

TRAVAIL – EMPLOI – FORMATION

Contrat de travail Salarié protégé

MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI,
DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE
ET DU DIALOGUE SOCIAL

Circulaire DGT n° 07-2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés

NOR : ETST1231532C

(Texte non paru au *Journal officiel*)

Résumé : modalités d'instruction des demandes d'autorisation relatives aux salariés et portée du contrôle à opérer par l'autorité administrative.

Mots clés : compétence, demande d'autorisation, procédure interne, enquête contradictoire, champ de la protection, contrôle du motif de la demande, lien avec le mandat, intérêt général, décision administrative, suites de l'annulation contentieuse.

Circulaires et instruction abrogées :

- Circulaire DRT n° 93/23 du 4 octobre 1993.
- Circulaire DRT n° 96/11 du 3 décembre 1996.
- Circulaire DRT n° 2000/03 du 1^{er} mars 2000.
- Circulaire DRT n° 2003/16 du 3 octobre 2003.
- Circulaire DGT n° 2007/03 du 23 janvier 2007.
- Instruction DGT n° 2007/08 du 18 juillet 2007.

Le ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social à Madame et Messieurs les préfets de région ; Mesdames et Messieurs les directeurs régionaux des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ; Mesdames et Messieurs les préfets de département ; Mesdames et Messieurs les responsables d'unité territoriale ; Mesdames et Messieurs les inspecteurs du travail.

L'intervention de l'administration du travail dans la mise en œuvre de la protection des représentants du personnel, qui s'inscrit dans le cadre défini à partir des décisions rendues dès 1976 et 1977 par le Conseil d'État (CE, Assemblée, 5 mai 1976, n°s 98.647 et 98.820, Safer d'Auvergne, pour le motif disciplinaire ; CE, 18 février 1977, n° 95.354, Abellan, pour le motif économique), constitue une garantie essentielle du bon fonctionnement des instances représentatives du personnel et, de ce fait, de l'effectivité 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.

La protection : principe de valeur constitutionnelle

Rappelée dans plusieurs décisions du Conseil constitutionnel, l'exigence de protection des salariés investis de fonctions représentatives a en outre été consacrée au plan international, en particulier par la convention n° 135 de l'Organisation internationale du travail, relative aux représentants des travailleurs (art. 1^{er}), ainsi que, au plan européen, par la Charte sociale européenne (révisée) du 3 mai 1996 (art. 28) et, au plan communautaire, par plusieurs directives et par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (décision du 11 février 2010).

Le caractère exceptionnel et exorbitant du droit commun de cette protection, interdisant à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la rupture du contrat de travail des salariés protégés, a été affirmé par la Cour de cassation dans les arrêts de principe du 21 juin 1974 (Cass. ch. mixte 21 juin 1974, n° 71-91.225, Castagné c./Sté Epry, *Bull. ch. mixte* n° 3).

L'objectif clairement affirmé par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et refonder les bases du système des relations sociales et d'accroître la légitimité des acteurs sociaux et de leurs accords aux différents niveaux interprofessionnel, de branche et d'entreprise, notamment en modifiant la hiérarchie traditionnelle des normes conventionnelles et réglementaires, renforce cet impératif.

La protection : la légitimité de l'intervention administrative

L'unification de la procédure protectrice résultant de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 sur le renforcement des instances représentatives du personnel a abouti à confier la décision en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail de ces salariés aux inspecteurs du travail. Ce choix se fonde sur la légitimité reconnue de ces derniers à intervenir et à arbitrer dans ces litiges caractérisés par leur nature de conflit social, notamment du fait de leur connaissance avérée de l'entreprise et des différents acteurs.

En outre, plutôt qu'une procédure judiciaire pouvant s'avérer longue, l'autorisation préalable de licenciement, décision prise à l'issue d'une enquête menée « à chaud » avec la possibilité pour chacun de présenter ses observations, est la réponse la mieux adaptée au règlement de ce type particulier de litiges.

Cette intervention administrative est cependant soumise à un contrôle renforcé du juge administratif (CE, Assemblée, 5 mai 1976, Safer d'Auvergne et CE, 18 fév. 1977, Abellan, précités), lequel a défini par là même la grille d'analyse à partir de laquelle l'autorité administrative doit fonder son appréciation.

