vitembal Tarascon, mentionné dans les tables](#)).

A l'instar du contrôle opéré par le juge judiciaire pour les salariés non protégés ([Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, Bull. AP n° 11](#) ; [Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-40.046, Bull. civ. V n° 173](#)), le contrôle effectué par l'inspecteur du travail ne saurait le conduire à substituer son appréciation à celle de l'employeur en matière de choix de gestion. De même, il n'appartient pas à l'inspecteur du travail de rechercher si la situation économique est liée à une faute ou une légèreté blâmable de l'employeur ([CE, 1<sup>er</sup> août 2013, X c/ Société EUROCEL, n° 351.917](#)).

Il n'appartient pas à l'inspecteur du travail d'opérer un contrôle de la cause économique dès lors qu'une ordonnance du juge commissaire du tribunal de commerce a autorisé des licenciements dans le cadre d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire ([CE, 20 mars 1996, n° 135.167, Comptoir du pain, Tables p.1193](#) ; [CE, 21 avr. 1997, n° 157.998, S<sup>té</sup> gardoise de mécanique et chaudronnerie, Tables p.1109](#) ; [CE, 3 juill. 2013, n° 361.066, S<sup>té</sup> Elixens France, Tables p.866](#) ; [CE, 23 sept. 2013, n° 360.077, Imprimerie de La Loupe](#)), sous réserve de la régularité de l'ordonnance ([Cass, soc, 23 mars 2016, n°14-22.960, 14-22.961 et 14-22.963, à paraître au Bulletin](#)).

### 3.2.1. Le périmètre d'appréciation de la cause économique

L'élément causal du motif économique, caractérisé par **des difficultés économiques, des mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise**, s'apprécie au niveau de l'entreprise dans son ensemble.

Si l'entreprise appartient à un groupe il s'apprécie, sauf fraude, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient ([CE, 29 déc. 2000, n° 199.320, Arbaud, Rec. p. 680](#)), **établies sur le territoire national** (*C. trav., art. L. 1233-3 al. 12*).

#### 3.2.1.1. *Le groupe*

Conformément à l'article [L. 1233-3](#) du code du travail, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article [L. 233-1](#), aux I et II de l'article [L. 233-3](#) et à l'article [L. 233-16](#) du code de commerce.

Selon les dispositions applicables, ce contrôle est caractérisé par :

- Soit en application de l'article [L. 233-1](#) du code de commerce, la possession par une société de plus de la moitié du capital d'une autre société;
- Soit en application de l'article [L. 233-3](#) I et II, lorsque toute personne morale ou physique :
  - détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

- dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;
  - détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;
  - est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société ;
- Soit en application de l'article [L. 233-16](#) du code du commerce, lorsque les sociétés commerciales contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises. Ce contrôle exclusif est déterminée par détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise, par la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ou par le droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet. Le contrôle conjoint est caractérisé par le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.
- Une société est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Conformément aux dispositions de l'article [L.233-8](#) du code du commerce et sauf dispense, les sociétés par actions doivent, au moins une fois par an, informer leurs actionnaires du nombre total des droits de vote existant dans la société.

Dans le cadre de la consultation annuelle du CSE sur la situation économique et financière de l'entreprise, pour toutes les sociétés commerciales, l'employeur met à disposition du comité, les documents obligatoirement transmis annuellement à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée des associés (*C. trav. art. [L. 2312-25](#)*). Par ailleurs, à défaut d'accord, un mois après chaque élection du CSE, l'employeur lui communique une documentation économique et financière précisant notamment la position de l'entreprise au sein du groupe et la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital et la position de l'entreprise dans la branche d'activité à laquelle elle appartient (*C. trav. art. [L.2312-57](#)*).

#### 3.2.1.1. Le secteur d'activité

Le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par (*C. trav., art. [L. 1233-3, al. 15](#)*) :

- la nature des produits biens ou services délivrés,
- la clientèle ciblée,
- les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché.

En tout état de cause, il appartient à l'employeur de produire les éléments permettant de caractériser le secteur d'activité ; à défaut, la réalité de la cause économique ne peut être tenue pour établie (*en ce sens : [Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-42.381, Bull. civ. V n° 57](#)*).

La pertinence de la définition du secteur d'activité présentée par l'employeur doit être analysée avec attention par l'inspecteur du travail. De même que lors de la consultation du CSE ([CE, 7 févr. 2018, n°403.001, comité d'établissement de Bernouville de la société Altuglas International, Rec. p.24](#)), les éléments d'information adressés par l'employeur à l'inspecteur du travail doivent porter non seulement sur la situation économique du secteur d'activité qu'il a choisi de prendre en considération, mais aussi sur les raisons qui l'ont conduit à faire reposer son analyse sur ce secteur d'activité.

Ainsi, les éléments résultant de l'organigramme d'un groupe doivent être corroborés par la recherche d'indices tels que ceux décrits ci-dessus. **A cet effet, le recueil exhaustif, tant auprès de l'employeur que des représentants du personnel, d'éléments les plus précis possible sur l'activité économique, les effectifs, l'implantation et la situation économique de chaque unité du groupe constitue une phase essentielle de l'enquête contradictoire.**

Si le secteur d'activité retenu par l'employeur n'apparaît pas fondé, l'autorité administrative peut toutefois, comme le juge judiciaire ([Cass. soc., 7 juill. 2009, n°08-40.321](#) ; [Cass. soc., 10 févr. 2010, n°08-41.109](#)) apprécier la réalité de cette cause dès lors que les éléments recueillis au cours de l'enquête lui permettent de déterminer le secteur pertinent (*jugé en ce sens* : [CAA Nancy, 27 déc. 2016, n°15NC01418, Sté Le Joint Français](#)).

### 3.2.2. Les différentes causes économiques

#### 3.2.2.1. *Les difficultés économiques*

Les difficultés économiques ou financières doivent être justifiées par tous moyens par l'employeur qui sollicite l'autorisation de licenciement. Ce dernier doit apporter des éléments probants sur leur nature et leur gravité et le caractère nécessaire du licenciement, lequel ne doit pas répondre à la volonté de réaliser des économies en l'absence de difficultés sérieuses ([Cass. soc., 7 oct. 1998, n° 96-43.107, Bull. civ. V n° 405](#)). Les éléments d'appréciation sur lesquels l'autorité administrative se fonde doivent être précisément indiqués dans sa décision (**CF. FICHE 18**).

Les difficultés économiques sont caractérisées (*C.trav, art. L. 1233-3*):

- Soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel que :
  - une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :
    - a) un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;
    - b) deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ;
    - c) trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ;
    - d) quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ;
  - des pertes d'exploitation ;
  - une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation.

La durée en trimestre ne s'applique qu'à la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires. En revanche, le texte ne fixe pas de durée minimum pour caractériser les pertes d'exploitation ou la dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation.

Si des données chiffrées issues de deux ou plusieurs des critères précités font état de données contradictoires (par exemple, chiffre d'affaires en hausse et baisse de commandes), il convient d'opérer une analyse globale de la situation économique de l'entreprise afin de déterminer le critère pertinent à retenir.

- Soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

En tout état de cause, il appartient à l'administration d'apprécier le caractère significatif de l'évolution des indicateurs.



### 3.2.2.2. Les mutations technologiques

L'introduction de nouvelles technologies peut constituer une cause de licenciement économique, même en l'absence de difficultés économiques ou financières ou de menace sur la compétitivité, dès lors qu'elle entraîne une transformation d'emploi à laquelle le salarié n'est pas en capacité de s'adapter ([Cass. soc., 9 juill. 1997, n°94-43.709, Bull. civ. V, n°262](#) ; [Cass. soc., 9 oct. 2002, n° 00-44.069](#) ; [Cass. Soc., 15 mars 2012, n°10-25.996](#)).

Il convient de rappeler que l'employeur doit satisfaire à son obligation légale, résultant de l'article [L. 6321-1](#) du code du travail, d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail et de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. Le non-respect de cette obligation n'a pas d'incidence sur l'appréciation de la cause économique, mais expose l'employeur à un paiement de dommages-intérêts au salarié ayant subi de ce fait un préjudice ([Cass. soc., 12 sept. 2018, n°17-14.257](#)).

L'employeur doit au besoin assurer aux salariés concernés une formation complémentaire, mais il ne peut lui être imposé d'assurer une formation initiale qui leur fait défaut ([Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 99-42.188 à 99-42.190, Bull. civ. V n° 114](#) ; [Cass. soc., 17 mai 2006, n°04-43.022](#)).

### 3.2.2.3. La réorganisation pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise

Précédemment admise par la jurisprudence ([CE, 8 mars 2006, n° 270.857, Moranzoni, Rec. p. 116](#) ; [Cass. soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690, Bull. civ. V n° 123](#)), la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité est désormais prévue à l'article [L. 1233-3](#) du code du travail.

L'invocation de l'intérêt de l'entreprise ne suffit pas à elle seule (*en ce sens : arrêts précités ; également [Cass. soc., 13 mai 2003, n° 00-46.766, pour le regroupement d'une partie de l'activité de l'entreprise sur un site unique et recherche d'économies par la centralisation des services informatiques](#)*), l'existence d'une menace sur la compétitivité doit être avérée ([CE, 8 mars 2006, n° 270.857, Moranzoni, Rec. p. 116](#)) et l'objectif ne doit pas être une simple recherche d'amélioration des performances.

L'inspecteur du travail doit apprécier et caractériser dans sa décision l'existence et la portée de la menace sur la compétitivité invoquée par l'employeur. Celle-ci ne peut être fondée sur des allégations vagues ou des considérations de portée générale (*en ce sens : [Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-47.376, Bull. civ. V n° 200](#)*). Elle doit résulter de signes concrets et tangibles illustrés par des difficultés déjà constatées (pertes de clients ou de parts de marché,...) ou les laissant présager à plus ou moins court terme si aucune mesure préventive ou correctrice n'est mise en œuvre par l'entreprise.

Par exemple, elle peut résulter :

- de la modification de l'environnement de l'entreprise : évolution du marché, évolution de la demande, intensification de la concurrence, nécessité de modifier une organisation handicapant l'entreprise par rapport à ses concurrents ([Cass. soc., 4 juill. 2018 n° 16-27.664 a contrario, CE, 27 janv. 2016, n° 388.210](#))
- de difficultés liées à des évolutions technologiques et à leurs conséquences sur l'emploi ([Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 05-40.977, Bull. civ. V n° 10](#) ; *a contrario* : [Cass. soc., 21 févr. 2007, n°04-48.795: pas de menace, compte tenu du caractère hautement concurrentiel du marché sur lequel l'entreprise intervient](#)).

Les éléments invoqués pour justifier d'une menace sur la compétitivité de l'entreprise ne doivent pas être la conséquence d'une réorganisation décidée par l'employeur (*en ce sens : [Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 07-44.116](#)*).

### 3.2.2.4. La cessation complète et définitive d'activité de l'entreprise

La cessation d'activité de l'entreprise constitue en soi une cause de licenciement économique, nonobstant l'absence de difficultés économiques ou d'une menace sur sa compétitivité, sauf faute de l'employeur ou légèreté blâmable de sa part ([Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-44.647, Bull. civ. V n° 10](#) ; [Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-44.638](#) ; [Cass. soc., 28 févr. 2006, n° 03-47.880, Bull. civ. V n° 89](#) ; [Cass.](#)



[soc., 11 avr. 2018, n° 16-27.891](#)). Lorsque la société cessant son activité appartient à un groupe, il n'appartient pas à l'autorité administrative d'examiner la situation économique des autres entreprises de ce groupe ([CE, 23 sept. 2013, n°360.077](#)).

En tout état de cause, dès lors que la cessation d'activité d'une entreprise est totale et définitive, il appartient à l'administration de reconnaître la réalité de la cause économique, sans pouvoir opposer, à l'appui d'un refus d'autorisation, la légèreté blâmable dont ce dernier aurait fait preuve ([CE, 8 avril 2013, n° 348.559, Rec. p.59](#)), ce contrôle relevant du juge judiciaire ([Cass. soc. 1er févr. 2011, n°10-30.045, Bull. civ. V, n°42](#)). Cette cessation doit être **totale** ([Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-43.453, Bull. civ. V n° 296 ; Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 07-44.306 ; Cass. soc. 20 mai 2015, n° 14-11.996 ; Cass. soc., 23 mars 2017, n°15-21.183, à paraître](#)) et **définitive** ([Cass. soc., 11 juin 2002, n° 00-42.233, Bull. civ. V n° 199 ; Cass. soc., 15 oct. 2002, n° 01-46.240, Bull. civ. V n° 311](#)). Tel n'est pas le cas de la fermeture d'un seul des établissements de l'entreprise ([Cass. soc., 14 déc. 2005, n°04-40.396 ; CE, 10 déc. 2017, n°359.179, sté Sederiver ; CE, 27 janv. 2016, M. B., n°384.221 ; Cass. soc., 23 mars 2017, n°15-21.183, à paraître](#)).

L'inspecteur du travail doit tenir compte de toute autre circonstance qui serait de nature à faire obstacle au licenciement envisagé, notamment celle tenant à une reprise, même partielle, de l'activité de l'entreprise impliquant un transfert du contrat de travail du salarié à un nouvel employeur en application de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail ([CE, 22 mai 2015, n°371.061, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c./Mme Ronot, Tables p.901](#)). Néanmoins, si le salarié n'est pas compris dans ce transfert partiel d'entreprise ou l'établissement, l'employeur qui cesse son activité peut demander à l'autorité administrative l'autorisation de le licencier au motif de la cessation d'activité de l'entreprise ([CE, 25 févr. 2015, n°375.590, M.B c/société Annunziata France](#)). Il incombe, alors, à l'autorité administrative d'examiner si la cessation d'activité est totale et définitive, cet examen ne portant que sur les activités de l'entreprise qui n'ont pas fait l'objet du transfert partiel ([CE, 27 janv. 2016, n° 386.656, société compagnie laitière de Derval, Tables p. 980](#)).

Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, la seule circonstance que d'autres entreprises du groupe aient poursuivi une activité de même nature ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que la cessation d'activité de l'entreprise soit regardée comme totale et définitive ([CE, 22 mai 2015, n° 375.897 X c/REXAM, Tables p.901 ; CE, 22 mai 2015, n°381.924, SCA Hygiene Products Supply ; CE, 13 janv. 2016, n°386.628, Sté MG Recherches ; CE, 3 mai 2017, n° 389.547, X c/ Linpac Packaging Provence](#)).

La Cour de cassation a une approche restrictive de la notion de coemploi : l'existence d'un coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre société ne peut être retenu dès lors qu'il n'existe pas entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière ([Cass. soc., 2 juill. 2014, 13-15.208 à 13-15.238, 13-15.240 à 13-15.308, 13-15.310 à 13-15.398 et 13-21.153, Bull. civ. V n° 159 ; Cass. soc., 6 juill. 2016 n°14-26.541, à paraître au Bulletin ; Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 14-27.266 et autres, à paraître au Bulletin ; Cass. soc., 10 déc. 2015, n° 14-19.316 et autres, à paraître au Bulletin ; Cass. soc., 7 mars 2017, n°15-16.865, à paraître au Bulletin ; Cass. soc., 7 févr. 2018, n° 14-24.061](#)).

En présence d'une situation de coemploi, l'inspecteur du travail doit vérifier s'il existe une cause économique, autre que la cessation d'activité de l'entreprise, caractérisée au niveau de l'ensemble des sociétés du groupe œuvrant dans le même secteur d'activité que la société concernée (*jugé en ce sens par le juge judiciaire* : [Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199, Bull. civ. V n° 23 ; Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 10-22.964, Bull. civ. V n° 284 ; Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 15-15.481, à paraître au Bulletin](#)).

Même si une situation de coemploi ne peut pas être caractérisée, il reste possible pour les salariés licenciés pour motif économique d'engager la responsabilité extra-contractuelle de la société-mère ou de l'actionnaire principal dont les décisions ont conduit à la disparition de leur emploi ([Cass. soc., 24 mai 2018, n°16-22.881 à 16-22.900, à paraître au Bulletin](#)).

### 3.3. Le contrôle des conséquences sur l'emploi ou le contrat de travail

Pour fonder un licenciement économique, le contexte économique de l'entreprise doit en outre entraîner une suppression d'emploi, une transformation d'emploi ou une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel de son contrat de travail (*C. trav.*, art. [L. 1233-3](#)).

**Compte tenu des conséquences importantes qui en résultent, tant pour l'analyse de la réalité du motif économique que pour la vérification du respect des obligations de fond et de procédure incombant à l'employeur, il importe pour l'autorité administrative de bien distinguer si le cas d'espèce relève en fait :**

- **de la suppression d'emploi assortie d'une proposition de reclassement interne,**
- **ou de la modification du contrat de travail.**

Il y a suppression de poste lorsque les tâches du salarié disparaissent dans leur totalité ou sont maintenues mais affectées à d'autres salariés de l'entreprise ; la seule exception à ce principe peut résulter de la mise en œuvre des critères d'ordre des licenciements ([Cass. soc., 13 juin 1996, n° 93-43.298, Bull. civ. V n°237](#)). La modification du contrat de travail est, quant à elle, caractérisée lorsqu'elle porte sur un élément essentiel du contrat (**CF. FICHE 11**), sans entraîner pour autant la suppression du poste.

#### 3.3.1. La suppression ou la transformation d'emploi

Appréciée à la date de la décision administrative ou selon la date résultant d'un éventuel calendrier prévisionnel, la matérialité de la suppression ou de la transformation d'emploi **doit être examinée au niveau de l'entreprise**, que celle-ci appartienne ou non à un groupe, **et non au niveau du seul établissement auquel est rattaché le salarié** (*C. trav.*, art. [L. 1233-3](#) ; [Cass. soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690, Bull. civ. V n° 123](#) ; [Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-44.461, Bull. civ. V n° 11](#) ; [Cass. soc., 8 juill. 2008, n° 06-45.564](#)). Elle peut résulter, soit de la disparition définitive du poste de travail, soit de la répartition des tâches correspondantes entre d'autres salariés ou encore du recours à la sous-traitance ([CE, 5 déc. 1986, n° 62.007, S<sup>té</sup> Plassart](#)). En outre, les recrutements effectués sur les mêmes fonctions pour des surcroûts de travail ou des remplacements de salariés limités dans le temps ne suffisent pas à la remettre en cause.

L'emploi du salarié doit appartenir à une des catégories professionnelles identifiées lors de la consultation des instances représentatives du personnel. En outre, le salarié licencié ne doit pas être remplacé sur son poste de travail ([Cass. soc., 24 avr. 1990, n° 88-43.374, Bull. civ. V n°183](#) ; [Cass. soc., 22 févr. 1995, n° 93-44.074, Bull. civ. V n° 67](#)), sauf mise en œuvre des critères d'ordre des licenciements dans sa catégorie professionnelle. La bonne application de ces critères ne relève toutefois du contrôle de l'autorité administrative qu'au titre de la vérification de l'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale ([CE, 29 mars 1989, n° 59.464, S<sup>té</sup> Pradeau et Morin, Rec. p.100](#) ; [CE, 11 juill. 1994, n° 102.637, S<sup>té</sup> Lener-Cordier](#)) ; hormis ce cas de figure, ce contentieux appartient à la seule juridiction judiciaire ([CE, 9 juin 2010, n° 315.538, M. Bellagrouz](#)), que le salarié protégé peut saisir, nonobstant l'autorisation administrative de licenciement accordée, et sans que cette intervention postérieure du juge du contrat de travail porte atteinte au principe de séparation des pouvoirs (**CF. FICHE 16**).

L'ordonnance du juge-commissaire qui autorise les licenciements, précise le nombre de salariés, ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées ([CE, 15 nov. 2010, n° 324.323, S<sup>té</sup> Solymatic, Tables p. 1004](#)) ; à défaut, l'ordonnance ne lie pas l'inspecteur du travail ([Cass. soc., 23 mars 2016, n°14-22.950, 14-22.960, 14-22.961 et 14-22.963, à paraître au Bulletin](#)).

L'autorité de l'ordonnance, lorsqu'elle est devenue définitive, est donc limitée au motif économique, à savoir la cause économique et ses effets sur l'emploi. Dès lors, ces éléments ne peuvent être contestés qu'en exerçant les voies de recours ouvertes contre cette ordonnance et ne peuvent être discutés devant l'administration ([Cass. soc., 3 mars 2008, n° 95-45.201, Bull. civ. V n° 112](#) ; [CE, 3 juill. 2013, n°361.066, S<sup>té</sup> Elixens France, Tables p. 866](#)).

En cas de cession homologuée par le juge-commissaire, l'autorité administrative doit, au titre de la vérification de la réalité de la suppression de l'emploi, s'assurer du respect des engagements pris par le cessionnaire en termes de maintien des emplois.

Enfin, lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi dans les entreprises d'au moins cinquante salariés comporte, en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, le transfert d'une ou de plusieurs entités économiques nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois, le cédant peut procéder au licenciement des salariés non repris avant le transfert sous réserve de justifier d'une cause économique (*C.trav, art. L. 1233-61*).

### 3.3.2. La modification refusée du contrat de travail pour raison économique

L'autorité administrative doit vérifier la réalité de la modification du contrat du travail et du refus opposé par le salarié. Il lui appartient en outre de s'assurer que cette modification a été proposée au salarié dans les formes prévues à l'article [L. 1222-6](#) du code du travail. La proposition doit ainsi être adressée au salarié par lettre recommandée avec avis de réception et ce dernier dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître sa décision.

En revanche, le défaut de réponse du salarié protégé dans ce délai d'un mois ne vaut pas acceptation tacite, seule une acceptation expresse pourra être prise en compte ([CAA Paris, 24 nov. 2014, n°13PA04560, S<sup>te</sup> Procédés Roland Pigeon](#) ; **CF. FICHE 11**).

## Fiche 7b

# LE LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE : LE CONTROLE DE L'EFFORT DE RECLASSEMENT

L'article [L. 1233-4](#) alinéa 1 du code du travail dispose que le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

La portée du contrôle de l'administration a été précisée par le Conseil d'Etat dans la décision Abellan du 18 février 1977, aux termes de laquelle « *l'inspecteur du travail et, le cas échéant, le ministre doivent rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si la situation de l'entreprise justifie le licenciement du salarié, en tenant compte notamment ... de la possibilité d'assurer le reclassement du salarié dans l'entreprise* » ([CE, 18 févr. 1977, n°95.354, Abellan, Rec. p. 97](#)).

Concernant l'existence d'une obligation de recherches de reclassement dans le cadre d'un plan de départs volontaires, il convient de se reporter à la [fiche 14](#).

## 1) LE RECLASSEMENT INTERNE DU SALARIE PROTEGE : UNE OBLIGATION DE MOYEN

### 1.1. La charge de la preuve

Il appartient à l'employeur de produire à l'autorité administrative des éléments probants attestant la matérialité des efforts et démarches entrepris et des propositions d'emplois précises formulées ([CE, 31 juill. 1992, n° 105.670, S<sup>té</sup> française de supermarchés](#)) ou l'impossibilité de proposer des postes de reclassement à son salarié ([CE, 30 juill. 1997, n° 172.226, M. Henrion](#) ; [CE 18 mars 1998, n° 170.077, S<sup>té</sup> des Forges de Bologne](#) ; [CE, 12 janv. 2011, n° 327.178, M. A c./ S<sup>té</sup> Pages jaunes](#) ; [jugé dans le même sens : Cass. soc., 12 juill. 2018, n° 17-17.714](#)). L'autorité administrative doit vérifier que l'effort de reclassement, apprécié notamment en fonction des moyens dont dispose l'employeur, a été effectif et sérieux.

Il ne peut être conclu à l'insuffisance de recherche de reclassement au sein du groupe sans avoir tenu compte de la taille des structures en cause ([Cass. soc., 15 avr. 2015, n° 13-28.005](#)).

### 1.2. L'effort d'adaptation du salarié par l'employeur

Si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi conformément aux dispositions de l'article [L. 6321-1](#) du code du travail, au besoin en leur assurant une formation complémentaire pour favoriser leur reclassement sur un poste disponible ([Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 99-42.188, Bull. Civ. V n° 114](#) ; [Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-46.009, Bull. Civ. V n°116](#)), il ne peut lui être imposé d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut, notamment pour leur permettre d'accéder à un poste disponible de catégorie supérieure ([Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 99-42.188, Bull. Civ. V n° 114](#) ; [Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-43.022](#) ; [Cass. soc., 6 déc. 2007, n° 06-43.346](#)).

Toutefois, si le manquement de l'employeur à cette obligation cause au salarié un préjudice spécifique, cela n'a pas pour effet de priver de cause réelle et sérieuse un licenciement pour motif

économique ([Cass. soc., 5 juin 2013, n° 11-21.255, Bull. civ. V n° 146](#) ; [Cass. soc., 12 sept. 2018, n°17-14.257](#)). Par conséquent, un tel manquement ne pourra pas fonder une décision de refus d'autorisation de licenciement au titre de l'insuffisance de l'effort de reclassement. Le non-respect de cette obligation expose l'employeur à un paiement de dommages-intérêts au salarié ayant subi de ce fait un préjudice.

## 2) LE CADRE DE LA RECHERCHE DE RECLASSEMENT

### 2.1. Le cadre d'examen des possibilités de reclassement

Le reclassement doit être recherché prioritairement dans l'établissement ([CE, 30 déc. 1996, n° 172.637, S<sup>te</sup> Saunier Duval électricité, Tables p.1191](#) ; [CE, 8 janv. 1997, n° 171.807, S<sup>te</sup> des grands magasins de l'Ouest, Tables p.1029](#)).

En cas d'impossibilité de reclassement à ce niveau, l'effort de reclassement doit porter sur l'ensemble de l'entreprise (*C. trav., art. [L. 1233-4](#)* ; [CE, 4 mai 1988, n° 79.581, Sté Atochem](#) ; [CE, 1<sup>er</sup> févr. 1995, n° 112.705, Mutuelle générale des PTT](#) ; [CE, 4 juill. 2005, n° 263.434, S<sup>te</sup> Vulco Nord](#)).

Cette priorité donnée au reclassement dans l'établissement et, à défaut, dans l'entreprise, est motivée par la préoccupation d'assurer la poursuite de l'exercice des fonctions représentatives du salarié.

A défaut de reclassement possible dans l'entreprise, la recherche doit, en cas d'appartenance de l'entreprise à un groupe, être étendue à celui-ci.

Dans ce cas, la recherche de reclassement s'effectue sur des emplois disponibles situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel (*C. trav., art. [L. 1233-4](#)*). Précédemment à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°1387 du 22 septembre 2017, devait être recherché si les relations existant entre les entreprises n'appartenant pas à un groupe leur permettaient d'effectuer la permutation de tout ou partie de leur personnel ([CE, 9 mars 2016, n°384.175, Sté Etudes techniques Ruiz, Rec. p.66](#) ; **CF. FICHE 23**).

Conformément à l'article [L. 1233-3](#) du code du travail, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article [L. 233-1](#), aux I et II de l'article [L. 233-3](#) et à l'article [L. 233-16](#) du code de commerce.

Selon les dispositions applicables, ce contrôle est caractérisé par :

- Soit en application de l'article [L. 233-1](#) du code de commerce, la possession par une société de plus de la moitié du capital d'une autre société ;
- Soit en application de l'article [L. 233-3](#) I et II, lorsque toute personne morale ou physique :
  - détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;
  - dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;
  - détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;
  - est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société ;
- Soit en application de l'article [L. 233-16](#) du code de commerce, lorsque les sociétés commerciales contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises. Ce contrôle exclusif est déterminée par la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise, par la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction

ou de surveillance d'une autre entreprise ou par le droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet. Le contrôle conjoint est caractérisé par le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.

Une société est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Conformément aux dispositions de l'article [L.233-8](#) du code de commerce et sauf dispense, les sociétés par actions doivent, au moins une fois par an, informer leurs actionnaires du nombre total des droits de vote existant dans la société.

Dans le cadre de la consultation annuelle du CSE sur la situation économique et financière de l'entreprise, pour toutes les sociétés commerciales, l'employeur met à disposition du comité, les documents obligatoirement transmis annuellement à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée des associés (*C. trav. art. [L. 2312-25](#)*). Par ailleurs, à défaut d'accord, un mois après chaque élection du CSE, l'employeur lui communique une documentation économique et financière précisant notamment la position de l'entreprise au sein du groupe et la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital et la position de l'entreprise dans la branche d'activité à laquelle elle appartient (*C. trav. art. [L.2312-57](#)*).

## **2.2. La date d'appréciation des efforts de reclassement**

Les possibilités de reclassement sont appréciées à compter du moment où le licenciement est envisagé (*Cass. soc., 11 oct. 2006, n° 04-44.082*), à savoir la date de la première réunion de consultation du CSE ou la date de convocation à l'entretien préalable en l'absence d'institutions représentatives du personnel ou lorsque la procédure de consultation n'est pas obligatoire (cf. *Circ. CDE-DRT n° 89-46 du 1<sup>er</sup> oct. 1989 relative aux licenciements collectifs pour motif économique* ; également : *Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-41.265, Bull. Civ. V n° 146* ; *Cass. soc., 13 févr. 2008, n° 06-44.036* ; *Cass. soc., 4 mai 2017, n° 16-14.779* ; **CF. FICHE 7a**).

Sont prises en compte les propositions faites au plus tôt à compter du moment où le licenciement est envisagé et, en tout de cause, avant la date à laquelle l'inspecteur du travail statue sur la demande de l'employeur (*CE, 13 avr. 2018, n°401.767, Leroux, mentionné aux Tables*), ce qui exclut :

- les offres antérieures au projet de licenciement (*CE, 24 janv. 1982 n° 17.873, S<sup>té</sup> Établissements Charles Foulon* ; *CE, 7 mars 1990, n° 93.853, ministre des Affaires sociales et S<sup>té</sup> Lambert-Industries c./ Sénégal* ; *CE, 27 févr. 1998, n° 170.504, M. Omar, Tables p.1204*).
- et les offres postérieures à la décision administrative (*CE, 18 nov. 1996, n° 162.142, S<sup>té</sup> Cophoc* ; *Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2010, n° 09-40.421, Bull. V n°121*).

Dans l'hypothèse d'une nouvelle demande d'autorisation de licenciement adressée à l'autorité administrative faisant suite à une première décision refusant le licenciement d'un salarié, l'employeur n'est pas tenu d'adresser à nouveau au salarié les propositions de reclassement encore valides qu'il lui avait déjà faites et que ce dernier avait refusées avant de présenter la première demande (*CE, 23 mars 2016, n°386.108, Sotralenz, Tables p.981*).

## **2.3. L'absence de contrôle du PSE**

L'autorité administrative, si elle doit s'assurer que les salariés protégés ont accès aux mesures de reclassement prévues par le PSE dans des conditions non discriminatoires, ne peut pas motiver le refus d'une autorisation sur l'insuffisance de ce plan, dans la mesure où le contrôle de ce dernier n'incombe qu'au DIRECCTE saisi de la demande de validation ou d'homologation du plan de



sauvegarde de l'emploi ([CE, 19 juill. 2017, n° 391.849, Sté Milonga, Rec. p.250](#) ; [Cass. soc., 21 nov. 2018, n° 17-16.766, à paraître au Bulletin](#)).

### 3) LA FORME ET LA QUALITE DES OFFRES DE RECLASSEMENT

La recherche de reclassement interne doit privilégier l'identification d'un emploi équivalent : l'autorité administrative ne peut pas considérer que l'employeur a satisfait à son obligation de reclassement du fait qu'il n'existe pas en son sein d'emploi équivalent à celui précédemment occupé par le salarié et que des offres sérieuses de reclassement sur des emplois de catégorie inférieure lui ont été faites ou portées à sa connaissance, sans avoir vérifié si la société établit l'absence d'emploi équivalent au sein du groupe auquel appartient l'entreprise ([CE, 19 oct. 2011, n° 344.951, S<sup>té</sup> Pages jaunes](#)).

#### 3.1. La communication des offres de reclassement

L'employeur dispose d'une option (*C. trav.*, art. [L. 1233-4, al. 4](#)) :

- soit adresser de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ;
- soit diffuser par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés.

##### 3.1.1. La transmission personnalisée d'offres de reclassement

L'employeur doit procéder au préalable à un examen personnalisé de la situation du salarié protégé et ne peut pas se borner à faire état des seules mesures d'ordre général mises en œuvre pour favoriser le reclassement des salariés ([CE, 12 janv. 2011, n°327.726, Pasquet](#)).

Il lui appartient de rechercher les possibilités de reclassement du salarié aux meilleures conditions possibles compte tenu des postes disponibles, tant au regard de la situation professionnelle du salarié que des conditions d'exercice de ses fonctions représentatives ([CE, 10 févr. 1978, n° 95.006, ministre de l'Agriculture c./ Galy, Rec. p.63](#) ; [CE, 30 juill. 1997, n° 170.315, SA Arjo Wiggins](#) ; [CE, 28 janv. 2004, n 257.130, S<sup>té</sup> Groupe Envergure](#) ; [CE, 3 juill. 2013, n°342.291, M. Kodjovi Anani, Rec. p.188](#)).

Pour apprécier si l'employeur a satisfait à son obligation de reclassement, l'autorité administrative doit « *tenir compte de l'ensemble des circonstances de fait et notamment de ce que les recherches conduites dans l'entreprise ont débouché sur des propositions précises de reclassement, de la nature et du nombre de ces propositions, ainsi que des motifs de refus avancés par le salariés et donc des possibilités existantes dans les autres entreprises du groupe* » ([CE, 21 sept. 2016, n° 383.940, M. D C/S<sup>té</sup> Inéos Manufacturing France](#)).

Tenu d'exécuter de bonne foi son obligation de reclassement, l'employeur doit proposer au salarié des postes accessibles ou, le cas échéant, rendus accessibles par de possibles mesures d'accompagnement ([Cass. soc., 29 mai 2002, n° 00-40.475](#)) y compris dans le cadre d'un contrat à durée déterminée ([Cass. soc., 29 janv. 2002, n° 00-41.885](#)).

Le périmètre de la recherche de reclassement ne peut pas être limité par la volonté présumée du salarié de ne pas donner suite aux offres résultant de cette recherche ([Cass. soc., 24 juin 2018, n°06-45.870, Bull. civ. V n°138](#)). De même, le refus de principe de ce dernier, préalablement à toute offre de reclassement, d'accepter une modification de son lieu de travail ([Cass. soc., 25 nov. 2009, n°08-42.755, Bull. Civ. V n°267](#)) et l'absence de réponse à un questionnaire mobilité ([Cass. soc., 7 nov. 2007 n°06-43.108](#)) n'exonèrent pas l'employeur de son obligation de recherche de reclassement.

Néanmoins, lorsque l'employeur a formulé une proposition de recherche sérieuse, que le salarié a refusée, compte tenu par exemple de l'éloignement qu'elle impliquait, il peut alors limiter ses recherches en fonction des souhaits exprimés par le salarié ([Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-46.227, Bull. Civ. V n° 217](#) ; [Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-42.381, Bull. Civ. V n° 57](#)).



Le reclassement du salarié protégé ne saurait avoir pour effet d'entraîner l'éviction d'un autre salarié ([CE, 27 juin 1979, n° 11.121, Vincent, Rec. p. 288](#) ; [CE, 29 déc. 2000, n° 206.919, S<sup>té</sup> Suturex](#) ; [CE, 29 avril 2002, n° 223.443, S<sup>té</sup> L'unité hermétique](#)).

Les offres personnalisées doivent garantir le reclassement effectif du salarié et, par conséquent être suffisamment fermes : tel n'est pas le cas d'une offre personnalisée de reclassement faite sous réserve d'une validation ultérieure par le responsable du recrutement ([Cass. soc., 28 janv. 2015, n°13-23.440](#) ; [CAA Versailles, 22 sept. 2016, n° 16VE00434](#)).

Cette exigence ne fait toutefois pas obstacle à ce que l'employeur puisse simultanément proposer une offre personnalisée à plusieurs salariés, dès lors qu'elle est adaptée à la qualification et à la compétence de chacun ([CE, 9 avr. 2008, n° 307.807, S<sup>té</sup> Pages Jaunes](#) ; [Cass. soc., 19 janv. 2011, n° 09-42.736](#)). Une attention particulière doit alors être apportée aux conditions du choix, pour s'assurer de l'absence de discrimination. En outre, dès lors que la proposition de reclassement est acceptée par son destinataire, l'obligation de reclassement ne serait pas satisfaite en cas d'attribution du poste à un autre salarié dont le licenciement n'était pas envisagé ([Cass. soc., 23 mars 2011, n° 10-10.039](#)), à un salarié d'une autre entreprise du groupe qui procède également à des licenciements économiques ([Cass. soc., 11 décembre 2001, n° 99-44.291, Bull. civ. V n°379](#)), ou à des candidats extérieurs à l'entreprise ([Cass. soc., 8 juillet 1998, n° 96-42736](#)).

#### 3.1.1.1. La notion d'emploi équivalent

Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement peut s'effectuer sur un emploi d'une catégorie inférieure (C. trav., art. [L. 1233-4 al. 3](#)).

La notion d'emploi équivalent s'apprécie notamment au regard :

- de la qualification ([CE, 10 févr. 1978, n°95.006, ministre de l'Agriculture, Rec. p. 63](#) ) ;
- de la rémunération et des responsabilités ([CE, 18 févr. 1977, n°95.354, Abellan, Rec. p. 97](#) ) ;
- de la nature de l'emploi ([CE, 28 févr. 1992, n°116.597, Comité d'établissement régional Paris-Nord SNCF, Tables p. 1349](#) ) ;
- de la localisation géographique ([Cass. soc., 3 févr. 2017, n° 15-10.510](#) ) ;
- des avantages de carrière ([CE, 27 mai 1988, n°71.690, M<sup>lle</sup> Mestre-Mel c./ Gibert-Jeune](#) ) ;
- mais également de la possibilité de continuer à exercer des fonctions représentatives ([CE, 28 févr. 1992, n°116.597, Comité d'établissement régional Paris-Nord SNCF, Tables p.1349](#) ; [CE, 3 juill. 2013, n°342.291, M. Kodjovi Anani, Rec. p.188](#)).

Il appartient à l'employeur d'apporter la preuve de l'absence d'emploi disponible en rapport avec les compétences du salarié, même en le faisant bénéficier d'une formation d'adaptation (C. trav., art. [L. 1233-4, al. 1](#) ; [Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-22.969](#)).

En l'absence démontrée de toute possibilité de reclasser l'intéressé dans un emploi équivalent ([CE, 19 oct. 2011, n°344.951, M. A. c./ S<sup>té</sup> Pages jaunes](#)), l'employeur peut proposer une offre de reclassement dans un emploi de catégorie inférieure (C. trav., art. [L. 1233-4](#) ; cf. également : [CE, 10 mars 1997, n° 164.645, SA A.T.P, Tables p.1109](#) ; [CE, 17 nov. 2000, n 197.383, David, Tables p.1270](#)).

#### 3.1.1.2. Le nombre de propositions de reclassement

Il ne constitue pas un critère en soi et doit être apprécié en fonction de la qualité de la ou des propositions faite(s) et au regard des possibilités de reclassement. En application de ce principe, l'obligation de recherche de reclassement n'est pas satisfaite par la multiplication de propositions

n'offrant pas les meilleures conditions possibles ([CE, 27 mars 1995, n° 111.321 et n° 111.440, ministre du Travail c./S<sup>té</sup> Primo](#)).

Une seule offre aux meilleures conditions possibles peut suffire au regard des emplois disponibles et des moyens dont dispose l'entreprise ([CE, 10 mars 1997, n°164.645, S.A. A.T.P., Tables p. 1109](#); [CE, 17 nov. 2000, n° 197.383, M. X c/ SA Codica, Tables p.1270](#)).

La disponibilité d'un poste peut être immédiate, mais elle peut aussi être anticipée, par exemple dans le cadre d'une création de poste, d'un départ en retraite ou de la fin d'un préavis. Si un poste avec date d'effet différé est offert en interne, il doit être proposé au reclassement ([Cass., soc. 10 mai 2012, n° 10-27.261](#)).

### 3.1.2. La diffusion de la liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés

Lorsque l'employeur choisit de communiquer une liste des offres de reclassement interne, celle-ci comprend les postes disponibles situés sur le territoire national dans l'entreprise et les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie (*C. trav., art. [D. 1233-2-1 III](#)*).

Cette liste peut faire l'objet d'une actualisation, par tout moyen permettant de conférer une date certaine (*C. trav., art. [D. 1233-2-1 I](#)*). La preuve de la diffusion auprès de chaque salarié incombe donc à l'employeur.

La liste doit préciser les critères de départage entre salariés en cas de candidatures multiples sur un même poste, ainsi que le délai de réflexion minimal laissé au salarié pour candidater sur les offres disponibles. Ce délai ne peut être inférieur à quinze jours francs à compter de la publication de la liste ou à quatre jours francs dans les entreprises en redressement ou liquidation judiciaire. Il n'appartient pas à l'autorité administrative de contrôler les critères de départage. En revanche, leur application est appréciée pour s'assurer de l'absence de lien avec le mandat du salarié.

La diffusion doit porter sur la totalité des postes disponibles, un manquement à cette obligation, à apprécier au regard des circonstances de l'espèce, pourrait être de nature à caractériser un défaut de loyauté dans la mise en œuvre de l'obligation de reclassement.

## 3.2. Le contenu des offres de reclassement

Quelle que soit l'option choisie par l'employeur – transmission personnalisée d'offres de reclassement ou diffusion de la liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés -, les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises (*C. trav., art. [L.1233-4](#)*).

Ces offres doivent préciser (*C. trav., art. [D. 1233-2-1, II](#)*) :

- l'intitulé du poste et son descriptif ;
- le nom de l'employeur ;
- la nature du contrat de travail ;
- la localisation du poste;
- le niveau de rémunération;
- la classification du poste.

S'agissant des salariés protégés, il a été jugé que l'information du salarié doit être complète et exacte ([CE, 13 avr. 2005, n°258.755, Association Secours Catholique, Tables p.1125](#)).

Cette information doit permettre d'apprécier le caractère suffisant de la proposition au regard du contrat de travail de l'intéressé et de la possibilité d'exercer son mandat représentatif ([CE, 15 avr. 1996, n°151.474, M. Carle et UD CGT de l'Isère](#); [CE, 3 juill. 2013, n°342.291, M. Kodjovi Anani, Rec. p.188](#)).

La circonstance qu'une offre soit assortie d'une période probatoire n'est pas à elle seule de nature à la priver de son caractère sérieux, dès lors que le changement de fonction la justifie ([CE, 26 juin 2002, n°223.952, Fourmont, Tables p.952](#)).

## 4) LE REFUS D'OFFRES DE RECLASSEMENT PAR LE SALARIE

Si l'examen des possibilités de reclassement constitue une obligation pour l'employeur, il représente, pour le salarié, une garantie. Ainsi, le refus, par un salarié protégé dont le licenciement économique est envisagé, d'une offre de reclassement sur un emploi comparable à celui qu'il occupait, ne saurait être constitutif d'une faute disciplinaire, ni ôter au licenciement envisagé son caractère économique ([CE, 7 déc. 2009, n°314.079, Guyard, Tables p.979](#)).

Dans l'hypothèse où le salarié ne répond pas à une proposition de reclassement personnalisée, son silence peut être regardé comme un refus dès lors que toutes les précisions lui ont été données et qu'il ne peut ignorer l'urgence de la réponse qu'il doit apporter dans un délai prescrit ([CE, 16 févr. 1983, n°30.621, Caisse nationale de retraite des ouvriers](#)).

De même, la liste des offres de reclassement interne prévue à l'article [D. 1233-2-1 III](#) du code du travail doit préciser le délai dont dispose le salarié pour présenter sa candidature écrite. L'absence de candidature écrite du salarié à l'issue de ce délai vaut refus des offres ([C. trav., art. D. 1233-2-1 III](#)).

## 5) MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL ET PROPOSITION DE RECLASSEMENT

Le refus par le salarié de la proposition d'une modification de son contrat de travail faite en application des dispositions de l'article L. 1222-6 du code du travail ne dispense pas l'employeur de son obligation de reclassement ([CE, 12 oct. 2006, n°287.489, S<sup>t</sup> Sidel Filling Aseptic, Tables p.1087](#) ; dans le même sens : [Cass. soc., 30 sept. 1997, n°94-43.898, Bull. Civ. V n°290](#) ; [Cass. soc., 25 nov. 2009, n°08-42.755, Bull. Civ. V n°267](#)).

La procédure prévue par l'article [L. 1222-6](#) n'est pas applicable lorsque la proposition de modification du contrat de travail a été faite au salarié dans le cadre de l'exécution par l'employeur de son obligation de reclassement ([Cass. soc., 9 juill. 1998, n°96-42.805](#) ; [Cass. soc., 13 avr. 1999, n°97-41.934, Bull. Civ. V n°170](#) ; [Cass. soc., 27 nov. 2001, n°99-41.723, Bull. Civ. V n°359](#) ; [Cass. soc., 17 mai 2006, n°04-43.551](#)). En revanche, l'employeur qui fixe un délai de réponse doit lui-même respecter ce délai.