Les exigences nouvelles

Les inspecteurs du travail, ainsi que l'autorité ministérielle saisie d'un recours hiérarchique, doivent en outre prendre en compte, notamment, la rigueur accrue du juge administratif dans le contrôle qu'il exerce sur la légalité de leurs décisions, en particulier de la motivation de celles-ci, de la régularité des procédures et du respect du contradictoire au cours de la phase d'instruction des demandes d'autorisation. Une attention particulière doit être apportée par l'autorité administrative au respect de ces exigences, qui sont la traduction d'une attente de plus en plus en forte des usagers en matière de transparence de l'action administrative. La complexité croissante de l'organisation des entreprises et des groupes constitue un autre facteur d'évolution significatif, en particulier pour l'instruction des demandes d'autorisation de licenciement fondées sur un motif économique.

La qualité et le caractère exhaustif du recueil des informations au cours de l'enquête contradictoire de l'inspecteur du travail revêtent dès lors un caractère essentiel pour la qualité de la décision.

Il importe par ailleurs de souligner qu'en cas de recours, hiérarchique ou contentieux, formé contre la décision de l'inspecteur du travail, il incombe à chaque niveau (inspecteur du travail, DIRECCTE ou unité territoriale) de contribuer avec diligence au suivi de ce dossier.

La structure de la circulaire

La présente circulaire a pour objectif de fixer le cadre de légalité de l'action de l'inspecteur du travail, en précisant les points de contrôle, tant sur les procédures que sur l'examen au fond des motifs des demandes. Les fiches thématiques qui la composent, ainsi que leur ordre de classement, ont été définies, dans la mesure du possible, selon la logique séquentielle de traitement d'une demande d'autorisation.

Pour le ministre et par délégation :

Le directeur général du travail,
J.-D. COMBEXELLE

Liste des fiches :

- Fiche 1a. - Compétence matérielle de l'inspecteur du travail.
- Fiche 1b. - Compétence territoriale de l'inspecteur du travail.
- Fiche 2. - Recevabilité de la demande.
- Fiche 3. - Enquête contradictoire.
- Fiche 4. - Champ de la protection.
- Fiche 5. - Procédure interne.
- Fiche 6. - Motif disciplinaire.
- Fiche 7a. - Motif économique.
- Fiche 7b. - Reclassement (motif économique).
- Fiche 8. - Insuffisance professionnelle.
- Fiche 9. - Nécessité de remplacement d'un salarié absent pour maladie.
- Fiche 10. - Inaptitude professionnelle.
- Fiche 11. - Refus de modification du contrat de travail ou des conditions de travail.
- Fiche 12. - Mise à la retraite.
- Fiche 13. - Fin ou rupture anticipée du contrat à durée déterminée.
- Fiche 14. - Rupture conventionnelle.
- Fiche 15. - Transfert.
- Fiche 16. - Vérification de l'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale.
- Fiche 17. - Motif d'intérêt général.
- Fiche 18. - Motivation et notification de la décision.
- Fiche 19. - Effets de la décision.
- Fiche 20. - Articulation des différents recours.
- Fiche 21. - Retrait d'office et traitement du recours gracieux devant l'inspecteur du travail.
- Fiche 22. - Suites d'une annulation contentieuse.

FICHE 1a

LA COMPÉTENCE MATÉRIELLE DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

1. Les employeurs entrant dans le champ de la protection légale

1.1. À 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 délégués du personnel ;
- par l'article L. 2321-1 pour les membres du comité d'entreprise ;
- par l'article L. 4111-1 pour les représentants du personnel au CHSCT.

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 (code trav., art. L. 4111-1 précité). 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 (code 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 entreprises à statut

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

- de la SNCF (Cass. soc., 23 janvier 2001, n° 99-41.824, *Bull. civ.* V n° 20, Anstett ; Cass. soc., 6 avril 2005, n° 03-43.629, *Bull. civ.* V n° 125, Maurier) ;
- d'EDF (Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-48.351, *Bull. civ.* V n° 248, EDF).

1.1.2.2. France Télécom

Devenue société anonyme par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, France Télécom, 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'État, 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 février 2011, n° 335.453, Laupretre).

1.1.2.3. 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 nouveau code du travail, incluant les dispositions relatives à la protection, bénéficient aux salariés de droit privé détenteurs de fonctions représentatives (code trav., art. L. 5312-9), ce qui, *a contrario*, exclut les agents régis par un statut de droit public.

1.1.2.4. La Poste

En application des dispositions des articles 21 et 25 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.

1.1.2.5. Les agences régionales de santé

Les représentants du personnel des comités d'agence, du comité national de concertation, ainsi que les délégués du personnel, 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 (code santé publique,

art. L. 1432-11). 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).

1.1.2.6. Les chambres de commerce et d'industrie

Les chambres de commerce et d'industrie n'ont jusqu'à présent été regardées comme ayant la qualité d'établissement public industriel et commercial qu'en ce qui concerne leurs activités d'exploitation de concessions portuaires (en ce sens : Cass. civ. 2, 4 mai 2004, n° 02-31.196, URSSAF c./CCI de Dieppe). Le cadre légal de la protection est donc applicable à ce secteur d'activité particulier, s'agissant des représentants du personnel titulaires de mandats prévus par le code du travail.

1.1.2.7. 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. Les GIP existants à la date de parution des nouveaux textes doivent se conformer à ces obligations avant le 16 mai 2013. Dès lors, les salariés de droit privé exerçant des fonctions représentatives doivent bénéficier de la protection.

1.2. À 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 ; TC, 24 juin 1996, n° 03.031, préfet de Lot-et-Garonne ; dans le même sens : Cass. ass. plén., 20 déc. 1996, n° 92-40.641, *Bull. AP* n° 5, Rey-Herme c./Alliance française ; Cass. soc., 5 mars 1997, n° 96-60.041, *Bull. civ.* V n° 99, Association Notre-Dame de Bon Secours c./Bouille).

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° 5, Fraysse c./Association pour l'éducation et l'insertion des handicapés ; Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-44.814, *Bull. civ.* V n° 105, Sté Dexia crédit local c./Buval et autre) 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 septembre 2009, n° 08-40.406, *Bull. civ.* V n° 193, Sté Onyx Est c./Michel).

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° 144, Chanteur c./APEHG), et notamment celles relatives à la protection des représentants du personnel.

1.2.2. Les gérants non salariés

Les gérants non salariés de maison d'alimentation bénéficient, sur le fondement de la convention collective qui leur est applicable, des dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel (*cf.* en ce sens Cass. soc., 21 mai 1981, nos 80-60.251 et 80-60.252, *Bull. civ.* V n° 447, Établissements Casino Guichard-Perrachon c./Bez), et, partant, de la protection légale applicable aux salariés investis de fonctions représentatives (Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-42.089, *Bull. civ.* V n° 277, Sté Distribution Casino France c./Bracco).

1.3. À 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) ;

- pour une société ne disposant d'aucune implantation physique sur le territoire français, mais y occupant des salariés (Cass. soc., 14 février 2001, n° 99-60.355, *Bull. civ. V* n° 55, Campana et autres c./Sté Agio Sigarenfabrieken N.V. ; Cass. soc., 14 janv. 2004, n° 02-60.119, *Bull. civ. V* n° 17, Sté Agio Sigarenfabrieken N.V. c./Campana et autres ; CE, 21 juil. 2009, n° 314.968, Sté Agio Sigarenfabrieken N.V. ; cf. fiche 1b).

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

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 juil. 1992, nos 88-40.672 et 88-40.673, *Bull AP* n° 9, Compagnie Air Afrique : pour une salariée, hôtesse de l'air qui, bien que recrutée sous contrat de travail soumis à la loi ivoirienne, bénéficiait de la protection en sa qualité, non contestée, de représentante syndicale au comité d'établissement parisien de la compagnie).

2. La répartition des compétences entre les différents départements ministériels en matière 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.

2.1. La compétence des inspecteurs du travail appartenant au ministère du travail et placés sous l'autorité du ministre chargé du travail

Depuis le 1^{er} janvier 2009, elle s'étend aux secteurs de l'industrie et des commerces et services, aux professions agricoles et au secteur des transports (code trav., art. R. 8111-1).

2.2. 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

2.2.1. 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 (code trav., art. R. 8111-8).