## 6) PROCEDURES COLLECTIVES ET EFFORT DE RECLASSEMENT

### 6.1. En cas de redressement ou de liquidation judiciaire

L'autorité administrative doit apprécier les possibilités de reclassement en redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire compte tenu des perspectives de reprise ([CE, 20 mars 1996, n°135.167, SA Le comptoir du pain, tables p. 1193](#) ; [CE, 28 mars 1997, n° 146.850, S<sup>te</sup> Filariane](#) ; [CE, 20 mars 2009, n°309.195, Kodjovi Anani](#)), ainsi que, en cas d'appartenance à un groupe, les possibilités de reclassement au sein de celui-ci parmi les entreprises situées sur le territoire national dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ([Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-45.065 à 07-45.198](#) ; [Cass. soc., 7 juill. 2009, n°07-45.584 à 07-45.586](#)).

L'exécution de cette obligation est appréciée selon les moyens de l'entreprise ou du groupe ([Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-45.065 à 07-45.198](#)).

### 6.2. En cas de plan de cession

S'agissant de salariés non protégés, la Cour de cassation a jugé que, dès lors que le jugement arrêtant un plan de cession autorise le licenciement de salariés dont les emplois sont supprimés, le cessionnaire de l'entreprise, avec lequel leurs contrats de travail ne se sont pas poursuivis de plein droit, n'est tenu à l'égard de ces derniers d'aucune obligation de reclassement ([Cass. soc., 4 juill. 2006, n° 04-43.976](#)).

S'agissant d'un salarié protégé, l'autorité administrative doit examiner si une recherche de reclassement a été effectuée au sein des entreprises du groupe situées sur le territoire national auquel appartient, le cas échéant, l'entreprise cédante placée en redressement ou en liquidation judiciaire.

## **7) LE RECLASSEMENT EXTERNE DU SALARIE PROTEGE**

### **7.1. Le contrôle limité à la vérification de l'absence de discrimination**

Dans la mesure où la recherche de reclassement a pour objet d'assurer, par le maintien dans l'entreprise, la poursuite du mandat, il n'appartient pas à l'autorité administrative de vérifier le respect par l'employeur de ses obligations de reclassement externe dont le contrôle relève du juge judiciaire ([CE, 15 juin 1998, n°172.695, Mme Cesbron c/ S<sup>té</sup> Européenne des produits de beauté](#)).

Toutefois, dans le cadre du contrôle du lien avec le mandat, l'autorité administrative est tenue de s'assurer que les salariés protégés ont accès aux mesures de reclassement externe dans des conditions non discriminatoires ([CE, 3 mai 2006, n° 277.079, SCP Becheret-Thierry](#) ; **CF. FICHE 16**).

### **7.2. L'obligation conventionnelle de saisine d'une commission paritaire externe de l'emploi**

S'agissant des salariés non protégés, la Cour de cassation a retenu l'absence de cause réelle et sérieuse pour un licenciement prononcé alors que l'employeur n'avait pas saisi, en vue du recensement des possibilités existantes, la commission paritaire prévue par la convention collective, alors que cette saisine présentait un caractère obligatoire ([Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-44.945, Bull. Civ. V n° 146](#) ; [Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-46.009, Bull. Civ. V n° 116](#)).

Toutefois, l'employeur n'a l'obligation de saisir la commission paritaire de l'emploi que si cette dernière s'est vue attribuer, aux termes de la convention collective nationale applicable, une compétence en matière de reclassement externe ([Cass. soc., 11 juill. 2016, n°15-12.752, à paraître au Bulletin, concernant la CCN des entreprises de prévention et de sécurité](#) ; [Cass. soc., 16 nov. 2017, n°16-14.572 concernant la CCN fabrication de l'ameublement](#)).

Dès lors qu'il appartient à l'autorité administrative de contrôler les procédures conventionnelles préalables à sa saisine ([CE, 21 mai 2008, n° 304.394, Rahir c/ Assedic de la région Centre, Rec. p.183](#)), le défaut de saisine de cette instance compétente doit conduire l'inspecteur du travail à refuser l'autorisation de licenciement.

## Fiche 8

# LE LICENCIEMENT POUR INSUFFISANCE PROFESSIONNELLE

### 1) LA NATURE DU MOTIF : INHERENT A LA PERSONNE MAIS NON DISCIPLINAIRE

Les éléments du contrôle administratif applicables à ce motif ont été dégagés par une décision du Conseil d'Etat de 1989 ([CE, 27 sept. 1989, n° 91.613, AFOBAT - Association pour la formation professionnelle dans le BTP c./ M. Fourcault, Rec. p. 469](#)).

Ainsi, dans le cas où la demande de licenciement est motivée par l'insuffisance professionnelle, il appartient à l'inspecteur du travail « *de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si ladite insuffisance est telle qu'elle justifie le licenciement, compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé, des caractéristiques de l'emploi exercé à la date à laquelle elle est constatée, des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont le salarié est investi, et de la possibilité d'assurer son reclassement dans l'entreprise* ».

Il s'agit ainsi d'un motif fondé sur l'appréciation des compétences professionnelles du salarié, qui se distingue toutefois de la faute professionnelle qui, seule, présente un caractère disciplinaire. Par conséquent, lorsqu'une insuffisance professionnelle est caractérisée, elle ne saurait recevoir la qualification de « *faute d'une gravité suffisante* ».

De la même manière, les dispositions relatives à la prescription des faits fautifs (*C. trav. art. L.1332-4*) sont inapplicables aux faits caractérisant l'insuffisance professionnelle alléguée à l'appui de la demande.

La mauvaise volonté délibérée affichée par le salarié ([Cass. soc., 6 oct. 2004, n° 02-41.912](#) ; [Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 07-42.041](#) ; [Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 11-22449](#) ; [Cass. Soc., 30 sept. 2014, n° 13-11901](#) ; [Cass. soc., 24 oct. 2018 n°17-16.489](#) ; [Cass. soc., 9 janv. 2019, n°17-20.568](#)), des erreurs ou négligences inexcusables, ou encore une abstention volontaire ([Cass. soc., 11 mars 2008, n° 07-40.184](#)) caractérisent la faute professionnelle qui se distingue ainsi de l'insuffisance professionnelle non fautive.

L'insuffisance de résultats pouvant, selon les circonstances de l'espèce, relever de l'une ou l'autre de ces deux qualifications, l'employeur doit être particulièrement vigilant quant à la qualification qu'il entend donner à la demande. A titre d'exemple, s'il allègue une insuffisance de résultats fautive, le contrôle administratif s'opérera sur le terrain disciplinaire et l'employeur devra non seulement démontrer que les objectifs assignés au salarié étaient réalisables (*cf. infra*) mais également que le salarié a commis une faute en ne les ayant pas atteints ([Cass. soc., 6 nov. 2008, n° 07-43.363](#)).

**En tout état de cause, il n'appartient pas à l'autorité administrative de se substituer à l'employeur ou de procéder à une requalification (CF. FICHE 2) pour définir la qualification juridique adéquate ni pour pallier l'absence de celle-ci.**

### 2) LE CONSTAT DE L'INSUFFISANCE PROFESSIONNELLE DOIT REPOSER SUR DES ELEMENTS OBJECTIFS

L'employeur doit apporter à l'appui de la demande des éléments précis et matériellement vérifiables, et démontrer que les objectifs étaient réalisables lorsqu'il s'agit d'une insuffisance

résultant d'une non-atteinte des objectifs fixés ([Cass. soc., 9 avr. 2008, n° 06-46.159](#) ; [Cass. soc., 16 mai 2018, n° 16-25.689](#)).

A titre indicatif, la comparaison entre le travail fourni par le salarié et les collègues de même qualification occupant le même poste constitue un indice pertinent : si les résultats du salarié ne sont pas nettement inférieurs à ceux de ses collègues, le licenciement n'est pas justifié ([CE, 29 déc. 1995, n° 153.452, Crédit Commercial de France](#) ; [Cass. soc., 3 janv. 1990, n° 87-43.521](#)).

Il doit par ailleurs être tenu compte du temps effectivement nécessaire à l'exercice du ou des mandats.

Par ailleurs, est injustifié le licenciement prononcé pour insuffisance professionnelle à l'égard d'un salarié dont la qualification, les capacités professionnelles et l'expérience ne lui permettent pas d'exercer la mission qui lui est confiée lorsque les carences sont connues par l'employeur dès l'embauche ([Cass. soc., 14 juin 2007, n°06-41.248](#)).

L'insuffisance de résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement ([Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 98-44.069, Bull. civ. V n° 117](#)). Il doit donc être recherché si ces résultats procèdent ou non d'une insuffisance professionnelle et en tout état de cause être démontré que les objectifs étaient réalisables ([Cass. soc., 19 janv. 2012, n° 09-69.680](#) ; [Cass. soc., 22 juin 2011, n° 10-14.922](#)).

Si les objectifs présentent un caractère réaliste, l'insuffisance de résultats peut justifier le licenciement prononcé ([Cass. soc., 13 janv. 2004, n° 01-45.931, Bull. civ. V, n° 3](#)) notamment si, malgré les efforts d'adaptation et de formation, le salarié ne fait pas preuve d'autonomie et n'atteint pas ses objectifs ([Cass. soc., 16 mai 2018, n° 16-25.552](#) ; [Cass. soc., 6 mars 2019, n° 17-20.886](#)).

Cependant, pour justifier le licenciement sur un motif tiré de l'insuffisance professionnelle, les carences doivent revêtir une certaine importance et être persistantes (*une insuffisance ponctuelle de résultats constatée sur un mois n'est pas une cause de licenciement* : [Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-43.194](#)).

Enfin, l'insuffisance constatée doit être imputable au salarié. Elle ne pourra être retenue si quoique établie, l'employeur n'a pas mis en œuvre les efforts de formation et/ou d'adaptation adéquats à destination du salarié ([Cass. soc., 16 mai 2018, n° 16-25.689](#)).

Lorsque l'insuffisance professionnelle du salarié à son nouveau poste résulte de l'inadaptation du poste aux capacités physiques du salarié, l'employeur doit respecter les dispositions des articles [L. 1226-2](#) et [L.1226-10](#) du code du travail applicables en matière de licenciement pour inaptitude physique ([Cass. soc., 22 janv. 1991, n° 87-44.321, Bull. civ. V, n° 31](#)).

Les méthodes d'évaluation auxquelles il est recouru le cas échéant doivent en outre avoir un caractère licite ([Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-26.539, Bull. civ. V n° 85](#)).

### **3) LE LICENCIEMENT DOIT ETRE PRECEDE D'UNE RECHERCHE DE RECLASSEMENT**

Cette obligation n'est pas reconnue par le juge judiciaire concernant un salarié ne bénéficiant pas d'une protection spéciale accordée aux salariés titulaires de mandats représentatifs.

Aucune disposition du code du travail n'impose dans un tel cas de figure une recherche préalable de reclassement.

En revanche, la nécessité de procéder à une telle recherche en faveur du salarié protégé s'impose à l'employeur et l'administration doit opérer un contrôle sur l'effectivité et le sérieux de la recherche de reclassement dans l'entreprise ([CE, 27 sept. 1989, n° 91.613, AFOBAT c./ M. Fourcault, Rec. p 469](#) ; [CE, 7 déc. 2009, n° 315.588 M. Grece](#) ; [CE, 8 oct. 2014, n°361.920, Association Orchestre symphonique de Bretagne](#)).

## Fiche 9

# LE LICENCIEMENT POUR INAPTITUDE MEDICALE ET IMPOSSIBILITE DE RECLASSEMENT

L'autorité administrative saisie d'une demande d'autorisation de licenciement pour inaptitude médicale et impossibilité de reclassement, doit s'assurer ([CE, 11 juin 1990, n°84.650 Sté Pornichet-Distribution](#)) :

- de la régularité de la procédure interne à l'entreprise ;
- de la matérialité de l'inaptitude médicale ;
- du caractère réel et sérieux des efforts de reclassement ;
- de l'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale (**CF. FICHE 16**).

En outre, le motif d'intérêt général peut le cas échéant être retenu par l'autorité administrative pour refuser le licenciement (**CF. FICHE 17**).

Par ailleurs, l'article [L. 1243-1](#) du code du travail dispose que l'inaptitude médicalement constatée peut être une cause de rupture d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme (**CF. FICHE 13a**).

Le régime de l'inaptitude médicale a été modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 et le décret n°2017-1698 du 15 décembre 2017.

## 1) LE CONTROLE DE LA MATERIALITE DE L'INAPTITUDE

### 1.1. La portée du contrôle de l'inspecteur du travail

L'inspecteur du travail doit vérifier que l'inaptitude a été constatée par le médecin du travail et que celui-ci a émis un avis d'inaptitude non contesté (*C. trav. art. [R. 4624-45](#)*).

Il ne lui appartient toutefois pas de contrôler les modalités de constatation de l'inaptitude (*Cass. soc., 17 déc. 2014, n° 13-12.277, Bull. Civ. V n°310*). Au demeurant, ce constat s'impose aux parties comme à l'autorité administrative en l'absence de contestation dans les délais et formes légales (*Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-16.549, à paraître au Bulletin*).

Un avis d'aptitude, même assorti de nombreuses contre-indications, ne vaut pas reconnaissance de l'inaptitude (*Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-42.674, Bull. civ. V n°253 ; Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-45.188*).

### 1.2. L'articulation entre la contestation de l'inaptitude médicale et l'instruction de la demande d'autorisation de licenciement

#### 1.2.1. La procédure de contestation de l'avis d'inaptitude médicale

Le régime de la contestation devant le conseil de prud'hommes, issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, est applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

L'avis d'inaptitude s'impose aux parties et aux juges sauf à ce qu'il soit contesté selon la procédure prévue à l'article [L. 4624-7](#) du code du travail, c'est-à-dire en saisissant le conseil des prud'hommes « en la forme des référés » (procédure dénommée « procédure accélérée au fond » à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020) dans les 15 jours de la notification de l'avis d'inaptitude.

Il est expressément prévu que le jugement du conseil des prud'hommes se substitue à l'avis contesté (*C. trav., art. [L. 4624-7 III](#)*).



### 1.2.2. Les conséquences de la contestation sur l’instruction de la demande d’autorisation de licenciement

Lorsque l’inspecteur du travail est saisi d’une demande d’autorisation de licenciement d’un salarié protégé parallèlement à la saisine par l’une des parties d’une contestation devant le conseil de prud’hommes, il lui appartient de rejeter la demande et d’inviter l’employeur à présenter une nouvelle demande, une fois que le conseil de prud’hommes aura statué sur la contestation. L’existence ou l’absence d’une telle contestation doit de ce fait être vérifiée par l’inspecteur du travail lors de son enquête contradictoire.

Lorsque le conseil de prud’hommes statue en la forme des référés, l’ordonnance est exécutoire à titre provisoire (C. trav., art. [R. 1455-12](#)) : par conséquent, en cas d’appel, il appartient à l’inspecteur du travail d’instruire la demande d’autorisation de licenciement, à charge pour lui de vérifier que la décision de la Cour d’appel ne soit pas intervenue durant son délai d’instruction.

### **1.3. L’absence de contrôle de l’inspecteur du travail sur les causes de l’inaptitude**

La reconnaissance de l’inaptitude relève de la compétence exclusive du médecin du travail (C. trav., art. [R. 4624-42](#)).

Il n’entre pas dans le champ de contrôle de l’inspecteur du travail saisi d’une demande d’autorisation de licenciement pour inaptitude d’un salarié protégé d’apprécier les causes de l’inaptitude médicalement constatée ([CE, 20 nov. 2013, n° 340.591, Rec. p. 298](#) ; [Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-20.301, Bull. Civ. V n°286](#)).

Une décision administrative autorisant ou refusant le licenciement d’un salarié sur ce point sera donc entachée d’illégalité ([CAA Nantes, 14 avr. 2011, n° 09NT01319, Mme Fidelin](#) ; [CAA Bordeaux, 28 févr. 2012, n°11BX01672, Artigny](#)). Néanmoins, cela ne prive pas l’autorité administrative de l’usage de son pouvoir d’appréciation de l’existence d’un éventuel lien entre la demande d’autorisation de licenciement et les mandats exercés ([CE, 21 sept 2016, avis n°396.887, Plessis, Rec. p.393](#) ; [CE 29 mai 2017, n°393.280, Sté Financière Honoré](#) ; **CF. FICHE 16**).

Le salarié protégé reconnu inapte licencié après autorisation administrative et qui se prévaudrait de ce que son inaptitude aurait pour origine un manquement de l’employeur à son obligation de sécurité, et notamment en cas de harcèlement, doit alors saisir le juge judiciaire pour faire valoir tous les droits résultant de l’origine de son inaptitude ([CE, 20 nov. 2013, n° 340.591, Mme Capbern, Rec. p. 298](#) ; [Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-20.301, Bull. Civ. V n°286](#) ; [Cass. Soc., 15 avr. 2015, n° 13-21.306, Bull. civ. V n° 78](#) ; [Cass. Soc., 7 déc. 2016, n° 15-18.517 et 15-21.782](#) ; [Cass. Soc., 29 juin 2017, n°15-15.775, à paraître au Bulletin](#) ; [Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-17.985, à paraître au Bulletin](#)).

## **2) L’OBLIGATION DE RECLASSEMENT**

### **2.1. Les cas d’exonération de l’obligation de reclassement**

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, l’employeur est dispensé de rechercher un reclassement dès lors que l’avis d’inaptitude mentionne expressément :

- soit que « *tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé* » (C. trav., art. [L. 1226-2-1](#) [relatif à l’inaptitude d’origine non professionnelle] et [L. 1226-12](#) [relatif à l’inaptitude d’origine professionnelle]) ;

- soit que « *l’état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi* » (C. trav., article. [L. 1226-2-1](#)) ou « *(...) dans l’emploi* » (C. trav., art. [L. 1226-12](#)).

Par voie de conséquence, l’employeur est dispensé de l’obligation de consulter le CSE sur les possibilités de reclassement (C. trav., art. [L. 1226-2](#) et [L. 1226-10](#) ; [CA Riom, 3 avr. 2018, n°16/011261](#)) et de notifier au salarié les motifs s’opposant à son reclassement (C. trav., art. [L. 1226-2-1](#) et [L. 1226-12](#)).

Ce principe d'exonération ne vaut pas si le médecin du travail a entendu modifier la portée de l'une de ces mentions légales, par exemple en limitant l'exonération au seul périmètre de l'entreprise lorsque celle-ci appartient à un groupe. Il en va de même lorsque le salarié est déclaré inapte à tout poste dans l'entreprise ([CE, 13 juin 2018, n°402.914, Sté Aldi](#)). Dans ces deux cas, une recherche de reclassement doit être effectuée au sein du groupe.

## **2.2. Les règles applicables à la recherche de reclassement**

### **2.2.1. Le périmètre de la recherche de reclassement**

L'employeur doit rechercher un autre emploi « *au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel elle appartient le cas échéant, situées sur le territoire national et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel* » (C. trav., art. [L. 1226-2](#) et [L. 1226-10](#)).

Lorsque l'entreprise n'appartient pas à un groupe, le reclassement doit être recherché parmi les emplois disponibles dans l'entreprise, dans tous les secteurs de l'entreprise, au sein de tous les établissements de l'entreprise situés sur le territoire national.

Conformément à l'article [L. 1233-3 du code du travail](#), la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article [L. 233-1](#), aux I et II de l'article [L. 233-3](#) et à l'article [L. 233-16](#) du code de commerce.

Selon les dispositions applicables, ce contrôle est caractérisé par :

- Soit en application de l'article [L. 233-1](#) du code de commerce, la possession par une société de plus de la moitié du capital d'une autre société;
- Soit en application de l'article [L. 233-3](#) I et II, lorsque toute personne morale ou physique :
  - détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;
  - dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;
  - détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;
  - est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société ;
- Soit en application de l'article [L. 233-16](#) du code de commerce, lorsque les sociétés commerciales contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises. Ce contrôle exclusif est déterminée par détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise, par la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ou par le droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet. Le contrôle conjoint est caractérisé par le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.

Une société est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Conformément aux dispositions de l'article [L.233-8](#) du code de commerce et sauf dispense, les sociétés par actions doivent, au moins une fois par an, informer leurs actionnaires du nombre total des droits de vote existant dans la société.

Dans le cadre de la consultation annuelle du CSE sur la situation économique et financière de l'entreprise, pour toutes les sociétés commerciales, l'employeur met à disposition du comité, les documents obligatoirement transmis annuellement à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée des associés (*C. trav. art. [L. 2312-25](#)*). Par ailleurs, à défaut d'accord, un mois après chaque élection du CSE, l'employeur lui communique une documentation économique et financière précisant notamment la position de l'entreprise au sein du groupe et la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital et la position de l'entreprise dans la branche d'activité à laquelle elle appartient (*C. trav. art. [L.2312-57](#)*).

### 2.2.2. Les modalités de la recherche de reclassement

L'employeur doit justifier qu'il a effectué des démarches précises pour parvenir au reclassement du salarié, notamment pour envisager des adaptations ou transformations de postes de travail ou un aménagement du temps de travail (*Cass. soc., 6 janv. 2010, n°08-44.177, Bull. civ. V n°1 ; Cass. soc., 17 mai 2016, n° 14-25.738*).

Un simple échange de courriers entre l'entreprise et les autres sociétés du groupe se soldant par une réponse négative n'est pas toujours suffisant pour considérer que l'employeur s'est acquitté de son obligation de recherche de reclassement à l'égard du salarié protégé. Il est souhaitable que l'employeur, qui adresse un courrier aux entreprises du groupe, y joigne l'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail. L'obligation de reclassement n'est pas remplie lorsque l'employeur s'est borné à adresser aux sociétés du groupe un courriel circulaire ne comportant aucune indication relative notamment à l'ancienneté et au niveau de compétence du salarié (*Cass. soc., 21 nov. 2012, n°11-23.629*).

L'employeur doit prendre en compte les conclusions écrites du médecin du travail et les indications formulées par ce dernier sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise, y compris au moyen d'une action d'adaptation (*Cass. soc., 2 juin 2010 n° 08-45.020*). Il doit au besoin solliciter les propositions du médecin (*Cass. soc., 9 mai 1995, n° 91-43.749, Bull. civ. V n° 149 ; Cass. soc., 9 mai 1995, n° 91-43.534*) et peut limiter ses recherches en fonction des préconisations de ce dernier (*Cass. soc., 24 juin 2015, n° 13-27.875*). Seules les recherches de reclassement postérieures au dernier avis émis par le médecin du travail peuvent être prises en considération pour apprécier le respect par l'employeur de son obligation (*Cass. soc., 26 nov. 2008, n° 07-44.061, Bull. civ. V n° 231*).

En cas de contestation par le salarié de la compatibilité du poste de reclassement proposé avec les recommandations du médecin, ce dernier doit être à nouveau consulté (*Cass. soc., 6 févr. 2008, n° 06-44.413, Bull. civ. V n° 33 ; Cass. soc., 22 juin 2017, n°16-10 267*). Si les réponses apportées par le médecin du travail postérieurement au constat d'inaptitude, sur les possibilités éventuelles de reclassement du salarié déclaré inapte concourent à la justification par l'employeur de l'impossibilité de remplir cette obligation, elles ne le dispensent pas de toute recherche de reclassement (*Cass. soc., 11 janv. 2017, n° 15-22.485 ; Cass. soc., 3 mai 2018, n° 17-10.234 ; Cass. soc., 24 oct. 2018, n° 17-17.836*).

L'employeur peut tenir compte de la position du salarié pour restreindre le périmètre des recherches de reclassement (*Cass. soc., 23 nov. 2016, n° 14-26.398, à paraître au Bulletin ; Cass. soc., 23 nov. 2016, n° 15-18.092, à paraître au Bulletin*).

Si le fait de ne pas proposer au salarié les postes par écrit ne suffit pas à en déduire que l'employeur n'a pas respecté son obligation de reclassement (*Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-28.314, Bull. civ. V n° 1111 ; Cass. soc., 8 juin 2017, n° 15-29.419*), il lui appartient en tout état de cause de démontrer la réalité de la proposition de poste.

L'obligation de notification par écrit par l'employeur des motifs s'opposant au reclassement, prévue par les articles [L. 1226-2-1](#) et [L. 1226-12](#) du code du travail, ne s'impose que lorsqu'aucune offre de reclassement n'a été proposée et non pas quand le salarié a refusé les offres qui lui ont été présentées ; cette formalité doit être accomplie avant que soit engagée la procédure de

licenciement ([CE, 22 avr. 1992, n° 96.412, M. Bettache](#) ; [Cass. soc., 20 mars 2013, n°12-15.633](#) ; [Cass. soc., 11 janv. 2017, n° 15-19.959](#)). Le constat de l'absence de notification au salarié des motifs s'opposant au reclassement doit conduire l'inspecteur du travail à refuser le licenciement sollicité au motif de l'insuffisance de l'effort de reclassement.

### 2.2.3. La consultation du comité social et économique

Lorsqu'il est mis en place, le comité social et économique doit être consulté sur les propositions de reclassement, quel que soit l'origine de l'inaptitude, et que l'employeur soit en mesure ou non de proposer un poste de reclassement (*C. trav.*, art. [L. 1226-2](#) et [L. 1226-10](#) ; [Cass. soc., 11 mai 2016, n°14-12.169, Bull. civ. V, n°1322](#)). Est visé tout comité social et économique mis en place en application des dispositions de l'article [L. 2311-2](#) du code du travail.

Il n'est pas possible de substituer à la consultation du comité celle d'un représentant d'une organisation syndicale ([Cass. soc., 21 févr. 1990, n° 88-42.125, Bull. civ. V n° 72](#)).

L'employeur ne saurait se soustraire à l'obligation de consulter le CSE dès lors que la mise en place de cette institution est obligatoire en application de l'article [L. 2312-2](#) du code du travail et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi ([Cass. soc., 15 avr. 2015, n° 13-26.856](#) ; [Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-41.685, Bull. civ. V n° 192](#) ; [Cass. soc., 20 oct. 2016, n° 15-14.890](#)).

L'employeur doit consulter le CSE après que l'inaptitude du salarié a été constatée (*C. trav.*, art. [R. 4624-42](#) ; [Cass. soc., 30 nov. 2016, n° 15-12.255](#)) et avant une proposition effective à l'intéressé d'un poste de reclassement approprié à ses capacités ([Cass. soc., 28 oct. 2009, n° 08-42.804, Bull. civ. V n° 235](#) ; [Cass. soc., 25 mars 2015, n° 13-28.229, Bull. civ. V n° 61](#)).

Une nouvelle consultation du CSE n'est cependant pas obligatoire lorsque, après le refus par le salarié d'une première offre de reclassement, l'employeur lui présente une nouvelle proposition ([Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 98-43.326](#) ; [Cass. soc., 21 sept. 2011, n°10-30.129](#)).

L'employeur qui ne consulte pas le CSE lors de la première proposition de reclassement, refusée par le salarié, puis le consulte avant la seconde proposition (elle aussi refusée) ne faillit pas à ses obligations ([Cass. Soc., 16 mars 2016, n°14-13.986](#) ; [CE, 27 févr. 2019, n°417.249, Sté Eurovia Grands Travaux, mentionné aux Tables](#)). La consultation doit également intervenir avant que la procédure de licenciement ne soit engagée ([Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 07-44.307, Bull. civ. V n° 109](#)), c'est-à-dire avant la convocation du salarié inapte à l'entretien préalable ([Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-13.986](#) ; [Cass. soc., 10 avr. 2019, n°18-11.930](#)).

En cas d'impossibilité de reclassement, la consultation du CSE peut-être postérieure au courrier informant le salarié des motifs s'opposant à son reclassement ([Cass. soc., 22 nov. 2017, n°16-19.437](#)).

L'employeur doit fournir au CSE toutes les informations nécessaires quant à l'état de santé du salarié et la recherche de reclassement du salarié inapte ([Cass. soc., 15 déc. 2015, n° 14-14.688](#)). A défaut de mettre à même le CSE d'être en possession de tous les éléments nécessaires pour lui permettre de donner un avis en connaissance de cause, la consultation est irrégulière ([Cass. soc., 7 déc. 2017, n°16-19.890](#) ; [Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 02-41.046, Bull. civ. V n° 209 p. 194](#) ; [Cass. soc., 16 sept. 2015, n° 14-15.440](#) ; [Cass. soc., 8 févr. 2017, n° 15-22.341](#)).

Par conséquent, s'agissant des salariés protégés, le non-respect de cette garantie de fond ôte tout caractère sérieux aux efforts de reclassement de l'employeur.

#### 2.2.4. Le contenu de l'offre

Que l'inaptitude soit d'origine professionnelle ou non, l'employeur a l'obligation de proposer au salarié un autre emploi approprié à ses capacités (C. trav. art. [L. 1226-2](#) et [L. 1226-10](#)). A cet effet, il doit procéder à une recherche loyale et complète des possibilités de reclassement ([Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 2011, n°10-20.123](#) ; [Cass. soc., 6 juill. 2017, n°16-10.539](#)).

L'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi, en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail (C. trav., art. [L. 1226-2-1](#), al. 3 et [L. 1226-12](#), al. 3).

L'offre doit être sérieuse, précise et personnalisée ([Cass. soc., 10 déc. 2002, n° 00-46.231](#), [Bull. civ. V n° 375](#) ; [Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-16.477](#)). L'emploi doit être aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, aménagements, adaptations ou transformations de poste de travail ou aménagement du temps de travail (C. trav., art. [L. 1226-2](#) et [L. 1226-10](#)).

La recherche de reclassement vise les postes disponibles et n'implique pas l'obligation pour l'employeur d'imposer à un autre salarié la modification de son contrat de travail ([Cass. soc., 8 févr. 2017, n° 15-22.992](#)).

Lorsqu'un poste compatible avec les capacités du salarié s'est libéré à l'occasion des recherches de reclassement, il doit être proposé au salarié, sauf si l'employeur démontre que ce poste ne correspond ni à sa qualification ni à ses capacités ([Cass. soc., 25 févr. 2009, n° 07-42.412](#)).

Le caractère temporaire d'un poste n'interdit pas de proposer celui-ci en reclassement. Le reclassement doit être recherché parmi tous les postes disponibles dans l'entreprise y compris parmi les postes qui ne sont disponibles que temporairement ([Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-24.456](#) ; [Cass. soc., 10 févr. 2016, n° 14-16.156](#)).

A défaut de recherche préalable d'un poste équivalent, l'inspecteur du travail est tenu de refuser le licenciement sollicité ([CE, 15 juin 1998, n° 171.476](#), [Onet propreté](#)).

En outre, si l'employeur doit assurer l'adaptation du salarié à son poste, il n'est pas tenu de proposer au salarié un poste qui nécessite une formation de base différente de la sienne et relevant d'un autre métier ([Cass. soc., 16 mars 2016, n° 13-25.927](#) ; [Cass. soc., 5 oct. 2016, n° 15-18.884](#) ; [Cass. soc., 11 mai 2016, n° 14-12.169](#), [Bull. civ. V n° 1322](#)).

Si le manquement de l'employeur à son obligation d'assurer l'adaptation du salarié à son emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations en application de l'article [L. 6321-1](#) du code du travail, cause au salarié un préjudice spécifique, cela n'a pas pour effet de priver de cause réelle et sérieuse le licenciement ([Cass. soc., 5 juin 2013, n° 11-21.255](#), [Bull. civ. V n° 146](#) ; [Cass. soc., 12 sept. 2018, n°17-14257](#)). Par conséquent, un tel manquement ne pourra pas fonder une décision de refus d'autorisation de licenciement.

#### 2.2.5. Les conséquences du refus du salarié

Le salarié peut refuser la proposition de reclassement de l'employeur, que le nouveau poste entraîne une modification de son contrat de travail ([Cass. soc., 9 avr. 2008, n°07-41.105](#)) ou un simple changement de ses conditions de travail ([Cass. soc., 26 janv. 2011, n° 09-43.193](#) [Bull. civ. V n° 32](#)). L'employeur peut procéder au licenciement pour inaptitude médicale et impossibilité de reclassement, et non pas pour un motif disciplinaire ([Cass. soc., 9 avr. 2002, n° 99-44.192](#), [Bull. civ. V n° 122](#) ; [Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 09-66.687](#), [Bull. civ. V n° 271](#)).

## Fiche 10

### AUTRES MOTIFS

La présente fiche a pour objet d'exposer les modalités du contrôle exercé par l'autorité administrative sur les autres cas de motifs personnels de licenciement que sont :

- le licenciement pour nécessité de remplacement d'un salarié absent pour maladie ;
- le défaut de titre, d'autorisation ou d'habilitation administrative requis pour exercer une activité professionnelle ;
- le licenciement à la suite d'un refus de transfert du contrat de travail en application des dispositions de l'article [L. 1224-3](#) du code du travail.

#### **1) LE LICENCIEMENT POUR NECESSITE DE REMPLACEMENT D'UN SALARIE ABSENT POUR MALADIE**

Si l'article [L. 1132-1](#) du code du travail fait interdiction de licencier un salarié, notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié.

Lorsqu'il est saisi d'une demande d'autorisation de licenciement, motivée par les perturbations résultant des absences pour maladie du salarié, l'inspecteur du travail doit contrôler :

- la régularité de la procédure interne légale (l'entretien préalable et consultation du comité social et économique lorsque la nature du mandat le requiert) et le cas échéant conventionnelle ou prévue par le règlement intérieur de l'entreprise ([CE, 2 mars 2011, n° 325.754, Mme Malidor c/Sté Air France, Tables p. 1182](#) : dispositions du règlement du personnel au sol de la société Air France portant sur la consultation préalable des délégués du personnel en cas de procédure de licenciement pour absences répétées) ;
- le respect des clauses conventionnelles de garantie d'emploi ;
- si, eu égard à la nature des fonctions de l'intéressé et aux règles applicables à son contrat, ses absences apportent au fonctionnement de l'entreprise des perturbations suffisamment graves que l'employeur ne peut pallier par des mesures provisoires et qui sont dès lors de nature à justifier le licenciement en vue de son remplacement ([CE, 6 mars 1987, n° 72.341, Sté « Les Terreaux de France », Tables p 977](#) ; [CE, 21 sept. 1990, n° 95.026, Sté Stein Fasel Tables p.1017](#) ; [CE, 9 mars 2016, n° 378.129, Mme Legros c/Fédération française d'éducation physique et de gymnastique volontaire \(FFEPGV\), Tables p.982](#)) ;
- l'absence de lien avec le mandat.

Le motif d'intérêt général peut en outre être retenu pour refuser le licenciement (**CF. FICHE 17**).

##### **1.1. Le respect des clauses conventionnelles de garantie d'emploi en cas de maladie**

Lorsqu'une convention collective prévoit une garantie d'emploi, l'application de cette clause doit être contrôlée par l'inspecteur du travail ([CE, 13 mars 1992, n° 100.756, Association L'Hôpital Belle Isle, Tables p.1347](#)). La méconnaissance par l'employeur de la durée d'absence du salarié,



objet de la garantie conventionnelle d'emploi, prive la mesure de licenciement de tout bien-fondé ([Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-11.052, Bull. civ. V n° 171](#) ; [Cass. soc., 23 janv. 2013, n° 11-28.303](#)).

Les périodes d'absence pour maladie ne peuvent, dès lors, justifier un licenciement que si leur total excède la durée du délai de garantie d'emploi prévu par la convention collective. Toutefois, l'expiration du délai d'application de la garantie d'emploi, fixé par la convention collective, ne constitue pas, à elle seule, une cause de licenciement ([Cass. soc., 19 juin 2001, n° 99-41.677](#)). Elle ne saurait donc entraîner automatiquement l'autorisation de licenciement du salarié protégé.

### **1.2. L'existence de perturbations suffisamment graves au fonctionnement de l'entreprise, impliquant un remplacement définitif du salarié**

Un salarié ne peut être licencié que si, eu égard à la nature de ses fonctions et des règles applicables à son contrat, ses absences apportent au fonctionnement de l'entreprise des perturbations suffisamment graves que l'employeur ne peut pallier par des mesures provisoires et qui sont dès lors de nature à justifier le licenciement en vue de son remplacement définitif par le recrutement d'un autre salarié ([CE, 9 mars 2016, n° 378.129, Mme Legros c/Fédération française d'éducation physique et de gymnastique volontaire \(FFEPGV\), Tables p. 982](#)).

La gravité des perturbations s'apprécie non pas au niveau du service auquel appartient le salarié mais au niveau de l'entreprise ([Cass. soc. 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-17.101](#) ; [Cass. soc. 26 juin 2018, n° 15-28.868](#)).

L'inspecteur du travail doit apprécier la gravité des perturbations invoquées par l'employeur, en tenant compte, notamment :

- des conditions de fonctionnement de l'entreprise au regard de l'effectif ; de la nature des fonctions exercées par le salarié et des règles applicables à son contrat de travail ([CE, 27 mars 1992, n° 104.460, Sté « Graines d'Elite Clause » Tables p.1347](#) ; [CE, 9 mars 2016, n° 378.129, Mme Legros c/Fédération française d'éducation physique et de gymnastique volontaire \(FFEPGV\), Tables p. 982](#)) ;
- de la possibilité de le remplacer provisoirement, par le recours à des salariés employés temporairement ou par une modification de la répartition des tâches. La nécessité d'un remplacement définitif du salarié absent implique l'impossibilité de le remplacer provisoirement, par le recours à des salariés employés temporairement ou par une modification de la répartition des tâches ([Cass. soc. 30 avr. 2014, n° 13-11.533](#)).

Il n'est pas exigé que le salarié recruté pour cause de remplacement définitif occupe le poste du salarié licencié ; en effet, le remplacement « en cascade » est admis ([Cass. soc., 26 sept. 2007, n° 06-44.146](#) ; [Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-46233](#) ; [Cass. soc., 26 janv. 2011, n° 09-71907](#) ; [Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-13.133](#)).

En revanche, le remplacement définitif s'entend par l'embauche d'un nouveau salarié dans son emploi, ce qui exclut le recours à :

- une entreprise de prestation de services pouvant conduire à une suppression d'emploi relevant du domaine du licenciement économique ([Cass. Ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-43.334, Bull. A.P. n° 3](#)) ;
- un stagiaire ([Cass. soc. 22 oct. 1996, n° 93-44.697](#)) ;
- un travailleur temporaire ou un salarié embauché en contrat à durée déterminée ([Cass. soc., 7 juill. 2009, n° 08-42.957](#) ; [Cass. soc. 20 mai 2009, n° 08-40.432](#)) ;
- à un collègue, sans rechercher si un salarié avait été engagé pour occuper les fonctions du salarié remplaçant la salariée licenciée ([Cass. soc., 10 avr. 2019, n° 17-25.931](#)).

Pour que le licenciement soit justifié, le remplacement définitif doit intervenir :

- soit avant le licenciement, mais à une époque proche de celui-ci ([Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-21.682](#) ; [Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.879 Bull. civ.V n° 186](#)) ou au jour du



licenciement, même si le contrat vient à être rompu au cours de la période d'essai ([Cass. soc., 15 févr. 2011, n° 09-42.580](#)) ;

- soit après le licenciement, dans un délai raisonnable ([Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-44.712](#)).

Ce délai est apprécié en tenant compte des spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné, ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue d'un recrutement ([Cass. soc., 10 nov. 2004, n° 02-45.156, Bull. civ. n° 283](#)). Il appartient à ce dernier d'en apporter la preuve ([Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-48.192, Bull. civ. V n° 343](#)).

## **2) LE DEFAUT DE TITRE, D'AUTORISATION OU D'HABILITATION ADMINISTRATIVE REQUIS POUR EXERCER UNE ACTIVITE PROFESSIONNELLE**

L'exécution de la prestation de travail peut parfois s'avérer impossible, le salarié ne remplissant pas l'une ou plusieurs des conditions indispensables pour occuper son poste de travail : il en est ainsi, par exemple, du défaut de titre professionnel requis, considéré en soi comme une cause réelle et sérieuse de licenciement par le juge judiciaire ([Cass. soc., 3 févr. 2004, n° 01-44.448](#)). Dans un tel cas, le licenciement n'est pas regardé comme reposant sur une cause économique mais sur un motif inhérent à la personne du salarié.

### **2.1. Les cas où la loi subordonne l'activité à la possession d'un titre professionnel, d'une autorisation ou d'une habilitation administrative**

#### 2.1.1. Les différents cas

Sont soumises à la procédure spéciale les ruptures du contrat de travail des salariés protégés résultant de l'un des motifs suivants :

- *Le non-renouvellement de l'autorisation requise pour l'exploitation de jeux :*

Les dispositions des articles [R. 321-36-2](#) et [R. 321-36-3](#) du code de la sécurité intérieure prévoient que le retrait de l'agrément, délivré par le ministre de l'intérieur à toute personne employée dans les salles de jeux, fait obstacle à la poursuite des fonctions de l'intéressé à l'intérieur de la salle de jeux ou à la poursuite de ses fonctions de caissier.

Si le retrait d'agrément est susceptible de justifier la résiliation du contrat de travail d'un salarié protégé employé dans un casino, l'employeur doit mettre en œuvre la procédure spéciale de licenciement pour les salariés protégés ([Cass. soc., 6 juin 2000, n° 98-42.867, Bull. V n° 217](#)).

- *Le retrait de l'habilitation pour travailler dans une zone aéroportuaire :*

S'agissant d'un tel retrait, il a été jugé que la situation résultant de ce retrait, opéré en raison du comportement du salarié titulaire de l'habilitation ne constitue pas, en soi, un cas de force majeure ([Cass. soc., 13 nov. 2007, n° 06-41.717](#)).

Cependant, un tel retrait rend impossible l'exécution du contrat de travail par le salarié et dans de telles circonstances, aucune obligation légale de reclassement ne pèse sur l'employeur ([Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-13.199, à paraître au Bulletin](#)).

- *Le retrait d'agrément :*

L'exercice d'une activité privée de surveillance et de gardiennage est soumis à des conditions dont le respect est attesté par la détention d'une carte professionnelle. Cette carte professionnelle peut être retirée lorsque son titulaire cesse de remplir l'une des conditions prévues à l'article [L. 612-20](#) du code de la sécurité intérieure.

De même, l'exercice des fonctions de contrôleur technique est soumis à un agrément préfectoral dont la suspension peut entraîner la rupture du contrat de travail ([Cass. soc., 14 nov. 2018, n° 17-11.448](#)).

### 2.1.2. La nature du contrôle opéré par l'inspecteur du travail

Dans le cas où la demande d'autorisation de licenciement est motivée par la circonstance que le salarié ne remplit pas les conditions légalement exigées pour l'exercice de l'emploi pour lequel il a été embauché, il appartient à l'inspecteur du travail de vérifier ([CE, 15 déc. 2010, n°329.674, ministre d'Etat, ministre de l'Ecologie, de l'Energie, du développement durable et de la Mer, Tables p. 1005](#)) :

- que le motif avancé est établi et justifie le licenciement ;
- que la demande d'autorisation de licencier est sans lien avec le ou les mandats détenus.

En outre, le motif d'intérêt général peut, le cas échéant, être retenu par l'autorité administrative pour refuser le licenciement.

### **2.2. Le cas particulier du retrait du permis de conduire**

Aucune clause du contrat de travail ne peut valablement mentionner qu'une circonstance quelconque, telle que le retrait du permis de conduire, constitue en elle-même une cause de licenciement ([Cass.soc., 12 févr. 2014, n°12-11.554, Bull. civ. V n°49](#)).

Le fait de commettre dans sa vie personnelle, hors du temps de travail, une infraction entraînant la suspension ou le retrait du permis de conduire, ne saurait être regardé comme une méconnaissance des obligations découlant du contrat de travail et ne peut donc justifier un licenciement pour motif disciplinaire ([Cass. soc., 3 mai 2011, n°09-67.464 Bull. V n° 105](#) ; [Cass. soc., 24 oct. 2018, n°17-16.099](#)).

Toutefois, l'employeur peut procéder à un licenciement personnel non disciplinaire, fondé sur le trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise, lorsque le retrait de permis rend impossible l'exécution du contrat de travail ([Cass.soc., 9 nov. 2017, n°16-14.407](#) ; **CF. FICHE 6**).

S'agissant d'un salarié ayant fait l'objet d'une suspension du permis de conduire pour une durée de trente mois, il a été jugé que celle-ci n'avait pas pour effet de rendre impossible l'exécution du contrat de travail dès lors que la possession du permis de conduire n'avait été ni une cause déterminante de l'embauche, ni une clause substantielle de son contrat. Au surplus, la qualification de l'intéressé, employé comme manutentionnaire magasinier, n'impliquait pas la conduite habituelle de véhicules ([CE, 4 déc. 1987, n° 62.715, Sté l'Entreprise Industrielle, Tables p. 978](#)).

A l'inverse, dès lors que la possession d'un véhicule est exigée par le contrat de travail du salarié, qu'elle est nécessaire à son activité professionnelle et que le salarié ne dispose plus de son véhicule, notamment à la suite d'une saisie, ce manquement à son obligation contractuelle rend impossible la poursuite du contrat ([Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-15.379, à paraître au Bulletin](#)).

Le contrôle de l'inspecteur du travail doit porter sur :

- Le respect de la procédure interne à l'entreprise ;
- La matérialité du défaut de titre ou de qualité et son incidence sur l'emploi exercé ;
- Le respect des dispositions conventionnelles relatives à la recherche de reclassement du salarié dans l'entreprise ;
- L'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale ;

Le motif d'intérêt général peut en outre être retenu pour refuser le licenciement (**CF. FICHE 17**).