S'agissant des carrières situées sur le domaine de l'État 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 (code trav., art. R. 8111-9).

2.2.2. Les industries électriques et gazières

2.2.2.1. 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'Île-de-France parmi les agents placés sous leur autorité (code 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^{er} janvier 2012, à l'inspection du travail de droit commun (D. n° 2011-1697 du 1^{er} décembre 2011, art. 36).

2.2.2.2. 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 ingénieurs ou techniciens, habilités à cet effet par l'Autorité de sûreté nucléaire, parmi les agents en relevant (code trav., art. R. 8111-11).

2.3. 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 (code trav., art. R. 8111-12). Il en va de même des carrières situées sur le domaine de l'État et mises à la disposition du ministère de la défense (cf. *supra*).

2.4. La compétence en ce qui concerne les salariés des entreprises d'armement maritime

Les demandes d'autorisation relatives aux salariés titulaires de fonctions représentatives au sein de ces entreprises 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, Compagnie bretonne de cargos frigorifiques).

FICHE 1b

L'INSPECTEUR DU TRAVAIL TERRITORIALEMENT COMPÉTENT POUR STATUER SUR LA DEMANDE

1. Au regard des mandats et des situations visés par le code du travail*1.1. Par les dispositions légales*

Les articles L. 2421-3 et R. 2421-10 (pour le délégué du personnel, le membre du comité d'entreprise et le membre du CHSCT), L. 2421-5 (pour le représentant des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public) et R. 2421-1 et R. 2421-10 (pour le délégué syndical, le salarié mandaté et le conseiller du salarié) du code du travail disposent que « la demande d'autorisation de licenciement est adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement dans lequel le salarié est employé ».

1.2. Par renvoi de dispositions légales

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 ;
- aux membres du groupe spécial de négociation du comité de la société européenne ;
- aux membres du groupe spécial de négociation du comité de la société coopérative européenne ;
- aux membres du groupe spécial de négociation du comité issu de la fusion transfrontalière ;
- aux membres siégeant auxdits comités ;
- aux 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 ;
- aux 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).

1.3. Extension à d'autres situations

Bien qu'aucune précision relative à la compétence territoriale ne soit apportée pour ce qui concerne les autres cas de saisine de l'inspecteur du travail concernant un salarié protégé (transfert, fin de CDD...), il y a lieu de considérer que la même règle de détermination de compétence territoriale a vocation à s'appliquer. En outre, la recodification étant intervenue à droit constant, l'ensemble des règles de procédure y compris la compétence doivent s'appliquer identiquement en fonction des mandats concernés, aux demandeurs d'élections, aux candidats et aux anciens détenteurs de fonctions de représentation du personnel.

2. Principes et conditions de la compétence territoriale de l'inspecteur du travail*2.1. Principe d'unicité entre « enquêteur » et « décideur »***2.1.1. L'inspecteur du travail compétent pour statuer est celui qui doit mener l'enquête contradictoire**

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 (jugé en ce sens : TA Versailles, 8 nov. 2007, n° 0504028, Quali-consult ; CAA Nantes, 30 octobre 2008, n° 08NT00909, Mediapost).

Le juge administratif considère en effet que les dispositions de l'ancien article R. 436-4 du code du travail (code trav, art. R. 2421-4 et R. 2421-11) « donnent compétence, pour procéder à l'enquête contradictoire, au seul inspecteur du travail chargé de se prononcer sur la demande de licenciement ». 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.

Bien que le Conseil d'État n'ait pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette question à titre principal, cette solution est implicitement retenue par la Haute Juridiction amenée, dans sa décision Agio Sigaren Fabrieken (CE, 21 juil. 2009, n° 314.968, Agio Sigaren Fabrieken NV), à déterminer l'inspecteur du travail territorialement compétent pour statuer sur la demande de licenciement d'un salarié protégé employé par une société étrangère sans implantation géographique sur le territoire national et en cas d'impossibilité d'identifier le lieu principal d'ac-

tivité du représentant de l'employeur. Le juge retient en effet « 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 ».

Toutefois, pour les cas où le salarié ne veut/peut pas venir et dès lors que les parties ont été régulièrement convoquées, pour éviter les situations de blocage, des aménagements à cette règle peuvent être envisagés (cf. fiche 3).