Par ailleurs, le retrait de permis pour des infractions commises pendant le temps de travail peut justifier un licenciement pour motif disciplinaire. Ainsi, l'employeur peut licencier pour faute le salarié dont le permis a été retiré pour des faits de conduite, en état d'ébriété, pendant le temps de travail ([Cass. soc., 30 sept. 2013, n°12-17.182](#)).

### 3) LE LICENCIEMENT A LA SUITE DU REFUS D'UN TRANSFERT DE CONTRAT DE TRAVAIL EN APPLICATION DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE L. 1224-3 DU CODE DU TRAVAIL

Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à celle-ci de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée, selon la nature du contrat dont ils sont titulaires (*C. trav., art. L. 1224-3 ; Cass. soc., 8 déc. 2016, n° 15-17.176, à paraître au Bulletin*). Le refus par ces derniers entraîne la rupture de plein droit du contrat, laquelle produit les effets du licenciement (*Cass. soc., 10 janv. 2017, n° 15-14.775, à paraître au Bulletin ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-18.481, à paraître au Bulletin*).

La rupture du contrat de travail d'un salarié protégé faisant suite à son refus d'accepter le contrat qui lui est proposé en application de l'article [L. 1224-3](#) est soumise à l'ensemble de la procédure prévue en cas de licenciement d'un salarié protégé et, dès lors, subordonnée à l'obtention de l'autorisation administrative préalable (*CE, 6 juill. 2018, n° 391.860, N..., Rec. p. 257*).

A ce titre, il appartient à l'inspecteur du travail de vérifier (*CE, 6 juill. 2018, n° 391.860, Mme E..., Rec. p. 257*) :

- que la procédure interne préalable au licenciement a été respecté par l'employeur;
- que les conditions légales de cette rupture sont remplies, notamment le respect par le nouvel employeur de son obligation de proposer au salarié une offre reprenant les clauses substantielles de son contrat antérieur, sauf si des dispositions régissant l'emploi des agents publics y font obstacle ;
- que la mesure envisagée n'est pas en rapport avec les fonctions exercées par l'intéressé ou avec son appartenance syndicale.

Le motif d'intérêt général peut en outre être retenu pour refuser le licenciement (**CF. FICHE 17**).

S'agissant du niveau de la rémunération proposée, la personne publique ne peut justifier l'offre d'une rémunération inférieure à celle dont le salarié bénéficiait précédemment au seul motif que celle-ci dépasserait, à niveaux de responsabilité et de qualification équivalents, celle des agents en fonction dans l'organisme d'accueil à la date du transfert ; en revanche, les dispositions légales font obstacle à ce que soient reprises des clauses impliquant une rémunération dont le niveau, même corrigé de l'ancienneté, excéderait manifestement celui que prévoient les règles générales fixées, le cas échéant, pour les agents non titulaires de la personne publique (*CE, 25 juill. 2013, n°355.804, Centre hospitalier général de Longjumeau Tables p.648*).

## Fiche 11a

# LE REFUS DE MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL OU DES CONDITIONS DE TRAVAIL

A la problématique modification substantielle/modification non substantielle, le juge judiciaire a substitué une approche distinguant la modification du contrat de travail du changement des conditions de travail ([Cass. soc., 10 juill. 1996, n°93-40.966, Bull. Civ. V n°278](#)).

Le Conseil d'Etat a rapproché sa jurisprudence relative à la protection des représentants du personnel de celle de la Cour de cassation ([CF. 10 mars 1997, n°170.114, Vincent, Rec. p.76](#) ; [CE, 18 juin 1997, n°160.961, Union de](#) [tes de Lille, Tables p.1108](#) ; [CE, 27 juin 1997, n°163.522, Valadou](#)).

## 1) LA DISTINCTION ENTRE MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL ET CHANGEMENT DES CONDITIONS DE TRAVAIL

### 1.1. La modification du contra

#### 1.1.1. Objet

Le salarié est en droit de refuser une modification de son contrat de travail et son refus, qui ne constitue pas une faute, ne peut justifier à lui seul un licenciement.

Ce principe ne fait toutefois pas obstacle à la possibilité pour l'employeur d'envisager un licenciement. L'employeur doit alors invoquer le motif (économique, disciplinaire, ou autre motif personnel) à l'origine du projet de modification du contrat de travail. Ainsi, s'agissant du motif disciplinaire, cette modification peut être la conséquence d'une sanction disciplinaire refusée par le salarié ([Cass. soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033, Bull. Civ. V n° 320](#) ; [Cass. soc., 2 mars 2010, n° 08-44.902](#) ; **cf. également : 3.1.2 et 3.2.1**).

Sont concernés les éléments qui sont de l'essence du contrat de travail, au nombre desquels figurent :

- des éléments contractuels par nature :
  - la rémunération (niveau et structure)
  - la qualification, le salarié ne pouvant se voir confier des tâches ne relevant pas de celle-ci
  - la durée du travail
- des éléments contractualisés du fait de la volonté des parties.

Une forte réduction de l'étendue des fonctions et du niveau de responsabilité du salarié, même sans que la rémunération ou la qualification soient affectées, constitue une modification du contrat de travail ([Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-70.446](#) ; [Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71.824](#) ; [Cass. soc., 26 oct. 2011, n° 10-19.001, Bull. Civ. V n° 241](#) ; [Cass. soc., 29 janv. 2014, n° 12-19.479, Bull. Civ. V n° 34](#) ; [Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-28.894](#)). La création d'un échelon intermédiaire n'empporte pas nécessairement à elle seule une telle modification ([Cass. soc., 19 oct. 2016, n° 15-12.957](#)).

Le changement d'employeur, hors le cas particulier du transfert d'activité par application de l'article [L 1224-1](#) du code du travail (**CF. FICHE 15**), constitue une novation du contrat de travail,

non soumise à la procédure prévue par l'article [L. 1222-6](#), qui ne peut résulter que d'une acceptation expresse du salarié ([Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-45.836, 06-45.837, 06-45.838 et 06-45.840](#) ; [Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 08-41.046, Bull. civ. V n° 104](#)). Tel est également le cas d'une mutation du salarié dans une autre société au sein du groupe ([Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-42.580, Bull. Civ. V n° 120](#) ; [Cass. soc., 19 mai 2016, n° 14-26.556, à paraître au Bulletin](#)).

Les modalités du changement d'employeur par transfert conventionnel sont examinées dans la fiche 15 de la présente circulaire.

De même, constituent une modification du contrat de travail :

- l'insertion de clauses contractuelles nouvelles (clause de non-concurrence, clause de mobilité, clause d'exclusivité, .....)
- la mise à disposition du salarié, dès lors qu'en application des dispositions de l'article [L. 8241-2](#) du code du travail, la mise en œuvre d'une convention de prêt de main d'œuvre à but non lucratif est soumise à son accord et nécessite la conclusion d'un avenant à son contrat de travail.

Même conclu pour une durée limitée, un avenant au contrat de travail modifiant les fonctions, la rémunération d'un salarié constitue une modification de son contrat de travail ([Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 03-46.698, Bull. civ. V n° 5](#)). Il en est de même d'une modification du temps de travail ([Cass. soc., 5 avr. 2006, n° 04-43.180, Bull. civ. V n° 143](#) ; [Cass. soc., 8 mars 2007, n° 04-43.580](#)). Toutefois, dans le cas d'un avenant contractuel prévoyant, en application des dispositions de l'article [L. 3123-22](#) du code du travail, la réalisation d'un complément d'heures à titre temporaire par un salarié à temps partiel, le retour à la situation antérieure à l'issue de cette période ne peut être regardé comme modifiant son contrat de travail.

#### 1.1.2. Contrat de travail et accord collectif

##### 1.1.2.1. *Entrée en vigueur d'un nouvel accord collectif*

Un nouvel accord collectif ne peut pas modifier, sans l'accord des salariés concernés, les droits qu'ils tiennent de leur contrat de travail ([Cass. soc., 25 févr. 1998, n°95-45.171, Bull. civ. V n° 104](#) ; [Cass. soc., 14 mai 1998, n°96-43.797, Bull. civ. V n° 251](#) ; [Cass. soc., 27 juin 2002, n°00-42.646, Bull. civ. V n° 222](#) ; [Cass. soc., 10 févr. 2016, n°14-26.147, Bull. civ. V n° 877](#)). Ainsi, une convention collective ne peut modifier le salaire contractuel que dans un sens plus favorable ([Cass. soc., 27 janv. 1999, n°96-43.342, Bull. civ. V n° 43](#) ; [Cass. soc., 13 nov. 2001, n°99-42.978, Bull. civ. V n° 340](#)).

Par exception à ce principe, la mise en place d'une répartition des horaires des salariés à temps complet sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année par accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail (*C. trav., art. [L. 3121-43](#)*).

Pour l'application des stipulations d'un accord de performance collective, conclu dans le cadre des dispositions de l'article [L. 2254-2](#) du code du travail, se reporter à la **FICHE 11b** de la présente circulaire.

Un contrat de travail ne peut toutefois pas comporter de dispositions moins favorables que la convention collective applicable, même intervenue postérieurement ([Cass. soc., 4 déc. 1990, n° 87-42.499, Bull. civ. V n° 608](#) ; [Cass. soc., 21 janv. 2009, n°06-44.876](#)).

##### 1.1.2.2. *Application de l'accord collectif en cas de silence du contrat de travail*

Il en est ainsi notamment des obligations mises à la charge du salarié, telles que celles se rapportant à un régime d'astreintes ([Cass. soc., 16 déc. 1998, n° 96-42.102, Bull. civ. V n° 556](#)) ou, sous réserve qu'elle se suffise à elle-même et que le salarié ait été informé de l'existence de cette dernière au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance, à une clause de mobilité ([Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-42.646, Bull. civ. V n° 222](#)). Dans cette hypothèse, l'application des dispositions conventionnelles n'implique pas une modification du contrat de travail.

## 1.2 Le changement des conditions de travail

### 1.2.1. Objet

Le changement des conditions de travail, décidé par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, n'affecte pas un élément essentiel du contrat ou un élément contractualisé. Ce pouvoir de direction ainsi reconnu à l'employeur pour modifier les conditions de travail doit toutefois être exercé sans commettre d'abus de droit ou de légèreté blâmable. Le refus du salarié revêt en principe un caractère fautif.

On peut citer à titre d'exemples :

- l'attribution de nouvelles tâches correspondant à la qualification du salarié, sans modification de celle-ci ([Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-45.673, Bull. civ. V n° 199](#) ; [Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-45.266](#) ; [Cass. soc., 22 sept. 2009, n° 08-41.352](#) ; toutefois, en cas de forte réduction de l'étendue des fonctions et du niveau de responsabilité du salarié, cf. 1.1.1) ;
- la modification du lieu de travail à l'intérieur d'un même secteur géographique (cf. 2.1.1) ;
- l'adjonction d'heures supplémentaires ([Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-43.718, Bull. civ. V n° 103](#) ; [Cass. soc., 10 oct. 2012, n° 11-10.455, Bull. civ. V n° 258](#)) ou leur suppression ([Cass. soc., 10 mars 1998, n° 95-44.842, Bull. civ. V n° 124](#)), sauf lorsqu'elles ont été contractualisées ([Cass. soc., 7 mars 2018, n° 17-10.870](#)).

## 2) LES MODIFICATIONS SPECIFIQUES

### 2.1. La modification du lieu de travail

#### 2.1.1. Le changement de secteur géographique

Sont pris en compte, pour l'appréciation du secteur géographique, le critère de la distance entre la nouvelle et l'ancienne affectation ([Cass. soc., 3 mai 2006, n° 04-41.880, Bull. civ. V n° 158](#) ; [Cass. soc., 25 oct. 2011, n° 10-21.191](#) ; [Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.756](#) ; [Cass. soc., 12 févr. 2016, n° 14-18.779](#)), mais également le temps de trajet et la qualité de la desserte routière, ainsi que les moyens de transport ([Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-41.763](#) ; [Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-42.337](#) ; [Cass. soc., 10 avr. 2013, n° 11-26.082](#) ; [Cass. soc., 3 févr. 2017, n° 15-21.671](#)).

Le transfert du lieu de travail dans un secteur géographique différent constitue une modification du contrat de travail ([Cass. soc., 4 mai 1999, n° 97-40.576, Bull. civ. V n° 186](#) ; [CE, 23 déc. 2014, n° 364.616, M. B., Rec. p. 410](#)), hormis le cas d'une affectation temporaire décidée dans des circonstances exceptionnelles (cf. 2.1.3.).

De même, le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail (*C. trav.*, art. [L. 1222-9](#)). La même solution vaut, à l'inverse, en cas de remise en cause du télétravail convenu ([Cass. soc., 12 déc. 2000, n° 98-44.580, Bull. civ. V n° 417](#) ; [Cass. soc., 13 avr. 2005, n° 02-47.621, Bull. civ. V n° 137](#) ; [Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-23.051, Bull. civ. V n° 48](#)).

A défaut de changement de secteur géographique, la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, et non valeur contractuelle, à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu ([CE, 23 déc. 2014, n° 364.616, M. B., Rec. p. 410](#) ; [Cass. soc., 3 juin 2003, 2 arrêts : 1<sup>re</sup> espèce : n° 01-40.376, Bull. civ. V n° 181](#) ; 2<sup>e</sup> espèce : n° 01-43.573, Bull. civ. V n° 185 ; [Cass. soc., 21 janv. 2004, n° 02-12.712, Bull. civ. V n° 26](#) ; [Cass. soc., 15 mars 2006, n° 02-46.496, Bull. civ. V n° 102](#)).

La modification du lieu de travail à l'intérieur d'un même secteur géographique constitue un simple changement des conditions de travail ([CE, 21 nov. 2012, n° 334.658, Mme Ngoc Dien B.](#)) dès lors que la décision d'affectation ne porte pas atteinte aux droits du salarié à la santé et au repos

et à une vie personnelle et familiale, ou qu'une telle atteinte peut être justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ([Cass. soc., 29 oct. 2014, n° 13-21.192](#) ; [Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 15-23.375](#)).

### 2.1.2. Les conditions de mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique

En cas d'existence d'une clause contractuelle de mobilité géographique dont l'inspecteur du travail doit vérifier la licéité, l'employeur peut modifier, dans le cadre de son pouvoir de direction, le lieu de travail du salarié et le refus de ce dernier de s'y soumettre constitue, en principe, un comportement fautif.

Son opposabilité au salarié protégé est toutefois subordonnée à des conditions de mise en œuvre qu'il appartient à l'autorité administrative de contrôler :

- elle doit être dictée par l'intérêt légitime de l'entreprise ([Cass. soc., 9 mai 1990, n° 87-40.261, Bull. civ. V n° 210](#)) ;
- elle ne doit pas porter atteinte à un élément contractuel par nature ;
- elle ne doit pas avoir été prise pour des raisons étrangères à la bonne foi contractuelle, ni être mise en œuvre dans des conditions exclusives de celle-ci ([Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463, Bull. civ. V n° 64](#) ; [Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.345](#)) ;
- elle ne doit pas porter une atteinte injustifiée ou disproportionnée au droit du salarié à une vie personnelle et familiale ([Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, Bull. civ. V n° 192](#) ; [Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 06-45.562, Bull. civ. V n° 4](#)).

Toutefois certaines fonctions impliquent une mobilité géographique dont la mise en œuvre ne peut alors constituer une modification du contrat de travail, nonobstant l'absence de clause de mobilité valable ([Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 10-30.219, Bull. civ. V n° 217](#)).

### 2.1.3. L'affectation occasionnelle

L'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ou des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique peut ne pas constituer une modification de son contrat de travail, dès lors que cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles, et que le salarié est informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible ([Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-41.412, Bull. Civ. V n° 253](#) ; [Cass. soc., 3 nov. 2016, n° 15-10.950](#)).

## **2.2. La modification des horaires de travail**

Le changement d'horaires consistant en une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise et non une modification du contrat de travail ([Cass. soc., 22 févr. 2000, n° 97-44.339, Bull. civ. V n° 67](#) ; [Cass. soc., 9 avr. 2002, n° 99-45.155, Bull. civ. V n° 123](#)).

Il en va autrement :

- si les horaires de travail sont contractualisés ([Cass. soc., 11 juill. 2001, n°99-42.710, Bull. civ. V n° 264](#) ; [Cass. soc., 18 juill. 2001, n°99-45.076, Bull. civ. V n° 276](#)) ;
- ou si le changement d'horaire de travail implique un bouleversement très important dans l'organisation du temps de travail ([Cass. soc., 27 févr. 2001, n°98-43.783, Bull. civ. V n° 61](#) ; [Cass. soc., 7 avr. 2004, n° 02-41.486, Bull. civ. V n° 107](#)) ;
- ou s'il porte une atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos ([Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-14.702, Bull. civ. V n° 246](#) ; [Cass. soc., 23 janv. 2013, n° 11-22.364](#) ; cf. également, pour l'affectation à un poste de travail de nuit : C. trav., art. [L. 3122-12](#)).



### 3) L'OBLIGATION D'APPLIQUER LA PROCEDURE DE LICENCIEMENT EN CAS DE REFUS DU SALARIE PROTEGE D'UNE MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL OU D'UN CHANGEMENT DES CONDITIONS DE TRAVAIL

L'employeur ne peut pas imposer au salarié protégé une modification de son contrat de travail ou un changement de ses conditions d'emploi. En cas de refus, il appartient à l'employeur, soit de le maintenir dans ses fonctions, soit de mettre en œuvre la procédure spéciale de licenciement ([CE, 7 déc. 2009, n°301.563, Sté Autogrill Cote France, Tables p. 979](#) ; [Cass. soc., 30 avr. 1997, n° 95-40.573, Bull. Civ. V n°154](#) ; [Cass. soc., 21 nov. 2006, n°04-47.068, Bull. Civ. V n°350](#) ; [Cass. soc., 30 sept. 2010, n°08-43.862, Bull. Civ. V n°210](#)), même s'agissant de la décision de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures à l'issue d'une période probatoire non concluante dans de nouvelles fonctions).

La mise en œuvre de la modification ou du changement refusé est nulle et constitue un trouble manifestement illicite justifiant la saisine du juge des référés.

#### 3.1. Si l'employeur invoque une modification du contrat de travail

Dans la mesure où le refus du salarié ne justifie pas à lui seul la demande d'autorisation de licenciement, l'employeur doit préciser les raisons l'ayant conduit à proposer la modification refusée.

Dès lors, pour qualifier juridiquement sa demande, il doit se placer sur le terrain correspondant au motif pour lequel il avait fait la proposition de modification au salarié. Ce terrain peut être économique ou résulter d'un motif personnel (disciplinaire, insuffisance professionnelle non fautive...)

#### 3.2. Si l'employeur invoque un changement des conditions de travail

La demande doit être présentée sur le terrain disciplinaire, dans la mesure où le refus du salarié protégé est en principe fautif ([CE, 6 mai 1996, n°153.102, Caisse d'épargne d'Alsace](#) ; [CE, 10 mars 1997, n°170.114, Vincent, Rec. p. 76](#)).

Il en va toutefois autrement lorsque ce refus porte sur une proposition de reclassement qui lui est faite dans le cadre du respect d'une obligation de reclassement, à l'occasion d'un licenciement économique ([CE, 7 déc. 2009, n°314.079, Guyard](#)) ou à la suite de la reconnaissance par le médecin du travail de l'inaptitude d'un salarié à son poste de travail ([Cass. soc., 9 avr. 2002, n°99-44.192, Bull. Civ. V n°122](#)). Dans l'un et l'autre de ces deux cas, la qualification retenue doit correspondre au motif de la proposition de changement des conditions de travail présentée au salarié.

Il convient de rappeler que l'autorité administrative saisie ne saurait se prononcer sur une demande d'autorisation ne qualifiant pas précisément le motif ou, en tout état de cause, ne permettant pas de l'identifier (par exemple : invocation de la seule cause réelle et sérieuse : [CAA Marseille, 6 déc. 2010, n°08MA05291](#)). De même, l'autorité administrative n'a pas le pouvoir de modifier la qualification, même erronée, retenue par l'employeur à l'appui de sa demande (CF. FICHE 2).

## 4) LES POINTS A CONTROLER PAR L'AUTORITE ADMINISTRATIVE

### 4.1. La régularité de la procédure interne à l'entreprise

Outre le contrôle de la régularité de la procédure applicable quel que soit la qualification de la demande (**CF. FICHE 5**), l'administration doit vérifier le respect des actes de procédure spécifiques de chaque motif de licenciement.

#### 4.1.1. Modification du contrat pour motif économique

*4.1.1.1. Le respect des procédures obligatoires de consultation des représentants du personnel en cas de licenciement économique (**CF. FICHE 7a**)*

*4.1.1.2. Le respect de la procédure prévue par l'article [L. 1222-6](#) du code du travail*

L'administration doit également vérifier le respect par l'employeur de la procédure prévue par l'article [L 1222-6](#) du code du travail, à mettre en œuvre préalablement.

L'article [L. 1222-6](#) fait obligation à l'employeur, lorsqu'il envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour motif économique, de la proposer au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. Ce courrier doit informer le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus, son silence à l'issue de ce délai valant acceptation tacite de sa part. Cette règle de l'accord tacite ne vaut cependant pas pour les salariés protégés, en application du principe selon lequel aucune modification de leur contrat de travail ni aucun changement de leurs conditions d'emploi ne peut leur être imposés, l'accord exprès requis ne pouvant résulter de la poursuite de l'exécution du contrat aux nouvelles conditions sans protestation ni réserve (*Cass. crim., 31 janv. 1974, n° 73-90.610, Bull. crim n° 52 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-42.078 ; cf. dans le même sens, CAA Paris, 24 nov. 2014, n°13PA04560, Sté PRP*).

La mise en œuvre de la procédure vaut reconnaissance de la part de l'employeur que la proposition faite constitue une modification du contrat de travail du salarié (*Cass. soc. 12 juill. 1999, n°97-41.738, Bull. Civ. V n° 346*).

S'agissant des salariés non protégés, il a été jugé que le non-respect par l'employeur de cette procédure prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 10 déc. 2003, n°01-40.225, Bull. civ. V n° 312 ; Cass. soc., 28 janv. 2005, n°02-41.819, Bull. civ. V n° 18 ; Cass. soc., 25 mars 2009, n°07-44.533 ; Cass. soc., 27 mai 2009, n°06-46.293, Bull. civ. V n° 137*). Il en va de même en cas de non-respect du délai légal de réflexion, même si le salarié a fait connaître sa réponse sans attendre le terme (*Cass. soc., 22 nov. 2006, n°05-42.619 ; Cass. soc., 28 oct. 2008, n°07-42.720 ; Cass. soc., 3 mars 2009, n°07-42.850*). Selon la même logique, s'agissant d'un salarié protégé, l'autorité administrative, pour sa part, est tenue de refuser l'autorisation de licenciement pour défaut de motif économique établi.

#### 4.1.2. Modification du contrat pour motif disciplinaire

Si la modification du contrat de travail résulte d'une sanction notifiée au salarié (mutation, rétrogradation) et **a donc une cause disciplinaire**, l'employeur doit informer ce dernier de sa faculté d'accepter ou de refuser cette modification (*Cass. soc., 28 avr. 2011, n°09-70.619*), s'agissant d'un salarié protégé, il appartient à l'autorité administrative de s'assurer du respect de cette obligation, dont l'inobservation justifie le refus de l'autorisation demandée.

La notification de la proposition de modification interrompt le délai de deux mois prévu par l'article [L. 1332-4](#) du code du travail, et le refus du salarié interrompt à nouveau ce délai, la convocation du salarié par l'employeur à un entretien préalable en vue d'une autre sanction

disciplinaire devant donc intervenir dans les deux mois de ce refus ([Cass. soc., 15 janv. 2013, n° 11-28.109, Bull. civ. V n° 7](#)).

Ne constitue pas une sanction disciplinaire le changement d'affectation provisoire d'un salarié décidé dans l'attente de l'engagement d'une procédure disciplinaire dès lors que cette mesure a été prise pour des raisons de sécurité et n'emporte pas modification durable du contrat de travail ([Cass. ass. plén., 6 janv. 2012, n°10-14.688, Bull. AP n° 1](#) ; [Cass. soc., 8 oct. 2014, n°13-13.673, Bull. Civ. V n° 226](#)).

#### **4.2. La cause de la modification refusée par le salarié**

##### **4.2.1. Si l'employeur invoque une modification du contrat de travail**

Le refus de la modification par le salarié ne constitue pas en soi une cause justificative de licenciement ([Cass. soc., 7 oct. 1997, n°95-42.196](#)). L'autorité administrative doit apprécier le bien-fondé du motif à l'origine de la proposition faite au salarié et refusée par celui-ci.

Le motif de la demande doit être examiné selon la grille d'analyse correspondant au terrain juridique retenu par l'employeur, qui peut être celui du motif économique, du motif disciplinaire ou de tout autre motif personnel (insuffisance professionnelle non fautive, ...).

Ainsi, s'agissant d'une modification d'origine économique, la proposition doit être justifiée par une cause économique au sens de l'article [L. 1233-3](#) du code du travail ([CE, 31 janv. 2001, n° 198.352, Kheirat](#) ; [Cass. soc., 13 sept. 2017, n°15-28.569, à paraître au Bulletin](#)).

Si la modification est d'origine disciplinaire, il appartient à l'inspecteur du travail et, le cas échéant, au ministre de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement ([CE, 3 juill. 2013, n°348.099, Association des paralysés de France, Tables p.865](#)).

##### **4.2.2. Si l'employeur invoque un refus fautif d'un changement des conditions de travail**

L'autorité administrative saisie d'une telle demande doit préalablement déterminer si le refus du salarié porte réellement, au regard des critères précités, sur un simple changement des conditions de travail décidé par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction ou, au contraire, une modification du contrat de travail. Dans ce dernier cas, l'autorisation ne peut être que refusée, compte tenu de l'absence de comportement fautif de la part du salarié.

Si l'existence d'un refus fautif d'un changement des conditions de travail est établie, la gravité de ce comportement fautif doit être appréciée au regard des critères dégagés par la juridiction administrative pour l'appréciation de la faute (**CF. FICHE 6**).

Le caractère de gravité suffisante doit s'apprécier compte tenu de la nature du changement envisagé, de ses modalités de mise en œuvre et de ses effets, tant au regard de la situation personnelle du salarié que des conditions d'exercice de son mandat. Il ne doit en tout état de cause pas avoir pour objet de porter atteinte à l'exercice de ses fonctions représentatives ([CE, 7 déc. 2009, n°301.563, Sté Autoquill Cote France, Tables p. 979](#) ; [CE, 7 déc. 2009, n°305.018 et 305.968, Sté Berry Wood](#)).

#### **4.3. L'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale (CF. FICHE 16)**

#### **4.4. L'existence d'un motif d'intérêt général (CF. FICHE 17)**

## Fiche 11b

# LES ACCORDS DE PERFORMANCE COLLECTIVE

### 1) CHAMP D'APPLICATION

Les dispositions de l'article [L. 2254-2](#) du code du travail ont introduit un accord collectif unique regroupant les accords de mobilité interne, de développement et de préservation de l'emploi, de maintien dans l'emploi et de réduction du temps de travail. Il s'agit de l'accord de performance collective (APC).

Cet accord peut avoir trois objets, qui ne se cumulent pas nécessairement : celui d'aménager la durée du travail des salariés, celui d'aménager leur rémunération et celui de prévoir les conditions de leur mobilité professionnelle ou géographique au sein de l'entreprise.

Il s'agit d'un accord dont **la conclusion n'a pas à être nécessairement justifiée par une cause économique**. Il peut ainsi intervenir aussi bien dans un contexte de difficultés économiques que pour des besoins de croissance et de développement de l'entreprise.

L'accord **se substitue de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail** y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Le salarié peut toutefois en refuser l'application sans que ce refus puisse être regardé comme fautif.

Si le salarié refuse les modifications de son contrat de travail, l'employeur pourra engager une procédure de **licenciement reposant, par dérogation aux règles de droit commun (CF. FICHE 11a), sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse**.

Il s'agit d'un motif de licenciement « *sui generis* », et non d'un motif personnel. En conséquence, la détermination de l'inspecteur du travail territorialement compétent obéit aux règles définies pour les motifs non personnels (**CF. FICHE 1b, 2.3.2**).

### 2) PORTEE DU CONTRÔLE DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

#### 2.1. Contrôle de la régularité de la procédure interne suivie par l'employeur

La procédure de licenciement mise en œuvre est soumise notamment au respect des dispositions des articles [L. 1232-2](#) à [L. 1232-5](#) et [L. 1232-7](#) à [L. 1232-14](#) du code du travail, relatives à l'entretien préalable (*C.trav.*, art. [L. 2254-2 V](#)).

Il appartient à l'inspecteur du travail de vérifier la régularité de la procédure interne tenant (**CF. FICHE 5**) :

- à la tenue d'un entretien préalable au licenciement ;
- le cas échéant, selon le mandat détenu, à la consultation régulière du CSE sur le projet de licenciement du salarié protégé ;
- le cas échéant, à la procédure conventionnelle prévue par l'accord APC.

## 2.2. Contrôle du bien-fondé de la demande

### 2.2.1. La validité de l'accord

L'accord APC n'est pas validé par les services de la DIRECCTE. Dès lors il appartient à l'inspecteur du travail de contrôler sa validité :

- **sur les modalités de conclusion**, l'inspecteur du travail vérifie que l'accord majoritaire a été conclu conformément aux règles de droit commun des accords collectifs d'entreprise : Ainsi, si l'entreprise est pourvue de délégués syndicaux l'accord doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles ou à défaut, s'il a été signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles en faveur des organisations représentatives, il doit être approuvé à la majorité des suffrages exprimés par les salariés. (*C. trav., art. L. 2232-12*).

Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise, les règles de négociation des accords collectifs sont définies, selon l'effectif de l'entreprise, aux articles [L. 2232-21](#), [L. 2232-22](#) (si l'effectif habituel est inférieur à onze salariés), [L. 2232-23](#) (si l'effectif est compris entre onze et vingt salariés), [L. 2232-23-1](#) (si l'effectif est compris entre onze et cinquante salariés), [L. 2232-24](#), [L.2232-25](#) et [L.2232-26](#) du code du travail (si l'effectif est au moins égal à cinquante salariés) et permettent à l'employeur de soumettre l'accord aux salariés, de négocier avec un ou plusieurs salariés expressément mandatés sous réserve d'approbation par les salariés ou avec un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique mandatés ou non ;

- **sur le contenu de l'accord**, dans tous les cas, l'absence de préambule n'est pas une condition de validité de l'accord (*C.trav., art. L. 2222-3-3*).

En outre, les clauses portant sur les modalités d'information des salariés sur son application et son suivi pendant toute sa durée ainsi que l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord, aux conditions dans lesquelles les dirigeants salariés et les mandataires sociaux et les actionnaires fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant toute sa durée, aux modalités selon lesquelles sont conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés et aux modalités d'accompagnement des salariés ainsi que l'abondement du compte personnel de formation ne sont pas obligatoires et n'ont donc aucune incidence sur la validité de l'accord (*C.trav., art. L. 2254-2 II 1° à 4°*).

Toutefois, si l'accord met en place ou modifie un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine ou un dispositif de forfait annuel, des clauses obligatoires conditionnent sa validité. En cas de simple modification du dispositif, l'appréciation de l'existence de ces clauses porte sur l'accord initial et l'APC (qui n'a pas, à lui seul, à comprendre l'intégralité des clauses).

Si l'accord porte sur l'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine, l'inspecteur du travail vérifie la présence des clauses obligatoires conditionnant la validité de cet accord tenant (*C.trav., art. L. 3121-44*) :

- à la définition d'une période de référence conforme aux dispositions des articles [L. 3121-41](#) et [L. 3121-44](#) du code du travail ;
- aux conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et des départs en cours de période de référence ;
- aux conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaires de travail. Toutefois, l'absence de cette dernière clause ne rend pas l'accord illégal puisqu'il existe des dispositions supplétives (*C.trav., art. L. 3121-47*).

Si l'accord porte sur un dispositif de forfait annuel, l'inspecteur du travail vérifie la présence des clauses conditionnant la validité de l'accord tenant : (C.trav., art. [L. 3121-64](#))

- aux catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait,
- à la période de référence du forfait ;
- au nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait, dans la limite de deux cent dix-huit jours s'agissant du forfait en jours ;
- aux conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période ;
- aux caractéristiques principales des conventions individuelles, qui doivent notamment fixer le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait à la présence des clauses prévues à l'article [L. 3121-64 II](#) du code du travail, s'il s'agit d'un forfait jours. Toutefois, l'absence de cette dernière série de clauses ne rend pas l'accord illégal puisqu'il existe des dispositions supplétives (C.trav., art. [L. 3121-65](#)).

L'inspecteur du travail ne saurait autoriser le licenciement du salarié sur le fondement d'un accord illégal. Toutefois, les accords collectifs bénéficiant d'une présomption de conformité, l'inspecteur du travail n'a pas à porter son contrôle sur la pertinence des mesures mises en œuvre au regard du fonctionnement de l'entreprise (C. trav. art. [L. 2262-13](#)).

### 2.2.2. Le contrôle au fond

Dans tous les cas, l'inspecteur du travail doit vérifier :

- que le salarié a eu connaissance de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que de son droit d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord ;
- qu'a été respecté le délai d'un mois dont dispose le salarié pour refuser la modification de son contrat de travail à compter de la date à laquelle l'employeur l'a informé ;
- que le salarié a refusé l'application de l'accord à son contrat de travail ;
- le cas échéant, que les conditions individuelles prévues par l'accord sont applicables au salariés lorsque l'APC porte sur la forfaitisation de la durée du travail ;
- que la procédure de licenciement a été engagée dans le délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié ;
- qu'il n'y a pas de lien entre la demande d'autorisation de licenciement et les mandats détenus par le salarié.

Si l'APC porte met en place ou modifie un dispositif de forfait annuel :

Soit l'APC met en place un dispositif de forfait annuel, et l'absence de refus de l'APC ne vaut pas application directe au contrat de travail car il reste toujours impératif de signer une convention individuelle de forfait (C.trav., art. [L. 3121-55](#)). La signature de cette convention a nécessairement lieu postérieurement à l'entrée en vigueur de l'accord, et le refus de la signer ne peut en aucun cas être en soi une cause de licenciement.

Soit l'APC modifie un accord collectif instaurant un forfait annuel et le salarié travaille d'ores et déjà dans le cadre du forfait sur la base de cet accord (et a donc signé une convention individuelle), et dans ce cas, l'acceptation de l'APC entraîne directement la suspension des clauses de sa convention individuelle qui sont contraires et incompatibles avec les stipulations de ce dernier. Le refus de l'APC peut justifier son licenciement dans les conditions prévues à l'article [L. 2254-2](#) du code du travail.

## Fiche 12

# LA MISE A LA RETRAITE

### 1) LA DEFINITION DE LA MISE A LA RETRAITE

La mise à la retraite s'entend de la possibilité donnée à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié ayant atteint l'âge mentionné au 1<sup>o</sup> de l'article [L. 351-8](#) du code de la sécurité sociale, âge qui ouvre droit à une liquidation dite « à taux plein », quelle que soit la durée d'assurance.

Cette situation se distingue du départ volontaire du salarié, qui prend alors l'initiative de la rupture du contrat en raison de son âge et de son droit à une pension à taux plein (*C. trav.*, art. [L. 1237-9](#) et [L. 1237-10](#)).

La mise à la retraite, dont les modalités sont précisées par les articles [L. 1237-5](#) à [L. 1237-8](#) du code du travail, ne constitue ni une démission, ni un licenciement mais un mode autonome de rupture du contrat, y compris lorsque la mise à la retraite est prononcée à l'occasion de difficultés économiques. Cependant l'employeur doit alors respecter notamment les dispositions relatives à la procédure de licenciement économique (*Cass. soc.*, [18 mars 2008, n° 07-40.269, Bull. civ. V n° 63](#) ; *Cass. soc.*, [14 mai 2008, n° 06-45.158](#)).

Si les conditions de licéité de la mise à la retraite ne sont pas remplies, la rupture constitue alors un licenciement (*C. trav.*, art. [L. 1237-8](#)), lequel encourt la nullité dès lors qu'il doit être regardé comme une mesure discriminatoire fondée sur l'âge, et à ce titre prohibée par l'article [L. 1132-1](#) du code du travail (*Cass. soc.*, [21 déc. 2006, n° 05-12.816, Bull. civ. V n° 412](#)).

### 2) LES CONDITIONS DE LA MISE A LA RETRAITE

Le cadre juridique des mises à la retraite désormais applicable résulte pour l'essentiel des modifications apportées par la loi de financement de la sécurité sociale [n°2008-1330 du 17 décembre 2008](#), ainsi que des lois [n°2010-1330 du 9 novembre 2010](#) portant réforme des retraites et [n°2011-1906 du 21 décembre 2011](#) de financement de la sécurité sociale pour 2012.

Le décret [n°2012-847 du 2 juillet 2012](#), modifiant ces textes, ouvre droit à la retraite anticipée à 60 ans pour les assurés justifiant de la durée d'assurance cotisée requise pour leur génération et ayant commencé à travailler avant l'âge de 20 ans et élargit le nombre de trimestres « réputés cotisés » (addition, dans les limites fixées par le décret, de trimestres de service national, de maladie, maternité, accidents du travail et de chômage indemnisé).

#### 2.1. L'âge minimal pour la mise à la retraite

Fixé à 65 ans, l'âge auquel le salarié a droit, en application des dispositions de l'article [L. 351-8](#) du code de la sécurité sociale, à une liquidation dite « à taux plein », quelle que soit la durée d'assurance est porté à 67 ans pour les générations nées postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1955 par les lois précitées du 9 novembre 2010 et du 21 décembre 2011 (*C.S.S.*, art. [L. 161-17-2](#)). Une période transitoire est prévue pour les générations nées entre le 1<sup>er</sup> juillet 1951 et le 31 décembre 1954.



Le tableau ci-dessous précise l'application de ces règles selon l'année de naissance des salariés :

<u>DATE DE NAISSANCE</u>	<u>AGE MINIMAL DE MISE A LA RETRAITE</u>
Salariés nés avant le 01/07/1951	65 ans
Salariés nés entre le 01/07/1951 et le 31/12/1951	65 ans et 4 mois
Salariés nés entre le 01/01/1952 et le 31/12/1952	65 ans et 9 mois
Salariés nés entre le 01/01/1953 et le 31/12/1953	66 ans et 2 mois
Salariés nés entre le 01/01/1954 et le 31/12/1954	66 ans et 7 mois
Salariés nés après le 01/01/1955	67 ans

La date d'appréciation des conditions à réunir est celle de l'expiration du contrat de travail ([Cass. soc., 14 mai 2008, n° 06-43.564, Bull. civ. V n° 514](#)).

## **2.2. La procédure de mise à la retraite à partir de 65 ans, âge reporté progressivement à 67 ans** ([C. trav., art. L. 1237-5](#) et [D. 1237-1](#))

L'employeur doit interroger le salarié par écrit, 3 mois avant qu'il atteigne l'âge minimal légal, sur son accord pour quitter l'entreprise en bénéficiant d'une pension de vieillesse.

Le salarié dispose d'un mois pour répondre. S'il indique accepter de prendre sa retraite, l'employeur peut procéder à sa mise à la retraite au cours de l'année. En revanche, en cas de réponse négative ou si l'employeur n'a pas respecté son obligation de le questionner, aucune mise à la retraite ne peut être prononcée pendant une année. La même procédure s'applique ensuite les années suivantes jusqu'au 69<sup>ème</sup> anniversaire inclus du salarié. C'est seulement lorsque l'âge de 70 ans est atteint que l'employeur peut prononcer la mise à la retraite sans l'accord de l'intéressé.

Une mise à la retraite effectuée en inobservation de cette procédure constitue un licenciement pouvant être frappé de nullité, en application des dispositions précitées de l'article [L. 1132-1](#) du code du travail.

### **3) LES REGLES APPLICABLES AUX SALARIES PROTEGES**

Le Conseil d'Etat a, s'agissant des salariés protégés, jugé le 8 février 1995 ([CE, 8 févr. 1995, n° 135.249 et 134.963, Crédit Lyonnais, Rec. p. 63](#)) que la procédure spéciale de licenciement était également applicable lorsque l'ensemble des conditions relatives à la licéité de la mise à la retraite étaient remplies (cf. dans le même sens : [Cass. soc., 5 mars 1996, n° 92-42.490, Bull. civ. V n° 84](#) ; [Cass. soc., 2 déc. 1998, n° 96-44.668, Bull. civ. V n° 534](#) ; [Cass. soc., 10 déc. 2003, n° 01-43.876, Bull. civ. V n° 314](#) ; [Cass. soc., 27 oct. 2004, n° 01-45.902, Bull. civ. V n° 275](#) ; [Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-48.351, Bull. civ. V n° 248](#) ; [CE, 8 juin 2015, n° 374.303, KPMG, Tables p. 539](#)).

En conséquence, l'inspecteur du travail, compétent pour autoriser la mise à la retraite des salariés protégés, doit, outre la vérification de l'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale et d'un motif d'intérêt général, opérer son contrôle sur les points suivants :

- régularité de la procédure interne :
  - entretien préalable ([CE, 17 juin 2009, n° 304.027, Crédit du Nord](#)) ;
  - consultation du CSE, si le mandat le justifie ([CE, 26 oct. 2011, n° 335.755, Sté Total](#)) ;
- respect des conditions légales de la mise à la retraite, et en particulier de la nouvelle procédure à mettre en œuvre préalablement par l'employeur à l'égard du salarié ;
- respect des règles conventionnelles applicables à la mise à la retraite ([CE, 13 févr. 2019, n° 403.890, AGEFOS-PME, mentionné aux tables](#)) ;
- absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale (**CF. FICHE 16**) ;
- absence d'un motif d'intérêt général (**CF. FICHE 17**).

## Fiche 13a

### LA FIN DU CONTRAT A DUREE DETERMINEE

Le contrat à durée déterminée (CDD) ne peut avoir pour objet, ou pour effet, de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (C. trav., art. [L. 1242-1](#)). Il ne peut être conclu que dans les cas limitativement prévus aux articles [L.1242-2](#) et [L. 1242-3](#) du code du travail.

Les articles [L. 2412-1](#) à [L. 2412-16](#) du code du travail déterminent les salariés bénéficiaires de la protection spéciale. Des salariés détenteurs de mandats non cités expressément bénéficient du statut protecteur en cas de rupture de leur CDD (CF. FICHE 4).

#### 1) LA RUPTURE ANTICIPEE DU CDD

##### 1.1. Les cas autorisés

L'article [L. 1243-1](#) du code du travail autorise la rupture anticipée du CDD dans les cas suivants :

- accord des parties ; **ce cas de figure ne nécessite pas l'autorisation de l'inspecteur du travail** ;
- force majeure : **ce cas de figure ne nécessite pas l'autorisation de l'inspecteur du travail** ;
- faute grave ;
- inaptitude médicalement constatée par le médecin du travail (CF. FICHE 9).

Ces motifs de recours à la rupture anticipée du CDD étant **limitatifs**, il est interdit à l'employeur de se prévaloir de tout autre motif (faute simple, faits commis en dehors de l'exécution du contrat de travail et non rattachables à celui-ci, insuffisance professionnelle, licenciement pour motif économique, notamment...) pour y procéder. L'inspecteur du travail qui serait saisi d'une demande de rupture anticipée du CDD pour un motif ne figurant pas à l'article [L. 1243-1](#) du code du travail, doit par conséquent rejeter la demande.

**Exception** : la saisine de l'inspecteur du travail n'est pas requise lorsque, en application de l'article [L. 1243-2](#) du code du travail, la rupture du CDD avant terme intervient à **l'initiative du salarié** lorsque ce dernier justifie de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée.

##### 1.2. Le contrôle à opérer par l'inspecteur du travail saisi d'une demande de rupture anticipée du CDD

Il incombe à l'inspecteur du travail d'examiner les points suivants :

- le respect de la procédure prévue à l'article [L. 2421-7](#) du code du travail (entretien préalable et consultation du CSE si le mandat le justifie) ;
- le bien-fondé du motif allégué à l'appui de la demande de rupture anticipée du CDD l'absence de lien avec le mandat (CF. FICHE 16) ;
- l'absence de motif d'intérêt général s'opposant à ce que la rupture anticipée soit accordée ([CE, 6 mai 1996, n° 146.161, Todisco, Tables. p.1191](#)) (CF. FICHE 17).

En cas d'inaptitude médicalement constatée, l'examen auquel doit procéder l'inspecteur du travail doit en outre porter sur l'ensemble des points de contrôle spécifiques à ce motif (CF. FICHE 9).

## 2) L'ABSENCE DE RENOUVELLEMENT DU CDD COMPORTANT UNE CLAUSE DE RENOUVELLEMENT OU DE REPORT DE TERME

L'inspecteur du travail doit être saisi préalablement à l'échéance du terme (*C.trav., art. [L. 2421-8](#)*). Il doit vérifier :

- le respect de la procédure interne (entretien préalable et consultation du CSE) si le mandat le justifie, conformément à l'article [L. 2421-7](#) du code du travail ;

- **la nature réelle du contrat de travail** (*CE, 6 mai 1996, n° 146.161, Todisco, Tables p.1191; CE, 21 juin 1996, n° 153.975, M. Alonso*).

Si en cours d'instruction, l'inspecteur du travail constate que le contrat sur le fondement duquel il est saisi présente les apparences d'un contrat à durée indéterminée, ce qui est le cas si l'employeur n'a pas respecté les dispositions relatives à la législation sur le CDD, il ne peut, compte tenu de la nature effective du contrat unissant les parties, que rejeter la demande présentée. Il en est ainsi par exemple lorsque l'employeur a eu recours à un CDD en dehors des cas prévus aux articles [L. 1242-2](#) et [L. 1242-3](#) du code du travail, s'il a procédé à un recrutement en CDD sur un poste permanent de l'entreprise, ou encore si le contrat fait apparaître l'omission de certaines mentions obligatoires.

S'il est bien saisi d'une demande d'autorisation de non renouvellement de CDD, l'inspecteur du travail n'a pas à opérer de vérification quant à la légitimité ou l'existence d'une cause de non-renouvellement allégué par l'employeur. Il doit alors se limiter à contrôler que le non-renouvellement du contrat ne présente pas un caractère discriminatoire et, le cas échéant, qu'un motif d'intérêt général ne s'oppose pas à l'autorisation de ne pas renouveler le contrat (*CE, 10 juin 1992, n°94.626, Radio France Tables p.1346*) (**CF. FICHE 16 ET FICHE 17**).

### **Exceptions :**

Concernant les CDD à caractère saisonnier pour lesquels, en application d'une convention ou d'un accord collectif étendu ou du contrat de travail, l'employeur est engagé au terme du contrat à reconduire celui-ci pour la saison suivante, l'autorisation de l'inspecteur du travail n'est pas requise lors de l'arrivée du terme de ce contrat (*C. trav., art. [L. 2421-8-1](#)*). Par analogie, ces dispositions s'appliquent au cas de rupture du CDD à caractère saisonnier aux salariés bénéficiant du droit à la reconduction de leur contrat en vertu des dispositions de l'article [L. 1244-2-2](#) du code du travail.

Lorsque le CDD comporte une clause de renouvellement, l'employeur ne peut, au cours des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, refuser le renouvellement que s'il justifie d'un motif « **réel et sérieux** » étranger à l'accident ou à la maladie (*C. trav., art. [L. 1226-19](#)*).

## 3) L'ECHEANCE DU TERME DU CDD NE COMPORTANT PAS DE CLAUSE DE RENOUVELLEMENT

### **3.1. Le cas visé**

Il s'agit des CDD de droit commun ne comportant pas de clause de renouvellement ou de report de terme, que celui-ci soit ou non précis, et quelle que soit sa durée ou la possibilité ou non de le proroger (*Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-43.799, Bull. civ. V n° 375 ; Cass. soc., 5 avr. 2011, n° 10-10.424* pour des contrats de trois et quatre jours ; *Cass. soc., 10 déc. 2003, n° 01-44.703, Bull. civ. V n° 311*, s'agissant d'un contrat initiative emploi dont la durée ne pouvait excéder 24 mois ; *Cass. soc., 23 oct. 2012, n° 11-19.210, Bull. civ. V n° 270*, s'agissant d'un contrat qui ne pouvait être renouvelé).

L'employeur doit saisir l'inspecteur du travail préalablement à l'échéance du terme (*C. trav., art. [L. 2421-8](#)*).

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2018-217 du 29 mars 2018, l'autorisation de l'inspecteur du travail n'est plus requise préalablement à la rupture du CDD saisonnier arrivant à son terme, en

l'absence de clause de renouvellement (C.trav., art. L. 2421-8). Il en est de même lors de l'arrivée du terme du contrat à durée déterminée d'usage.

### **3.2. Le contrôle à opérer par l'inspecteur du travail**

Contrairement au cas de rupture anticipée du CDD ou de non renouvellement du CDD comportant une clause de renouvellement, l'inspecteur du travail n'aura pas à contrôler l'existence d'un entretien préalable ou d'une consultation éventuelle du CSE, la procédure de licenciement n'étant pas applicable dans ce cas ([CE, 10 juin 1992, n° 94.626, Radio France, Tables p.1346](#); [CE, 6 oct. 1997, n° 165.337, SA Yacco, Tables p.1106](#)).

S'il constate que les parties semblent en réalité être liées par un contrat à durée indéterminée, il devra rejeter la demande (**cf. supra 2**).

Après avoir vérifié la survenance du terme du contrat, l'inspecteur du travail doit essentiellement s'assurer qu'il n'y a aucun lien entre la demande et les fonctions représentatives du salarié.

Enfin, **il n'a pas à faire porter son contrôle sur l'existence d'un motif d'intérêt général** (y compris pour un CDD ne comportant pas de terme précis ([CE, 10 juin 1992, n° 94.626, Radio France, Tables p.1346](#) ; [CE, 6 oct. 1997, n° 165.337, SA Yacco, Tables p.1106](#)).

## **4) CONSEQUENCES DE LA POURSUITE DU CONTRAT APRES L'ECHEANCE DU TERME**

Lorsque l'inspecteur du travail est saisi d'une demande tendant à faire constater la cessation des relations contractuelles, le terme initialement prévu par le contrat est prorogé dans l'attente de la décision administrative. Puis :

- si l'autorisation est accordée, les relations contractuelles cessent dès la notification de la décision administrative, la poursuite du contrat jusqu'à la date de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail ou, le cas échéant, du ministre sur recours hiérarchique, n'ayant pas pour effet de transformer le CDD en CDI ([Cass. soc., 20 juin 2000, n° 97-41.363, Bull. civ. V n°235](#)) ;

- si l'autorisation est refusée et qu'elle revêt un caractère définitif, le CDD devient un CDI ([CE, 6 mai 1996, n°146-161, Todisco, Tables. p.1191](#); [Cass. Soc., 27 sept. 2007, n° 06-41.086, Bull. civ. V n°144](#)). En revanche, si l'inspecteur du travail a autorisé la rupture du CDD, le juge judiciaire ne peut se prononcer sur la demande de requalification du contrat en CDI ([Cass. soc., 9 mai 2018, n°16-20.423, Bull. civ. V à paraître au bulletin](#)).

La poursuite des relations contractuelles malgré la délivrance d'une autorisation administrative ou malgré la reconnaissance par le juge judiciaire de la réalité d'un contrat à durée déterminée a pour effet de transformer le CDD en CDI ([TA Paris, 7 juin 1995, AFAN](#)).

En l'absence de saisine de l'inspecteur du travail avant l'échéance du terme du contrat ou en l'absence totale de saisine de l'inspecteur du travail, la relation de travail se poursuit sous la forme d'un contrat à durée indéterminée ([Cass. soc, 16 oct. 2001, n° 98-44.269, Bull. civ. V n° 320](#) ; [Cass. soc., 21 avr. 2017, n° 15-23.492](#)).

## Fiche 13b

# LA FIN DU CONTRAT DE CHANTIER OU D'OPERATION

Le code du travail prévoit la possibilité de conclure un contrat de travail pour la durée d'un chantier ou d'une opération. L'usage de ce contrat à durée indéterminée est limité aux branches qui ont conclu un accord collectif étendu. A défaut, ce contrat peut être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession. L'ordonnance [n°2017-1387](#) du 22 septembre 2017 en a précisé les conditions de droit commun.

## 1) LES REGLES DE DROIT COMMUN

### 1.1. Les conditions du recours au contrat de chantier ou d'opération

Le recours à ce contrat de travail à durée indéterminée, conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération, est soumis aux conditions fixées par une convention ou un accord collectif de branche étendu (*C. trav.*, art. [L. 1223-8](#) ; dispositions applicables aux contrats conclus après le 23 septembre 2017 : à titre d'exemple : accord national du 29 juin 2018 relatif au contrat de chantier ou d'opération dans la métallurgie).

Cet accord collectif détermine (*C. trav.*, art. [L. 1223-9](#) ; dispositions applicables aux contrats conclus après le 23 septembre 2017) :

- la taille des entreprises concernées ;
- les activités concernées ;
- les mesures d'information du salarié sur la nature de son contrat ;
- les contreparties en termes de rémunération et d'indemnité de licenciement accordées aux salariés ;
- les garanties en termes de formation pour les salariés concernés ;
- les modalités adaptées de rupture de contrat dans l'hypothèse où le chantier ou l'opération pour lequel ce contrat a été conclu ne peut pas se réaliser ou se termine de manière anticipée.

A défaut d'un tel accord, ce contrat peut être conclu dans des secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1<sup>er</sup> janvier 2017 (*C. trav.*, art. [L. 1223-8](#) ; cf. également [Cass. soc., 5 déc. 1989, n°87-40.747, Bull. civ. V, n°696](#)).

### 1.2. La justification du licenciement pour fin de chantier ou d'opération

La rupture du contrat de chantier ou d'opération qui intervient à la fin du chantier ou une fois l'opération réalisée repose sur une cause réelle et sérieuse (*C. trav.*, art. [L. 1236-8](#)). Elle n'est pas soumise aux dispositions légales relatives au licenciement pour motif économique.

La validité du licenciement prononcé en raison de la survenance de la fin d'un chantier est subordonnée à l'existence, dans le contrat de travail ou la lettre d'embauche, d'une clause précisant que le contrat est conclu pour un ou plusieurs chantiers déterminés ([Cass. soc., 2 juin 2004, n°01-46.891, Bull. civ. V, n°149](#) ; [Cass. soc., 25 mai 2011, n°10-10.852](#) ; [Cass. soc., 29 oct. 2014, n°13-20.298](#)).

L'achèvement du chantier constitue la cause du licenciement si le contrat a bien été conclu pour la durée du chantier ([Cass. soc., 12 févr. 2002, n°99-41.239, Bull. civ. V, n°64](#) ; [Cass. soc., 2 juin 2004, n°01-46.891, Bull. civ. V, n°149](#) ; [Cass. soc., 3 mai 2012, n°10-23.829](#) ; [Cass. soc., 18 déc. 2013, n°12-25.042](#)). A contrario, est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement intervenu alors que

le chantier n'était pas achevé au jour de la fin du contrat de travail du salarié et que les tâches pour lesquelles il avait été engagé s'étaient poursuivies ([Cass. soc., 12 févr. 2014, n°12-29.109](#) ; dans le même sens : [Cass. soc., 17 janv. 2018, n°16-16.991](#)). En outre, la résiliation de la mission confiée à l'employeur par son client, ne saurait constituer la fin de chantier permettant de justifier la rupture du contrat de travail ([Cass. soc., 9 mai 2019, n°17-27.493, à paraître au Bulletin](#)).

Sous réserve d'adaptations pouvant résulter de la convention ou de l'accord collectif étendu et applicables aux contrats conclus après le 23 septembre 2017, l'existence de cette cause réelle et sérieuse de licenciement est admise nonobstant le fait que :

- la durée estimée mentionnée dans le contrat de travail a été dépassée ([Cass. soc., 15 nov. 2006, n°04-48.672, Bull. civ. V, n°342](#)) ;
- la durée d'engagement initialement prévue était inférieure à la durée d'exécution du marché et que les tâches d'autres salariés employés dans d'autres secteurs se sont poursuivies ultérieurement ([Cass. soc., 16 déc. 2008, n°07-43.395](#)) ;
- le contrat était suspendu en raison de la maladie : il incombe alors au juge de rechercher si les tâches pour lesquelles le salarié a été embauché étaient terminées, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur l'existence de perturbations graves dans le fonctionnement de l'entreprise du fait de son absence et entraînant la nécessité de pourvoir à son remplacement définitif ([Cass. soc., 12 févr. 2002, n°99-41.239, Bull. civ. V, n°64](#)).

Sauf dispositions conventionnelles spécifiques, l'employeur n'est pas tenu d'une obligation de recherche de réemploi du salarié ([Cass. soc., 11 avr. 2018, n°17-10.899, à paraître au Bulletin](#)).

### 1.3. La procédure de licenciement applicable

Ce type de licenciement n'est pas soumis à la procédure de licenciement pour motif économique. Les dispositions des articles [L. 1232-2](#) à [L. 1232-6](#) du code du travail, relatives à l'entretien préalable et à la notification du licenciement, sont en revanche applicables (*C. trav., art. [L. 1236-8](#)*).

Dans certaines branches d'activité, des dispositions conventionnelles prévoient des obligations spécifiques, et notamment l'information et la consultation des représentants du personnel sur les licenciements de fin de chantier, au regard notamment de l'achèvement des travaux et des possibilités de réemploi. Cette obligation constitue pour le salarié une garantie de fond dont le non-respect prive le licenciement de cause réelle et sérieuse ([Cass. soc., 13 juin 2012, n°11-13.955, s'agissant de l'avenant du 8 juillet 1993 à la convention collective Syntec](#)).

## 2) LA PROCEDURE APPLICABLE AU LICENCIEMENT DES SALARIES PROTEGES

Le licenciement pour fin de chantier ou d'opération d'un salarié protégé est subordonné à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail ([CE, 25 mars 1983, n°36.037, Sté générale d'entreprise pour les travaux publics, Rec. p. 143](#)). La demande d'autorisation de licenciement doit être présentée avant la date effective d'achèvement du chantier.

Le contrôle de ce dernier doit porter sur les points suivants :

- le respect de la procédure spécifique pour les salariés protégés (entretien préalable ; consultation spéciale du comité social et économique lorsque la nature du mandat la requiert) ;
- le respect par l'employeur de ses obligations conventionnelles, le cas échéant ;
- la réalité de l'achèvement du chantier ou de la réalisation de l'opération ;
- l'absence de lien avec le mandat détenu, brigué ou précédemment exercé.

Le motif d'intérêt général peut en outre être retenu pour refuser le licenciement (**CF. FICHE 17**).

Par transposition avec le contrôle exercé sur les demandes d'autorisation de rupture du contrat à durée déterminée ([CE, 6 mai 1996, n°146.161, Ministre du Travail c/. Todisco, Tables p. 1191 ; CE,](#)



[21 juin 1996, n° 153.975, M. Alonso](#) ; **CF. FICHE 13a**), il y a lieu de considérer que l'inspecteur du travail doit également vérifier que le contrat de travail du salarié concerné est bien un contrat de chantier ou d'opération.

En revanche, il ne lui appartient pas de se prononcer sur les possibilités de reclassement du salarié ([CE, 25 mars 1983, n°36.037, Sté générale d'entreprise pour les travaux publics, Rec. p. 143](#)).

## Fiche 14

# LES MODES DE RUPTURE AMIABLE DU CONTRAT DE TRAVAIL

La présente fiche expose les différents modes de rupture amiable du contrat de travail reposant soit sur un accord collectif ou un document élaboré unilatéralement par l'employeur (1) soit sur une rupture conventionnelle individuelle du contrat de travail (2).

Le [décret n°2017-1819 du 29 décembre 2017 relatif au comité social et économique](#) a introduit des dispositions portant sur la procédure applicable à la demande de rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé. Elles sont codifiées aux articles [R.2421-18](#) et [R.2421-19](#) du code du travail (délégué syndical, salarié mandaté, membre de la délégation du personnel au comité social et économique interentreprises et conseiller du salarié), ainsi qu'aux articles [R.2421-20](#), [R.2421-21](#) et [R.2421-22](#) du code du travail (membre du comité social et économique et représentant de proximité).

Ces dispositions portent aussi bien sur les modalités de saisine de l'inspecteur du travail (**CF. FICHE 2**) que sur l'aménagement du principe du contradictoire (**CF. FICHE 3**).

## 1) LES RUPTURES AMIABLES REPOSANT SUR UN ACCORD COLLECTIF OU UN DOCUMENT ELABORE UNILATERALEMENT PAR L'EMPLOYEUR

### 1.1. La rupture conventionnelle collective (RCC)

#### 1.1.1. Champ d'application

L'[ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017](#) relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a introduit un nouveau mode de rupture amiable du contrat de travail reposant sur un accord collectif : la rupture conventionnelle collective (RCC).

La RCC a pour finalité d'encadrer des départs volontaires, **exclusifs du licenciement** ou de la démission. Elle repose sur la combinaison d'un accord collectif conclu dans des conditions de droit commun et d'un accord individuel, dont le régime est déconnecté tant du droit du licenciement économique (*C.trav.*, art. [L. 1233-3](#)), que de celui de la rupture conventionnelle individuelle (*C.trav.*, art. [L. 1237-16](#)).

Les conditions de sa mise en œuvre sont identiques quel que soit le nombre minimal et maximal de départs envisagés.

En outre, l'accord RCC est soumis à une procédure de validation par la DIRECCTE qui porte sur le caractère précis et concret des mesures qui y sont inscrites au regard notamment de l'objectif d'accompagnement et de reclassement externe des salariés susceptibles de se porter candidats au départ.

Conformément aux dispositions de l'article [L. 1237-19-2](#) du code du travail, la rupture d'un commun accord dans le cadre de la RCC est, pour les salariés protégés, soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail.

## 1.1.2. Portée du contrôle de l'inspecteur du travail

### 1.1.2.1. *Contrôle de la régularité de la procédure interne suivie par l'employeur*

Aucun entretien n'est légalement prévu préalablement à l'engagement de cette procédure. Toutefois, si l'accord collectif sur lequel repose la RCC prévoit des procédures individuelles particulières, il convient de procéder au contrôle du respect de celles-ci.

Si au regard du mandat détenu, la rupture du contrat de travail du salarié requiert l'avis du CSE, il appartient à l'inspecteur du travail de vérifier que la procédure de consultation du comité n'est pas entachée d'un vice substantiel.

La procédure générale d'information du CSE n'a pas à être contrôlée par l'inspecteur du travail puisque la RCC repose sur un accord validé par la DIRECCTE, en charge de ce contrôle.

### 1.1.2.2. *Contrôle du bien-fondé de la demande*

L'inspecteur du travail doit s'assurer de :

- **L'existence d'une décision du Direccte ayant validé l'accord collectif et, le cas échéant, son absence d'annulation par le juge administratif** avant de rendre sa décision sur l'autorisation de rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties sollicitée par l'employeur dans le cadre de la RCC (en ce sens par analogie, sur l'articulation entre une décision d'homologation ou de validation d'un plan de sauvegarde de l'emploi et le licenciement des salariés protégés: [CE, 19 juill. 2017, n°391.849 Milonga, Rec. p.250](#)) ;
- **L'existence d'un accord libre et éclairé des parties** : Dans le cadre de ce contrôle, comme pour la rupture conventionnelle individuelle du contrat de travail, l'inspecteur du travail doit s'assurer de l'absence de toute pression de la part de l'employeur.

Le respect du montant de l'indemnité légale ne constitue pas un point de contrôle propre, mais est une composante du libre consentement. Une indemnité inférieure à l'indemnité légale n'est pas un obstacle à une autorisation sauf si le consentement du salarié a été vicié sur ce point ([Cass. soc., 8 juill. 2015 n° 14-10.139, Bull. 2016, n° 834, Soc., n° 39](#)).

En outre, la RCC ne peut et ne doit pas être proposée dans un contexte de difficultés économiques aboutissant de manière certaine à une fermeture de site, ce qui aurait pour effet de fausser le caractère volontaire de l'adhésion au dispositif et de ne pas permettre le maintien dans l'emploi des salariés non candidats à un départ.

- **L'application des clauses de l'accord aux parties, en vérifiant :**
  - que le nombre de ruptures conventionnelles prévues dans l'accord n'est pas dépassé ;
  - que la durée pendant laquelle des ruptures de contrats sur le fondement d'une RCC peuvent être engagées a été respectée ;
  - que le salarié remplit les conditions prévues par l'accord pour bénéficier du dispositif puisqu'un accord RCC peut définir les types d'activités et les postes sur lesquels les mesures de départs volontaires sont envisagées ;
  - que l'accord écrit du salarié a été recueilli ;
  - qu'une convention individuelle de rupture entre l'employeur et le salarié a été établie ;
  - que les parties n'ont pas exercé leur droit à rétractation, tel que défini par l'accord collectif.
- **L'absence de lien entre le mandat détenu par le salarié et la mesure mise en œuvre.**

La RCC n'entre pas dans le champ d'application du régime du licenciement économique et n'a donc pas à être justifiée par un motif économique au sens de l'article [L. 1233-3](#) du code du travail. Dès lors, l'inspecteur du travail n'a pas à contrôler l'existence d'un tel motif.

De même, eu égard à la finalité de l'accord, l'employeur n'est pas tenu de procéder à des recherches de reclassement. L'inspecteur du travail ne fera donc pas porter son contrôle sur ce point.

## **1.2. Les congés de mobilité dans le cadre d'un accord GPEC ou RCC**

### 1.2.1. Champ d'application

Les dispositions de l'article [L. 1237-17](#) du code du travail ont introduit un dispositif de rupture d'un commun accord reposant sur un accord collectif portant gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ou un accord RCC : les ruptures du contrat de travail reposant sur un congé de mobilité. Ces ruptures, **exclusives du licenciement** ou de la démission, ne peuvent être imposées par l'une ou l'autre des parties. Aucune condition d'effectif de l'entreprise n'est requise. Le nombre de départ à ce titre n'est pas limité, peu important l'accord sur lequel ces départs reposent.

Le congé de mobilité est un dispositif permettant au salarié de s'engager dans une démarche de mobilité en lui proposant des mesures d'accompagnement, des actions de formation et des périodes de travail au sein ou hors de l'entreprise.

Le congé de mobilité est facultatif. L'entreprise n'est pas obligée de le proposer. Si le salarié accepte la proposition de congé de mobilité, son contrat de travail est rompu d'un commun accord avec son employeur à l'issue du congé.

Conformément aux dispositions de l'article [L. 1237-18-4](#) du code du travail: « *L'acceptation par le salarié de la proposition de congé de mobilité emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties à l'issue du congé* ». En application de cet article, la rupture du contrat de travail des salariés protégés dans le cadre du congé de mobilité est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail. Elle ne peut intervenir qu'à compter du lendemain du jour de l'autorisation.

La saisine de l'inspecteur du travail intervient **lorsque le salarié adhère au dispositif de congé mobilité, et donc préalablement à sa mise en œuvre concrète**, quand bien même la rupture du contrat de travail ne sera effective qu'à l'issue de ce congé.

### 1.2.2. Portée du contrôle de l'inspecteur du travail

#### *1.2.2.1. Contrôle de la régularité de la procédure interne suivie par l'employeur*

Si le congé mobilité repose sur un accord RCC, ce dernier étant validé par la DIRECCTE, l'inspecteur du travail n'aura à vérifier ni la validité de l'accord, ni la procédure générale de d'information du CSE (**cf. 1.1.2.1**).

En revanche, si le congé mobilité repose sur un accord GPEC, il appartient à l'inspecteur du travail de contrôler la validité de cet accord tant sur les modalités de conclusion que sur son contenu. Ainsi, il appartient à l'inspecteur du travail de vérifier que l'accord prévoit effectivement les clauses mentionnées à l'article [L. 1237-18-2](#) du code du travail. De même, il lui appartient de vérifier que les modalités d'information des institutions représentatives du personnel, telles que définies dans l'accord ont été mises en œuvre. Toutefois, les accords collectifs bénéficiant d'une présomption de conformité, l'inspecteur du travail n'a pas à porter son contrôle sur la pertinence des mesures mises en œuvre au regard du fonctionnement de l'entreprise (*C. trav. art. [L. 2262-13](#)*).

Aucun entretien n'est légalement prévu préalablement à l'engagement de cette procédure. Toutefois, si l'accord collectif sur lequel repose le congé mobilité prévoit des procédures individuelles particulières, il convient de procéder au contrôle du respect de celles-ci.

Si au regard du mandat détenu, la rupture du contrat de travail du salarié requiert l'avis du CSE, il appartient à l'inspecteur du travail de vérifier que la procédure de consultation du comité n'est pas entachée d'un vice substantiel.

#### 1.2.2.2. Contrôle du bien-fondé de la demande

Si la mise en œuvre du congé mobilité repose sur un accord RCC, il appartient à l'inspecteur du travail de vérifier **l'existence d'une décision du DIRECCTE ayant validé l'accord collectif et, le cas échéant, son absence d'annulation par le juge administratif.**

En l'absence de décision validant l'accord collectif, l'inspecteur du travail ne pourra accorder l'autorisation de rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties, sollicitée par l'employeur dans le cadre de la RCC. En revanche, si le congé mobilité repose sur un accord GPEC, qui n'a pas à être validé par les services de la DIRECCTE, l'inspecteur du travail n'a pas à procéder à ce contrôle.

Dans tous les cas, l'inspecteur du travail doit s'assurer de :

- **L'existence d'un accord libre et éclairé des parties**

Il appartient à l'inspecteur du travail de vérifier que les parties ont donné leur accord sur la mise en œuvre du congé mobilité, selon les modalités définies par l'accord, dont le contenu est précisé à l'article [L. 1237-18-2](#) du code du travail.

Par analogie avec la RCC, le montant des indemnités de rupture garanties au salarié qui équivaut au moins aux indemnités légales dues en cas de licenciement pour motif économique ne constitue pas un point de contrôle propre mais est une composante du libre consentement ([Cass. Soc., 8 juill. 2015 n° 14-10.139, Bull. 2016, n° 834, Soc., n° 39](#)).

- **L'application des clauses de l'accord aux parties en vérifiant :**

- que le salarié remplit les conditions prévues par l'accord pour bénéficier du dispositif ;
- que les modalités d'adhésion du salarié à la proposition de l'employeur, comprenant les conditions d'expression de son consentement écrit, et les engagements des parties sont respectées ;
- que le niveau de la rémunération versée pendant la période du congé de mobilité est au moins équivalent au montant de l'allocation de conversion prévue au 3° de l'article [L. 5123-2](#) du code du travail (*C. trav. art. [L.1237-18-3](#)*).

- **L'absence de lien entre le mandat détenu par le salarié et la mesure mise en œuvre.**

Ce type de rupture du contrat de travail n'étant pas nécessairement lié à un contexte économique, il n'appartient pas à l'inspecteur du travail de procéder au contrôle de l'existence d'une cause économique. De même, l'employeur n'est pas tenu de procéder à des recherches de reclassement.

### 1.3. Les plans de départs volontaires

#### 1.3.1. Champ d'application

S'il ressort des dispositions combinées des articles [L.1237-11](#) et [L. 1237-16](#) du code du travail que la rupture conventionnelle individuelle n'est pas incompatible avec un motif économique, la Cour de Cassation a limité la possibilité de recourir à ce type de ruptures amiables pour motif économique.

La Cour de cassation considère que « la rupture d'un contrat de travail pour motif économique peut résulter d'un départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise et que cette rupture constitue une résiliation amiable du contrat de travail » ([Cass. soc., 2 déc. 2003, n°01-46.540, Bull. civ. V n°309](#)).

Les ruptures amiables pour motif économique obéissent aux dispositions législatives applicables à un tel motif économique et « *l'employeur qui envisage de supprimer des emplois pour motif économique est tenu de respecter les dispositions d'ordre public des articles L. 321-1 et suivants du code du travail, peu important que les emplois ne soient supprimés que par la voie de départs volontaire* » ([Cass. soc., 25 oct. 2006, n°04-48.668](#)).

Le dispositif de RCC n'a pas remis en cause la possibilité d'opérer des départs volontaires qui peuvent être mis en œuvre, sur le fondement d'un PSE pouvant prévoir des licenciements (phase de départs volontaires suivie, si l'objectif de départs n'est pas atteint, d'une phase de licenciements) ou non (plan de départ volontaire autonome- PDVA). En outre, le PSE peut reposer sur un accord collectif ou un document unilatéral.

Ainsi, le plan de départ volontaire autonome (PDVA) se distingue de la RCC en ce que :

- un PDVA peut être mis en œuvre soit dans le cadre d'un accord portant PSE négocié uniquement avec les organisations syndicales, soit fixé dans un document établi unilatéralement par l'employeur (et non par un accord collectif spécifique tel que prévu pour la RCC) ;
- l'employeur doit démontrer l'existence d'un motif économique au sens de l'article [L. 1233-3](#) du code du travail ;
- le PDVA obéit à une logique de seuils et peut donc être mis en place si le nombre de ruptures de contrats de travail est supérieur aux seuils prévus par les articles [L. 1233-26](#), [L. 1233-27](#) et [L. 1233-61](#) du code du travail.

Il appartient à l'inspecteur du travail de se prononcer sur la rupture amiable pour motif économique d'un salarié protégé ([Cass. soc., 22 févr. 2006, n°04-42.464](#) ; [Cass. soc., 27 mars 2007, n° 05-45.310, Bull. civ. V n°58](#)).

### 1.3.2. Portée du contrôle de l'inspecteur du travail

#### 1.3.2.1. *Contrôle de la régularité de la procédure interne suivie par l'employeur*

Le plan de départs volontaires reposant sur un plan de sauvegarde de l'emploi validé par la DIRECCTE, l'inspecteur du travail n'aura à vérifier ni la validité de l'accord ou du document unilatéral, ni la procédure générale de consultation du CSE (**cf. 1.1.2.1**).

En revanche, que la rupture repose sur un PSE prévoyant ou non des licenciements, il convient de vérifier le respect de la procédure portant sur la tenue d'un entretien préalable. De même, si au regard du mandat détenu, la rupture du contrat de travail du salarié requiert l'avis du CSE, il appartient à l'inspecteur du travail de vérifier que la procédure de consultation du comité n'est pas entachée d'un vice substantiel.

#### 1.3.2.2. *Contrôle du bien-fondé de la demande*

Malgré la mise en place de la RCC, les règles jurisprudentielles dégagées par la Cour de Cassation en matière de PDVA ont vocation à perdurer.

Ainsi, dans le cas de la résiliation d'un contrat de travail résultant de la conclusion d'un accord de rupture amiable conforme aux prévisions d'un accord collectif soumis aux représentants du personnel, la cause économique de la rupture ne peut, sauf fraude ou vice du consentement être contestée ([Cass. soc., 8 févr. 2012, n°10-27.176, Bull. civ. V n°64](#)). **Par conséquent, est exclu tout contrôle de l'inspecteur du travail sur la cause économique en cas de rupture amiable pour motif économique.** Il en est de même si la rupture amiable repose sur un PSE soumis aux représentants du personnel, qu'il prévoit des licenciements ([Cass. Soc., 8 févr. 2012, n°10-27.176, Bull. civ V, n°64](#) ; [Cass. soc., 9 avr. 2015, n°13-23.588 à 13-23591, 13-23630 à 13-23633, 13-23883 à 13-23886, Bull. civ. V n°72](#)) ou non ([Cass. soc., 12 févr. 2014, n°12-24.845](#); [Cass. soc., 17 déc. 2014, n°13-19.623](#)).

L'inspecteur du travail doit s'assurer de :

- **L'existence d'un accord collectif ou d'un document unilatéral fondant la rupture amiable pour motif économique du contrat de travail du salarié.** En effet, hormis les exclusions prévues à l'article [L. 1237-16](#) du code du travail, toute rupture amiable, notamment pour raison économique, entre dans le champ de la rupture conventionnelle ([Cass. soc., 15 oct. 2014, n°11-22.251, Bull. 2014, n°241](#)) ;
- **L'existence d'une obligation de reclassement selon la nature du PSE :**

L'engagement de l'employeur à ne pas licencier de salariés quand bien même les objectifs initiaux de baisse des effectifs ne seraient pas atteints sur la base des seuls départs volontaires lui permet de s'exonérer de prévoir des dispositions en matière de reclassement interne ([Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-15.187, Bull. civ. V, n° 245](#)) ou de mise en œuvre de critères d'ordre des licenciements ([Cass. soc., 1er juin. 2017, n° 16-15.456 à paraître au Bulletin](#)). Ainsi, en présence d'un plan de départ volontaire autonome, l'inspecteur du travail n'opère pas de contrôle des recherches de reclassement.

En revanche, si le PSE prévoit des licenciements si l'objectif de départs n'est pas atteint une fois achevée la phase de départs volontaires, il appartient à l'inspecteur du travail de contrôler la réalité des recherches de reclassement dans la mesure où des licenciements peuvent être mis en œuvre ([Cass. soc., 23 avr. 2013, n°12-15.221, Bull. civ V, n°108](#)) ;

- **L'existence d'un accord libre et éclairé des parties ;**
- **L'absence de lien entre la demande d'autorisation de rupture du contrat de travail du salarié et l'exercice de ses mandats.**

## 2) LA RUPTURE CONVENTIONNELLE INDIVIDUELLE

La rupture conventionnelle, introduite par la [loi n° 2008-596 du 25 juin 2008](#), constitue un mode de rupture spécifique, exclusif de la démission et du licenciement, qui ne peut être imposé unilatéralement par l'une ou l'autre des parties.

Conformément à l'article [L. 1237-15](#) du code du travail, par dérogation aux règles de droit commun, les salariés protégés ne sont pas soumis à la procédure d'homologation. L'inspecteur du travail reste compétent pour accorder une autorisation qui vaut homologation dans le cadre d'une procédure spécifique.

### 2.1. La demande d'autorisation de rupture conventionnelle

#### 2.1.1. Champ d'application

##### 2.1.1.1. En raison de la nature du contrat de travail

La rupture conventionnelle est ouverte à tous les salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée.

Il ne saurait être fait usage de la rupture conventionnelle pour rompre un **contrat à durée déterminée**. En effet, ce mode de rupture n'est pas couvert par l'article 12 de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail à l'origine de l'article 5 de [la loi n° 2008-596](#) susvisée instaurant la rupture conventionnelle.

##### 2.1.1.2. En raison de la nature des mandats détenus

A la lecture de l'article [L. 1237-15](#) du code du travail, la procédure d'autorisation de la rupture conventionnelle ne vise que les salariés bénéficiant d'une protection au titre des articles [L. 2411-1](#) et [L.2411-2](#) du code du travail.

Toutefois, la protection visée à l'article [L. 1237-15](#) du code du travail ne peut être regardée comme limitée aux seuls salariés détenteurs de mandats en cours et excluant ceux ayant demandé



l'organisation d'élections professionnelles, les candidats à ces élections ou les anciens détenteurs de mandats.

Cette protection est également applicable au représentant de la section syndicale bénéficiant d'un régime de protection équivalent à celui du délégué syndical, par renvoi général de l'article [L. 2142-1-2](#) du code du travail aux dispositions du Livre IV sur les salariés protégés.

#### *2.1.1.3. Les situations dans lesquelles il est ou non possible de recourir à la rupture conventionnelle du contrat de travail*

Le principe de l'application des règles de la rupture conventionnelle à toutes les ruptures amiables y compris celles qui résultent d'un motif économique, à l'**exception** de celles intervenues dans le cadre des dispositions spécifiques prévues à l'article [L. 1237-16](#) du code du travail a été affirmé ([Cass. soc., 15 oct. 2014, n°11-22.251, Bull. civ V n°241](#)). Ainsi, le nombre total de ruptures conventionnelles doit être comptabilisé pour déterminer le seuil déclenchant l'obligation de mise en œuvre d'un PSE ainsi que « pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi » ([Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581, Bull. civ. V n° 70](#)).

Toutefois, sont uniquement prises en considération les ruptures conventionnelles qui, après homologation, se sont concrétisées par une rupture du contrat de travail. En conséquence, il n'y a pas lieu de retenir les conventions qui, faute d'avoir été homologuées, n'ont pas entraîné la rupture du contrat de travail ([Cass. Soc., 29 oct. 2013, n°12-15.382, Bull. civ V n°253](#)).

#### *2.1.1.4. Les situations autorisant le recours à la rupture conventionnelle du contrat de travail*

Sauf en cas de fraude ou de vice du consentement, rien n'interdit aux parties de conclure une rupture conventionnelle pendant **une période de suspension du contrat de travail** quand bien même serait-elle assortie d'une protection particulière telle que :

- la période de suspension consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle ([Cass. soc., 30 sept. 2014, n°13-16.297, Bull. civ. V n°219](#)) ;
- les périodes de suspension du contrat de travail auxquelles la salariée a droit au titre de son congé maternité, ainsi que pendant les semaines suivant l'expiration de ces périodes ([Cass. soc., 25 mars 2015, n°14-10.149, Bull. civ V, n°58](#)).

De même, une rupture conventionnelle conclue avec un salarié victime d'un accident du travail déclaré apte avec réserves à la reprise du travail par le médecin du travail est autorisée ([Cass. soc., 28 mai 2014, n°12-28.082, Bull. civ. V n°129](#)).

La Cour de cassation a admis le recours à la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié inapte à son poste à la suite d'un accident de travail, sauf cas de fraude ou de vice du consentement ([Cass. soc. 9 mai 2019, n°17-28.767, à paraître au Bulletin](#)).

En outre, la signature par les parties d'une rupture conventionnelle après l'engagement d'une procédure disciplinaire n'emporte pas renonciation par l'employeur à l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Il sera dès lors fondé à reprendre la procédure disciplinaire si le salarié exerce son pouvoir de rétractation ([Cass. soc., 3 mars 2015, n°13-15.551, Bull. civ. V n°36](#)), sans que la convention de rupture ne constitue un acte interruptif de prescription des faits fautifs ([Cass. soc., 3 mars 2015, n°13-23.348, Bull. civ. V n°34](#)).

#### 2.1.2. Procédure préalable

En l'absence d'au moins un entretien préparatoire prévu par l'article [L. 1237-12](#) du code du travail, la procédure interne est substantiellement viciée ([Cass. soc., 1er déc. 2016, n° 15-21.609, à paraître au Bulletin](#)).

Lorsque la consultation du CSE est requise sur le projet de licenciement d'un salarié protégé, l'avis de ce comité devra précéder la signature de la convention de rupture. Le procès-verbal de la réunion devra être joint à la demande d'autorisation.

### 2.1.3. Demande d'autorisation

#### 2.1.3.1. *Le formalisme attaché à la demande*

La demande doit être formée, par la partie la plus diligente, c'est-à-dire par l'employeur ou par le salarié (*C. trav.*, art. [L.1237-14](#)) auprès de l'inspecteur du travail compétent pour le contrôle du lieu de travail principal du salarié (**CF. FICHE 1b**). Il existe un formulaire spécifique aux salariés protégés de rupture conventionnelle qui contient la convention de rupture signée par les deux parties (*cf. modèle de formulaire CERFA 14599\*01 annexé à l'arrêté du 10 février 2012, JORF du 18 février 2012*). Cette dernière devra être signée par les parties préalablement à la demande d'autorisation.

L'employeur (ou le salarié) ne pourra pas adresser la demande d'autorisation à l'inspecteur du travail tant que le délai de réflexion de quinze jours calendaires à compter de la date de signature de la convention de rupture prévu par l'article [L. 1237-13](#) du code du travail n'est pas expiré.

#### 2.1.3.2. *Délais impartis à l'inspecteur du travail pour statuer*

Contrairement à l'homologation, l'expiration du délai de quinze jours ne vaut pas acceptation (*CRPA art. [L. 231-4](#)*).

La décision de l'inspecteur du travail doit être précédée d'une enquête contradictoire. L'inspecteur du travail peut opter pour la procédure contradictoire aménagée telle que prévue par les dispositions des articles [R. 2421-18](#) et suivants du code du travail (**CF. FICHE 3**).

La rupture conventionnelle ne pourra prendre effet au plus tôt que le lendemain du jour de l'autorisation (*C. trav. art. [L. 1237-15](#)*).

## 2.2. Portée du contrôle à opérer par l'inspecteur du travail

### 2.2.1. Au titre de la procédure suivie par l'entreprise

L'inspecteur du travail doit vérifier, tout d'abord, si les règles de procédures préalables à sa saisine ont été observées, c'est-à-dire les règles relatives à l'organisation et à la tenue du ou des entretiens préparatoires et à l'assistance du salarié prévues par l'article [L. 1237-12](#) du code du travail, et celles relatives à la consultation pour avis du CSE (**CF. FICHE 5**).

**Il est nécessaire que les parties procèdent au moins à un entretien** (*Cass. Soc., 1er déc. 2016, n°15-21.609, Bull. civ. V à paraître*). Même si l'entretien prévu n'est soumis à aucun formalisme (*Cass.Soc., 3 juill. 2013, n° 12-19.268, Bull. civ. V n° 178 ; Cass.Soc., 29 janv. 2014 n° 12-27.594, Bull. civ. V n° 39*), il doit avoir lieu, et cela à peine de nullité de la rupture conventionnelle.

La tenue d'au moins un entretien constituant un élément essentiel du consentement des parties, il doit être organisé de bonne foi. L'employeur doit donc informer le salarié de la date et du lieu de l'entretien, ainsi que la possibilité qu'il a de se faire assister. Toutefois, le défaut d'information du salarié d'une entreprise ne disposant pas d'institutions représentatives du personnel sur la possibilité de se faire assister par un conseiller du salarié n'affecte pas la validité de la convention de rupture (*Cass. Soc., 29 janv. 2014, n°12-27.594, Bull. civ. V n°39*). De même, aucun délai entre l'entretien au cours duquel l'accord intervient et la date de signature de la convention de rupture n'est prévu par les textes (*Cass.Soc., 3 juill. 2013, n°12-19.268, Bull. civ. V n°178 ; Cass.Soc., 19 nov. 2014, n°13-21.979*). Lors des entretiens, l'employeur doit donner au salarié une information précise sur le régime fiscal et social de l'indemnité spécifique de rupture.

Par ailleurs, il est nécessaire que, lorsque l'une ou les deux parties se font assister lors du ou des entretiens, tant les conditions d'assistance que la qualité des assistants soient conformes aux

dispositions de l'article [L. 1237-12](#) du code du travail. A ce titre, le choix du salarié de se faire assister par son supérieur hiérarchique, dont peu importe qu'il soit titulaire d'actions de l'entreprise, n'affecte pas la validité de la rupture conventionnelle ([Cass. soc., 29 janv. 2014, n°12-27.594, Bull. civ V n°39](#)).

**L'absence de tenue de cet entretien avant la consultation du CSE, lorsque celle-ci est requise, est de nature à entacher d'irrégularité substantielle la procédure interne.**

#### 2.2.2. Au titre des garanties de fond destinées à préserver la liberté du consentement

Au regard de la portée de l'article [L. 1237-15](#) du code du travail qui ne subordonne pas la conclusion de la rupture conventionnelle à l'existence d'un motif de nature à la justifier, la recherche d'un tel motif n'a pas à être opérée par l'inspecteur du travail.

Néanmoins, il doit apprécier la liberté du consentement à partir des points de contrôle définis dans la [circulaire n° 2008-11 du 22 juillet 2008](#) en vue de la validité de la demande d'homologation. En effet, la convention de rupture est nulle en cas de vice du consentement ([Cass. soc., 12 févr. 2014, n°12-29.208](#)).

L'existence d'une altération des facultés mentales du salarié, lors de la signature de la convention de rupture, est de nature à vicier son consentement ([Cass. soc., 16 mai 2018, n°16-25.852](#)). De même, une convention de rupture liée à une situation de violence morale subie par le salarié est nulle ([Cass. soc., 30 janv. 2013, n°11-22.332, Bull. civ. V n°24](#); [Cass. soc., 9 juin 2015, n°14-10.192](#)).

Toutefois l'existence d'un différend entre les parties n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture conventionnelle ([Cass. soc., 23 mai 2013, n°12-13.865, Bull. Civ. V n°128](#); [Cass. soc., 26 juin 2013, n°12-15.208, Bull. civ. V n°167](#); [Cass. soc., 3 juill. 2013, n°12-19.268, Bull. civ. V n°178](#); [Cass. soc., 30 sept. 2013, n°12-19.711](#); [Cass. soc., 15 janv. 2014, n°12-23.942, Bull. civ. V n°19](#); [Cass. soc., 19 nov. 2014, n°13-21.979](#)). De même, l'existence de faits de harcèlement moral n'affecte pas en elle-même la validité de la convention de rupture, sauf à prouver que le harcèlement moral qu'il subissait a altéré le consentement du salarié ([Cass. soc., 23 janvier 2019, n°17-21.550, à paraître au Bulletin](#)).

Une attention particulière doit être portée sur les éléments suivants :

- **les informations relatives aux parties** : identités et adresses des parties à la convention de rupture sont nécessaires à l'instruction de la demande d'homologation ;
- **les éléments de rémunération au regard de l'ancienneté du salarié** :

Le non-respect du montant de l'indemnité légale ne constitue pas à lui seul une irrégularité justifiant le refus de l'autorisation de rupture du contrat. Il s'agit d'un élément d'appréciation du libre consentement. Ainsi, une indemnité inférieure à l'indemnité légale n'est pas un obstacle à une autorisation sauf si le consentement du salarié a été vicié sur ce point ([Cass. soc 8 juill. 2015 n° 14-10.139, Bull. 2016, n° 834, Soc., n° 39](#)).

Le montant de l'indemnité spécifique de rupture doit correspondre au moins à celui de l'indemnité légale (*C. trav. art. [R. 1234-2](#)*) ou conventionnelle de licenciement, si cette dernière s'avère plus favorable (*avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail du 11 janv. 2008 étendu par arrêté du 26 novembre 2009, JO du 27 novembre*). Si, dans le cadre de l'appréciation du consentement du salarié, le contrôle de l'inspecteur du travail doit porter sur le montant de l'indemnité apprécié à la date de la rupture envisagée, l'employeur doit prendre en compte la date de rupture effective après autorisation administrative.

Le montant minimum de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle doit s'apprécier par rapport au montant de l'indemnité définie aux articles [L.1234-9](#), [R.1234-1](#) et [R.1234-2](#) du code du travail ([Cass. soc., 3 juin 2015, n°13-26.799, Bull. civ. V à paraître au Bulletin](#)).