2.1.2. ... y compris dans le cas où se succèdent un inspecteur du travail intérimaire et l'inspecteur du travail titulaire

Il convient également de faire application de ce principe au cas des demandes impliquant successivement un inspecteur du travail intérimaire et un inspecteur du travail titulaire (ou inversement). Ainsi, si lors du dépôt d'une demande d'autorisation de licenciement ou de transfert d'un salarié protégé, l'inspecteur du travail titulaire est absent ou empêché, il est fréquent que l'inspecteur du travail chargé de son intérim procède alors à l'enquête contradictoire et que l'inspecteur du travail titulaire signe la décision à son retour.

Or, l'enquête et la décision ne pouvant émaner que du seul inspecteur du travail compétent, cette compétence s'examinant à la date à laquelle la décision est prise, il appartiendra au seul inspecteur du travail assurant l'intérim ou au seul inspecteur du travail titulaire, et ce en fonction des circonstances de chaque espèce (durée de l'empêchement de l'inspecteur du travail titulaire, motif de la saisine nécessitant parfois une prise de décision dans les meilleurs délais, par exemple, en cas de licenciement pour faute grave avec mise à pied conservatoire), de procéder à l'enquête et de statuer sur la demande.

À défaut, la décision ainsi prise sera illégale dès lors que, la compétence territoriale ne s'appréciant qu'à la date à laquelle la décision est prise et ne pouvant par conséquent pas se « scinder », l'enquête contradictoire aura été menée par un inspecteur du travail, certes « compétent » lorsqu'il y a procédé, mais qui ne l'était plus au moment de statuer.

2.2. La validité des règles de suppléance de l'inspecteur du travail

Elles 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 octobre 2008, n° 294.958, Barbier-Skubiszewski).

La décision confiant l'intérim doit être régulièrement publiée au recueil des actes administratifs du département (CE, 21 décembre 2001, n° 224.363, préfet de la Seine-Maritime c./Fanidi).

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

2.3. Les critères permettant de déterminer la compétence territoriale de l'inspecteur du travail

L'identification de l'implantation physique au sein de laquelle travaille le salarié est insuffisante pour caractériser la compétence territoriale de l'inspecteur du travail.

Pour savoir s'il est territorialement compétent, l'inspecteur du travail devra tout d'abord vérifier s'il existe un comité d'établissement au sein de l'établissement qui relève du contrôle de sa section d'inspection. À défaut, il devra déterminer si l'établissement dans lequel travaille le salarié dispose d'une autonomie suffisante, notamment en matière de gestion du personnel.

2.3.1. L'inspecteur du travail doit prioritairement vérifier s'il existe un comité d'établissement, dont la seule présence emporte automatiquement sa compétence

La présence d'un comité d'établissement est 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 octobre 2006, n° 287.489, Sidel Filling Aseptic ; CAA Lyon, 6 avril 2010, n° 09LY00368, SA SYNERGIE, à propos d'un conseiller prud'homme).

Dans la décision du Conseil d'État 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 du comité 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 dudit 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 comité d'établissement soit mis en place communément à plusieurs sites géographiquement distincts et que, par voie de conséquence, il n'en soit pas implanté dans l'« établissement » dans lequel le salarié exécute sa prestation de travail. En d'autres termes, le périmètre du comité d'établissement n'est pas toujours identique à celui du lieu d'exécution du contrat de travail du salarié concerné par la demande.

Dans un tel cas de figure, l'inspecteur du travail saisi ne saurait automatiquement déduire son incompétence de cette absence de comité 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 où demeure 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 dépend d'un comité d'établissement auquel il est rattaché, l'inspecteur du travail devra au préalable vérifier où ce comité d'établissement est situé.

La compétence territoriale ressortit alors à l'inspecteur du travail qui contrôle le lieu du « siège » du comité d'établissement, à savoir l'endroit où il est effectivement implanté, conformément à la volonté des partenaires sociaux l'ayant mis en place, ou au lieu désigné par l'autorité administrative ayant déterminé les établissements distincts. Il arrive cependant que ni l'accord ni la décision administrative ne précisent de lieu d'implantation du comité d'établissement. Il appartient alors à l'inspecteur du travail saisi de procéder par faisceau d'indices lui permettant de déterminer le lieu d'implantation de fait dudit comité (adresse de l'établissement organisateur des élections des membres du comité d'établissement concerné, telle que mentionnée sur le formulaire Cerfa ; à défaut, lieu où se tiennent majoritairement les réunions de l'institution, lieu d'implantation du local du comité d'établissement, adresse à laquelle sont envoyés les courriers à destination du comité d'établissement, etc., sans que ces critères ne soient exhaustifs).