L'avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008 portant sur les indemnités de rupture du contrat de travail, ne s'applique pas aux entreprises qui ne sont pas membres d'une des organisations signataires de cet accord et dont l'activité ne relève pas du champ d'application d'une convention collective de branche signée par une fédération patronale adhérente du Mouvement des entreprises de France (le MEDEF), de l'Union professionnelle artisanale (l'UPA) ou de la Confédération des petites et moyennes entreprises (la CGPME) ([Cass. soc., 27 juin 2018, n°17-15.948](#)).

- **la signature de la convention de rupture** : la volonté de chaque partie doit se concrétiser par la signature de la convention de rupture.

En revanche, l'absence de la mention « *lu et approuvé* » n'est pas constitutive d'une irrégularité de la demande. S'agissant d'un acte sous seing privé soumis à aucune autre condition de forme que la signature de ceux qui l'obligent, la présence de cette mention constitue une formalité dépourvue de toute portée ([Cass. soc., 6 févr. 2013, n° 11-27.000, Bull. civ. V n°29](#)). En outre, une clause de renonciation à tout recours contenue dans une convention de rupture doit être réputée non écrite, comme contraire à l'article [L.1237-11](#) du code du travail sans qu'en soit affectée la validité de la convention elle-même ([Cass. soc., 26 juin 2013, n°12-15.208, Bull. civ. V n°167](#)).

- **la remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié** : elle est nécessaire pour que chacune des parties puisse demander l'homologation, et pour garantir le libre consentement du salarié en lui permettant d'exercer ensuite son droit de rétractation ([Cass. soc., 6 févr. 2013, n°11-27.000, Bull. civ. V n°29](#) ; [Cass. soc., 26 sept. 2018, n°17-19.860](#)). A défaut, l'inspecteur du travail ne pourra valablement autoriser la rupture conventionnelle du contrat de travail du salarié, le consentement de ce dernier n'étant pas assuré ;
- **le droit de rétractation** : le délai de rétractation (15 jours calendaires) doit être impérativement respecté ([Cass. soc., 6 déc. 2017, n°16-16.851](#)). Cependant, une erreur commise dans la convention de rupture sur la date d'expiration du délai de 15 jours prévu par l'article [L. 1237-13](#) du code du travail ne peut entraîner la nullité de cette convention, que si elle a eu pour effet de vicier le consentement de l'une des parties ou de la priver de la possibilité d'exercer son droit de rétractation. Il convient ainsi d'examiner si, en pratique, le délai a été ou non respecté compte tenu de la date d'envoi du formulaire et de notifier, le cas échéant, un refus d'homologation ou d'autorisation ([Cass. soc., 29 janv. 2014, n°12-24.539, Bull. Civ. V n°40](#)). La date d'envoi du courrier de rétractation détermine si ce délai a été respecté ([Cass. soc., 14 févr. 2018, n°17-10.035, à paraître au Bulletin](#)).

Lorsque la première convention avait fait l'objet d'un refus d'homologation par l'autorité administrative, le salarié doit bénéficier d'un nouveau délai de rétractation. A défaut, la seconde convention de rupture est nulle ([Cass. soc., 13 juin 2018, n°16-24.830 à paraître au Bulletin](#)). Par analogie, il en est de même si une seconde demande de rupture conventionnelle d'un salarié protégé est présentée sur le fondement d'une nouvelle convention après un premier refus de l'inspecteur du travail.

Ainsi, le non-respect de ce délai vicie le consentement et justifie à lui seul le refus d'autorisation de la rupture. L'employeur pourra présenter une nouvelle demande à l'issue d'un nouveau délai de réflexion de quinze jours calendaires complets, courant à compter de la notification de la décision de refus ([Cass. soc., 06 déc. 2017, n°16-16.851](#)).

Enfin, l'inspecteur du travail doit s'assurer de l'absence de toute pression de la part de l'employeur qui se rattacherait à l'exercice du mandat du salarié. La décision autorisant la rupture conventionnelle doit toujours constater l'absence de lien avec le mandat.

### **2.3. Recours**

Les recours formés contre la décision de l'inspecteur du travail autorisant ou refusant l'autorisation de rupture conventionnelle peuvent être introduits devant le ministre chargé du travail (*C. trav. art. [R. 2422-1](#)*) et/ou devant le tribunal administratif compétent et non devant le conseil de prud'hommes, comme c'est le cas pour les homologations de droit commun.

## Fiche 15

# LE TRANSFERT

(Mise à jour – Décembre 2021)

L'autorisation préalable de l'inspecteur du travail est requise pour le transfert des salariés protégés lorsqu'il est compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, soit par application de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail, soit, par défaut, en application de dispositions conventionnelles (*C. trav.*, art. [L. 2414-1](#)).

Les conditions de la reprise par un employeur public de salariés de droit privé à la suite d'un changement dans la situation juridique de l'employeur, en application des dispositions de l'article [L. 1224-3](#) du code du travail, sont précisées dans la **FICHE 10** (Autres motifs).

### 1) LES BENEFICIAIRES DE LA PROTECTION

Outre les salariés protégés visés par l'article [L. 2414-1](#) du code du travail, doivent également faire l'objet d'une autorisation de transfert de leur contrat de travail :

- les candidats aux élections professionnelles ([Cass. soc., 8 juin 1999, n°96-45.045, Bull. civ. V n° 272](#)) ;
- les salariés ayant demandé l'organisation de ces élections et dont la demande a été reprise par une organisation syndicale ([Cass. soc., 28 oct. 2015, n°14-12.598, Bull. 2016 n° 838](#)) ;
- les anciens représentants du personnel.

La Cour de cassation a en effet jugé que le transfert des candidats aux élections professionnelles et des salariés ayant demandé l'organisation de ces élections devait, dans les 6 mois suivant cette candidature ou cette demande, également être subordonné à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail, destinée à permettre à celui-ci de s'assurer que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire.

Pour les mêmes raisons, il y a lieu d'étendre cette protection aux anciens représentants du personnel pendant les 6 mois suivant la cessation de leurs fonctions.

Si l'acte de cession a été signé à une date à laquelle le salarié n'était plus protégé, mais avec prise d'effet à une date antérieure à laquelle il l'était encore, le bénéfice de la protection est acquis et l'autorisation de transfert doit être demandée ([Cass. soc., 18 juin 2014, n°13-10.204, Bull. civ. V n° 150](#)).

### 2) LES OPERATIONS CONCERNEES

L'inspecteur du travail doit s'assurer tout d'abord que le transfert du contrat de travail dont il est saisi entre dans le cadre d'un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement et, dans cette hypothèse, s'assurer que les conditions de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail ou de l'accord collectif sont réunies.

Un transfert total étant exclu du champ des dispositions de l'article [L. 2414-1](#) du code du travail, il lui appartient en revanche de rejeter la demande pour incompétence.

[Sommaire](#)

## **2.1. Le champ d'application : transfert partiel d'activité d'une entreprise ou d'un établissement distinct**

Le transfert partiel impose l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail dès lors qu'il inclut un salarié titulaire d'un mandat représentatif. Le caractère partiel est reconnu si :

- une partie seulement de l'entreprise ou de l'établissement distinct est reprise par une autre entreprise ;
- sous réserve que l'entité économique transférée ne constitue pas un établissement distinct au sens de la mise en place d'un comité social et économique d'établissement disposant des attributions consultatives ([Cass. soc., 15 nov. 2011, n° 10-15.294, Bull. civ. V n° 265](#)).

Sont également regardés comme constituant des transferts partiels, et non un transfert total :

- une somme de transferts partiels d'activité à différents cessionnaires aboutissant au transfert total de l'ensemble du personnel d'une entreprise ;
- un transfert par l'entreprise de l'ensemble de ses activités et de son personnel dans plusieurs filiales créées dans le cadre de sa restructuration.

Il en est de même en cas de transfert du contrat de travail de la totalité des salariés employés dans une entité économique faisant partie d'une UES dès lors que cette entité ne constitue pas un établissement au sein duquel a été mis en place un comité social et économique d'établissement et ce, nonobstant le fait que l'entité économique soit une entreprise, personne morale juridiquement distincte intégrée à l'unité économique et sociale ([Cass. soc., 4 nov. 2015, n° 14-17.137](#) ; [Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-24.005, à paraître au Bulletin](#)).

A *contrario*, le transfert total d'activités et de personnel d'un même établissement distinct doté d'un comité social et économique disposant des attributions consultatives prévues par les articles [L. 2312-8](#) et suivants du code du travail est exclu du champ des dispositions de l'article [L. 2414-1](#) du code du travail, et l'employeur, dans cette hypothèse, peut procéder à cette opération sans avoir à solliciter l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail pour les représentants du personnel inclus le cas échéant dans ce périmètre.

Le changement d'entreprise d'un ou de plusieurs salariés, sans transfert d'activité, ne s'analyse pas comme un transfert, mais comme un changement d'employeur constituant une novation du contrat de travail (**CF. FICHE 11**).

## **2.2. Le transfert en application des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail**

Ces dispositions s'appliquent dès lors qu'est transférée une entité économique, conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs ([Cass. ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730, Bull. AP n° 4](#) ; [CJCE, 14 avr. 1994, aff. C-392/92, Schmidt](#) ; [Cass. soc., 10 juill. 2007, n° 06-40.594](#) ; [Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-40.368](#)). Par ailleurs, l'appartenance du salarié à titre exclusif ou principal à l'entité cédée doit être effective.

### **2.2.1. Les conditions d'application de l'article L. 1224-1**

#### ***2.2.1.1. Le critère de l'entité économique autonome hors perte de marché***

Constitue une entité économique un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre ([Cass. soc., 7 juill. 1998, 96-21.451, Bull. civ V n°363](#) ; [Cass. soc., 16 nov. 1999, n° 98-41.782 et 98-41.786, Bull. civ. V n° 439](#)).

Au nombre des composantes de l'entité économique figurent en principe :



- des moyens corporels : matériel, outillage, marchandises, bâtiments, ateliers, terrains, équipements... ;
- des éléments incorporels : reprise de la clientèle ([Cass. soc., 16 déc. 2009, n° 08-41.196](#) ; [Cass. soc., 10 mars 2010, n° 08-44.636](#)), du droit au bail, de brevets d'invention, de licences ou de droits de propriété industriels... ;
- du personnel propre.

L'identité de l'entité économique autonome n'est pas conservée si l'activité est fractionnée entre plusieurs repreneurs ([Cass. soc., 28 mai 2003, 01-41.263, Bull. civ V n°177](#) ; [Cass. soc., 12 janv. 2016, n° 14-22.216, à paraître au Bulletin](#)).

Au nombre des éléments de nature à caractériser l'existence d'un objectif propre de l'activité économique figurent notamment :

- les résultats spécifiques auxquels cette activité tend ;
- la finalité économique propre ([Cass. soc., 18 juill. 2000, n° 98-18.037, Bull. civ. V n° 285](#) ; [Cass. soc., 21 févr. 2006, n° 03-46.652](#)).

L'existence d'une entité économique autonome est reconnue dès lors qu'ont été transmis les éléments significatifs et nécessaires à la poursuite de l'activité, que cette transmission ait été directe ou indirecte ([Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-42.005 à 08-42.008](#)). Le caractère accessoire de l'activité ne peut alors suffire à exclure un transfert de cette entité ([Cass. soc., 18 juill. 2000, n° 98-18.037, Bull. civ. V n° 285](#)), et nonobstant la reprise d'une partie seulement des salariés ([Cass. soc., 14 juin 2017, n° 16-12.348](#)).

Dans les secteurs reposant essentiellement sur la main-d'œuvre, le seul transfert des effectifs et de ses compétences peut toutefois suffire à caractériser le transfert d'une entité économique autonome ([Cass. soc., 11 juin 2002, n° 01-43.051, Bull. civ V n° 197](#) ; [CJUE, 13 sept. 2007, aff. C-458/05, Jouini](#)).

2.2.1.2. *Les conditions d'applicabilité de l'article [L. 1224-1](#) en cas de perte de marché (cf. jurisprudences nationale et communautaire)*

La perte d'un marché, si elle s'accompagne de la reprise par le cessionnaire de moyens d'exploitation, corporels ou incorporels nécessaires à l'exploitation de l'entité économique, doit donc entraîner l'application de l'article [L. 1224-1](#) ([Cass. soc., 12 juin 2002, n° 00-40.991](#) ; [Cass. soc., 20 avr. 2005, n° 03-41.594](#)).

La Cour de justice de l'Union européenne ne subordonne cependant pas l'application des dispositions de la directive communautaire relative aux transferts à la cession d'éléments d'actifs, corporels ou incorporels, lorsque l'entité économique, constituant essentiellement une activité de main d'œuvre, peut fonctionner sans ces éléments ([CJCE, 24 janv. 2002, Aff. 51/00, 6<sup>ème</sup> ch., Temco service industries SA ; a contrario, s'agissant de la restauration collective, qui exige des équipements importants : CJCE, 20 nov. 2003, Abler c./ Sodexho, aff. C-340/01](#)).

En outre, la circonstance que les éléments corporels repris par le nouvel entrepreneur n'appartenaient pas à son prédécesseur, mais étaient mis à disposition par le donneur d'ordre ne peut conduire à elle seule à exclure l'existence d'un transfert d'entreprise : le transfert d'éléments d'exploitation ne représente qu'un aspect partiel de l'évaluation d'ensemble qui s'impose au juge national lors d'un contrôle de l'existence d'un transfert d'entreprise ([CJCE, 15 déc. 2005, aff. 232/04, Nurten Güney-Görres, Gul Demir c./ Securicor Aviation Germany](#) ; dans le même sens : [Cass. soc., 24 nov. 2009, n° 08-44.148, Bull. civ V n° 264](#)).

2.2.2. L'applicabilité de l'article [L. 1224-1](#) aux plans de cession homologués par le tribunal de commerce

Sont soumises aux dispositions de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail, dès lors qu'il y a effectivement transfert d'une entité économique ([Cass. soc., 16 mars 1999, n° 96-44.843, Bull. civ](#)

[V n° 116](#) ; [Cass. soc., 10 juill. 2001, n° 99-44.466, Bull. civ V n°254](#) ; [Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-46.073](#) ; [Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-43.092](#) ) :

- la cession d'une ou de plusieurs activités de l'entreprise, prévue par l'article [L. 626-1](#) du code de commerce, pendant la période de sauvegarde ;
- la cession partielle de l'entreprise, prévue par l'article [L. 631-13](#) du code de commerce, pendant la période de redressement judiciaire ;
- la cession partielle (*portant, dans ce dernier cas, sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités, au sens de l'article 111 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 [C. com., art. [L. 642-1 al.2](#)]*) de l'entreprise, prévue par l'article [L. 642-2](#) du code de commerce, pendant la période de liquidation judiciaire.

Dans ce cas, les licenciements antérieurement opérés par l'administrateur judiciaire ou le mandataire-liquidateur, sont sans effet, en dehors de ceux autorisés par le tribunal de commerce en application des dispositions de l'article [L. 642-5](#) du code de commerce ([Cass. soc., 2 févr. 2011, n° 09-72.794](#) ; [Cass. soc., 30 avr. 2014, n° 12-35.219, Bull. civ V n° 107](#)).

### 2.2.3. Les conditions de mise œuvre d'un licenciement économique avant transfert

Lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi dans les entreprises d'au moins cinquante salariés comporte, en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, le transfert d'une ou de plusieurs entités économiques nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois et lorsque ces entreprises souhaitent accepter une offre de reprise, les dispositions de l'article [L. 1224-1](#) ne s'appliquent que dans la limite du nombre des emplois qui n'ont pas été supprimés à la suite des licenciements, à la date d'effet de ce transfert (*C.trav, art. [L.1233-61](#) ; **CF. FICHE 7a***).

## 2.3. Le transfert conventionnel

### 2.3.1. Le champ d'application

Les accords collectifs conclus dans certaines branches professionnelles (restauration collective, entreprises de propreté, prévention et sécurité, ..... ) prévoyant le transfert, sous certaines conditions, des contrats de travail en cas de perte de marché s'appliquent dès lors que les conditions d'application prévues par l'article [L. 1224-1](#) du code du travail, à savoir le maintien d'une entité économique autonome lors du transfert, ne sont pas réunies.

### 2.3.2. L'effet des dispositions conventionnelles

#### 2.3.2.1. *Pour l'employeur*

Leur mise en œuvre s'impose à l'employeur entrant dans le champ d'application de la convention collective étendue et ne caractérise pas de sa part une application volontaire de l'article [L. 1224-1](#) ([Cass. soc., 14 mars 2007, n° 05-43.184, Bull. civ. V n° 47](#)).

Un manquement de l'entreprise sortante à son obligation de communiquer à l'entreprise entrante les documents prévus par l'accord ne peut empêcher un changement d'employeur qu'à la condition qu'il mette l'entreprise entrante dans l'impossibilité d'organiser la reprise effective du marché ([Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 09-40.386, Bull. civ. V n° 274](#)). L'inspecteur du travail saisi d'une demande d'autorisation de transfert conventionnel d'un salarié protégé ne peut donc pas fonder un refus sur ce motif.

#### 2.3.2.2. *Pour le salarié protégé*

Les salariés protégés peuvent refuser le transfert de leur contrat de travail lorsqu'il est effectué en application de dispositions conventionnelles (**cf. paragraphe 5**).

### 2.3.3. Le bénéfice de la protection en cas de transfert conventionnel

Le transfert du contrat de travail du salarié protégé est soumis à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail, non seulement lorsque les conditions de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail sont réunies, mais aussi lorsque ce contrat de travail est transféré en exécution d'un accord collectif en cas de perte d'un marché ([Cass. soc., 16 mars 1999, n° 96-44.570, Bull. civ. V n° 124](#) ; [Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-40.578](#) ; [Cass. soc., 20 nov. 2002, n° 00-44.498, Bull. civ. V n° 349](#)), y compris

dans le cas où seule une partie de l'activité du salarié a été transférée au repreneur ([Cass. soc., 28 mai 2003, n° 01-40.512, Bull. civ. V n° 181](#)).

#### **2.4. Le transfert par application volontaire de l'article L. 1224-1**

La demande d'autorisation de transfert du contrat de travail par application volontaire de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail n'emporte pas compétence de l'inspecteur du travail. Les conditions de l'article [L. 1224-1](#) n'étant pas remplies, en l'absence de dispositions conventionnelles, il s'agit d'un changement de l'employeur emportant modification du contrat de travail qui ne peut être imposé au salarié (**CF. FICHE 11**).

### **3) LA PROCEDURE**

#### **3.1. La procédure interne à l'entreprise en cas de transfert**

L'employeur n'est pas tenu d'organiser un entretien préalable.

De même, aucune disposition légale ne prévoit une consultation du comité social et économique sur le transfert d'un salarié protégé. L'employeur doit toutefois recueillir son avis sur l'opération de transfert au titre de ses attributions économiques générales résultant de l'article [L. 2312-8](#) du code du travail. En revanche, les irrégularités de cette procédure, qu'il n'appartient pas à l'autorité administrative de contrôler, sont sans incidence sur la légalité de la décision administrative autorisant le transfert d'un salarié protégé ([CE, 22 mai 2013, n°340.111, Stamm, Tables p. 864](#)). L'autorisation de transfert ne saurait donc être refusée à ce titre (**CF. FICHE 5**).

#### **3.2. La procédure administrative en cas de transfert**

La demande d'autorisation de transfert doit être adressée à l'inspecteur du travail par lettre recommandée avec avis de réception quinze jours avant la date arrêtée pour le transfert (*C. trav., art. [R. 2421-17](#)*). Le non-respect de ce délai n'a toutefois pas d'incidence sur la recevabilité de la demande, dans la mesure où le transfert est, en l'absence d'autorisation, sans incidence sur le contrat de travail du salarié protégé, qui reste, jusqu'à l'obtention de cette autorisation, au service de son employeur d'origine tant que l'inspecteur du travail n'a pas délivré l'autorisation requise. De ce fait, une demande d'autorisation d'un tel transfert ne peut pas être rejetée au motif que la société n'aurait plus qualité pour demander une telle autorisation ([CE, 24 juin 2013, n°340.128, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement c/. Sté DHL Express, Tables p. 857](#)). Il en est ainsi notamment lorsque l'autorisation de transfert intervient postérieurement à la date fixée pour la prise d'effet de l'opération de transfert.

Dans le cadre de la procédure contradictoire aménagée, l'inspecteur du travail doit mettre à même le salarié de lui présenter ses observations écrites, et sur sa demande, des observations orales. A cette occasion, le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat. Sans préjudice de ces dispositions, l'inspecteur du travail peut en outre procéder à une enquête contradictoire telle que définie pour l'instruction des demandes d'autorisation de licenciement (*C. trav., art. [R. 2421-17](#)* ; **CF. FICHE 3**).

S'il est loisible à l'inspecteur du travail de recueillir, au cours de son enquête, les observations de l'entreprise destinée à devenir l'employeur du salarié protégé en cas d'autorisation de transfert, aucune disposition réglementaire ni aucun principe ne lui impose de recueillir de telles observations avant de rendre sa décision ([CE, 28 mars 2013, n°350.436, Challancin](#)).

### **4) LES POINTS A CONTROLER PAR L'AUTORITE ADMINISTRATIVE**

Le contrôle de l'autorité administrative doit porter sur :

#### **4.1. La matérialité du fait générateur du transfert**

L'inspecteur du travail doit s'assurer de la réalité du transfert et de la nature des éléments transférés, mais, à la différence d'une demande d'autorisation de licenciement, il ne saurait porter d'appréciation sur l'origine de l'opération.

#### **4.2. L'applicabilité des dispositions légales ou conventionnelles invoquées dans la demande d'autorisation de transfert (CF. FICHE 18)**

Si la demande est fondée sur les dispositions de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail, il faut vérifier la réalité du transfert d'une entité économique autonome ; si cette entité n'est pas caractérisée ou si son identité n'est pas conservée, l'autorisation doit être refusée. L'opération constitue dès lors, non un transfert, mais une modification du contrat de travail susceptible d'être refusée par le salarié (CF. FICHE 11).

Si, en l'absence de transfert d'une entité économique autonome, la demande est fondée sur des dispositions conventionnelles, l'autorité administrative doit vérifier l'applicabilité de ces dispositions.

Lorsqu'une autorisation de transfert du contrat de travail a été accordée à l'employeur, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, remettre en cause l'appréciation par l'autorité administrative de l'application de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail ([Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-40.895, Bull. civ. V n° 53](#)). En revanche, l'existence de cette autorisation ne prive pas le juge judiciaire du pouvoir de se prononcer sur une demande de résiliation judiciaire formée par le salarié antérieurement à cette autorisation ([Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-12.733](#)).

#### **4.3. L'appartenance effective du salarié pour tout ou partie de son temps de travail à l'unité transférée**

L'autorité administrative ne doit pas se borner à vérifier si le contrat de travail de l'intéressé est en cours au jour de la modification intervenue dans la situation juridique de l'employeur : elle est également tenue d'examiner si le salarié concerné exécutait effectivement son contrat de travail dans l'entité transférée ([CE, 15 juin 2005, n° 250.747, S<sup>té</sup> Cogecom](#) ; [CE, 1<sup>er</sup> août 2013, n°358.257, Clinique de l'Alma](#)).

La Cour de cassation a considéré que la condition d'affectation sur le marché faisant l'objet de la reprise n'est pas subordonnée à une présence effective du salarié (*cas d'un salarié en arrêt maladie*, [Cass. soc. 17 avril 2019, n° 17-31.339, publié au Bulletin](#)). La cour administrative d'appel de Paris a admis la prise en compte de l'affectation de l'intéressé à la structure où il occupait un emploi, bien que « *délaissé au profit de ses mandats professionnels* » ([CAA de Paris 16 avril 2019, n°18PA00429](#)). De même, la Cour de cassation a considéré que le salarié en position de détachement demeurait salarié de la société cédante et que, dès lors, son contrat de travail s'était poursuivi avec l'entreprise cessionnaire ([Cass. soc. 14 mai 1997 n° 94-41814](#)).

Par ailleurs, sous l'impulsion du droit communautaire, la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence qui excluait le principe de scission du contrat de travail du salarié affecté à plusieurs activités au sein d'une entreprise, en cas de transfert d'une seule de ces activités ([Cass. soc. 30 sept. 2020, n° 18-24.881, à paraître au Bulletin](#) ; [CJUE, 26 mars 2020, aff. C-344/18, ISS Facility Services NV](#)). Ainsi, si le salarié n'est pas affecté exclusivement à l'entité transférée, son contrat de travail peut être transféré pour la partie de l'activité qu'il consacre au secteur cédé, au prorata des fonctions exercées, sauf à ce que ce fractionnement soit « *impossible, entraîne une détérioration des conditions de travail [du salarié] ou porte atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise* ».

#### **4.4. L'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale (CF. FICHE 16)**

Le législateur a voulu éviter que les représentants du personnel ou syndicaux en cours de mandat ne fassent l'objet d'une mutation discriminatoire dans une partie d'établissement ou

d'entreprise destinée à être transférée par application de l'article [L. 1224-1](#) (C. trav., art. [L. 2421-9](#)) : le choix de ces salariés ne doit pas révéler une volonté de l'employeur cédant d'éliminer les représentants du personnel les plus actifs ([CE 12 oct. 1990, n°87.204 et 87.617, Frisone et Catherine, Tables p. 7683](#)).

**En revanche :**

- à la différence du licenciement, le motif d'intérêt général (**CF. FICHE 17**) ne peut pas être invoqué par l'autorité administrative pour refuser une autorisation de transfert ([CE, 20 mai 1988, n°74.863, Sté Goulet-Turpin, Rec. p. 201](#)) ;
- par ailleurs, s'agissant d'une demande d'autorisation de transfert conventionnel, il ne lui appartient pas de vérifier l'existence de l'accord exprès du salarié sur la novation du contrat de travail constituée par le changement d'employeur : ce point échappe à son contrôle ([Cass. soc., 3 mars 2010, 08-41.600 et 08-44.120, Bull. civ V n°51 ; n°08-41.553 et 08-41.599](#) ; sur l'accord exprès du salarié, **cf. 5.1.2**) ;
- pour ces mêmes raisons, l'inspecteur du travail ne saurait légalement fonder une décision de refus sur l'opposition manifestée par le salarié au transfert de son contrat de travail.

## 5) LES CONSEQUENCES DE LA DECISION ADMINISTRATIVE POUR LE SALARIE PROTEGE

### 5.1. Si l'autorisation est accordée

#### 5.1.1. En cas de demande d'autorisation de transfert fondée sur les dispositions de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail

Le même contrat de travail se poursuit de plein droit avec le nouvel employeur, auquel sont transmis tous les droits et obligations de l'ancien employeur, peu important le refus du transfert par le salarié ([Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-44.006, Bull. civ. V n° 221](#)).

En cas de refus du salarié protégé, le nouvel employeur a donc la possibilité d'engager une procédure de licenciement pour motif disciplinaire.

Toutefois, lorsque le salarié refuse une modification de son contrat de travail, autre que le changement d'employeur, et que cette modification est liée à une volonté de l'entreprise, la rupture du contrat de travail pour un motif non inhérent à la personne du salarié constitue un licenciement pour motif économique ([Cass. soc., 17 avr. 19, n°17-17.880 à 886, à paraître au Bulletin](#) : en l'espèce, il existait une volonté de l'entreprise de ne conserver qu'un seul site de production en vue de réaliser des économies, de pérenniser son activité internet et de réorganiser la société cessionnaire à la suite du rachat d'une branche d'activité de l'entreprise cédante). Cependant, lorsque le transfert partiel entraîne par lui-même une modification de son contrat de travail autre que le changement d'employeur, le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse ([Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-21.143, à paraître au Bulletin](#))

#### 5.1.2. En cas de demande d'autorisation fondée sur les dispositions conventionnelles

Le changement d'employeur résultant du transfert conventionnel constitue, à la différence du transfert opéré en application des dispositions de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail, une novation du contrat de travail nécessitant l'accord exprès du salarié protégé, nonobstant l'existence de clauses conventionnelles restreignant ce droit ([Cass. soc., 3 mars 2010, n° 08-41.600 et 08-44.120, Bull. civ. V n° 51 ; n° 08-41.553 et 08-41.599](#)). Cet accord exprès ne peut pas résulter de la seule poursuite de son contrat de travail sous une autre direction ([Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-18.201 ; Cass. soc., 19 mai 2016, n° 14-26.556, à paraître au Bulletin ; Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-28.407 ; Cass. soc. 16 décembre 2020 n° 19-14.824](#)).

En cas de refus de sa part, l'entreprise sortante doit maintenir son contrat de travail. En cas d'impossibilité démontrée, une procédure de licenciement pour motif économique peut être mise en œuvre. En l'absence de cause économique, le licenciement peut être fondé sur un motif sui generis ([Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-45.483, Bull. civ. V n° 315](#)). Dans ce cas, il appartient à l'employeur d'établir l'impossibilité totale de maintenir le contrat de travail.

Si la modification est imposée au salarié en dépit de son refus de ce transfert conventionnel, le juge judiciaire peut être saisi pour décider une réparation du préjudice lié à la rupture irrégulière du contrat de travail ([Cass. soc., 3 mars 2010, n° 08-41.553 et 08-41.599](#)), voire, par une action en référé, la cessation d'un trouble manifestement illicite.

## **5.2. Si l'autorisation est refusée**

Qu'il s'agisse d'un transfert en application des dispositions de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail ou d'un transfert conventionnel, l'employeur doit proposer au salarié un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente dans un autre établissement ou une autre partie de l'entreprise (*C. trav., art. [L. 2421-9](#)*). Il en va de même en cas d'annulation par le juge administratif de l'autorisation de transfert ([Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 97-45.209, Bull. civ. V n° 16](#)).

## Fiche 16

# LA VERIFICATION DE L'ABSENCE DE LIEN AVEC LE MANDAT OU L'APPARTENANCE SYNDICALE

## 1) LA PORTEE DU PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION

### 1.1. Fondements textuels et jurisprudentiels

La demande présentée par l'employeur ne doit pas être en lien avec l'exercice normal du mandat du salarié protégé ou son appartenance syndicale.

La jurisprudence administrative a illustré de manière abondante le principe directeur posé par les décisions fondatrices du Conseil d'Etat selon lesquelles le projet de « *licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé* » ([CE, assemblée, 5 mai 1976, n° 98.647, Sté d'aménagement foncier et d'établissement rural et ministre de l'agriculture, Rec. p. 232](#) ; [CE, section, 18 févr. 1977, n° 95.354, Abellan, Rec. p. 97](#)).

L'inspecteur du travail et, en cas de recours hiérarchique, le ministre, examinent notamment si la mesure de licenciement envisagée est en rapport avec le mandat détenu, sollicité ou antérieurement exercé par l'intéressé.

### 1.2. Le rôle et le contrôle de l'autorité administrative

Lors de l'enquête contradictoire, il appartient à l'autorité administrative saisie de recueillir les éléments de fait de nature à établir ou non, compte tenu de chacun des mandats du salarié concerné, le caractère discriminatoire de la mesure envisagée, sans pour autant faire reposer la charge de la preuve sur l'une ou l'autre des parties ([CE, assemblée, 30 oct. 2009, n° 298.348, Mme Perreux, Rec. p. 407](#)).

L'inspecteur du travail peut se faire communiquer **tout document ou élément d'information** (C. trav., art. [L. 8113-5](#)), quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits discriminatoires (ex : fiches d'appréciation des salariés). Il peut également, en tant que de besoin, procéder à toute audition utile.

Les éléments déterminants doivent être soumis au respect du contradictoire (**CF. FICHE 3**).

Il est rappelé que le refus d'une autorisation de licenciement pour discrimination par l'inspecteur du travail peut parallèlement faire l'objet d'un relevé de cette infraction par procès-verbal ou d'une action devant les tribunaux par le salarié ou par une organisation syndicale.

L'existence d'un lien entre la procédure de licenciement et le mandat fait obstacle à une autorisation, nonobstant l'accord du salarié ([CE, 15 décembre 1997, n° 170.134, M. Bernard](#)) ou le fait que le salarié protégé aurait un intérêt à quitter l'entreprise ([CE, 13 septembre 2017, n° 399.972, Sté Etablissements Sogal Directions Supports](#)) (**CF. FICHE 18**).

**Le lien avec le mandat ne doit pas être un motif vague et surabondant. Il appartient donc à l'autorité administrative de motiver très précisément dans son considérant les faits exacts qui lui ont permis de retenir l'existence d'un lien entre la mesure envisagée et le mandat détenu par le salarié concerné.**



## 2) LA VERIFICATION DE L'ABSENCE DE LIEN ENTRE LE PROJET DE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL OU DE TRANSFERT ET L'EXERCICE DES FONCTIONS REPRESENTATIVES

La discrimination doit être appréciée eu égard à l'exercice du mandat du représentant du personnel. Des conflits de personnes ou des traitements différenciés, **mais sans lien avec l'activité du représentant du personnel**, ne sont pas opérants pour caractériser le lien avec le mandat.

Les indices de discrimination sont d'une très grande variété et il importe en la matière d'avoir recours à la méthode du **faisceau d'indices**.

**La présence d'un seul indice n'emporte pas automatiquement la preuve d'un lien avec le mandat.**

La recherche d'indices se fait prioritairement dans le cadre particulier de la demande en cours d'examen. Le caractère discriminatoire d'une précédente demande d'autorisation n'implique pas automatiquement qu'il soit retenu au titre de la nouvelle demande ([CE, 18 janv. 1991, n° 101.703, M. Nizard](#)).

### 2.1. Les indices de discrimination communs aux différents motifs

#### 2.1.1. La concomitance avec l'engagement du salarié dans l'exercice de fonctions représentatives

Le caractère discriminatoire d'un licenciement a été retenu lorsque celui-ci est intervenu quelques jours après que le salarié ait été officiellement présenté par un syndicat comme candidat aux fonctions de représentant du personnel ([CE, 30 janv. 1981, n°24.114, Mme Godefroy, Recueil p. 40](#) ; [CE, 20 janv. 1988, n° 62.938, Sté Key Informatique](#)).

Il en est ainsi, par exemple, lorsque le salarié, qui s'est porté candidat ou a été désigné, fait l'objet d'une procédure de licenciement ([CE, 15 nov. 1985, n° 48.415, M. Vanhoucke](#)) ou se voit proposer une modification de son contrat de travail ou des conditions de travail ([CE, 15 nov. 1996, n° 161.761 et 171.698, Ministre du travail et M. Brasselet](#)).

#### 2.1.2. La nature des relations sociales dans l'entreprise

Pour exemple, constituent des indices de discrimination :

- le comportement hostile de l'employeur à l'égard du ou des syndicats mais également les conflits collectifs existants ou préexistants au sein de la société ([Cass. crim. 20 févr. 1996, n° 94-85.863, Bull. crim., n°81](#) ; [CE, 4 déc. 1987, n° 81.158, Institut d'éducation motrice - Institut médico-professionnel de Brighton-les-Pins](#) ; [CE, 11 juill. 1994, n° 102.637, SA Lener-Cordier](#)) ;
- de manière générale, les difficultés de fonctionnement des institutions représentatives du personnel (défaut d'information et de consultation, non tenue des réunions, les procédures pénales engagées ou ayant abouti à la condamnation de l'employeur, les observations de l'inspecteur du travail sur le fonctionnement des instances représentatives du personnel,...).

#### 2.1.3. Le comportement de l'employeur à l'égard du salarié protégé concerné par la mesure envisagée

De manière générale, les disparités de traitement (inégalités de rémunération, retard d'avancement,...) peuvent être de nature à établir une discrimination, notamment, lorsque l'employeur ne justifie d'**aucun élément objectif** permettant de justifier que la disparité de traitement du salarié est étrangère aux différents mandats qu'il exerce.

##### 2.1.3.1. *Au regard de sa carrière*

Peuvent, à ce titre, être pris en compte :

- les demandes de licenciement antérieures, y compris celles fondées sur des motifs différents, ([CE, 15 déc. 1997, n° 169.792 et 169793, Sté Limoges Castel](#)) ;
- les comportements vexatoires, une mise à l'écart du salarié ou encore la privation de travail ([Cass. crim. 27 juin 2000, n° 99-86.894](#) ; [Cass. crim. 2 sept. 2003, n° 02-86.048](#)) ;
- l'absence d'évolution dans la carrière ([Cass. soc. 19 oct. 2010, n° 08-44.247](#)).

Pour exemple, il y a discrimination quand un salarié n'a pas obtenu d'augmentation individuelle alors que l'employeur avait pris l'engagement dans le cadre de la négociation obligatoire d'accorder une hausse pour chaque salarié. En revanche, il n'y a pas de caractère discriminatoire lorsque la disparité est justifiée par les diplômes, l'ancienneté du salarié dans les fonctions exercées et l'expérience du salarié. Dans ce cas, il s'agit d'éléments objectifs ([Cass. soc. 28 févr. 2007, n° 06-41.710](#)).

#### 2.1.3.2. Au regard des fonctions représentatives

A ce titre, peuvent être retenus :

- le degré d'activité du salarié dans l'exercice de ses mandats ([CE, 15 déc. 1997, n° 169.792, Sté Limoges Castel](#)) ;
- les restrictions illégales apportées par l'employeur à la libre utilisation des heures de délégation ([Cass. crim. 10 mars 1981, n° 80-91.570, Bull. crim. n° 88](#) ; [Cass. crim. 12 avr. 1988, n° 87-84.148, Bull. crim. n° 155](#)) ;
- le non-paiement par l'employeur des heures de délégation ([CE, 20 mars 2019, n° 408.658, Aqtit, mentionné aux tables](#)) ;
- le défaut de convocation du représentant du personnel aux réunions de l'instance représentative dont il est membre.

## 2.2. Les indices liés au licenciement pour motif personnel disciplinaire

Si le fait de sanctionner différemment plusieurs salariés ne constitue pas en soi une discrimination ([Cass. soc. 1<sup>er</sup> févr. 1995, n° 91-44.908, Bull. civ. V n° 45](#) ; [CE, 11 janv. 1995, n° 129.392, Régie Nationale des Usines Renault](#)), il appartient à l'employeur de justifier par des éléments objectifs l'individualisation des mesures disciplinaires.

L'employeur qui, dans le cadre d'un mouvement de grève suivi par de nombreux salariés, n'a sanctionné que le seul délégué syndical opère une discrimination ([Cass. crim. 21 nov. 1989, n° 89-81.775](#)).

## 2.2. Les indices de discrimination en cas de licenciement pour inaptitude médicale

Même lorsque le salarié est atteint d'une inaptitude médicale susceptible de justifier son licenciement, la circonstance que le licenciement envisagé est également en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées par l'intéressé ou avec son appartenance syndicale fait obstacle à ce que l'administration accorde l'autorisation sollicitée. Le fait que l'inaptitude du salarié résulte d'une dégradation de son état de santé, elle-même en lien direct avec des obstacles mis par l'employeur à l'exercice de ses fonctions représentatives est à cet égard de nature à révéler l'existence d'un tel rapport ([CE, avis, 21 sept. 2016, M. Plessis, n° 396.887, Rec. p.393](#) ; [CE, 29 mai 2017, n° 393.280, Sté Financière Honoré](#)).

## 2.3. Les indices de discrimination en cas de licenciement économique

### 2.4.1 L'examen de la réalité du motif économique

L'absence manifeste de motif économique peut constituer un indice de discrimination (CE, 17 juin 1985, n° 39.310, Mlle Marconnet et UL des syndicats CFDT de Cannes ; [CE, 15 nov.1996, n° 161.761 et n° 171.698, Ministre du travail et M. Brasselet](#)).

### 2.4.2. Le contrôle de l'ordre des licenciements

Une proportion anormale de salariés protégés affectés par une mesure de licenciement constitue un indice de discrimination ([CE, 25 mai 1994, n° 100.791, M. Pivot](#) a contrario).

**Le contrôle de l'ordre des licenciements relève de la compétence du seul juge judiciaire ([CE, 9 juin 2010, n° 315.538, M. Bellagrouz](#)). L'autorité administrative n'a donc pas à en effectuer le contrôle, sauf pour démontrer l'éventuel lien avec le mandat.**

Il est nécessaire d'établir une comparaison précise entre le représentant du personnel et les salariés non protégés ayant un emploi et une qualification analogues dans l'application des critères retenus par l'employeur ([Cass. soc. 19 janv. 2011, n° 09-42.541](#)).

**En l'absence de toute justification par l'employeur quant au choix du salarié protégé, au regard des critères de l'ordre des licenciements retenus, le juge administratif peut retenir l'existence d'une discrimination ([CE, 29 mars 1989, n° 59.464, Sté Pradeau et Morin](#) ; [CE, 11 juill. 1994, n° 102.637, Sté Lener-Cordier](#)).**

Dans le cadre de la validation ou de l'homologation du PSE, la DIRECCTE est amenée à contrôler la validité des catégories professionnelles établies par l'employeur regroupant les salariés exerçant des fonctions de même nature et supposant une formation professionnelle commune ([CE 30 mai 2016, n°387.798, FNAC CODIREP, Rec. p.185](#) ; [CE, 7 fevr. 2018, n°403.001, Altuglas, Rec. p.24](#) ; [CE, 7 fevr. 2018, n°403.389 et 404.077, Sté Polymont IT Services, Rec. p.28](#)). Toutefois, il appartient à l'inspecteur du travail de contrôler si l'application individuelle de ces catégories n'a pas eu pour objet de cibler un représentant du personnel. Ainsi, il vérifie que le salarié protégé relève bien, au regard de sa qualification réelle et de sa formation, de la catégorie supprimée à laquelle il a été rattaché et non d'une catégorie qui aurait été maintenue ([CAA de Bordeaux, 15 mai 2018, n° 16BX01424](#)).

### 2.4.3. Les indices liés à l'insuffisance des efforts de reclassement

En matière de recherches de reclassement, les différences de traitement entre salariés protégés et salariés non protégés (y compris concernant les reclassements externes) sont de nature à présumer l'existence d'une discrimination ([CE, 21 oct. 1991, n° 88.843, Sté Renault Véhicules Industriels](#) ; [CE, 20 mai 1994, n° 106.197, Sté L.M.E.I. Bourgogne](#) ; [CE, 15 déc. 1997, n° 169.792 et 169.793, Sté Limoges Castel](#)).

### 2.4.4. Le cas particulier des procédures collectives

Le choix nominatif relève exclusivement de l'employeur, de l'administrateur, du liquidateur et non du juge judiciaire. Le tribunal de commerce fixe la liste des postes et des catégories professionnelles concernés par la procédure (C. com. art. [R.631-26](#)).

La liste ne peut être modifiée par les choix du repreneur ([Cass., soc. 19 oct. 1994, n° 91-41.168](#)).

En cas de cession, le licenciement d'un salarié protégé par le repreneur comme condition préalable à la poursuite de l'activité constitue un motif d'illégalité ([CE, 13 déc. 1989, n° 59.638 et 59.703, Me Portalier, ès qualité de syndic à la liquidation de la SA RESSAM](#)).

## 2.4. Les indices de discrimination en cas de transfert

L'autorité administrative saisie d'une demande d'autorisation de transfert d'un salarié protégé doit vérifier que la mesure de transfert ne présente pas un caractère discriminatoire.

Elle doit notamment s'assurer que le salarié concerné exécute effectivement sa prestation de travail dans l'entité transférée et qu'il n'est pas seulement administrativement rattaché ([CE, 15 juin 2005, n° 250.747, Sté SOGECOM](#)).

A ce titre, l'affectation du salarié à l'entité cédée à une époque proche de l'opération de cession peut constituer un indice de discrimination.

## 3) LA MOTIVATION DE LA DECISION ADMINISTRATIVE

**La rédaction du considérant « du lien avec le mandat » doit être précise et suffisamment motivée. Elle doit permettre d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la présente demande d'autorisation et le(s) mandat(s) exercé(s).**

**La décision d'autorisation insuffisamment motivée sur ce point de contrôle encourt l'annulation pour ce motif (CF. FICHE 18).**

A travers le faisceau d'indices relevés, la décision refusant le licenciement sur l'existence d'un lien avec le mandat doit **démontrer** que l'exercice de ce mandat est à l'origine de la demande d'autorisation de licenciement.

Ainsi, des formulations allusives, générales ou vagues sont insuffisantes à cet égard, comme :

- la référence aux relations tendues avec les institutions représentatives du personnel et le syndicat du salarié ([CAA Marseille, 30 mai 2011, n° 09MA02456, Association Lanquedocienne pour l'aide aux insuffisants mentaux](#)) ;
- le rappel des procédures de licenciement économique similaires engagées parallèlement auprès d'autres représentants syndicaux ([CAA Bordeaux, 22 juin 2010, n° 09BX02009, M. Gilles Diot](#)) ;
- le seul renvoi à un précédent refus de licenciement motivé, entre autres, par l'existence d'un tel lien, alors que la demande est motivée par des actes de violence ([CAA Nantes, 29 sept. 2005, n° 04NT00973, S.A. Lebrun](#)).

### 3.1. En cas d'autorisation

La décision doit, sous peine d'illégalité, mentionner l'absence de lien avec le(s) mandat(s) exercé(s).

Ainsi, l'autorité administrative méconnaît l'étendue de sa compétence si elle ne se prononce pas expressément sur le lien avec le mandat quel que soit le motif de la demande ([CE, 8 janv. 1997, n° 163.071, Mme Verny, Tables p. 1107](#) ; [CE 19 févr. 1997, n° 141.161, S.A Transports Testud](#)).

### 3.2. En cas de refus

Il est à noter que si le refus est fondé sur un motif autre que le lien avec le mandat (vice de procédure, absence d'effort de recherche de reclassement, faits non établis,...), l'autorité administrative n'est pas tenue d'évoquer l'existence ou l'absence de discrimination ([CE, 13 oct. 2010, n° 329.459, Lauzet](#)).

## Fiche 17

# LE MOTIF D'INTERET GENERAL

### 1) LA NOTION D'INTERET GENERAL

En droit du licenciement des salariés protégés, la notion d'intérêt général ne fait l'objet d'aucune définition légale. Elle y a été introduite par construction jurisprudentielle ([CE assemblée, 5 mai 1976, n° 98.647, Safer d'Auvergne, Rec. p. 215](#) ; [CE section 18 févr. 1977, n° 95.354, Abellan, Rec. p.232](#), rendus respectivement en matière de licenciement pour motif économique et de licenciement pour faute) :

« *Considérant [...] qu'en outre, pour refuser l'autorisation sollicitée, l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence* ».

Au titre de l'intérêt général et sous certaines conditions, le juge administratif offre donc à l'administration la faculté de refuser d'accorder la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé, alors même que le contrôle opéré par l'autorité administrative sur la demande la conduirait normalement à autoriser la rupture du contrat dont elle est saisie.

Ce motif n'est pas d'application générale, il constitue une dérogation qui ne peut être utilisée que lorsque les conditions posées par la jurisprudence sont réunies de façon certaine.

### 2) MOTIF POUVANT ETRE RETENU PAR L'ADMINISTRATION POUR REFUSER LA RUPTURE SOLLICITEE

Sauf erreur manifeste d'appréciation de l'administration, le fait pour cette dernière de ne pas avoir usé de la faculté qui lui était offerte de retenir un motif d'intérêt général, n'entache pas sa décision d'illégalité ([CE, 27 juin 1990, n° 104.790, AFJT Victor Hugo](#) ; [CAA Bordeaux, 10 nov. 2009, n° 09BX00092, M. Al Koudri](#) ; [CE, 29 déc. 1995, n° 133.448, Primereur](#)).

Cette faculté permet au ministre de ne pas retenir le motif d'intérêt général sur lequel s'était pourtant appuyé l'inspecteur du travail lors de sa décision initiale ([CE, 29 avr. 1994, n° 102.967, Danton](#) ; [CE, 26 juin 2002, n° 219.940, SNC Sicup Uniroyal](#)) et même de s'abstenir d'énoncer les raisons pour lesquelles il ne le retient pas ([CE, 26 juin 2002, n° 219.940, SNC Sicup Uniroyal](#) ; **CF. FICHE 18**).

L'intérêt général ne peut être utilisé que pour refuser l'autorisation de rompre le contrat. S'il est utilisé aux fins de justifier une autorisation, la décision ainsi rendue est entachée d'illégalité pour ce seul motif ([CE, 9 févr. 1983, n° 32.403, Lataste](#) ; [CE 4 mai 1988, n° 84.237, Etablissements Roger Martinet](#) ; [CAA de Douai, 28 juill. 2005, n° 04DA00705, Langlet](#)).

### 3) LES DIFFERENTES SITUATIONS PERMETTANT A L'ADMINISTRATION DE RETENIR UN MOTIF D'INTERET GENERAL

L'administration dispose, lorsqu'elle retient un tel motif, **d'un pouvoir d'appréciation en opportunité**, soumis au contrôle normal du juge administratif ([CE, 17 juin 1991, n° 112.317, Régie Nationale des Usines Renault, Tables p. 1233](#) ; *cf. infra tableau par motif*).

Il conviendra dès lors de s'assurer :

- liminairement que tous les mandats ont été mentionnés dans la demande d'autorisation de licenciement pour permettre un éventuel contrôle du motif d'intérêt général, sous peine d'entacher d'illégalité la décision d'**autorisation** ainsi prise ([CE, 29 oct. 1997, n° 172.137, Sanyo France Calculatrices Electroniques, Tables p.1186](#) ; [CE, 13 déc. 2005, n°277.748, Agence nationale pour l'insertion et la promotion des travailleurs d'outre-mer, Tables p. 1123](#) ; [CE, 23 juill. 2010, n° 332.355, Bousserau](#)) ;
- que l'état complet et actualisé de la représentation du personnel a bien été porté à la connaissance de l'inspecteur du travail. L'autorité administrative doit avoir connaissance de l'ensemble des mandats détenus à la date de sa décision, y compris ceux obtenus le cas échéant postérieurement à la convocation à l'entretien préalable au licenciement ([CE, 27 mars 2015, Cuny, n°366.166, Tables p.900](#)).

### **3.1. Maintenir la représentation du personnel et / ou la paix sociale dans l'entreprise...**

#### **3.1.1. Le souci de maintenir une représentation du personnel dans l'entreprise:**

*3.1.1.1. L'intérêt général peut être retenu si le licenciement conduit à la disparition totale d'institutions représentatives du personnel dans un périmètre déterminé...*

Il en a été jugé ainsi :

- lorsque le licenciement du salarié aurait entraîné la **disparition de toute représentation du personnel au niveau de l'entreprise** ([CE, 22 juin 1987, n° 74.627, Le Marec](#) ; CAA de Nancy, 6 août 2009, n° 08NC00226, Bowling Colmar ; [CAA de Marseille, 8 juill. 2010, n° 08MA00322, Sarl Logifos](#)) ;
- ou pour éviter le licenciement **du seul délégué syndical de l'établissement** compte tenu de la situation sociale constatée ([CE, 11 févr. 2005, n° 247.673, Marcel, Rec. p. 56](#)), ou celui de la **seule représentante syndicale et seule déléguée du personnel** dans l'entreprise (CAA de Lyon, 9 avr. 2009, n° 07LY00775, Buttay ; dans le même sens, s'agissant de la seule déléguée syndicale, seule à remplir les conditions légales de désignation : [CAA de Paris, 22 mars 2018, n° 16PA02935, Sté Les Petites](#)).

*3.1.1.2. Mais il ne saurait être utilisé pour en préserver certaines lorsque d'autres subsistent*

Le motif d'intérêt général n'a pas été retenu pour :

- éviter la **disparition d'une formation syndicale** dans l'entreprise ou encore maintenir une certaine pluralité syndicale ([CE 20 févr. 1987, n° 72.347, Louat, Rec. p. 70](#) ; [CE, 8 nov. 1993, n° 120.034, Mutuelles de Bretagne](#) ; [CE 10 juill. 1995, n° 145.130, Fontaine](#) ; [CE 28 avr. 1997, n° 163.288, Jorf](#) ; [CAA Lyon, 15 mars 1999, n° 98LY01429, Maison de l'enfance Prémol](#)) ;
- éviter le licenciement du **seul délégué du personnel** titulaire ou de **plusieurs membres du comité d'entreprise ou du CHSCT** (désormais CSE) dès lors que les élus visés par la mesure de licenciement peuvent être normalement remplacés ([CE, 2 juin 1989, n° 68.320, Compagnie française de l'azote, Tables p. 966](#) ; [CE 18 déc. 1991, n° 84.975, Agde Distribution Intermarché, Tables p. 1233](#) ; [CE, 7 févr. 1994, n° 104.256, Chennoufi et autres](#)) ;
- éviter de compromettre le **fonctionnement d'une institution représentative du personnel** ([CE, 2 juin 1989, n° 68.320, Compagnie française de l'azote, Tables p. 966](#) ; [CE, 7 févr. 1994, n° 104.256, Chennoufi et autres](#)) ;
- permettre aux organisations la **présentation de candidats** aux élections à venir ([CAA de Nantes, 5 févr. 1998, n° 96NT01794, Le Toumelin](#)).

3.1.1.3. *L'administration ne peut en aucun cas retenir un motif d'intérêt général en se fondant sur des considérations attachées à la personne-même du salarié*

- l'âge, l'ancienneté ou la **situation personnelle** du salarié ne peuvent fonder un motif d'intérêt général (*CE, 29 juill. 1983, n° 32.197, Bureau pour le développement de la production agricole*)
- il ne saurait être utilisé pour éviter le licenciement du salarié particulièrement **actif dans l'exercice de ses mandats** (*CE 10 févr. 1992, n° 83.456, Papeteries de l'Est ; CE, 29 déc. 1995, n°133.448, Primereur ; CE, 11 févr. 1998, n° 170.282, SA Semne Val d'Yerres*) ;
- la défense des intérêts des salariés assurée par un représentant des salariés dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ne constitue pas non plus un motif d'intérêt général susceptible d'être retenu par l'autorité administrative (*CE, 31 janv. 1997, n°160.253, Gedis*).

### 3.1.2. La préservation de la paix sociale

L'administration du travail peut retenir un tel motif dans le cadre de son rôle de modérateur des conflits sociaux. La paix sociale a été regardée par le Conseil d'Etat comme constituant un motif d'intérêt général (*CE, 5 oct.1998, 168.381, Transports Vacher*).

Ainsi a-t-il pu être retenu :

- en cas de climat social tendu (*CE, 11 févr. 2005, n° 247.673, Marcel, Rec. p. 56*) ;
- ou de risques de troubles sociaux graves (*CE, 17 juin 1991, n° 112.317, Régie Nationale des Usines Renault, Tables p. 1233*).

A l'inverse, il n'a pu être valablement retenu lorsqu'il n'était pas établi que le licenciement de l'intéressé était susceptible de susciter des troubles graves à l'entreprise ou à l'ordre public (*CE, 11 mars 1994, n° 116.071, Chauvignat*).

## 3.2. Sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée aux intérêts de l'entreprise

Par application du principe de proportionnalité, le juge peut sanctionner le recours au motif d'intérêt général si l'atteinte portée à l'intérêt de l'entreprise est jugée excessive, si « **par son caractère déraisonnable ou disproportionnée, expose à des sujétions anormales ou crée par elle-même un trouble tel qu'un intérêt général ne saurait le justifier**. Les intérêts auxquels il peut ainsi être porté atteinte sont ceux, subjectifs, de l'employeur et de chacun des salariés ou groupes de salariés. Mais ce sont aussi, ceux plus objectifs, de la communauté de production et de travail que constitue l'entreprise. » (conclusions du commissaire du gouvernement rendues sous la décision *CE, 9 oct. 1987, n° 71.667, Ghazi, Rec. p.309*).

### 3.2.1. S'agissant d'un motif disciplinaire :

Le recours au motif d'intérêt général porte une atteinte excessive aux intérêts de l'entreprise si le salarié restait dans l'entreprise nonobstant la gravité de la faute commise lui conférant une **impunité**, ce qui aurait pour effet de **déstabiliser le pouvoir de direction** de l'employeur.

L'atteinte excessive relevée par le juge administratif a invalidé le motif d'intérêt général qu'avait retenu l'administration dans les situations suivantes :

- lors d'importantes ventes de boissons alcoolisées, par un chef de magasin de produits alimentaires en violation de la législation fiscale – et en faisant régler ces ventes suivant des modalités contraires aux règles internes de l'entreprise en matière de paiement par chèques (*CE, 27 juill. 1990, n° 89.434, Naquib*) ;



- lors d'agressions physiques, violation de locaux et séquestration ([CE, 11 janv. 1995, n° 129.392, Régie Nationale des Usines Renault](#)) ;
- lorsqu'avaient été commises d'importantes atteintes à la liberté du travail ([CE, 13 nov. 1987, n°67.088, SA Consortium Meyer Sansboeuf](#)) ainsi qu'à la libre circulation des biens et de véhicules ([CE, 26 oct. 1994, n° 146.940, Lambillotte et autres c./ Sté France Glaces Findus](#)).

### 3.2.2. S'agissant d'un motif économique :

En cas de licenciement pour motif économique, l'atteinte excessive serait alors constituée si la situation économique de l'entreprise se dégradait encore et que le maintien du salarié accentuait les pertes financières ([CAA de Nantes, 10 juill. 1997, n° 95NT01535, SA Rossignol](#) – atteinte excessive non retenue en l'espèce).

La décision rendue par l'inspecteur du travail sur le fondement d'un motif d'intérêt général devra étayer le motif ainsi retenu par des éléments de faits.

### TABLEAU DES MOTIFS :

1. CAS DANS LESQUELS LE MOTIF D'INTERET GENERAL PEUT ETRE RETENU	
Faute	<a href="#">CE assemblée, 5 mai 1976, n° 98.647, Safer d'Auvergne, Rec. p. 215</a>
Licenciement pour motif économique	<a href="#">CE section, 18 févr. 1977, n°95.354, Abellan, Rec. p. 232</a>
Absences pour maladie	<a href="#">CE, 13 mars 1992, n° 100.756, Association l'hôpital Belle-Isle, Tables p.1347</a>
Inaptitude physique	<a href="#">CE, 18 déc. 1996, n°168.365, Donnat, mentionné aux Tables</a>
Défaut de titre ou d'autorisation d'exercer	<a href="#">CE, 15 déc. 2010, n°329.674, Choucoutou, Tables p.1005</a>
Mise à la retraite	<a href="#">CE, 8 févr. 1995, n°134.963, Crédit Lyonnais, Rec. p.63</a>
Insuffisance professionnelle	<a href="#">CE, 7 déc. 2009, n°315.588, Grece, Tables p. 978</a>
Licenciement pour fin de chantier	<a href="#">CE, 25 mars 1983, n°36.037, Sté Générale d'entreprises pour les travaux publics, Rec. p. 143</a>
Licenciement pour fin de spectacle	<a href="#">CE, 25 oct. 1985, n°35.996, Sté des théâtres des Folies Bergères, Rec. p.302</a>
Comportement étranger à l'exécution du contrat de travail rendant impossible le maintien de celui-ci	<a href="#">CE, 4 juill. 2005, n°272.193, Patarin, Rec. p.306</a>
Rupture du CDD ou du CTT avant terme	contrôle de l'intérêt général ( <a href="#">CE, 6 mai 1996, n°146.161, Todisco, Tables p.1191</a> – en matière de CDD ; par analogie pour le CTT
Non-renouvellement du CDD qui comporte une clause de renouvellement ou de report du terme / non-renouvellement de la mission d'intérim	<a href="#">CE, 10 juin 1992, n°94.626, Radio FranceFrance, Tables p.1346</a> – en matière de CDD ; par analogie pour le CTT
Fin du contrat à objet défini	contrôle de l'intérêt général

<b>Rupture du contrat par un employeur public après reprise d'une activité dans le cadre d'un service public administratif</b>	<a href="#"><i>CE, 6 juin 2018, n°391.860, Mme BE., Rec. p.257</i></a>
<b>2. CAS DANS LESQUELS LE MOTIF D'INTERET GENERAL NE PEUT ETRE RETENU</b>	
<b>Transfert</b>	<a href="#"><i>CE 20 mai 1988, n°74.863, Sté Goulet-Turpin, Rec. p. 201</i></a>
<b>Arrivée à terme du CDD</b>	<a href="#"><i>CE, 10 juin 1992, n°94.626, Radio France, Tables p.1346</i></a>
<b>Fin du CDD sans terme précis</b>	<a href="#"><i>CE, 6 oct. 1997, n°165.337, SA Yacco, Tables p.1403</i></a>
<b>Rupture conventionnelle</b>	pas de contrôle de l'intérêt général
<b>Rupture amiable pour motif économique</b>	pas de contrôle de l'intérêt général
<b>Rupture du contrat pendant la période d'essai</b>	pas de contrôle de l'intérêt général

## Fiche 18

# LA DECISION ET SA NOTIFICATION

## 1) LA FORME DE LA DECISION

### 1.1. L'obligation d'identifier le signataire de la décision

La décision doit comporter la signature de son auteur et la mention, en caractères lisibles, du prénom, du nom et de la qualité de celui-ci (*CRPA*, art. [L. 212-1](#)).

Elle peut faire l'objet d'une signature électronique, qui n'est valablement apposée que par l'usage d'un procédé, conforme aux règles du référentiel général de sécurité mentionné au [I de l'article 9 de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005](#) relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, qui permette l'identification du signataire, garantisse le lien de la signature avec la décision à laquelle elle s'attache et assure l'intégrité de cette décision (*CRPA*, art. [L. 212-3](#) ; [D. n°2017-1416 du 28 sept. 2017 relatif à la signature électronique](#), art. 1).

La signature de la décision est toujours une formalité substantielle.

Si le timbre du signataire est identifiable mais que sa signature est « illisible », laissant subsister un doute sur son identité, il pourra être utilement fait référence à d'autres courriers du même auteur, tel qu'un courrier de transmission portant la qualité, le nom et la signature de l'auteur ([CE 23 févr. 2017, n°390.131, SCI de l'Ermitage](#)) et le cas échéant à une attestation du fonctionnaire signataire pour s'assurer de son identité ([CAA Paris, 12 avr. 2010, n° 09PA00322, Saurel](#)).

### 1.2. L'obligation de motiver la décision

Quels que soient le motif de la demande ainsi que le sens de la décision prise, cette dernière doit être **motivée**, ce qui signifie qu'elle doit comporter les considérations de fait et de droit qui en constituent le fondement (*CRPA*, art. [L. 211-2](#) et [L. 211-5](#) ; *C. trav.*, art. [R. 2421-5](#) et [R. 2421-12](#)).

**La qualité de la motivation ne se mesure pas aux nombres de considérants et à sa longueur mais à l'emploi des termes justes qui permettent au destinataire de la décision de saisir à la foi le raisonnement suivi et les considérations de fait et de droit sur lesquelles l'administration se fonde.**

Si la décision n'est pas ou est insuffisamment motivée, et quand bien même serait-elle fondée, elle encourt l'annulation (en ce sens, [CE, 29 mai 1987, n° 72.669, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle](#) ; [CE, 19 févr. 1997, n° 141.161, Transports Testud](#) ; [CAA Nantes, 30 sept. 2010, n° 09NT02600, Sarl Mamm'Soazic](#) ; [CAA Lyon, 10 nov. 2009, n° 07LY02747, association départementale d'aide à l'enfance](#) ; [CAA Douai, 20 nov. 2008, n° 08DA00058, Jourdain](#)).

Les éléments de motivation de la décision doivent être tout à la fois clairs et précis, **concis** et complets, adaptés aux circonstances de l'espèce et permettre d'identifier le cheminement logique vers le dispositif de la décision ainsi édictée.

Si une décision implicite de rejet de la demande n'est pas illégale en soi, une autorisation de licenciement doit quant à elle être obligatoirement écrite. Le licenciement d'un représentant du personnel ne peut jamais être autorisé tacitement ou verbalement ([CE, 22 févr. 1989, n° 64.186, Sté Graniroc](#)).

## 2) LE CONTENU DE LA DECISION

### 2.1. Les visas

Les visas communément mentionnés en matière de demandes relatives à la rupture ou au transfert du contrat de travail des salariés protégés sont les suivants :

- La demande de l'employeur et le terrain sur lequel elle est présentée ;
- Les textes applicables (articles du code du travail relatifs à la protection du salarié et aux procédures administrative et interne applicables au cas d'espèce) ;
- Les mandats détenus, brigüés ou anciennement exercés par le salarié. Si une protection a été omise des visas ou comporte une erreur, et si elle ne figure ni dans la demande, ni dans le corps de la décision administrative, l'autorisation délivrée est entachée d'illégalité (*cf.* 2.2).

A l'exception des visas relatifs aux mandats dans les conditions précitées, l'omission du visa d'un texte ne constitue pas une irrégularité de nature à entraîner l'annulation d'une décision pour excès de pouvoir (*CE, 5 nov. 1984, n° 50.856, Tollari*). De la même manière, la circonstance que la décision vise un autre texte que celui applicable, alors que c'est bien ce dernier dont il a été fait application, ne constitue qu'une erreur matérielle insusceptible d'entacher d'illégalité la décision ainsi prise (*CE, 10 janv. 1919, Arrighi de Casanova, Rec. p. 11*).

### 2.2. Les règles de motivation applicables quel que soit le motif de la demande

Indépendamment du motif invoqué à l'appui de la demande, la décision de l'inspecteur du travail doit, quel qu'en soit le sens, toujours mentionner avec précision les **éléments de fait et de droit** qui l'ont fondée.

L'inspecteur du travail ne saurait par exemple se contenter de viser le motif invoqué par l'employeur, la réalité dudit motif, le degré de gravité de la faute, les efforts de reclassement, ni faire référence aux éléments recueillis au cours de l'enquête contradictoire, sans préciser la nature du motif invoqué, ce en quoi il consistait, pour quelles raisons la faute a été regardée ou non comme suffisamment grave, ou encore quels éléments avaient justement été recueillis en enquête (*CE, 30 oct. 1995, n° 147.293, Lancois*).

La décision de l'inspecteur du travail :

- doit faire mention de l'intégralité des **mandats** exercés, anciennement détenus et/ou brigüés par le salarié.
  - A défaut d'énonciation exhaustive et exacte, l'inspecteur du travail sera réputé ne pas avoir été mis à même d'apprécier si des motifs discriminatoires ou d'intérêt général s'opposent au licenciement du salarié. La décision d'autorisation ainsi prise sera donc entachée d'illégalité (*CE, 22 juill. 1992, n° 109.709, Cirelli, Rec. p. 1348* ; *CE, 13 déc. 2005, n° 277.748, A.N.T., Tables p. 1123* ; *CE, 20 mars 2009, n° 309.195, Anani* ; *CE, 7 déc. 2009, n° 315.588, Grece, Tables p. 978*) ;
  - Toutefois, s'il est avéré que l'administration a eu connaissance de chacun des mandats détenus par le salarié, la circonstance que la demande d'autorisation de licenciement ou la décision autorisant le licenciement ne fasse pas mention de l'un de ces mandats ne suffit pas, à elle seule, à établir que l'administration n'a pas exercé son contrôle en tenant compte de chacun des mandats détenus par le salarié protégé (*CE, 15 oct. 2014, n°370.620, Sté Geodis Logistics Nord, Tables p. 889* ; dans le même sens : *CE, 22 mai 2013, n°341.390, Ruij*) ;
  - L'autorité administrative doit par ailleurs avoir connaissance de l'ensemble des mandats détenus à la date de sa décision, y compris ceux obtenus le cas échéant postérieurement à la convocation à l'entretien préalable, afin d'être mise à même d'exercer son pouvoir d'appréciation de l'opportunité du licenciement au regard

de motifs d'intérêt général ([CE, 27 mars 2015, n°366.166, Sté Etablissements Cuny, Tables p. 900](#)).

Il appartient dès lors à l'inspecteur du travail de vérifier, avant de statuer, si le salarié bénéficie d'une autre protection que celle(s) mentionnée(s) à l'appui de la demande, sans se limiter aux mandats formellement mentionnés dans la demande qui, s'ils sont erronés, feront courir le risque d'une annulation contentieuse de la décision d'autorisation qui aura été ainsi prise.

- ne doit pas avoir requalifié la demande ([CE, 19 juin 2013, n°352.182, M. M'A.](#)) : ainsi, l'autorité administrative ne peut, lorsqu'elle estime que le motif pour lequel elle a été saisie n'est pas fondé, légalement accorder l'autorisation en substituant un autre motif de rupture qui, s'il avait été présenté par l'employeur, aurait été de nature à justifier la rupture ([CE, 20 mars 2017, n°392.296, Sté Total Petrochemicals France, Rec. p. 101](#) ; dans le même sens : [CE, 19 oct. 2012, n°334.588, M. B., Tables p. 1012](#)). De même, elle ne peut pallier le défaut de qualification ou de motivation affectant la demande présentée par l'employeur. En effet, il appartient à l'employeur de faire état avec précision de la cause justifiant le licenciement dans sa demande d'autorisation de licenciement, ou le cas échéant dans un document joint à cet effet auquel renvoie sa demande ([CE, 26 sept. 2018, n°401.509, Sté Forge France, Tables p. 944](#)). A défaut, l'inspecteur du travail doit rejeter la demande (**CF. FICHE 2**) ;
- doit de préférence, si elle se prononce dans le sens d'un refus, se limiter à constater le vice substantiel qui entacherait la procédure interne suivie par l'entreprise (**CF. FICHE 5**) sans que l'inspecteur du travail ait à faire porter son contrôle sur les motifs invoqués à l'appui de la demande ;
- à défaut d'irrégularité, il lui appartient d'apprécier le bien-fondé de la demande et de ne retenir que le ou les seuls motifs sur lesquels il estime pouvoir fonder sa conviction de manière certaine, sans se prononcer subsidiairement sur ceux pour lesquels il pourrait avoir un doute ;
- doit, en principe, comporter un considérant sur l'existence ou l'absence de **discrimination** (*C. trav., art. [R.2421-7](#) et [R.2421-16](#)*). Lorsque l'autorité administrative retient l'existence d'une discrimination, elle doit préciser les faits ou indices qui l'ont conduite à cette conclusion et ne saurait dès lors se contenter de la relever par voie d'affirmation. En cas de refus, cependant, l'absence de motivation sur ce point n'entache pas d'illégalité la décision, dès lors que l'inspecteur du travail retient à juste titre un autre motif de nature à justifier un refus lui-même suffisamment étayé ([CE, 12 mars 1986, n°56.139, Sté des Etablissements Christian X.](#) ; [CE, 13 oct. 2010, n° 329.459, Lauzet](#) ; **CF. FICHE 16**) ;
- doit, si le refus est fondé sur un motif d'intérêt général, énoncer de façon suffisamment précise les éléments qui ont conduit l'inspecteur du travail à retenir un tel motif, et préciser que ce motif n'est pas de nature à porter une atteinte excessive aux intérêts en présence. (**CF. FICHE 17**) ;
- ne doit jamais faire référence à l'accord exprès du salarié ou à sa volonté de quitter l'entreprise, un tel élément de motivation n'étant pas conforme au contrôle que doit opérer l'administration ([CE, 1<sup>er</sup> févr. 1995, n° 143.661, Sté Midica, Tables p. 1062](#) ; [CE, 17 oct. 1997, n° 162.597, Banque industrielle et immobilière privée](#) ; [CE, 2 juill. 2014, n°368.590, Sté Pace Europe, Tables p. 787](#)) ; il n'en est autrement qu'en cas de rupture conventionnelle ou de rupture amiable pour motif économique ;

- ne doit pas être assortie d'une condition ([CE, 21 mars 1984, n° 33.369, Sté L.M.T., Rec. p. 764](#) ; [CE, 19 juin 1992, n° 107.788, Mutuelle générale des PTT, Tables p.7617](#)).

Enfin, pour des raisons de cohérence et d'intelligibilité, une décision doit être rendue par salarié concerné par la demande de licenciement. Tel est ainsi le cas en matière de licenciement pour motif économique, l'inspecteur du travail ne devant pas rendre une décision commune à tous les salariés, y compris lorsqu'il envisage de statuer dans le même sens pour chacun des intéressés.

En cas de demande reposant sur une pluralité de motifs, l'inspecteur du travail doit :

- **En cas de décision refusant le licenciement**, examiner et faire porter son contrôle sur l'ensemble des motifs invoqués à l'appui de la demande ;
- **En cas de décision autorisant le licenciement**, faire apparaître dans sa décision l'ensemble des points de contrôle auquel il est tenu de se livrer sur celui ou ceux des motifs qu'il aura estimé de nature à fonder le licenciement. Dans ce cas, il ne saurait cependant se contenter de lister les faits allégués à l'appui d'une demande reposant sur plusieurs motifs distincts (exemples : faute et insuffisance professionnelle ; difficultés économiques et réorganisation pour sauvegarde de la compétitivité) sans préciser la qualification qu'il reconnaît aux faits établis et sans que ne soit par conséquent identifiable le contrôle auquel il s'est livré. A défaut de telles précisions, sa décision d'autorisation sera regardée comme insuffisamment motivée ([CAA Lyon, 8 mars 2011, n°09LY00783, Clinique les Sorbiers](#)).

Pour plus de développements, il est renvoyé sur ce point à la **FICHE 2**.

### **2.3. Les règles de motivation spécifiques supplémentaires applicables aux demandes de licenciement reposant sur un motif personnel**

#### **2.3.1. En cas de demande reposant sur un motif disciplinaire**

Dans un tel cas de figure, l'inspecteur du travail :

- doit s'assurer de ce que les faits allégués traduisent la méconnaissance d'une obligation contractuelle ou caractérisent un exercice abusif du mandat. A défaut, l'autorisation de licenciement ne peut qu'être refusée, les faits commis hors du cadre contractuel ne pouvant pas revêtir de qualification disciplinaire. L'inspecteur du travail doit donc refuser l'autorisation sollicitée et inviter l'employeur à refaire dans les meilleurs délais une demande avec la qualification juridique appropriée ;
- doit statuer sur la réalité ou l'absence de réalité des faits allégués ; pour que la décision soit suffisamment motivée, l'inspecteur du travail doit mentionner la nature des faits reprochés au salarié ainsi que les éléments à partir desquels il conclut sur leur matérialité, et ne pas se contenter d'affirmer qu'ils sont ou non établis, sans autre précision ([CE, 29 mai 1987, n° 72.669, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle](#) ; [CE, 19 févr. 1997, n° 141.161, Sté Transports Testud](#) ; [CE, 1<sup>er</sup> juill. 1988, n° 84.821, Sté Bourquignon de surveillance](#)) ;
- doit, lorsque la demande est motivée par des faits fautifs assortis d'une qualification pénale, faire exclusivement porter son contrôle sur la réalité et le degré de gravité des faits allégués à l'appui de la demande sans se référer à la qualification pénale que ces faits sont susceptibles de recevoir, sous peine de méconnaître la présomption d'innocence (*en ce sens*, [CE, 7 mai 1997, n° 159.430, Nicolai](#) ; [CAA Lyon, 24 nov. 2011, n°10LY00693, Mme A.](#)) ;
- doit apprécier si le ou les faits fautifs allégués présente(nt) un degré de gravité suffisant pour justifier le licenciement :

- en cas de refus, l'inspecteur du travail doit se prononcer sur l'ensemble des griefs et préciser pour ceux qu'il a regardés comme établis que, même pris ensemble, ils ne constituent pas une faute d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement ;
- en cas d'autorisation, l'inspecteur du travail peut se limiter à n'examiner que le ou les griefs qui, pris ensemble, caractérisent une faute d'une gravité suffisante sans avoir à examiner les autres ;
- ne doit pas motiver sa décision de refus comme d'autorisation en mentionnant que les faits reprochés constitueraient une « *cause réelle et sérieuse* » de licenciement ou une « *faute grave* » ou « *lourde* », ces qualifications relevant du seul contrôle du juge judiciaire ([CAA Bordeaux, 31 oct. 2007, n° 05BX00338, S.A. Bodycote Hit](#) ; [CAA Paris, 6 déc. 2010, n° 05PA02486, Sté Biribin Limousines](#)) ;
- ne peut pas, pour autoriser le licenciement, retenir que le comportement du salarié rendait impossible la poursuite du contrat de travail sans se prononcer sur la gravité des faits ([CE, 19 juin 2013, n°356.483, M. B. A.](#)).

Par ailleurs, l'inspecteur du travail ne peut pas statuer sur les conséquences contractuelles de la décision (la décision de refus d'autorisation de licenciement ne peut pas « annuler » une mise à pied).

Pour plus de développements, il est renvoyé sur ces points à la **FICHE 6**.

### 2.3.2. En cas de demande reposant sur des faits commis en dehors de l'exécution du contrat de travail et rendant impossible le maintien du contrat de travail

Dans un tel cas de figure, l'inspecteur du travail doit vérifier que les faits en cause et le trouble objectif sont établis et, si tel est le cas, la décision doit mentionner :

- les éléments précis et vérifiables venant étayer cette affirmation ;
- la nature et l'ampleur des répercussions de ces faits sur le fonctionnement de l'entreprise ;
- l'impossibilité de maintenir le salarié dans l'entreprise, eu égard à ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail.

Pour plus de développements, il est renvoyé sur ces points à la **FICHE 6**.

### 2.3.3. En cas de demande reposant sur l'insuffisance professionnelle du salarié

L'inspecteur du travail doit :

- décrire les faits relevés par l'employeur et expliquer en quoi ils caractérisent ou non l'insuffisance professionnelle alléguée ([CAA Nantes, 14 juin 2007, n° 06NT01658, SA Roblin](#)) ;
- à l'instar du juge judiciaire, s'assurer du caractère réaliste et réalisable des objectifs fixés ([Cass. soc., 9 avr. 2008, n° 06-46.159](#)) ainsi que le caractère persistant et/ou durable des faits d'insuffisance constatés ([Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-43.194](#)). Tout élément factuel pertinent de nature à étayer ces constats doit figurer dans la décision ;
- l'imputabilité au salarié de l'insuffisance professionnelle, si elle est établie ; à ce titre, la décision doit notamment mentionner les mesures d'accompagnement mises en œuvre, le cas échéant, par l'employeur (*a contrario* : [Cass. soc., 16 mai 2018, n° 16-25.689](#) ; [Cass. Soc., 6 mars 2019, n° 17-20.886](#)) ;
- vérifier la matérialité et le caractère sérieux des efforts de reclassement entrepris en faveur du salarié protégé ([CE, 7 déc. 2009, n° 315.588 Grece](#) ; [CAA Nantes, 15 avr. 2010, n° 09NT01263 SA d'HLM de Touraine](#)) et mentionner de façon précise dans sa décision en quoi ils ont consisté, que ces efforts aient abouti ou non à la formulation d'offres de reclassement concrètes au salarié.



Pour plus de développements, il est renvoyé sur ces points à la **FICHE 8**.

#### 2.3.4. En cas de demande reposant sur une inaptitude médicalement constatée

Dans sa décision, l'inspecteur du travail doit :

- prendre acte de l'existence de l'avis d'inaptitude médicale prévu par l'article [R. 4624-45](#) du code du travail et s'assurer de l'absence de contestation ;
- en cas de contestation de cet avis, faire référence, le cas échéant, au jugement du conseil de prud'hommes (*C. trav., art. [L. 4624-7](#)*), saisi en la forme des référés ;
- s'assurer de la réalité et du caractère sérieux des efforts de reclassement engagés par l'employeur, en conformité avec les préconisations émises par le médecin du travail, et préciser en quoi ces efforts ont consisté.

Pour plus de développements, il est renvoyé sur ce point à la **FICHE 9**.

### **2.4. Les règles de motivation spécifiques supplémentaires applicables au licenciement pour motif économique**

#### 2.4.1. En ce qui concerne la cause économique alléguée à l'appui de la demande

Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, la décision de l'inspecteur du travail, quel que soit son sens, doit faire clairement apparaître que la cause économique alléguée a été contrôlée dans le périmètre du **secteur d'activité du groupe concerné** par les licenciements économiques auxquels l'employeur envisage de procéder (*CE, 8 juill. 2002, n° 226.471, Kerninon, Rec. p. 266 ; CE, 23 déc. 2011, n°351.175, Sté NDL International*). Ce contrôle est limité au territoire national (*C. trav., art. [L. 1233-3](#) – CF. FICHE 7a*).

Quelle que soit la cause économique alléguée, l'inspecteur du travail ne peut se contenter de constater « *la réalité du motif économique* » ou au contraire que « *la réalité du motif économique invoqué n'est pas démontrée* », mais doit étayer son affirmation par des éléments de faits précis caractérisant la cause invoquée à l'appui du licenciement dans le périmètre d'appréciation précité (*CE, 10 mai 1985, n°42.399 et 47.168, Sté Wash Perle International, Tables p.7677*).

En cas de **redressement ou de liquidation judiciaire**, le jugement du tribunal de commerce ayant ouvert la procédure collective s'impose à l'administration. Ainsi, la décision de l'inspecteur du travail doit se limiter à faire mention de ce jugement et en tirer les conséquences quant à l'existence de la cause économique (*CE, 3 juill. 2013, n°361.066, Sté Elixens France, Tables p. 866*).

#### 2.4.2. En ce qui concerne l'effet de la cause économique sur la relation contractuelle

Lorsqu'est alléguée une suppression de poste, la décision de l'inspecteur du travail doit faire apparaître que la réalité de cette suppression a bien été vérifiée (*Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-20.861*), au niveau de l'entreprise dans son ensemble et non du seul établissement concerné par une fermeture (*Cass. soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690, Bull. civ V n° 123 ; Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-44.461, Bull. civ V n° 11 ; Cass. soc., 8 juill. 2008, n° 06-45.564*).

L'inspecteur du travail ne doit jamais motiver la réalité de la suppression de poste du salarié ou l'absence d'une telle suppression en référence à l'application des critères d'ordre des licenciements appliqués par l'employeur, cet élément ne faisant pas partie de ceux que l'autorité administrative doit contrôler (*CE, 29 déc. 2000, n° 206.918, Sté Sututex ; CE, 9 juin 2010, n° 315.538, Bellagrouz*).

#### 2.4.3. En ce qui concerne les efforts de reclassement

Que les efforts de reclassement engagés par l'employeur aient été ou non suffisants, la décision de l'inspecteur du travail ne saurait se contenter d'énoncer que « *le reclassement du salarié n'est pas possible* », que « *les efforts de reclassement sont suffisants* », que « *le salarié a refusé deux postes* » ou encore de viser le plan de sauvegarde de l'emploi, sans avoir précisé ni la nature des

postes proposés ni en quoi lesdits efforts ont consisté et pourquoi ils étaient en l'espèce, suffisants ou insuffisants ([CE, 18 mars 1992, n° 82.799, Carlier et Gierszewski](#) ; [CAA Nantes, 30 sept. 2010, n° 09NT02600, Sarl Mamm'Soazic](#) ; [CAA Nancy, 6 déc. 2004, n° 01NC00164, Cuinet](#)).

Elle doit donc au préalable préciser le périmètre, limité au territoire national (*C. trav., art. L. 1233-4*), dans lequel l'employeur était tenu d'engager des recherches en vue du reclassement du salarié. Ainsi, si l'entreprise appartient à un groupe, doivent être indiquées les entreprises entrant dans ce périmètre de reclassement (**CF. FICHE 7b**).

Pour plus de développements, il est renvoyé sur ces points aux **FICHE 7a et 7b**.

## **2.5. Les règles de motivation spécifiques applicables au transfert**

La décision de l'inspecteur du travail ne peut jamais refuser une autorisation de transfert du contrat de travail en se fondant sur l'existence d'un motif d'intérêt général ([CE, 20 mai 1988, n° 74.863, Sté Goulet-Turpin, Rec. p. 201](#)).

Si la demande est fondée sur les dispositions de l'article [L. 1224-1](#) du code du travail, l'inspecteur du travail doit vérifier la réalité du transfert d'une entité économique autonome ; à défaut, l'autorisation doit être refusée, l'opération s'analysant alors en une modification du contrat de travail susceptible d'être refusée par le salarié.

S'agissant d'une demande d'autorisation de transfert conventionnel, l'inspecteur du travail ne doit pas motiver sa décision en référence à l'accord exprès du salarié (ou à son absence d'accord) sur la novation du contrat de travail constituée par le changement d'employeur : ce point échappe à son contrôle ([Cass. soc., 3 mars 2010, n° 08-41.600 et 08-44.120, Bull. civ V n°51](#) ; [Cass. soc., 3 mars 2010, n° 08-41.553](#)).

Pour plus de développements, il est renvoyé sur ces points à la **FICHE 15**.

## **2.6. La motivation des décisions implicites de rejet**

**Conseil pratique** : la décision implicite de rejet doit rester une exception bien qu'elle ne soit pas illégale en soi. La nécessité de transparence de l'action administrative conduit à en déconseiller fortement l'usage.

L'article [L. 232-4](#) du code des relations entre le public et l'administration dispose qu'« une décision implicite intervenue dans les cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation. Toutefois, à la demande de l'intéressé, formulée dans les délais du recours contentieux, les motifs de toute décision implicite de rejet devront lui être communiqués dans le mois suivant cette demande ».

L'autorité administrative doit alors mentionner par écrit l'ensemble des éléments de fait et de droit ayant fondé la décision implicite de rejet de la demande dont elle avait été saisie, le cas échéant, en prenant une décision explicite de même sens qui se substitue à la décision implicite sans procéder au retrait de celle-ci ([CE, 17 juin 1992, n° 107.021, Tappon, Rec. p. 236](#) ; [CE, 28 mai 2010, n°320.950, Sté IDL, Tables p. 605](#) ; [CAA Nancy, 26 mai 2005, n° 01NC00092, Moster – CF. FICHE 21](#)). Si elle ne répond pas à cette demande ou y répond au-delà de ce strict délai d'un mois, le délai de recours contentieux reste indéfiniment ouvert et la décision implicite de rejet, non motivée, est nécessairement illégale ([CE, 29 mars 1985, n° 45.311, Testa, Rec. p. 93](#) ; [CE, 5 févr. 1990, n° 87.012, Sad, Tables p. 545](#)). Toutefois, la partie à laquelle la décision fait grief ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable d'un an à compter de la date à laquelle il est établi qu'elle en a eu connaissance ([CE, 18 mars 2019, n° 417.270, Jounda Nqueqoh, publié au recueil](#)).

Lorsqu'a été demandée dans le délai de recours contentieux la motivation de la décision implicite de rejet, ce délai « est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués » (CRPA, art. L. 232-4 ; [CE, 17 juin 1992, n° 107.021, Tapon, Rec. p. 236](#)). - Sur le délai de recours contentieux et les effets d'une demande de communication de motifs sur sa prorogation – **CF FICHE 20**).

A la différence du délai de recours contentieux, le délai du recours hiérarchique fixé par l'article [R. 2422-1](#) du code du travail n'est pas prorogé par la communication ultérieure des motifs de la décision implicite à la demande du requérant.

L'intéressé devant présenter sa demande de motivation dans le délai de recours contentieux, une demande tardive n'est pas susceptible de remettre en cause la légalité de la décision implicite devenue définitive et ne peut avoir pour effet de rouvrir le délai de recours contentieux ([CE, 8 oct. 1999, n° 203.799, Erchidi](#)). A défaut d'avoir formulé une telle demande dans ce délai, le moyen tiré de l'absence de motivation est dès lors inopérant à l'encontre de la décision implicite de rejet ([CE, 30 mai 1986, n° 66.715, Finet](#) ; [CE, 6 sept. 2002, n° 200.991, Lukundu, Tables p.767](#)).

### 3) LES DELAIS POUR STATUER

Les articles [R. 2421-4](#) et [R. 2421-11](#) précisent que l'inspecteur du travail prend sa décision dans un délai de deux mois à compter de la date de réception de la demande d'autorisation de licenciement (la date de l'accusé d'enregistrement en cas d'envoi électronique de la demande), le silence gardé pendant plus de deux mois valant décision de rejet.

Le respect de ce délai s'apprécie en prenant en compte, non pas la date à laquelle la décision a été notifiée aux parties, mais celle à laquelle elle a été prise. La circonstance que cette décision, prise dans le délai prescrit, a été notifiée après l'expiration de ce délai, est sans influence sur la régularité de la décision ([CE, avis section, 19 nov. 1993, Bereciartua Echarri, n°111.212, Rec. p.321](#) ; [CE, 29 déc. 1995, n°133.448, Premereur](#) ; [CE, 28 juin 1996, n°158.762, Sté SNPE](#)). Il n'en va autrement que lorsqu'un délai anormalement long, non imputable à la personne destinataire de la notification, s'est écoulé depuis la signature de la décision intervenue dans le délai prescrit ([CE, section, 26 mars 1999, Villegas, n°174.113, Rec. p.94](#)).

Au regard de leur nature particulière et dans un souci de bonne administration, les demandes d'autorisation de rupture ou de transfert du contrat de travail d'un salarié protégé doivent de préférence faire l'objet d'une décision expresse de la part de l'administration saisie. Il est dès lors souhaitable qu'une décision implicite de rejet n'intervienne que de façon exceptionnelle.

Le délai de deux mois au terme duquel est susceptible d'intervenir une décision implicite de rejet expire le jour du deuxième mois suivant la réception de la demande ET portant le même quantième. Exemple : une demande d'autorisation de licenciement parvient à l'inspecteur du travail (même territorialement incompétent) le 10 janvier. L'accusé de réception de cette demande ne devra pas se contenter d'informer le requérant qu'à défaut de réponse dans un délai de deux mois, sa demande sera réputée rejetée mais préciser expressément que ce rejet interviendra le 11 mars.

A défaut de quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois. Exemple : une demande d'autorisation de licenciement parvient à l'inspecteur du travail (même territorialement incompétent) le 31 décembre. L'accusé de réception de cette demande devra expressément mentionner, qu'à défaut de décision explicite au 28 février, (ou, le 29, en cas d'année bissextile), la demande sera réputée rejetée le 1<sup>er</sup> mars.

## 4) LA NOTIFICATION

### 4.1. Quels sont les destinataires de la notification ?

La notification doit être faite auprès de l'employeur et du salarié ainsi que, lorsqu'il s'agit d'un délégué syndical, d'un représentant syndical au comité social et économique ou d'un représentant de la section syndicale, auprès de l'organisation syndicale concernée, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (*C. trav.*, art. [R. 2421-5](#) et [R. 2421-12](#)).