Ce sera alors l'inspecteur du travail territorialement compétent pour le siège du comité d'établissement ainsi déterminé qui devra instruire la demande d'autorisation concernant le salarié protégé. Si l'inspecteur du travail initialement saisi constate, une fois qu'il a procédé à ces investigations, que le comité d'établissement n'est pas implanté dans la section dont il est en charge du contrôle et qu'il n'est donc territorialement pas compétent, il devra, conformément à l'article 20 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, transmettre la demande d'autorisation à son collègue compétent pour instruire et statuer sur la demande, et informer les parties de cette transmission.

En l'absence de comité d'établissement dans l'établissement ainsi défini, les critères traditionnels d'autonomie de gestion tels que dégagés par le Conseil d'État restent applicables pour déterminer la compétence territoriale de l'inspecteur du travail.

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

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

Si l'établissement où le salarié est employé ne dispose pas d'une autonomie suffisante par rapport au siège social, 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 sera 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 être regardé comme disposant d'une autonomie suffisante par rapport au siège (CE, 21 décembre 1994, n° 151.746, Compagnie nationale Air Algérie ; CE, 16 juin 1995, n° 143.437, Battesti ; CE 2 février 1996, n° 133.455, Suburbaine de canalisations et de grands travaux, Rec. p. 1194, précité). 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 janvier 1995, n° 129.995, Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, Rec. p. 20). L'inspecteur du travail compétent est alors celui qui contrôle 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, précité). À 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 janvier 1995, n° 129.995, Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, Rec. p. 20, précité).

2.3.3. Les cas particuliers

2.3.3.1. Lorsque le salarié exécute habituellement son travail en dehors de tout établissement...

L'inspecteur du travail compétent est celui qui contrôle l'établissement (au sens des critères définis aux points 2.3.1 et 2.3.2) qui gère administrativement le salarié.

2.3.3.2. Ou partage son temps de travail entre plusieurs établissements

L'inspecteur du travail compétent est celui qui contrôle l'établissement (au sens des critères définis aux points 2.3.1 et 2.3.2) au sein duquel le salarié exerce principalement son activité (CE, 3 octobre 1994, n° 120.749, Tournant, Rec. p. 1215 – en l'espèce le siège social).

2.3.3.3. Lorsque le salarié est embauché par une société étrangère ne disposant d'aucune implantation sur le territoire national

Par décision du 21 juillet 2009, (CE, 21 juillet 2009, n° 314.968, Agio Sigaren Fabrieken NV, précité) le Conseil d'État 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.

S'il n'est pas possible à l'inspecteur du travail de déterminer un lieu principal d'activité, il lui appartient de transmettre la demande au directeur général du travail (service d'animation territoriale –, bureau DASC2) 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 20 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000.

L'inspecteur du travail initialement saisi doit accuser réception de la demande et informer les parties de la transmission ainsi effectuée.

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 doit procéder à la transmission de la demande à l'autorité compétente et en informer les parties (L. n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 20).

Il appartient à l'inspecteur du travail territorialement compétent de procéder à l'enquête contradictoire et de statuer sur la demande.

2.4.2. Une fois la décision prise

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

FICHE 2

LA RECEVABILITÉ 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.

À défaut, il lui appartient de notifier au demandeur une décision de rejet, conforme aux exigences de forme, de motivation et de notification (cf. fiche 1b), sans qu'il y ait nécessairement lieu de procéder à l'enquête contradictoire. 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.

En cas de motif disciplinaire, 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 de la décision de rejet pour irrecevabilité au demandeur. C'est donc dans ce délai légal de deux mois que doit être présentée la nouvelle demande d'autorisation.