Quand l'inspecteur du travail refuse le licenciement pour motif économique d'un salarié protégé appartenant à une entreprise faisant l'objet d'un plan de cession dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, la décision ainsi prise devra également être notifiée au cessionnaire si le salarié appartenait à l'activité cédée. En effet, dans un tel cas de figure, le refus opposé par l'inspecteur du travail a pour effet de faire passer le salarié au service du repreneur (**CF. FICHE 19**).

Il en est de même de la décision par laquelle l'inspecteur du travail autorise le transfert du contrat de travail d'un salarié protégé. A défaut d'une notification au cessionnaire (auquel cette décision fait grief en sa qualité de nouvel employeur), les voies et délais de recours à l'encontre de la décision ainsi prise ne lui sont pas opposables ([CE, 9 nov. 2005, n° 257.126, Ministre des affaires sociales et de la solidarité](#)).

### 4.2. Que doit comporter la notification ?

La décision doit faire l'objet d'une notification comportant l'indication des délais et voies de recours afin de rendre ceux-ci opposables (*C. just. adm.*, art. [R. 421-5](#)).

Il convient d'indiquer à l'occasion de la notification de la décision la voie du recours hiérarchique et, en ce qui concerne la voie du recours contentieux, de mentionner précisément le tribunal administratif devant lequel doit être fait ce dernier recours.

La notification de la décision doit **exclusivement** mentionner l'existence des voies de recours hiérarchique et contentieux. Il n'y a pas lieu d'y intégrer la voie du recours gracieux ([CAA Lyon, 6 avr. 2010, n° 08LY02000, Derois](#)).

#### 4.2.1. La mention du recours hiérarchique

Il doit être mentionné qu'un recours hiérarchique peut être formé devant le Ministre du travail dans un délai de deux mois, courant à compter de la notification de la décision initiale, le décompte du délai commençant le lendemain (*C. trav.*, art. [R. 2422-1](#) ; [CE, 19 sept. 2014, n°362.568, Sté Ortec Meca, Tables p. 888](#)).

#### 4.2.2. La mention du recours contentieux

Il doit être mentionné qu'il doit être formé dans le délai de deux mois, courant à compter de la notification de la décision initiale, le décompte du délai commençant le lendemain (*C. just. adm.*, art. [R.421-1](#)).

Ce délai est augmenté d'un mois pour le requérant qui demeure dans une collectivité d'outre-mer lorsque la demande est portée devant un tribunal administratif qui a son siège en France métropolitaine ou devant le Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort (*C. just. adm.*, art. [R.421-7](#)). Cette disposition spécifique n'est pas applicable aux recours administratifs, gracieux ou hiérarchiques ([CE, 5 janv. 2000, n°170.954, commune de Macot-la-Plagne, Rec. p.3](#)).

La notification de la décision doit faire apparaître le tribunal administratif devant lequel peut être formé le recours contentieux. Il s'agira du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve l'établissement auquel se trouve rattaché le salarié protégé. Le Conseil d'Etat ayant recours aux mêmes critères que ceux utilisés pour déterminer l'inspecteur du travail compétent, il s'agira donc en pratique du même ressort que celui dans lequel se trouve l'inspecteur du travail, auteur

de la décision (*C. just. adm., art. R. 312-10* ; [CE, 2 févr. 1996, n° 133.455, Suburbaine de canalisations et de grands travaux, Tables p. 1194](#)).

### **4.3. Quelles sont les conséquences d'une absence de notification ?**

La notification constituant une formalité « *extérieure* » à la décision proprement dite, « *le défaut d'indication des voies et délais de recours n'entache pas d'irrégularité la décision* » ([CE, 22 nov. 2000, n°211.285 et 211.286, Mutuelle Inter-jeunes et Abed, Rec. p. 554](#) ; [CE, 5 nov. 2001, n° 230.040, Mariot, Tables p. 804](#)).

L'absence de notification de la décision à une des parties rend cependant les délais de recours inopposables à son égard ([CE, 9 nov. 2005, n°257.126, Ministre des affaires sociales et de la solidarité](#) ; [CE, 3 juill. 2013, n°349.496, Sté Journal du Centre, Tables p. 865](#)).

De même, le défaut d'indication des voies et délais de recours « *dans la notification de la décision* », s'il ne l'entache pas d'illégalité, a « *pour effet d'empêcher de faire courir le délai de recours contentieux contre la décision notifiée* » (*C. just. adm., art. R. 421-5* ; [CE 11 oct. 1999, n° 163.334, Calleja, Tables p. 641](#) ; [CE, 5 nov. 2001, n° 230.040, Mariot, Tables p. 804](#) ; [CE, 7 déc. 2015, n°387.872, M. A., Tables p. 796](#)) rendant ces dernières inopposables au destinataire de la décision, qui peut dès lors présenter un recours contentieux à tout moment ([CE Sect., 1<sup>er</sup> juill. 2005, n° 261.002, Ousty, Rec. p. 282](#) ; [CE, 23 juin 2006, n° 289.549, Sté Actilor, Rec. p. 304](#)). Il en est de même pour le recours hiérarchique.

S'agissant du point de départ du délai en cas de transmission de la demande d'autorisation à une autorité incompétente, il convient de se reporter à la **FICHE 2** de la circulaire.

Toutefois, le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative dont, à défaut d'une notification à son destinataire, celui-ci en a eu connaissance certaine ; dès lors, un recours de ce dernier ne saurait intervenir au-delà d'un délai raisonnable d'une année à compter de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance ([CE, 13 juill. 2016, n°387.763, Czabaj, Rec. p. 340](#) ; [CE, 7 févr. 2018, n°397.247, M. A.](#)).

### **4.4. Le cas particulier de la décision implicite de rejet : de l'importance de l'accusé de réception de la demande**

Si l'indication des voies et délais de recours peut, en cas de décision expresse, figurer tant dans la décision proprement dite que dans la lettre d'accompagnement qui notifie cette décision, il convient de porter une attention particulière aux modalités d'information sur la naissance éventuelle d'une décision implicite de rejet.

En effet, si le délai de recours contentieux court normalement à compter de la naissance de la décision implicite de rejet, encore faut-il que l'autorité administrative ait accusé réception aux parties de la possible naissance d'une décision implicite de rejet à l'échéance du délai qui lui est imparti pour statuer.

Or, si les voies et délais de recours n'ont pas été notifiés aux parties à la réception de la demande, le délai de recours contentieux n'a pas commencé à courir, ce qui rend inopposable à la partie intéressée tant la forclusion du recours contentieux que celle d'une demande éventuelle de motivation.

Ainsi, dès lors que l'inspecteur du travail ne peut jamais savoir par avance s'il sera amené à laisser naître une décision implicite de rejet, **les voies et délais de recours doivent toujours figurer dans l'accusé de réception** qui sera adressé au demandeur.

Conformément aux dispositions de l'article [R. 112-5](#) du code des relations entre le public et l'administration, l'accusé de réception de la demande doit mentionner :

- la date de réception de la demande, y compris lorsque la demande est réceptionnée par une autorité incompétente (auquel cas il appartiendra à l'autorité incompétente saisie de transmettre la demande à l'autorité compétente et, conformément à l'article [L. 114-2](#) du code des relations entre le public et l'administration, d'aviser les parties de cette transmission) ;
- la désignation, l'adresse postale ainsi que le numéro de téléphone de l'inspecteur du travail chargé du dossier ;
- le fait que la demande est susceptible de donner lieu à une décision implicite de rejet ;
- **la date à laquelle, à défaut d'une décision expresse, la demande est réputée rejetée.** Il est en effet insuffisant de mentionner que sans réponse dans un délai de deux mois à compter de la réception de la demande, naîtra une décision implicite de rejet, sans **en mentionner la date de naissance de manière précise (cf. tableau au 3.)** ;
- les délais et voies de recours contre la décision implicite de rejet.

Lorsque la demande est adressée à l'administration par voie électronique dans le cadre d'un téléservice au sens de [l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives](#), l'accusé de réception prévu à l'article [L. 112-11](#) du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) doit comporter les mentions de l'article [R. 112-11-1](#), identiques à celles prévues à l'article [R. 112-5](#).

Si l'accusé de réception électronique « complet » n'est pas instantané, un accusé d'enregistrement électronique, mentionnant la date de réception de l'envoi, est instantanément envoyé à l'intéressé ou, en cas d'impossibilité, dans un délai d'un jour ouvré à compter de la réception ; l'accusé de réception électronique « complet » est envoyé au plus tard dans un délai de dix jours ouvrés à compter de la réception de l'envoi de l'intéressé. Ce délai ne s'applique qu'à compter de la saisine, en application de l'article [L. 114-2](#), de l'administration compétente (CRPA, art. [R. 112-11-2](#)).

L'absence d'accusé de réception ou une rédaction incomplète de ce dernier rend inopposable la forclusion des délais de recours en cas de décision implicite de rejet (CRPA, art. [L. 112-6](#) et [L. 112-12](#) ; [CE, 7 déc. 2015, n°387.872, M. A., Tables p. 796](#)).

## Fiche 19

# LES EFFETS DE LA DECISION

## 1) LES EFFETS D'UNE DECISION DE REJET

### 1.1. Le rejet pour absence de protection

L'employeur peut prononcer le licenciement dès la notification de la décision créatrice de droit ainsi rendue, un éventuel recours n'étant pas suspensif ([Cass. soc., 16 déc. 2009, n° 08-44.246](#); [Cass. soc., 19 oct. 2010, n° 09-42.798](#)).

### 1.2. Le rejet pour irrecevabilité de la demande

Les cas d'irrecevabilité de la demande sont traités à la **FICHE 2**.

Si l'irrecevabilité résulte soit d'un défaut de qualité à agir du signataire, soit d'un défaut de motivation ou de qualification juridique, l'employeur peut présenter une nouvelle demande fondée sur les mêmes faits après avoir remédié à cette irrégularité.

Il est rappelé que l'envoi de la demande à un inspecteur du travail territorialement incompétent emporte pour ce dernier obligation de la transmettre à l'inspecteur du travail compétent mais ne doit pas rejeter la demande.

## 2) LES EFFETS D'UNE DECISION DE REFUS

### 2.1. Le maintien ou la remise en l'état

Face à une décision de refus, l'employeur ne peut licencier le salarié. S'il procède néanmoins au licenciement, ce dernier est nul ([Cass. soc., 12 févr. 1991, n°88-41.339, Bull. civ. V, n° 64](#)). Le salarié peut alors demander sa réintégration sans qu'il ne puisse lui être opposé de délai ([Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-42.476, Bull. civ. V, n° 181](#)). De même, le licenciement d'un salarié protégé, prononcé après la fin de la période de protection pour les mêmes motifs que ceux ayant donné lieu à un refus de licenciement, revêt un caractère abusif ([Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-16.434 et 13-16.805, Bull. civ.V n° 186](#); [Cass. soc., 23 sept. 2015, n° 14-10.648, Bull. civ V n°836](#)).

Le recours hiérarchique formé contre une décision de refus n'étant pas suspensif, l'employeur doit conserver le salarié dans l'entreprise et le rémunérer ([Cass. crim., 5 mars 1991, n° 90-81.886](#); [Cass. soc., 18 juin 1997, n° 95-43.723, Bull. civ. V, n°225](#)).

La décision de refus privant d'effet la mise à pied conservatoire, l'inspecteur du travail pourra utilement rappeler ce point à l'employeur dans la lettre lui notifiant la décision de refus, mais en aucun cas dans le dispositif de cette dernière.

Si l'employeur avait prononcé une telle mise à pied, il doit être mis fin à cette dernière ([Cass. crim., 15 mai 1973, n° 72-90.078, Bull. crim. n°223](#); [Cass. soc., 23 juin 1999, n° 97-42.202, Bull. civ. V, n° 300](#); [C. trav., art. R. 2421-6 et R. 2421-14](#)). L'employeur doit alors réintégrer le salarié dans ses fonctions et lui régler l'ensemble des salaires (y compris les primes) correspondant à la période afférente à la mise à pied. Le non-respect de ces obligations permet au salarié de prendre acte de la rupture du contrat aux torts de l'employeur et l'inspecteur du travail ressaisi d'une demande de licenciement est tenue de la rejeter ([CE, 15 déc. 2004, n° 252.590, Biheng, Tables p. 898](#)).



Le fait pour l'employeur de ne pas rétablir dans ses fonctions un salarié protégé mis à pied à titre conservatoire et dont le licenciement a été refusé constitue une violation du statut protecteur et un manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles, s'analysant en un licenciement nul ([Cass. soc., 4 févr. 2004, n° 01-44.962, Bull. civ. V, n°34](#)).

L'employeur pourra prononcer une sanction moindre que celle du licenciement qui lui a été refusé par l'administration en raison d'une insuffisante gravité des faits fautifs établis. S'il décide de prononcer une mise à pied disciplinaire, il ne pourra cependant pas l'imputer sur la période de mise à pied conservatoire dont les effets ont été annulés en conséquence du refus ([Cass. soc., 7 nov. 1990, n° 87-45.696, Bull. civ. V, n° 520](#)).

## **2.2. La portée de cette obligation**

### **2.2.1. L'obligation de réintégration en cas de suppression de poste**

Si le poste du salarié est supprimé au moment de la demande de réintégration, il appartient à l'employeur de le réintégrer sur un emploi équivalent (c'est-à-dire « *situé dans le même secteur géographique, comportant le même niveau de rémunération, la même qualification, les mêmes perspectives de carrière et permettant l'exercice du mandat représentatif* » – [Cass. soc., 13 mai 2008, n° 06-46.108](#)).

Par ailleurs, l'employeur ne pouvant mettre fin au contrat à durée déterminée sans l'autorisation de l'inspecteur du travail, le salarié est en droit de demander sa réintégration si l'employeur a tout de même mis fin à son contrat sans attendre la réponse de l'administration qu'il avait pourtant saisie ([Cass. soc., 10 déc. 2003, n° 01-44.703, Bull. civ. V, n° 311](#)).

### **2.2.2. Les conséquences du refus en cas de redressement ou de liquidation judiciaires ;**

En cas de refus d'autorisation de **licenciement pour motif économique intervenant dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire** avec plan de cession d'activité, totale ou partielle, le contrat de travail du salarié se poursuit de plein droit avec la société cessionnaire, **dès lors que son poste relève de l'entité économique cédée** ([Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 04-13.058 ; Cass. soc., 14 mars 2007, n° 05-45.458, Bull. civ. V, n° 48](#)).

En revanche, le contrat ne se poursuit pas de plein droit avec le repreneur si le salarié n'exerçait pas son activité dans l'une des branches cédées de l'entreprise ayant fait l'objet d'un plan de cession partielle d'activité ([Cass. soc., 23 févr. 1994, n° 92-40.613, Bull. civ. V, n° 64](#) et [CE, 30 oct. 1995, n° 134.009, Soret, Tables p.1064, affaires liées](#)). Il reste donc salarié du cédant.

Enfin, même si le licenciement pour motif économique intervenant dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire a été refusé par l'inspecteur du travail, le salarié dont le liquidateur a demandé l'autorisation de licenciement dans les délais impartis par l'article L. 3253-8 du code du travail, et qui est resté sans travail ni salaire, est réputé avoir été licencié à la date de la saisine administrative pour ce qui concerne la prise en charge par les AGS de ses créances indemnitaires, peu important qu'aucune lettre de licenciement ne lui ait été notifiée ([Cass. soc., 6 juin 2007, n° 05-40.892, Bull. civ. V, n° 92 ; Cass. soc., 13 déc. 2017, n°16-21.773, à paraître au Bulletin](#)).

## **3) LES EFFETS D'UNE DECISION D'AUTORISATION**

### **3.1. Les principes communs à tous les motifs**

L'employeur peut licencier dès la notification de la décision d'autorisation même si un recours (administratif ou contentieux) a été formé à l'encontre de cette décision, ces recours n'ayant pas d'effet suspensif ([Cass. soc., 16 déc. 2009, n° 09-40.132](#)).

L'employeur n'est pas obligé de faire usage de l'autorisation de licenciement accordée par l'inspecteur du travail. Il peut renoncer à licencier le salarié ([Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-41.648](#)).

La notification de la rupture rend irrecevable toute demande postérieure du salarié tendant à obtenir par voie de référé devant le juge administratif la suspension de la décision administrative ayant autorisé le licenciement, cette décision étant entièrement exécutée à la date de l'envoi de la lettre recommandée (ou la remise de la lettre en main propre avec décharge) la notifiant ([CE, 7 déc. 2009, n° 327.259, CM-CIC-ASSET Management, Tables p. 979](#) ; [CE, 19 déc. 2012, n° 361.271, CRCAM de la Guadeloupe, Tables p. 911](#)).

Le licenciement doit intervenir **sur le fondement des faits ayant motivé la décision** d'autorisation de l'inspecteur du travail. Le licenciement prononcé pour des faits ou un motif différents de ceux ayant fondé l'autorisation est nul ([Cass. soc., 11 juin 2002, n°00-41.073, Bull. civ. V, n°198](#) ; [Cass. soc., 19 mai 2010, n° 08-45.386](#)).

La lettre de licenciement qui se réfère à l'autorisation administrative accordée est suffisamment motivée ([Cass. soc., 28 oct. 2003, n° 01-46.168, Bull. civ. V n° 264](#) ; [Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 02-43.538, Bull. civ. V, n° 210](#)). La référence soit à cette autorisation soit au motif ayant fondé le licenciement suffit ([Cass. soc., 5 juill. 2017, n°15-21.389](#)). A défaut de l'une ou de l'autre de ces mentions, la lettre de licenciement n'est pas motivée ; ce défaut de motivation est toutefois sans incidence sur la légalité de la décision d'autorisation de licenciement ([CE, 2 juin 1993, n°107.508, Sawadogo, Tables p. 1068](#)).

### **3.2. Le licenciement intervenant pour un motif disciplinaire**

Le délai d'un mois imparti à l'employeur pour licencier, prévu par l'article [L. 1332-2](#) du code du travail ([Cass. soc., 5 janv. 2012, n°11-40.080 QPC, Bull. civ. V, n°1](#)), court à compter de la notification de la décision administrative ; le dépassement de ce délai rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse ([Cass. soc., 28 oct. 2003, n° 01-42.404, Bull. civ. V, n° 262](#)).

Il est également loisible à l'employeur de prononcer, dans le même délai, une sanction moindre.

Seul un licenciement prononcé par l'employeur sur le fondement d'une faute grave ou lourde, après autorisation administrative, prive le salarié du paiement du salaire correspondant à la période de mise à pied ([Cass. soc., 3 févr. 2004, n° 01-45.989](#)).

La contestation de la qualification de la faute telle que retenue par l'employeur dans la lettre notifiant le licenciement relève de la compétence du juge judiciaire.

Le licenciement ayant été autorisé par l'inspecteur du travail et notifié au salarié, la commission ou la découverte d'une faute grave commise par ce dernier pendant le préavis permet à l'employeur de mettre fin unilatéralement au préavis (pour un salarié de droit commun, [Cass. soc., 12 déc. 2001, n° 99-45.290](#)).

### **3.3. Le licenciement intervenant pour un motif économique**

#### **3.3.1. L'absence de délai maximal légal pour notifier le licenciement**

Il n'existe en la matière pas de délai maximal légal à compter de l'obtention de l'autorisation pour notifier le licenciement. Cependant, une notification tardive, en cas de changement dans les circonstances de fait et de droit, pourrait rendre nul le licenciement prononcé sans nouvelle autorisation administrative ([Cass. soc., 27 mai 2009, n° 08-40.834 – licenciement économique prononcé huit mois après autorisation administrative, le salarié étant entre-temps parti en congé individuel de formation](#)).

#### **3.3.2. La contestation de l'ordre des licenciements**

Si le juge judiciaire ne peut pas remettre en cause l'autorisation de licenciement délivrée par l'inspecteur du travail, la contestation par le salarié de l'ordre des licenciements relève en revanche de sa seule compétence ([CE, 29 déc. 2000, n° 206.918, Sté Suturex](#) ; [Cass. soc., 9 juill. 2003, n° 01-40.016](#) ; [Cass. soc., 25 oct. 2006, n°05-40.365](#)).

### 3.3.2. Le licenciement autorisé dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi

L'annulation, pour excès de pouvoir, d'une décision de validation ou d'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi entraîne, par voie de conséquence, l'illégalité des autorisations de licenciement accordées à la suite de cette validation ou de cette homologation, sauf si l'annulation est liée au seul motif d'insuffisance de motivation ([CE, 19 juill. 2017, n° 391.849, S<sup>té</sup> Milonga, Rec. p. 250](#)).

### 3.3.3. Le licenciement autorisé dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire

Il résulte des dispositions des articles [L 631-22](#) (redressement judiciaire) et [L 642-5](#) (liquidation judiciaire) du code de commerce que seul l'administrateur judiciaire ou le liquidateur a compétence pour mener à bien les procédures de licenciement jusqu'à leur terme, la prise d'effet de la cession, le cas échéant, étant inopérante sur la qualité d'employeur.

### **3.3. Licenciement intervenant pour inaptitude médicale et impossibilité de reclassement**

La décision d'autorisation de l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié, s'il s'y estime fondé, fasse valoir devant les juridictions compétentes les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur ([CE, 20 nov. 2013, n° 340.591, Mme Capbern, Rec. p. 298](#) ; [Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-20.301, Bull. civ. V n° 286](#) ; **CF. FICHE 10**). Il dispose alors de la possibilité de faire valoir, dans les conditions du droit commun devant le conseil de prud'hommes, les droits qui découlent de la nullité de son licenciement, y compris une éventuelle réintégration, et non plus un simple recours à des fins indemnitaires.

## **4) LES EFFETS D'UNE DECISION PRISE SUR UNE DEMANDE D'AUTORISATION DE TRANSFERT**

Ces éléments sont analysés dans la **FICHE 15**.

## Fiche 20

# LES VOIES DE RECOURS ET LEUR ARTICULATION

### 1) LES VOIES DE RECOURS

La décision de l'inspecteur du travail peut faire l'objet de recours conformément à l'article [L. 411-2](#) du code des relations entre le public et l'administration qui prévoit que : « *Toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours de ce délai. (...)* »

#### 1.1. Les recours administratifs

##### 1.1.1. Définitions

Les recours administratifs sont définis par l'article [L. 410-1](#) du code des relations entre le public et l'administration :

« 1° *Recours administratif* : la réclamation adressée à l'administration en vue de régler un différend né d'une décision administrative ;

2° *Recours gracieux* : le recours administratif adressé à l'administration qui a pris la décision contestée ;

3° *Recours hiérarchique* : le recours administratif adressé à l'autorité à laquelle est subordonnée celle qui a pris la décision contestée (...) »

##### 1.1.2. Les caractéristiques du recours hiérarchique prévu à l'article R. 2422-1 du code du travail

###### 1.1.2.1. *Les conditions de recevabilité*

Dans la mesure où la décision contestée lui fait grief, l'employeur, le salarié ou le syndicat que ce salarié représente ou auquel il a donné mandat à cet effet peut présenter un recours hiérarchique devant le ministre chargé du travail conformément à l'article [R. 2422-1](#) du code du travail ou le cessionnaire. Ce recours doit être introduit dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur du travail sous peine d'irrecevabilité.

Il s'agit d'un recours aménagé qui « *ne présente pas un caractère obligatoire* » ([CE, 5 sept. 2008, n° 303.707, Sté SAPA Profiles Puget, Tables p.956](#) ; [CE, 7 déc. 2015, n°387.872, M. Félouki, Tables p.796](#)). Du caractère facultatif du recours hiérarchique, il découle que la décision prise par l'inspecteur du travail peut faire l'objet d'un recours contentieux direct devant le tribunal administratif et/ou d'un recours gracieux devant l'inspecteur du travail ([CE, 7 mars 2018, n°404.079, LIDL, Rec. p.65](#) ; **cf. 2 infra** l'articulation des différents recours).

La recevabilité du recours hiérarchique s'apprécie à la date de sa présentation et non à la date d'envoi ([CE, 30 janv. 2019, n°410.603, M. Mouanfoulou, mentionné aux Tables](#)), celle-ci devant intervenir dans le délai de deux mois suivant la notification de la décision de l'inspecteur du travail, qui se décompte en jours francs ([CE, 19 sept. 2014, n°362.568, Ortec Méca](#)).

### 1.1.2.2. La décision ministérielle

Chaque recours hiérarchique adressé au ministre donne lieu à une contre-enquête auprès des services déconcentrés. Le ministre dispose de **quatre mois** pour se prononcer, à défaut le silence vaut décision de rejet ([C. trav. art. R. 2422-1](#)).

Le ministre apprécie la légalité de la décision contestée compte tenu des éléments de fait et de droit existant à la date à laquelle s'est prononcé l'inspecteur du travail ([CE, 6 juill. 1990, n° 100.489 et 101.053, Mattéi et Sté EDI, Rec. p. 205](#)) ou des informations produites après la décision initiale qui éclairent ou révèlent des faits antérieurs à cette décision ([CE, 18 janv. 1991, n°85.317, Sté Ateliers Normands](#)).

Si la décision de l'inspecteur du travail est légale, il la confirme par une décision expresse ou par une décision implicite de rejet.

En revanche, le ministre ne peut annuler cette décision créatrice de droit que si celle-ci est illégale. Dans ce cas, il dispose, après annulation de celle-ci d'une pleine compétence sur l'examen de la demande d'autorisation de licenciement sur laquelle il doit ensuite se prononcer compte tenu des **circonstances de droit et de fait à la date à laquelle il prend sa propre décision** ([CE, 5 sept. 2008, n° 303.992, Sorelait, Rec. p.319](#)).

Par une décision du 3 février 2016, la Conseil d'Etat a limité les possibilité pour le ministre d'annuler la décision de l'inspecteur du travail : lorsqu'il est saisi par l'employeur d'un recours hiérarchique contre une décision d'un inspecteur du travail qui a estimé que plusieurs de ces exigences n'étaient pas remplies et qui s'est, par suite, fondé sur plusieurs motifs faisant, chacun, légalement obstacle à ce que le licenciement soit autorisé, le ministre ne peut annuler cette décision que si elle est entachée d'illégalité externe ou si aucun des motifs retenus par l'inspecteur du travail n'est fondé ([CE, 3 févr. 2016, n° 389.223, ST Microelectronics, Tables p.979](#)). Conduisent notamment à l'annulation de la décision de l'inspecteur du travail pour illégalité externe les situations suivantes : l'incompétence territoriale de l'inspecteur du travail, le non-respect du contradictoire lors de l'enquête, la motivation insuffisante de la décision.

## 1.2. Les recours contentieux

### 1.1.1. Le recours pour excès de pouvoir

Le délai de recours contentieux est de deux mois à compter de la date de notification de la décision administrative. Il est interrompu par la formation d'un recours gracieux et / ou hiérarchique **dans ce même délai** et ne repart que lorsque est intervenue la réponse de rejet apportée par l'administration au recours formé dans ces conditions et, en cas d'exercice simultané de ces deux recours administratifs, à la réponse de rejet apportée au second recours ([CE, 7 oct. 2009, n° 322.581, Voyages Vacances Loisirs, Rec. p. 358 ; cf. 2.1.2.3](#)).

En cas de décision implicite de rejet, le délai de recours contentieux court à compter du jour où une telle décision naît. Il est interrompu au jour de la communication des motifs, demandée dans ce délai ou de la notification d'une décision explicite de rejet dans ce délai ([CE, 17 juin 1992, n° 107.021, Tappon, Rec. p. 236, CJA art. R 421-2](#)) qui fait courir un nouveau délai de recours contentieux.

Dans ce cas, l'inspecteur du travail doit communiquer les motifs dans le délai d'un mois suivant la réception de la demande de l'employeur, sous peine d'illégalité de la décision implicite de rejet ([CRPA art. L. 232-4](#)).

## 1.1.2. Le recours en référé

### 1.1.2.1. *Le référé-suspension*

La suspension de l'exécution de la décision administrative, même de rejet, ou de certains de ses effets, peut être demandée en référé lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Le juge des référés ne peut prendre que des mesures qui *présentent* un caractère provisoire (*C. just. adm., art. L. 521-1*).

Les conclusions tendant à la suspension de la décision doivent être présentées par une requête distincte de celle tendant à son annulation et accompagnées d'une copie de cette dernière (*C. just. adm., art. R. 522-1*).

La suspension de l'exécution ne peut être accordée que si la décision de l'administration n'a pas été exécutée à la date à laquelle le juge statue sur la demande de suspension.

Or, la rupture du contrat de travail prend effet dès lors que l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin dans les conditions prévues à l'article [L. 1232-6](#) du code du travail, c'est-à-dire à la date d'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant le licenciement (*Cass. Soc, 11 mai 2005, n° 03-40650, Bull. 2005 V n° 159*). Ainsi, la décision d'autorisation de licenciement se trouve le plus souvent entièrement exécutée au moment où le juge des référés statue. Lorsque le licenciement a été notifié à la date de la demande de suspension, cette demande est sans objet et donc irrecevable (*CE, 19 déc. 2012, n° 361.271, CRCAM de la Guadeloupe, Tables p. 911*). Si le licenciement est notifié postérieurement à la demande de suspension celle-ci devient sans objet et il y a non-lieu à statuer (*CE, 7 déc. 2009, n° 327.259, Sté CM-CIC-ASSET Management, Tables p. 900*).

Le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution, ne portant ni atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, ni au principe d'égalité devant la loi (*Décision n° 2019-787 QPC du 7 juin 2019, M. Taoufik B. [Absence de sursis à exécution du licenciement d'un salarié protégé]*).

Les décisions prononcées dans le cadre du référé-suspension sont rendues en dernier ressort et donc susceptibles seulement d'un pourvoi en cassation (*C. just. adm., art. L. 523-1*).

### 1.1.2.2. *Le référé-liberté*

Saisi de conclusions en ce sens, le tribunal administratif peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés doit se prononcer dans un délai de quarante-huit heures (*C. just. adm., art. L. 521-2*).

Les conclusions tendant à la suspension de la décision doivent être présentées par une requête distincte de celle tendant à son annulation et accompagnées d'une copie de cette dernière (*C. just. adm., art. R. 522-1*).

Dans le cas d'une décision d'autorisation, la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de référé-liberté adopte le même raisonnement que celui exposé pour le référé-suspension (*CE, 12 nov. 2004, n° 274.010 ; CE, 13 déc. 2017, n° 416.372*).

S'il estime que l'atteinte portée à une liberté fondamentale est manifestement illégale, le juge peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde des droits menacés.

Les décisions du juge des référés, prononcées dans le cadre du référé-liberté, sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'État dans les quinze jours suivant leur notification (*C. just. adm., art. L. 523-1*). S'il estime la demande irrecevable ou mal fondée, l'ordonnance par laquelle il peut

rejeter cette demande n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation ([CE, section, 28 févr. 2001, n° 229.163, M. Casanovas, Rec. p. 107](#)).

## 2) L'ARTICULATION DES RECOURS

### 2.1. Recours exercés dans le délai initial du recours contentieux

L'hypothèse ici envisagée est celle où la personne qui entend contester la décision de l'inspecteur du travail exerce simultanément ou quasi simultanément, dans le délai initial du recours contentieux ouvert à l'encontre de cette décision, plusieurs voies de recours.

#### 2.1.1. Exercice simultané ou quasi simultané des trois voies de recours

L'exercice simultané ou quasi simultané, dans le délai initial du recours contentieux, des trois voies de recours ne pose pas de réelle difficulté dès lors que, le recours pour excès de pouvoir étant introduit dans le délai de deux mois du recours contentieux, les droits du requérant sont ainsi nécessairement préservés.

Cependant, cet exercice simultané ou quasi simultané des trois voies de recours impose surtout à l'administration d'être vigilante en termes de coordination de son action.

Il appartient alors au ministre du travail saisi du recours hiérarchique, d'en informer le tribunal et de demander une prorogation du délai imparti à l'administration pour produire ses observations.

Par ailleurs, l'exercice du recours hiérarchique devant le ministre ne fait pas obstacle à ce que l'inspecteur du travail retire sa décision initiale s'il estime celle-ci entachée d'illégalité ([CE, 24 juill. 1987, n° 63.615, Lallali, Tables p.980](#)).

L'inspecteur du travail saisi d'un recours gracieux doit, dès lors qu'il a connaissance de l'existence d'un recours hiérarchique, informer sans délai la direction générale du travail du recours gracieux et de la suite réservée à ce recours.

Enfin, dans le cas où la décision objet d'un recours contentieux est annulée ou retirée par l'autorité administrative, il incombe au ministre d'en informer le tribunal administratif en joignant une copie de la décision prononçant l'annulation ou le retrait.

#### 2.1.2. Exercice simultané ou quasi simultané de deux voies de recours

##### 2.1.2.1. *Exercice simultané ou quasi simultané du recours gracieux et du recours contentieux*

Il incombe à l'inspecteur du travail, en cas de rejet du recours gracieux, de n'indiquer, lors de la notification de sa décision, **que la seule voie du recours contentieux devant le tribunal administratif**.

Au contraire, dans le cas où l'inspecteur du travail accueille favorablement le recours gracieux en retirant sa décision initiale et en lui substituant une nouvelle décision, quel qu'en soit le sens il lui appartient de mentionner la voie du recours hiérarchique devant le ministre prévu par l'article [R. 2422-1](#) du code du travail, ainsi que la voie du recours contentieux devant le tribunal administratif.

Dans les deux cas, l'inspecteur du travail doit communiquer une copie de sa décision au DIRECCTE, dans la mesure où il appartient à ce dernier de représenter l'Etat devant le tribunal administratif ([D. n° 87-1116 du 24 décembre 1987, art. 1er](#)) et de présenter ses observations en défense tant sur la décision initiale de l'inspecteur du travail que sur la décision de rejet du recours gracieux lorsque des conclusions à fin d'annulation de cette décision ont été produites devant le tribunal administratif.



Lorsque l'inspecteur du travail a, sur le recours gracieux dont il était saisi, retiré sa décision initiale et y a substitué une décision de sens contraire, il y a lieu pour le DIRECCTE de produire devant le tribunal administratif un mémoire dans lequel il l'informe du retrait de la décision (dont une copie doit être jointe au mémoire) et conclut au non-lieu à statuer.

#### *2.1.2.2. Exercice simultané ou quasi simultané du recours hiérarchique et du recours contentieux*

Le recours hiérarchique est instruit par la direction générale du travail et le ministre représente l'Etat devant le tribunal administratif. Dès réception de la demande d'enquête, il incombe au DIRECCTE d'informer le tribunal administratif de l'existence du recours hiérarchique, de décliner sa compétence et de communiquer une copie de la requête introductive d'instance à la direction générale du travail.

#### *2.1.2.3. Exercice simultané ou quasi simultané du recours gracieux et du recours hiérarchique*

Lorsque, dans le délai initial du recours contentieux ouvert à l'encontre d'une décision administrative, sont exercés contre cette décision un recours gracieux et un recours hiérarchique, le délai du recours contentieux, prorogé par l'exercice de ces recours administratifs, ne recommence à courir à l'égard de la décision initiale que lorsqu'ils ont été l'un et l'autre rejetés ([CE, 7 oct. 2009, n° 322.581, Voyages Vacances Loisirs, Rec.p.358](#)).

## **2.2. Recours successifs**

### 2.2.1. Exercice successif d'une voie de recours administrative et d'une voie de recours contentieuse

#### *2.2.1.1. Recours hiérarchique devant le ministre suivi du recours contentieux*

Le recours hiérarchique réceptionné dans le délai de deux mois conserve le délai de recours contentieux et permet ainsi à son auteur, en cas de rejet, de saisir le tribunal administratif d'un recours en annulation de la décision de l'inspecteur du travail et de celle du ministre chargé du travail ([CE, 19 oct. 2012, n°330.651, Epoux B.](#)).

#### *2.2.1.2. Recours gracieux devant l'inspecteur du travail suivi du recours contentieux*

Un recours gracieux formé dans le délai du recours contentieux conserve ce délai ([CE, 4 févr. 1981, n° 19.870, Sté Compagnie cinématographique cannoise, Rec. p. 46](#)).

Dès lors, son rejet permet à son auteur de former un recours contentieux devant le tribunal administratif.

Dans le cas où l'inspecteur du travail rejette le recours gracieux par une décision explicite intervenue avant la naissance de la décision implicite de rejet, le délai du recours contentieux recommence à courir à compter de la notification de cette décision.

Dans le cas où l'inspecteur du travail rejette le recours gracieux par une décision implicite, le délai du recours contentieux recommence à courir à compter de la date à laquelle cette décision implicite est née.

### 2.2.2. Exercice de deux recours administratifs successifs suivis du recours contentieux

L'hypothèse ici envisagée est celle où, après l'échec d'un premier recours administratif exercé dans le délai du recours contentieux, l'auteur de ce recours exerce un second recours administratif qui n'est pas formé dans le délai initial du recours contentieux ouvert contre la décision de l'inspecteur du travail mais formé dans le délai de deux mois suivant la décision rejetant le premier recours.

### *2.2.2.1. Recours gracieux devant l'inspecteur du travail suivi du recours hiérarchique devant le ministre puis du recours contentieux*

L'exercice du recours hiérarchique après le rejet du recours gracieux nécessite d'envisager deux hypothèses.

En premier lieu, lorsque le recours hiérarchique, introduit après l'échec du recours gracieux, est formé avant l'expiration du délai de deux mois, ouvert à l'encontre de la décision initiale de l'inspecteur du travail, ce recours hiérarchique conserve le délai du recours contentieux.

En second lieu, lorsque le recours hiérarchique, introduit après l'échec du recours gracieux, est formé après l'expiration du délai de deux mois, ouvert à l'encontre de la décision initiale de l'inspecteur du travail, ce recours hiérarchique ne conserve pas le délai du recours contentieux ([CE, 28 juin 1996, n° 150.834, Association L'Œuvre d'Ormesson et de Villiers](#)).

Par ailleurs, dès lors que les voies et délais de recours ont été régulièrement mentionnées dans la notification de la décision initiale (ou, en cas de décision implicite de rejet, dans l'accusé de réception de la demande d'autorisation), le recours hiérarchique formé au-delà du délai de deux mois est irrecevable (*C. trav.*, art. [R. 2422-1](#)).

Ainsi, la voie du recours hiérarchique ne doit pas être mentionnée à l'occasion de la notification de la décision rejetant le recours gracieux, ni dans l'accusé de réception du recours gracieux. Il en est toutefois autrement si l'inspecteur du travail retire pour des motifs de légalité sa décision initiale.

### *2.2.2.2 Recours hiérarchique devant le ministre suivi du recours gracieux devant le ministre puis du recours contentieux*

Après l'échec du recours hiérarchique devant le ministre formé dans le délai de deux mois, l'exercice d'un recours gracieux devant celui-ci, même si ce recours est formé dans le délai du recours contentieux ouvert à l'encontre de la décision prise sur le recours hiérarchique, ne conserve pas, en cas d'échec de ce second recours, le délai du recours contentieux (*CE, 22 juin 1938, Salvayre, Rec. p. 570* ; [CE 16 mai 1980, n° 14.022, SA Clinique Sainte-Croix, Rec. p. 231](#)).

## Fiche 21

# LE RETRAIT DE LA DECISION ADMINISTRATIVE PAR L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

L'inspecteur du travail peut retirer sa décision soit à la suite d'un recours gracieux, soit d'office. Les conditions de retrait sont communes aux deux cas de figure. Néanmoins, le retrait prononcé à la suite d'un recours gracieux nécessite au préalable d'analyser les conditions de recevabilité de ce recours.

### 1) CONDITIONS DE RECEVABILITE DU RECOURS GRACIEUX

#### 1.1. Qualité et intérêt à former le recours gracieux

Les personnes habilitées à former un recours gracieux sont, selon le cas, l'employeur, le salarié protégé ou le syndicat que ce salarié représente ou auquel il a donné mandat, c'est-à-dire l'une des personnes habilitées à former le recours hiérarchique devant le ministre.

#### 1.2. Délai pour former le recours gracieux

Alors que le recours hiérarchique et le recours contentieux sont soumis à une condition de recevabilité quant au délai pour les former, le recours gracieux de droit commun n'est soumis à aucune condition de recevabilité quant au délai.

Cependant, conformément aux dispositions de l'article [L. 411-2](#) du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), le recours gracieux doit être introduit dans le délai de recours contentieux pour proroger ce dernier.

Par ailleurs, l'inspecteur du travail ne peut plus retirer sa décision au-delà d'un délai de quatre mois suivant la prise de la décision expresse ou de la date à laquelle est née la décision implicite de rejet (*CRPA art. [L. 242-1](#)*).

#### 1.3. Contenu du recours gracieux

Il n'est pas nécessaire que le recours gracieux soit assorti de moyens (*CE, 20 févr. 1963, Rubin*). En revanche, la demande adressée à l'auteur de la décision, pour pouvoir être regardée comme un recours gracieux et conserver le délai du recours contentieux, doit tendre clairement à en obtenir l'annulation ou le retrait (*CE, 21 mai 1986, n° 48.495 et 53.048, 21 mai 1986, Syndicat national des pharmaciens des hôpitaux des centres universitaires, Rec. p. 146 ; CE, 8 nov. 1993, n° 105.373, Syndicat CGT du Crédit du Nord*).

Dans le cas où la décision initiale refusait d'autoriser le licenciement, l'inspecteur du travail doit donc s'assurer que la demande de l'employeur constitue bien un recours gracieux et non une nouvelle demande d'autorisation de licenciement.

A cet égard, doit être regardée comme une nouvelle demande celle qui « fait apparaître une modification des éléments de fait qui ont servi de base à la décision de refus » (*CE, 3 mars 1989, n° 80.738, Sté anonyme Rousselot ; CE, 18 janv. 1991, n° 97.524, Viguier*). L'employeur est alors tenu de reprendre la procédure interne à l'entreprise et l'inspecteur du travail doit procéder, avant de prendre sa décision, à l'enquête contradictoire prévue aux articles [R. 2421-4](#) et [R. 2421-11](#) du code du travail (*CE, 16 juin 1995, n° 133.569, Sté d'intérêt collectif agricole bétail et viande de l'amiénois*).

## 2) REGIME DU RETRAIT

### 2.1. Conditions du retrait

#### 2.1.1. Illégalité de la décision

Il y a lieu de préciser que, en dehors de tout recours gracieux, l'inspecteur du travail qui constate de lui-même l'illégalité de sa décision initiale doit d'office en prononcer le retrait ([CE, 19 juin 1992, n° 107.788, Mutuelle générale des PTT, Tables p. 7617](#) ; [CE, 16 juin 1995, n° 143.437, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle](#)) et ce, même si un recours hiérarchique a été présenté ([CE, 24 juill. 1987, n°63.615, Lallali, Tables p.980](#)).

La décision initiale de l'inspecteur du travail, qu'elle autorise le licenciement demandé par l'employeur ou le refuse, est une décision créatrice de droits ([CE, sect. 6 juill. 1990, n° 100.489 et 101.053, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Mattéi et Sté Edi 7, Rec. p. 205](#)). Son retrait est donc soumis aux règles qui régissent le retrait des décisions individuelles créatrices de droits et **ne peut donc être légalement prononcé que si la décision initiale est entachée d'illégalité (sur les notions d'illégalité externe et interne, CF. FICHE 22)**.

Par ailleurs, en cas de décision confirmative expresse de la décision implicite de rejet, prise d'office ou sur recours gracieux, il convient de ne pas retirer la décision implicite de rejet, lorsqu'elle n'est entachée d'aucune illégalité mais de se prononcer sur le licenciement du salarié ([CE, 28 mai 2010, n°320.950, IDL, Tables p.605](#))

La légalité d'une décision administrative s'apprécie à la date à laquelle elle a été prise ([CE, 8 nov. 1993, n° 129.015, Humbert, Tables. p. 1071](#) ; [CE, 9 juill. 1997, n° 163.600, Stinflin](#)), c'est-à-dire à la date de sa signature ([CE, sect. 30 juill. 2003, n° 237.201, Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs \(GEMTROT\), Rec. p. 346](#)).

L'inspecteur du travail ne peut donc pas prendre en considération des éléments survenus postérieurement à cette décision.

En revanche, il doit prendre en compte les éléments qui existaient à la date à laquelle il avait statué sur la demande d'autorisation de licenciement, mais dont il n'avait pas eu connaissance, et dont il a été informé postérieurement à sa décision ([CE, 24 juill. 1987, n° 63.615, Lallali, Tables p.980.](#))

#### 2.1.2. Délai de quatre mois

L'inspecteur du travail doit faire application de l'article [L. 242-1](#) du CRPA. Le retrait de la décision initiale explicite ou implicite doit donc être légalement prononcé dans les quatre mois suivant **la date à laquelle elle a été prise**.

Ce délai est non franc. Ainsi, par exemple, pour une décision en date du 15 janvier, l'inspecteur du travail ne peut en prononcer le retrait que jusqu'au 15 mai et il en est ainsi qu'il agisse d'office ou sur recours gracieux.

Nonobstant l'exercice d'un recours hiérarchique ou contentieux, la décision doit être retirée, dès lors que son illégalité est constatée, en prenant soin que ce retrait intervienne avant l'expiration du délai de 4 mois fixé.

#### 2.1.3. Mise en œuvre d'une procédure contradictoire

Les dispositions de l'article [L. 122-1](#) du CRPA prévoient : « *les décisions mentionnées à l'article L. 211-2 n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix* ».