1. Les modalités d'envoi par le demandeur

1.1. Les formalités d'envoi

La demande est transmise par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen permettant d'établir une date certaine de sa réception par l'administration, laquelle a pour effet de faire courir les délais dont dispose l'inspecteur du travail pour statuer. Le dépôt de cette demande doit être précédé des procédures internes prévues selon la nature du ou des mandats détenus par le salarié protégé.

Elle doit être adressée à l'autorité compétente. Il revient à l'autorité saisie à tort de la transmettre sans délai à l'autorité compétente, les délais opposables à l'auteur de la demande courant 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 d'entreprise, le procès-verbal doit être joint à la demande. Un extrait du procès-verbal est suffisant. Il peut être communiqué jusqu'à la date où l'inspecteur du travail prend sa décision (CAA Paris, 21 septembre 1999, 2010, n° 97PA03315, M. Myondo). Compte tenu des délais d'approbation des procès-verbaux, l'absence d'approbation de ces derniers ne conditionne pas la recevabilité de la demande.

Si la demande de licenciement est fondée sur un motif économique et s'inscrit dans le cadre d'un licenciement collectif, l'employeur doit le cas échéant, en application des articles R. 2421-2 et R. 2421-13 du code du travail, communiquer une copie de la notification qui a été adressée préalablement au DIRECCTE compétent.

L'absence de communication de ces pièces ne constitue toutefois pas un motif d'irrecevabilité de la demande.

2. L'appréciation de la recevabilité

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

2.1. La qualité pour agir du demandeur

2.1.1. Le cas général

Le demandeur, dont l'identité doit clairement apparaître dans la demande, doit être l'employeur du salarié protégé ou son représentant habilité à agir en son nom (CE, 16 décembre 1988, n° 74.120, Dubreuil). Dans le cas d'un salarié mis à disposition, c'est l'employeur, et non l'utilisateur, qui dispose de cette qualité.

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 décembre 2008, n° 07-43.875, *Bull. civ. V* n° 255, Sté Assurance France Generali et autres).

Par ailleurs, l'inspecteur du travail ne dispose plus de la compétence matérielle pour statuer sur 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 décembre 2004, n° 252.590, Biheng) 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 décembre 2008, n° 310.889, M. Hoyeau c./Centre chirurgical des peupliers de la Croix-Rouge, Rec. p. 461).

En cas de cession de l'entreprise intervenant dans le cadre d'une liquidation judiciaire, et dans la mesure où le tribunal de commerce a autorisé le licenciement de salariés non repris et fixé les catégories professionnelles des salariés concernés, le cédant conserve sa qualité pour présenter la demande d'autorisation de licenciement de salariés protégés, nonobstant l'entrée en jouissance immédiate du cessionnaire, en application des prescriptions légales rendant applicables à tous les dispositions du jugement (code com., art. L. 642-5).

Le respect du délai d'un mois imparti pour procéder aux licenciements autorisés par le tribunal de commerce, tant dans le cadre précité d'une cession prévue à l'occasion de la liquidation judiciaire (code com., art. L. 642-5) que dans celui d'un plan de redressement (code 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 (code 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 février 2012, n° 10-12.906, 10-13.405 et 10-13.521, à paraître au *Bulletin*, Sté Moulinex et autres). 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 juillet 2002, n° 00-42.340, *Bull. civ. V* n° 242, X c./Sté Nodet-Gougis ; Cass. soc., 21 septembre 2005, n° 04-40.529, *Bull. civ. V* n° 267, Sté Clinique Merlin).

2.1.1.1. 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 (code com., art. L. 221-5), du gérant d'une SARL (code com., art. L. 223-18), du président du conseil d'administration ou du directeur général d'une société anonyme (code 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 (code com., art. L. 225-66).

La même qualité est reconnue, par leurs fonctions, aux chefs du personnel (CE, 16 décembre 1988, n° 74.120, Dubreuil) et, par extension, aux responsables de ressources humaines. De même, le directeur du personnel salarié de la société-mère, habilité à engager une procédure de licenciement d'un salarié employé par une filiale (Cass. soc., 19 janvier 2005, n° 02-45.675, *Bull. civ.* V n° 10, Sté Railtech International c./Maurer), peut également présenter à l'administration une demande d'autorisation.