Ces dispositions s'appliquent donc au retrait des décisions autorisant ou refusant d'autoriser le licenciement de salariés protégés.

Il incombe, dès lors, à l'inspecteur du travail, préalablement au prononcé du retrait, de mettre à même la personne au profit de laquelle la décision avait créé des droits de présenter ses observations écrites et, le cas échéant, si cette personne le demande, ses observations orales.

Lorsque l'inspecteur du travail a été saisi d'un recours gracieux, il lui appartient de le communiquer à la partie adverse. La charge de la preuve de la mise en œuvre de la procédure contradictoire incombant à l'administration, il est conseillé à l'inspecteur du travail d'envoyer son courrier par lettre recommandée avec avis de réception.

## **2.2. Forme de la décision de retrait**

### **2.2.1. Obligation de motivation de la décision de retrait**

Lorsque l'inspecteur du travail retire sa décision initiale, soit d'office, soit sur recours gracieux, il lui appartient de motiver ce retrait ([CE, 8 avr. 1991, n° 100.427, Sangle-Ferrière](#)).

### **2.2.2. Voies et délais de recours à indiquer lors de la notification de la décision prise sur recours gracieux**

Lors de la notification de la décision rejetant le recours gracieux, seule la voie du recours contentieux, pouvant être formé dans le délai de deux mois suivant la notification de cette décision, doit être mentionnée.

En revanche, lorsque l'inspecteur du travail, a retiré sa décision initiale et qu'une nouvelle décision lui a été substituée, il doit être indiqué, comme lors de la notification de la décision initiale, les deux voies de recours, c'est-à-dire le recours hiérarchique devant le ministre et le recours contentieux devant le tribunal administratif.

## **2.3. Conséquence du retrait**

### **2.3.1. L'inspecteur du travail est à nouveau saisi de la demande**

Dès lors que l'inspecteur du travail prononce le retrait de sa décision initiale, **celui-ci ou l'inspecteur du travail compétent à cette date se trouve à nouveau saisi de la demande** d'autorisation de licenciement présentée par l'employeur et il lui appartient de se prononcer sur cette demande en fonction des circonstances de fait et de droit existant au moment de la nouvelle décision ([CE, 30 sept. 2005, n°280.605, Ilouane, Rec. p. 402](#)).

### **2.3.2. Cas particulier de l'incompétence territoriale ou matérielle de l'inspecteur du travail**

Dès lors que l'inspecteur du travail constate son incompétence après avoir pris sa décision, il devra procéder au retrait de celle-ci dans les conditions définies ci-dessus ([CE, 14 avr. 1995, n°142.905, Ministre de l'agriculture/Soudain Dufour, Rec.p.166](#) ; [CE, 6 nov. 2002, n°222.966, Wacheux, Tables p.608](#)).

Outre la motivation sur les raisons du retrait, la décision de retrait devra comporter un article dans son dispositif procédant à la transmission de la demande d'autorisation de licenciement ou de transfert à l'inspecteur du travail compétent qui se trouve saisi de celle-ci ([CRPA, art. L.114-2](#)). La transmission de la demande d'autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail compétent doit se faire sans délai.

En revanche, en cas de modification de fait ou de droit (par l'effet de la modification de la situation de l'usager ou par l'effet d'un texte) affectant la compétence territoriale de l'inspecteur du travail auteur de la décision illégale, postérieurement à la date de cette décision, le retrait de cette dernière ne pourra être opéré que par l'inspecteur du travail nouvellement compétent ([CE, 19 janv. 1996, n°161.184, Ministre de l'intérieur, Rec. p. 6](#)).

## Fiche 22

# LES SUITES D'UNE ANNULATION CONTENTIEUSE

Les décisions des juridictions administratives sont revêtues de l'autorité de la chose jugée et doivent donc être exécutées. L'administration doit tirer toutes les conséquences nécessaires de l'annulation prononcée à son encontre qui a un effet rétroactif. Il convient de noter que le recours en appel ou en cassation ne revêt pas de caractère suspensif, sauf si un sursis à exécution a été prononcé.

Lorsque, comme c'est le cas dans le contentieux des salariés protégés, la décision annulée par le juge administratif était la conséquence d'une demande qui avait été adressée à l'administration, cette dernière se trouve souvent dans l'obligation de prendre une nouvelle décision, le cas échéant sur injonction du juge.

## 1) LES SITUATIONS NECESSITANT OU NON L'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION

### 1.1. Les cas dans lesquels l'administration n'est pas ressaisie

#### 1.1.1. Cas dans lesquels le litige a pris fin

Si le juge administratif a annulé la décision autorisant le licenciement en raison d'une illégalité interne (erreur d'appréciation ou de droit sur la régularité de la procédure interne ou sur le bien-fondé la demande), l'autorité attachée à la chose jugée rend *de facto* sans objet la demande **sous réserve que l'annulation ne porte pas sur un vice de procédure « régularisable » (cf.4.2) et que le juge ait statué sur l'intégralité du litige (cf.4.2).**

Ainsi, l'autorité administrative n'a pas à se prononcer à nouveau sur la demande initiale notamment si le juge administratif a considéré :

- que les faits fautifs reprochés au salarié n'étaient pas matériellement établis ou imputables ;
- que la faute commise par le salarié n'était pas d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement ;
- que la demande d'autorisation de licenciement avait un lien avec le mandat ;
- que la cause économique ou ses effets sur l'emploi n'était pas démontrée ;
- ou que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement.

#### 1.1.2. Le cas spécifique de l'annulation d'une décision de retrait

Par avis du 26 juillet 2018 le Conseil d'Etat a précisé que « *lorsqu'une décision créatrice de droits est retirée et que ce retrait est annulé, la décision initiale est rétablie à compter de la date de lecture de la décision juridictionnelle prononçant cette annulation. Une telle annulation n'a, en revanche, pas pour effet d'ouvrir un nouveau délai de quatre mois pour retirer la décision initiale, alors même que celle-ci comporterait des irrégularités pouvant en justifier légalement le retrait.* » ([avis CE, 26 juill. 2018, n°419.204, Beaumont, Rec. p. 323](#)).

Ainsi, dans le cas le plus fréquemment rencontré en pratique qui est celui de l'annulation contentieuse d'une décision expresse ministérielle retirant la décision implicite de rejet du recours hiérarchique, la décision implicite de rejet ministérielle est rétablie sans pour autant que soit ouvert un nouveau délai de quatre mois à l'administration pour qu'elle la retire à nouveau.

Dans ces conditions, l'autorité administrative ne peut se prononcer à nouveau sur le litige. Seul le droit au recours de la partie ayant intérêt à agir est préservé. Ainsi, si la décision de retrait annulée est intervenue dans le délai de deux mois de recours contentieux suivant la naissance de la décision implicite de rejet, ce délai de recours contentieux court à nouveau à compter de la date de la notification du jugement d'annulation ([avis CE, 26 juill. 2018, n°419.204, Beaumont, Rec. p. 323](#)).

## **1.2 Cas dans lesquels l'administration est à nouveau saisie de la demande**

**Conseil pratique** : L'administration à nouveau saisie de la demande, doit statuer dans les meilleurs délais et en tout état de cause dans le délai de deux mois suivant la notification du jugement ou le cas échéant la demande de réintégration du salarié. Il appartient à l'inspecteur du travail de se rapprocher de l'employeur afin de s'assurer que ce dernier entend maintenir sa demande et que le salarié lui a demandé sa réintégration.

### **1.2.1. Sur injonction du juge**

En application des dispositions des articles [L. 911-1](#) et [L. 911-2](#) du code de justice administrative, le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, ou d'office depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, peut prononcer une mesure d'exécution, le cas échéant, dans un délai qu'il aura déterminé. Il peut ainsi enjoindre à l'administration de se prononcer à nouveau, mais ne peut la contraindre à statuer dans un sens déterminé.

Dans ces circonstances, il appartient à l'autorité administrative, le cas échéant désignée par le juge, de donner suite à cette injonction dans le respect de l'autorité de la chose jugée.

### **1.2.2. En l'absence d'injonction du juge**

*1.2.2.1. La décision de refus de l'administration a été annulée pour un motif de légalité externe ou interne*

Dans un tel cas, il appartient à l'administration demeurant saisie de la demande de l'employeur, de procéder à une nouvelle instruction de celle-ci, sans que ce dernier soit tenu de la confirmer ([CE, 8 juin 2015, n°383.827, Sté Allianz Vie, Tables p.824](#)).

**Il importe que l'autorité administrative ressaisie de la demande, informe l'employeur de cette saisine automatique et s'assure que ce dernier entend maintenir sa demande.**

Le Conseil d'Etat pose la règle générale « *que si l'annulation d'une décision par laquelle l'autorité administrative a refusé de faire droit à une demande oblige l'administration à statuer à nouveau sur la demande dont elle demeure saisie dans le respect de l'autorité de la chose jugée, l'étendue des obligations pesant sur elle est fonction de la nature du motif de l'annulation prononcée et dépend en outre, lorsque la décision n'est pas destinée à combler pour le passé un vide juridique, d'un éventuel changement dans les circonstances de droit et de fait qui serait survenu entre la date d'intervention de la décision qui a été annulée et la date à laquelle l'administration est appelée à prendre une nouvelle décision* » ([CE 3 mai 2000, n° 184.951, Benoist, Tables p.1174](#) ; [CE, 26 juill. 2006, n° 285.417, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c./ Mme Majorel](#)).

Ainsi, l'exécution de la décision juridictionnelle annulant une décision de refus n'implique pas nécessairement que l'autorité administrative fasse droit à la demande qui avait été présentée ([CE, 5 sept. 2008, n° 301.506, Sté SEROBA, Tables p. 954](#)). Par conséquent :

- Lorsque la décision refusant d'autoriser le licenciement a été annulée pour illégalité externe (incompétence de l'auteur de la décision, irrégularité de l'enquête contradictoire, insuffisance ou défaut de motivation), l'autorité administrative doit, pour respecter l'autorité de la chose jugée, légalement accomplir les formalités qui avaient été méconnues



et qui ont justifié l'annulation contentieuse. Il lui appartient ensuite de statuer à nouveau sur la demande ;

- Lorsque la décision refusant l'autorisation de licenciement a été annulée pour illégalité interne, l'autorité administrative prend en considération l'autorité de la chose jugée pour statuer à nouveau sur la demande et ne peut donc fonder sa nouvelle décision sur des motifs écartés par le juge. Elle doit cependant prendre en considération les circonstances de fait et de droit à la date à laquelle elle statue.

#### *1.2.2.2. La décision d'autorisation de l'administration a été annulée pour un motif de légalité externe*

Dans ce cas, l'autorité administrative ne peut valablement se prononcer à nouveau sur la demande que dans la mesure où un lien contractuel a été renoué. Il appartient à l'employeur d'informer l'administration sans délai de la réintégration du salarié et de confirmer son intention de poursuivre la procédure de licenciement. Ce n'est qu'à compter de la date de la demande de réintégration que l'administration peut valablement statuer à nouveau sur la demande.

La décision d'autorisation ayant été annulée pour illégalité externe, l'autorité administrative doit, pour respecter l'autorité de la chose jugée, légalement accomplir les formalités qui avaient été méconnues et qui ont justifié l'annulation contentieuse. Il lui appartient ensuite de statuer à nouveau sur la demande.

## **2) L'AUTORITE COMPETENTE POUR SE PRONONCER**

### **2.1 La décision de l'inspecteur du travail seule en cause**

Lorsque la décision de l'inspecteur du travail annulée par le juge administratif n'a pas fait l'objet d'un recours hiérarchique devant le ministre, c'est toujours à l'inspecteur du travail compétent à la date à laquelle il se prononce à nouveau qu'il incombe de prendre la nouvelle décision, sous réserve qu'il y ait encore matière à statuer ([CE, 8 juin 2015, n°374.303, KPMG, Tables p.539](#)).

### **2.2 La décision de l'inspecteur du travail ayant fait l'objet d'un recours hiérarchique**

Lorsque la décision de l'inspecteur du travail a fait l'objet d'un recours hiérarchique devant le ministre, l'autorité administrative compétente pour reprendre une décision varie en fonction des hypothèses susceptibles d'être rencontrées.

#### **2.2.1. En cas de décision ministérielle confirmative**

Lorsque le ministre a confirmé la décision de l'inspecteur du travail, que celle-ci refuse ou autorise le licenciement, et que les deux décisions ont été annulées par le juge administratif, il appartient à l'inspecteur du travail de se prononcer à nouveau sur la demande d'autorisation de licenciement

En revanche, la seule annulation de la décision ministérielle n'a pas pour effet de faire revivre le recours hiérarchique et la décision de l'inspecteur du travail fait obstacle à ce que l'autorité administrative se prononce à nouveau.

#### **2.2.2. En cas de décision ministérielle d'annulation**

Lorsque le ministre a annulé la décision de l'inspecteur du travail, dans le délai d'instruction prévu à l'article [R. 2422-1](#) du code du travail, quel que soit le sens de chacune de ces deux décisions, la décision ministérielle « *se substitue définitivement à celle de l'inspecteur du travail* » et, dès lors, lorsque le juge administratif a annulé la décision ministérielle, cette « *annulation n'a pas pour effet de faire revivre* » la décision de l'inspecteur du travail (conclusions Bachelier sur [CE 7 janv. 2000, n° 184.565, Sarl Amadeus Marketing, Tables p.839](#); [Cass. Soc. 27 novembre 2012, n°11-19.266, Bull. civ. V, n°306](#); [CAA Bordeaux, 25 oct. 2011, n° 10BX03021, Moissons Nouvelles](#)). Il appartient alors

au seul ministre de se prononcer sur la demande d'autorisation de licenciement, sous réserve qu'il y ait encore matière à statuer sur celle-ci.

### **3) LA NOUVELLE INSTRUCTION**

#### **3.1. Le principe**

La jurisprudence pose le principe qu'à la suite de l'annulation d'une décision qui était la conséquence d'une demande qui lui avait été adressée, il appartient à l'administration de procéder à une nouvelle instruction de la demande avant de se prononcer à nouveau ([CE, 7 déc. 1973, n° 88.252 et 91.237, \*Ministre de l'agriculture et du développement rural c./ Société civile agricole des Niqritelles, Rec. p.699\*](#)).

#### **3.2. Modalités de la nouvelle instruction au regard de l'enquête contradictoire**

S'il n'y a eu aucun changement dans les circonstances de fait ou de droit, l'autorité administrative peut prendre une nouvelle décision sans procéder à une nouvelle enquête contradictoire postérieurement à l'annulation de sa première décision ([CE, 16 mars 1988, n°65.103, \*Bordelongue\*](#)).

Si, nonobstant l'absence de changement dans les circonstances, l'autorité administrative décide néanmoins de procéder à une nouvelle enquête contradictoire, celle-ci doit être conduite dans des conditions régulières sous peine de voir la nouvelle décision entachée d'irrégularité ([CE, 5 sept. 2008, n°301.506, \*Sté SEROBA et Ministre du travail, des relations sociales et de la solidarité, Tables p.954\*](#)).

En revanche, si des changements sont intervenus dans les circonstances de fait ou de droit, l'autorité administrative a l'obligation de procéder à une nouvelle enquête contradictoire.

#### **3.3. Le respect de l'autorité de la chose jugée et la prise en considération des circonstances de fait et de droit existant à la date de la nouvelle décision**

Le Conseil d'Etat pose le principe que l'autorité administrative doit statuer à nouveau sur la demande au vu des circonstances de fait et de droit existant à la date de sa nouvelle décision ([CE, 21 sept. 1990, n°95.026, \*Sté Stein Fasel, Tables p.1017\*](#) ; [CE, 16 mars 1988, n°65.103 \*Bordelongue\*](#) ; [CE, 24 oct. 2018, n°402.434, \*Sté Servair\*](#)).

En l'absence de toute circonstance nouvelle, l'autorité administrative est tenue de prendre une nouvelle décision conforme à ce qui a été jugé. Cependant, en cas d'annulation d'une décision de refus d'autorisation de licenciement, elle ne se trouve pas en situation de compétence liée pour autoriser le licenciement ([CE, 5 sept. 2008, n°301.506 \*Sté SEROBA et Ministre du travail, des relations sociales et de la solidarité, Tables p.954\*](#) ; [CE, 3 sept. 2009, n° 303.688, \*Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement c./ Association Vacances Voyages Loisirs\*](#)).

L'administration peut, même en l'absence de circonstances nouvelles, reprendre une décision dans le même sens que celle qui avait été annulée en la fondant sur un autre motif, non erroné en droit ([CE, 14 mai 1997, \*Delaunay, n°176.806, Tables p. 840\*](#) ; [CE, 3 mai 2000, n°184.951, \*Benoist, Tables p. 818\*](#)).

La marge de manœuvre de l'autorité administrative varie selon qu'il existe ou non « une circonstance nouvelle », l'administration devant statuer au regard des circonstances de fait et de droit existant à la date de sa nouvelle décision.

En présence d'une circonstance nouvelle dont elle ne tient pas compte, l'autorité administrative, qui s'estime à tort tenue par la décision juridictionnelle d'annulation de sa précédente décision, entache sa nouvelle décision d'une erreur de droit ([CE, 29 oct. 1997, n° 172.137, \*Sté Sanyo France calculatrices électroniques, Tables p.1106\*](#)). L'autorité de la chose jugée ne peut être opposée lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation

antérieurement reconnue en justice ([Cass. soc., 17 janv. 2019, n°18-10.350, à paraître au Bulletin ; en l'espèce : décision postérieure du juge pénal prononçant la relaxe](#)).

Il est ainsi nécessaire, quel que soit le motif de la demande, en cas d'acquisition d'un nouveau mandat postérieurement à la date de la décision qui a été annulée, de vérifier l'existence d'un lien entre ce mandat et la confirmation de la demande, ainsi que l'existence d'un motif d'intérêt général pouvant faire obstacle à ce que l'autorisation sollicitée soit accordée.

Les circonstances nouvelles de fait et de droit devant être prises en considération dans le cadre de l'édiction de la nouvelle décision, telles qu'un changement de comportement du salarié, peuvent exceptionnellement être de nature à considérer que les faits ne revêtent pas un caractère de gravité suffisant alors même que le juge les avait considérés comme suffisamment graves pour annuler la décision de refus ([CE, 11 juin 2014, n°367.503, Weberschütz-Dal](#)).

## 4) LES POINTS DE VIGILANCE

### **4.1. L'impossibilité pour l'administration, bien que ressaisie automatiquement, de statuer à nouveau :**

- En l'absence de lien contractuel entre l'employeur et le salarié à la date à laquelle elle est invitée à se prononcer à nouveau sur la demande d'autorisation de licenciement.
- Si, après l'annulation contentieuse de la décision, l'employeur a expressément fait connaître qu'il renonçait à sa demande d'autorisation.

### **4.2. La procédure interne :**

- L'annulation prononcée par le juge d'une décision administrative n'impose pas à l'employeur de renouveler sa procédure interne si celle-ci était régulière et que les motifs invoqués à l'appui de la saisine faisant suite à l'annulation contentieuse sont identiques à ceux formulés dans la demande initiale ([CE, 19 sept. 2014, n°362.660, Cézilly-Guichard, Tables p.810](#)).
- Si la décision d'autorisation de licenciement a été annulée pour un motif de légalité interne tenant à l'existence d'un vice substantiel de procédure, l'employeur peut régulariser la procédure interne avant de poursuivre la procédure de licenciement, dans le délai de deux mois suivant la réintégration du salarié ([CE, 15 déc. 2010, n°318.698, Sté Amadeus, Tables p.1004](#)).

### **4.3. Le cas du motif disciplinaire :**

- Au regard des dispositions de l'article [L. 1332-4](#) du code du travail relatives au délai de prescription des faits fautifs, si la décision **autorisant** à licencier vient à être annulée, l'employeur dispose, après cette annulation, d'un nouveau délai de deux mois à compter de la réintégration du salarié, si celui-ci la demande, pour poursuivre la procédure disciplinaire pour les mêmes faits ([CE, 15 déc. 2010, n°318.698, Sté Amadeus, Tables p.1004](#)).
- En revanche, lorsque la décision de **refus** d'autorisation de licenciement est annulée par le juge, l'administration, ressaisie automatiquement de la demande, est amenée à statuer à nouveau dans le cadre de la procédure disciplinaire initiale. Elle ne peut légalement fonder un refus de licenciement au motif que ce jugement d'annulation aurait fait courir un nouveau délai de

prescription opposable à l'employeur. En effet, le délai de prescription prévu par l'article L. 1332-4 du code du travail a été interrompu par la convocation à l'entretien préalable ([CE, 8 juin 2015, n°383.827, Sté Allianz Vie, Tables p.824](#)).

- En outre, lorsque le jugement annulant la décision administrative d'autorisation, au motif de l'existence d'une illégalité interne, **sans se prononcer sur l'intégralité des griefs**, le litige ne prend pas fin. Il appartient à l'autorité administrative de se prononcer sur les griefs non évoqués par le juge, tout en respectant l'autorité de la chose jugée sur les griefs pour lesquels le juge a statué. Par exemple, si l'autorité administrative a fondé sa décision d'autorisation sur la matérialité d'un grief suffisamment grave à lui seul pour justifier le licenciement alors même que la demande reposait sur plusieurs griefs, et que celle-ci est annulée, motif pris de l'absence de matérialité de ce grief, elle devra prendre en considération les autres griefs pour statuer sur la demande.

#### **4.4. Le cas du motif économique :**

- Le temps écoulé entre la demande d'autorisation et le jugement d'annulation du refus implique de vérifier si la situation économique de l'entreprise a évolué ou si d'autres possibilités de reclassement se sont dégagées. Toutefois, la seule amélioration de la situation économique découlant de la mise en œuvre des licenciements économiques ne peut aboutir à refuser le licenciement du salarié protégé.

#### 4) RECAPITULATIF DES SUITES D'UNE ANNULATION CONTENTIEUSE

- (1) **Illégalité externe** : l'irrégularité de l'enquête contradictoire ; l'insuffisance de motivation de la décision administrative ou l'incompétence de son auteur constituent des motifs d'illégalité externe de la décision qui conduisent le juge administratif à prononcer son annulation.
- (2) **Illégalité interne** : une erreur d'appréciation ou de droit commise par l'autorité administrative sur le bien-fondé de la demande ou la régularité de la procédure interne constituent des motifs d'illégalité interne de la décision administrative sur lesquels le juge fonde son annulation.

	Sens de la décision initiale	Sens de la décision ministre	Etendue de l'annulation	Motifs de l'annulation	Autorité compétente	Observations
1	Autorisation	Néant (absence de RH)	Décision inspecteur du travail	Illégalité externe (1)	Inspecteur du travail	Sous réserve de réintégration du salarié, l'inspecteur du travail doit : - respecter l'autorité de la chose jugée en accomplissant les formalités méconnues qui ont justifié l'annulation contentieuse - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 1.2.2.2</b> )
2	Autorisation	Néant (absence de RH)	Décision inspecteur du travail	Illégalité interne (2)	Néant	Si l'annulation contentieuse ne porte pas sur un vice de procédure « régularisable » et que le juge a statué sur l'intégralité du litige ce dernier prend fin et l'inspecteur du travail n'est pas ressaisi ( <b>cf.1.1.1</b> )
					Inspecteur du travail	Sous réserve de réintégration du salarié, l'inspecteur du travail doit : - Si le juge a fondé son annulation sur un vice de procédure interne, l'employeur peut la régulariser avant de poursuivre la procédure de licenciement. L'inspecteur du travail statue à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 4.2</b> ) - Si le juge n'a pas « épuisé » le litige, il appartient à l'inspecteur du travail, ressaisi de se prononcer sur les points ne revêtant pas l'autorité de la chose jugée tout en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf.4.3 point 3</b> )
3	Refus	Néant (absence de RH)	Décision inspecteur du travail	Illégalité externe (1)	Inspecteur du travail	L'inspecteur du travail automatiquement ressaisi de la demande, doit : - en informer l'employeur et s'assurer que ce dernier entend maintenir sa demande - respecter l'autorité de la chose jugée en accomplissant les formalités méconnues qui ont justifié l'annulation contentieuse - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 1.2.2.1</b> )
4	Refus	Néant (absence de RH)	Décision inspecteur du travail	Illégalité interne (2)	Inspecteur du travail	L'inspecteur du travail automatiquement ressaisi de la demande, doit : - en informer l'employeur et s'assurer que ce dernier entend maintenir sa demande - prendre en considération l'autorité de la chose jugée pour statuer à nouveau sur la demande et être vigilant sur les motifs écartés par le juge pour fonder sa nouvelle décision - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 1.2.2.1</b> )
						<b>Observations</b>

	Sens de la décision initiale	Sens de la décision ministre	Etendue de l'annulation	Motifs de l'annulation	Autorité compétente	
5	Autorisation	Confirmation autorisation	Décisions inspecteur du travail + ministre	Illégalité externe (1)	Inspecteur du travail	Sous réserve de réintégration du salarié, l'inspecteur du travail doit : - respecter l'autorité de la chose jugée en accomplissant les formalités méconnues qui ont justifié l'annulation contentieuse - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 1.2.2.2</b> )
6	Autorisation	Confirmation autorisation	Décisions inspecteur du travail + ministre	Illégalité interne (2)	Néant	Si l'annulation contentieuse ne porte pas sur un vice de procédure «régularisable» et que le juge a statué sur l'intégralité du litige ce dernier prend fin et l'IT n'est pas ressaisi ( <b>cf.1.1.1</b> )
					Inspecteur du travail	Sous réserve de réintégration du salarié, l'inspecteur doit : - Si le juge a fondé son annulation sur un vice de procédure interne, l'employeur peut la régulariser avant de poursuivre la procédure de licenciement. L'inspecteur du travail statue à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 4.2</b> ) - Si le juge n'a pas « épuisé » le litige, il appartient à l'inspecteur du travail ressaisi de se prononcer sur les points ne revêtant pas l'autorité de la chose jugée tout en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 4.3 point 3</b> ).
7	Refus	Confirmation refus	Décisions inspecteur du travail + ministre	Illégalité externe (1)	Inspecteur du travail	L'inspecteur du travail, automatiquement ressaisi de la demande, doit : - en informer l'employeur et s'assurer que ce dernier entend maintenir sa demande. - respecter l'autorité de la chose jugée en accomplissant les formalités méconnues qui ont justifié l'annulation contentieuse. - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 1.2.2.1</b> )
8	Refus	Confirmation refus	Décisions inspecteur du travail + ministre	Illégalité interne (2)	Inspecteur du travail	L'inspecteur du travail automatiquement ressaisi de la demande, doit : - en informer l'employeur et s'assurer que ce dernier entend maintenir sa demande. - prendre en considération l'autorité de la chose jugée pour statuer à nouveau sur la demande et être vigilant sur les motifs écartés par le juge pour fonder sa nouvelle décision - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 1.2.2.1</b> )
9	Autorisation ou refus	Confirmation autorisation ou refus	Décision ministre	Illégalité externe (1)	Néant	Le recours hiérarchique ne revêt pas, la décision de l'inspecteur du travail fait obstacle à ce que l'autorité administrative se prononce à nouveau ( <b>cf. 2.2.1</b> )
10	Autorisation	Annulation + autorisation	Décision ministre prise dans le délai d'instruction du recours hiérarchique	Illégalité externe (1)	Ministre	Sous réserve de réintégration du salarié, le ministre doit : - respecter l'autorité de la chose jugée en accomplissant les formalités méconnues qui ont justifié l'annulation contentieuse. - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 1.2.2.2</b> )

	Sens de la décision initiale	Sens de la décision ministre	Etendue de l'annulation	Motifs de l'annulation	Autorité compétente	Observations
11	Autorisation	Annulation + autorisation	Décision ministre prise dans le délai d'instruction du recours hiérarchique	Illégalité interne (2)	Néant	Si l'annulation contentieuse ne porte pas sur un vice de procédure «régularisable» et que le juge a statué sur l'intégralité du litige ce dernier prend fin et le ministre n'est pas ressaisi ( <b>cf. 1.1.1</b> )
					Ministre	Sous réserve de réintégration du salarié, le ministre doit : - Si le juge a fondé son annulation sur un vice de procédure interne, l'employeur peut la régulariser avant de poursuivre la procédure de licenciement. Le Ministre statue à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 4.2</b> ) - Si le juge n'a pas « épuisé » le litige, il appartient au ministre ressaisi de se prononcer sur les points ne revêtant pas l'autorité de la chose jugée tout en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf.4.3 point 3</b> )
12	Refus	Annulation + refus	Décision ministre prise dans le délai d'instruction du recours hiérarchique	Illégalité externe (1)	Ministre	Le ministre, automatiquement ressaisi de la demande, doit : - en informer l'employeur et s'assurer que ce dernier entend maintenir sa demande - respecter l'autorité de la chose jugée en accomplissant les formalités méconnues qui ont justifié l'annulation contentieuse - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 1.2.2.1</b> )
13	Refus	Annulation + refus	Décision ministre prise dans le délai d'instruction du recours hiérarchique	Illégalité interne (2)	Ministre	Le ministre, automatiquement ressaisi de la demande, doit : - en informer l'employeur et s'assurer que ce dernier entend maintenir sa demande - prendre en considération l'autorité de la chose jugée pour statuer à nouveau sur la demande et être vigilant sur les motifs écartés par le juge pour fonder sa nouvelle décision - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 1.2.2.1</b> )
14	Autorisation	Annulation + refus	Décision ministre prise dans le délai d'instruction du recours hiérarchique	Illégalité externe (1)	Ministre	Le ministre, automatiquement ressaisi de la demande, doit : - en informer l'employeur et s'assurer que ce dernier entend maintenir sa demande. - respecter l'autorité de la chose jugée en accomplissant les formalités méconnues qui ont justifié l'annulation contentieuse - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 1.2.2.1</b> )
15	Autorisation	Annulation + refus	Décision ministre prise dans le délai d'instruction du recours hiérarchique	Illégalité interne (2)	Ministre	Le ministre, automatiquement ressaisi de la demande, doit : - en informer l'employeur et s'assurer que ce dernier entend maintenir sa demande - prendre en considération l'autorité de la chose jugée pour statuer à nouveau sur la demande et être vigilant sur les motifs écartés par le juge pour fonder sa nouvelle décision - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 1.2.2.1</b> )
						<b>Observations</b>



	Sens de la décision initiale	Sens de la décision ministre	Etendue de l'annulation	Motifs de l'annulation	Autorité compétente	
16	Refus	Annulation + autorisation	Décision ministre prise dans le délai d'instruction du recours hiérarchique	Illégalité externe (1)	Ministre	Sous réserve de réintégration du salarié, le ministre doit : - respecter l'autorité de la chose jugée en accomplissant les formalités méconnues qui ont justifié l'annulation contentieuse - statuer à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>S. 1.2.2.2</b> )
17	Refus	Annulation + autorisation	Décision ministre prise dans le délai d'instruction du recours hiérarchique	Illégalité interne (2)	Néant	Si l'annulation contentieuse ne porte pas sur un vice de procédure « régularisable » et que le juge a statué sur l'intégralité du litige ce dernier prend fin et le ministre n'est pas ressaisi ( <b>cf. 1.1.1</b> )
					Ministre	Sous réserve de réintégration du salarié, le ministre doit : - Si le juge a fondé son annulation sur un vice de procédure interne, l'employeur peut la régulariser avant de poursuivre la procédure de licenciement. Le Ministre statue à nouveau sur la demande en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf. 4.2</b> ) - Si le juge n'a pas « épuisé » le litige, il appartient au ministre de se prononcer sur les points ne revêtant pas l'autorité de la chose jugée tout en prenant en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision ( <b>cf.4.3 point 3</b> )
18	Refus ou autorisation	Retrait + Annulation + refus ou autorisation	Décision ministre prise au-delà du délai d'instruction du recours hiérarchique	Illégalité externe ou interne	Néant	L'annulation contentieuse de la décision expresse ministérielle retirant la décision implicite de rejet du recours hiérarchique a pour effet de rétablir cette décision implicite, sans pour autant ouvrir un nouveau délai à l'administration pour qu'elle la retire à nouveau ( <b>cf.1.1.2</b> )

## Fiche 23

### PERIODE TRANSITOIRE

Les ordonnances n°2017-1386 et 2017-1387 du 22 septembre 2017, ainsi que l'ordonnance n°2017-1819 du 20 décembre 2017 affectent l'instruction des demandes d'autorisation de rupture ou de transfert du contrat des salariés protégés pendant une période transitoire.

#### 1) SUR LA COMPETENCE DE L'AUTORITE ADMINISTRATIVE

##### 1.1. La compétence matérielle (CF. FICHE 4)

Les dispositions de l'ordonnance n°2017-1386 du 20 septembre 2017 prévoient la mise en place du CSE à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2018 et au plus tard le 31 décembre 2019, au terme du mandat des délégués du personnel (DP) ou des membres élus du comité d'entreprise (CE), de la délégation unique du personnel (DUP), de l'instance regroupée mise en place par accord du CHSCT, lors du renouvellement de l'une de ces institutions.

Les dispositions de l'[article 11](#) de cette ordonnance prévoient le bénéfice de la protection contre la rupture ou le transfert du contrat de travail des salariés briguant, exerçant ou ayant détenu les mandats de délégués du personnel, membre du comité d'entreprise ou représentant syndical au comité d'entreprise, ainsi que de membre du CHSCT.

Au regard de la durée de la protection résiduelle, ces salariés pourront bénéficier du statut protecteur jusqu'au 30 juin 2020 au plus tard.

En outre, les règles applicables à la prorogation des mandats ont été adaptées jusqu'au 31 décembre 2019 par l'[article 9](#) de l'ordonnance n°2017-1386 :

- Si les mandats amenés à disparaître arrivent à échéance entre le 23 septembre et le 31 décembre 2017, ceux-ci sont prorogés jusqu'à cette date ;
- Si ces mandats arrivent à échéance entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2018, leur durée peut être réduite ou prorogée au plus d'un an, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur, après consultation du CE ou, à défaut, des DP ou, le cas échéant, de la DUP ou de l'instance regroupée ;
- Si ces mandats arrivent à échéance entre le 1<sup>er</sup> janvier 2019 et le 31 décembre 2019, leur durée peut être réduite au plus d'un an, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur, après consultation du CE ou, à défaut, des DP ou, le cas échéant, de la DUP ou de l'instance regroupée ;
- Pour assurer la mise en place du CSE, la durée du mandat des délégués du personnel, des membres élus du CE, de la DUP, de l'instance regroupée mise en place par accord et du CHSCT peut être, pour un établissement ou pour l'ensemble de l'entreprise, prorogée ou réduite, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation du CE ou, à défaut, des DP ou, le cas échéant, de la DUP ou de l'instance regroupée, de manière à ce que leur échéance coïncide avec la date de la mise en place du CSE.

Ainsi, pendant la période transitoire, la prorogation des mandats ne nécessite pas nécessairement un accord conclu avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Néanmoins, cette prorogation par décision unilatérale soumise à consultation des instances représentatives du personnel doit avoir lieu avant l'échéance du terme des mandats.

##### 1.2. La compétence territoriale (CF. FICHE 1b)

Le régime de protection des mandats amenés à disparaître, y compris les règles tenant à la compétence territoriale de l'inspecteur du travail est couvert par les dispositions de l'[article 11](#) de l'ordonnance n°2017-1386 du 20 septembre 2017. Dès lors, si le salarié concerné par la demande de rupture ou de transfert de son contrat de travail bénéficie du statut protecteur **au seul titre d'un mandat de DP, membre du CE ou du CHSCT**, la compétence de l'inspecteur du travail se définit au regard de la présence d'un comité d'établissement et à défaut, de l'autonomie de gestion suffisante ou non de l'établissement auquel le salarié est rattaché ([CE, 12 oct. 2006, n° 287.489, Sidel Filling Aseptic Tables p.1087](#)).

Ainsi, quel que soit le motif sur lequel repose la demande présentée à l'inspecteur du travail, la seule présence d'un comité d'établissement couvrant le périmètre d'un seul site emporte automatiquement la compétence de l'inspecteur du travail. Si le comité d'établissement couvre un périmètre composé de plusieurs sites géographiques, l'inspecteur du travail devra au préalable vérifier le lieu d'implantation de l'établissement distinct dont dépend ce comité d'établissement. Ce lieu peut être défini par la volonté des partenaires sociaux dans le protocole d'accord préélectoral ou un autre accord collectif, ou être identifié par la décision de l'autorité administrative déterminant les établissements distincts ou résulter d'un faisceau d'indices (**CF. FICHE 1b – 2.3.2.1**).

A défaut de comité d'établissement, il appartient à l'inspecteur du travail de vérifier si l'établissement où le salarié est employé dispose d'une autonomie suffisante, notamment en matière de gestion du personnel. L'inspecteur du travail compétent est alors celui qui contrôle l'établissement disposant des prérogatives en matière de gestion du personnel (**CF. FICHE 1b – 2.3.2.2**).

En revanche, si le salarié concerné par la procédure de rupture ou transfert de son contrat de travail, bénéficie du statut protecteur au titre d'un mandat de DP, membre du CE ou du CHSCT **et d'un autre mandat maintenu par les ordonnances** (délégué syndical, représentant de la section syndicale, mandats extérieurs), les règles de compétence territoriale établies au regard du motif sur lequel repose la demande et énoncées à la fiche 1b, sont applicables.

## **2) SUR LA PROCEDURE INTERNE (CF. FICHE 5)**

Si, conformément aux dispositions de l'article [L. 2421-3](#) du code du travail, l'acquisition d'un nouveau mandat en cours de procédure ne donne pas lieu à une nouvelle consultation du CSE, préalablement à la publication de l'ordonnance n°1386 du 22 septembre 2017, une nouvelle consultation du comité d'entreprise s'imposait lorsque le salarié protégé acquerrait un nouveau mandat requérant la consultation de l'institution avant la décision de l'inspecteur du travail ou, le cas échéant, du ministre ([CE, 9 févr. 2011, n° 329.471, Telelangue](#)). Toutefois cette nouvelle consultation n'avait lieu que pour autant que le comité d'entreprise soit encore en place. Ainsi, si pendant la période transitoire, le comité d'entreprise a été consulté sur le projet de licenciement du salarié protégé et que celui-ci acquiert un nouveau mandat alors que le CSE a été mis en place, cette dernière instance n'a pas à être consultée à la suite de l'acquisition du nouveau mandat.

Si conformément aux dispositions de l'article L. 2314-1 du code du travail, l'employeur doit convoquer les membres suppléants du CSE, uniquement lorsqu'ils remplacent un titulaire absent ou si l'accord de mise en place du CSE le prévoit, la convocation des suppléants et des représentants syndicaux au comité d'entreprise est obligatoire, mais l'autorisation de licenciement n'est pas entachée d'illégalité si les représentants syndicaux et les suppléants même non convoqués étaient présents ([CE, 12 avr. 1999, n°160.654 et 160.655, SA COS Champion](#) ; [CE, 3 oct. 2008, n° 306.430, société UPC France](#)). Ainsi tant que le CSE n'a pas été mis en place, il appartient à l'autorité administrative de vérifier les modalités de convocation de l'ensemble des membres du CE.

## **3) SUR LE CONTROLE DU BIEN-FONDE DES DEMANDES**

Les dispositions issues des ordonnances n°2017-1386 et 2017-1387 du 22 septembre 2017 ne sont pas applicables aux procédures de licenciement économique engagées avant le 24 septembre 2017, aux procédures de licenciement faisant suite à un avis d'inaptitude établi avant cette date ou en cas d'annulation contentieuse lorsque le litige portait sur une situation antérieure à cette date.

### **3.1. Les demandes reposant sur un motif économique (CF. FICHES 7a et 7b)**

L'[article 40](#) de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 prévoit que « *Les dispositions des articles 15, 16, 18 et 19 sont applicables aux procédures de licenciement économique engagées après la publication de la présente ordonnance* ».

Les dispositions des articles [L.1233-3](#) et [L.1233-4](#) dans leur rédaction antérieure à la publication de ladite ordonnance, sont applicables aux procédures économiques engagées avant le 24 septembre 2017. Pour un licenciement collectif, il s'agit de la date de convocation des membres du CE à la réunion portant sur le projet de licenciement collectif (*C. trav.*, [L. 1233-8](#) ; [L.1233-29](#) et [L. 1233-30](#)). Pour un licenciement économique individuel, il s'agit de la date de convocation à l'entretien préalable.

Ainsi la cause économique s'apprécie au niveau de l'entreprise ou si elle appartient à un groupe, aux entreprises du groupe appartenant au même secteur d'activité, sans se limiter à celles situées sur le territoire national.

Le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national ([Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 15-19.927 à paraître au Bulletin](#) ; [Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063 à paraître au Bulletin](#)).

De même, les recherches de reclassement interne s'apprécient au niveau de l'entreprise ou si celle-ci appartient à un groupe, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, ([Cass. soc., 24 juin 2008, n°06-458.70 à 06-45.876, Bull. civ. V, n°138](#) ; [Cass. soc., 23 nov. 2011, n°10-23.896](#) ; [CE 17 nov. 2000 n°208.993, M.X c/Alcatel réseaux d'entreprise](#) ; [CE, 9 mars 2016 n°384.175, Etudes techniques Ruiz, Rec. p.66](#)). Le groupe de reclassement est étendu aux réseaux de distribution ([Cass. Soc., 16 novembre 2016, n°14-30.063, à paraître au Bulletin](#)), aux réseaux de franchise ([Cass. soc., 15 janv. 2014, n°12-22.944](#)) et aux fédérations ([Cass. soc., 3 févr. 2016, n° 14-28.979](#)). En outre, après information de l'employeur, le salarié peut demander à recevoir des offres de reclassement à l'étranger (*C. trav.*, art. [L. 1233-4-1](#) et [D.1233-2-1](#)).

L'offre de reclassement sur un emploi équivalent doit être écrite, précise, personnalisée et complète, sans pouvoir renvoyer à une liste circulaire (*C. trav. art.* [L. 1233-4](#) ; [Cass Soc 13 juill. 2010, n° 09-42.839 à n°09-42.881](#)).

### **3.2. Les demandes reposant sur une inaptitude médicale avec impossibilité de reclassement (CF. FICHE 9)**

Les dispositions des articles [L. 1226-2](#) et [L. 1226-10](#) du code du travail ont modifié le périmètre d'appréciation des recherches de reclassement.

Si l'avis d'inaptitude émis par le médecin du travail a été établi antérieurement au 24 septembre 2017, les recherches de reclassement interne s'apprécient au niveau de l'entreprise ou si celle-ci appartient à un groupe, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, sans pouvoir se limiter au territoire national ([Cass. soc. 9 janv. 2008, n°06-44.407](#) ; [CE, 6 avr. 1998, n°163.965, Miko](#) ; [CE, 7 avr. 2011, n°334.211, Weleda, Rec. p.159](#)).

En outre, le groupe de reclassement est étendu aux réseaux de franchise ([Cass. soc., 25 mai 2011, n°10-14.897](#)), aux fédérations ([Cass. soc., 3 févr. 2016, n°14-28.979](#)) et aux réseaux de distribution ([Cass. soc., 22 sept. 2016, n°15-13.849](#)).

### **3.3. Les demandes reposant sur un accord collectif (CF. FICHE 14)**

Les dispositions de l'article [L. 2254-2](#) du code du travail ont introduit un accord collectif unique regroupant les accords de mobilité, de développement et de préservation de l'emploi, de maintien dans l'emploi et de réduction du temps de travail. Il s'agit de l'accord de performance collective (APC).

Toutefois, l'inspecteur du travail peut être amené à se prononcer sur la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé fondée sur un accord de mobilité interne (*C. trav., art. [L.2242-21](#)*) un accord de développement et de préservation de l'emploi (*C. trav., art. [L. 2254-2](#)*) ou un accord de maintien dans l'emploi (*C. trav., art. [L.5125-1](#)*), s'il a été conclu avant le 24 septembre 2017 et qu'il est toujours en vigueur.

Remerciements à tous celles et ceux qui ont participé à la réalisation de ce guide :

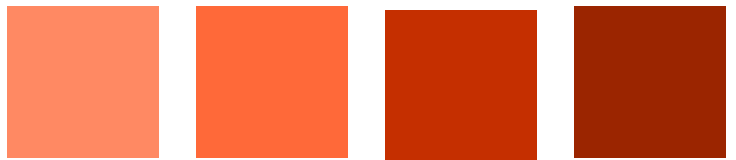
Nadia BARRET, Sylvain BISSIERE, Céline BOETSCH, Amel BOUKDIR, Alexandra CHALOYARD, Pauline OZENNE, Vincent PALAY, Hubert ROSE, Paméla TOMCZAK, Florence VILBOUX, Fabrice VOISIN, Elise WATRIN, Emmanuelle WURTZ.

Ainsi que :

Stéphanie ATZENI, Elodie BOSSEBOEUF, Françoise GUYOT, Marie-Pauline VAUDIN, Marie-Anne VINOT, Nathalie WEISS.

**Ministère du Travail**  
**Direction Générale du Travail**

Sous-direction de l'appui et du soutien au  
contrôle au système d'inspection du travail  
Bureau du statut protecteur - DASIT 2  
39-43 Quai André Citroën  
75902 PARIS CEDEX 15



**DIRECTION GENERALE DU TRAVAIL**  
**Service d'Animation Territoriale**  
**39-43 Quai André Citroën**  
**75902 PARIS CEDEX 15**