Aucune disposition légale n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit (Cass. soc., 6 juillet 2004, n° 02-43.322, Sté Aspirotechnique c./Gomez ; Cass. ch. mixte, 19 novembre 2010, n° 10-30.215, *Bull. ch. mixte* n° 1, Sté Ed), y compris s'agissant d'une société par actions simplifiée (Cass. soc., 8 février 2012, n° 10-27.174, à paraître au *Bulletin*, Sté Reynolds). 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.

2.1.1.2. Les cas de représentation soumis à des exigences particulières

Lorsque l'employeur est une association, 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 expresse contraire, seul le président de l'association peut mettre en œuvre la procédure (Cass. soc., 29 septembre 2004, n° 02-43.771, *Bull. civ.* V n° 236, Association Loginter c./Liénard).

Si la demande d'autorisation est présentée par le secrétaire d'un comité d'entreprise agissant comme employeur, celui-ci doit recevoir une habilitation (CE, 12 fév. 1993, n° 89.733, Comité d'établissement SNECMA Evry-Corbeil). À 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 juillet 2006, n° 04-47.737, *Bull. civ.* V n° 255, Berthelin c./Comité d'établissement Renault Le Mans).

2.1.2. Le cas de la rupture conventionnelle

Il résulte des dispositions de l'article L. 1237-14 du code du travail que la partie la plus diligente, employeur ou salarié, peut présenter une demande d'autorisation de rupture conventionnelle du contrat de travail (*cf.* fiche 14).

2.2. La qualification et la motivation suffisantes de la demande d'autorisation

2.2.1. Quel que soit le motif

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 novembre 1982, n° 31.738 SA Mécanique et conceptions industrielles modernes ; CE, 16 juin 1995, n° 126.960, Sevestre). En outre, elle ne peut pas être renvoyée à des pièces justificatives jointes (CE, 20 mars 2009, n° 308.346, Sté Le Vigilant Hermès Protection).

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 un pas 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.

2.2.2. 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), mais également ses conséquences sur l'emploi du salarié (suppression de l'emploi, ou modification refusée du contrat de travail).

2.2.3. 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. Il convient dans ce cas de vérifier le respect des règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement ainsi que d'examiner le bien-fondé de chacun des motifs invoqués (Cass. soc., 23 septembre 2003, n° 01-41.478, *Bull. civ.* V n° 242, Spehner c./Ducommun) (*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'administration d'accuser réception

3.1. Les modalités de l'accusé de réception

Dès la réception de la demande, un accusé de réception de celle-ci doit être adressé au demandeur (L. n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 19). Il peut faire l'objet du même courrier que la convocation à l'enquête contradictoire et la notification de la prolongation d'instruction de la demande d'autorisation. Le contenu de cet accusé de réception, précisé par le décret n° 2001-492 du 6 juin 2001 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 est réputée rejetée (*cf.* fiche 18 pour la computation des délais) ;
- la désignation, l'adresse postale ainsi que le numéro de téléphone de l'inspecteur du travail chargé du dossier ;
- 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'autorité compétente à qui le dossier doit être transmis par l'autorité initialement saisie (L. n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 20) (*cf.* fiche 1b).

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 le décret n° 2001-492 du 6 juin 2001, les délais restent indéfiniment ouverts et le caractère tardif ne peut pas être opposé aux recours.

4. Les modalités de rejet de la demande pour irrecevabilité

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'ENQUÊTE CONTRADICTOIRE

1. Principes généraux

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, séparément et, le cas échéant, ensemble, 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 le soit le motif allégué à l'appui de la demande*

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.

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 (code trav., art. R. 2421-4 ; R. 2421-11 et R. 2421-17 pour le transfert) – CE, 4 décembre 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 avril 1998, n° 170.505, société reprographie moderne J. Bessière).

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 septembre 2008, n° 301.506, Seroba, précité).

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

Seul l'inspecteur du travail compétent pour prendre la décision peut procéder à l'enquête contradictoire. Il ne peut notamment déléguer l'enquête à un autre inspecteur du travail sous peine d'entacher sa décision d'illégalité (jugé en ce sens : TA Versailles, 8 novembre 2007, Qualiconsult ; CAA Nantes, 30 octobre 2008, n° 08NT00909, Mediapost).

Si seul l'inspecteur du travail doit procéder personnellement à l'enquête contradictoire, il n'est cependant pas nécessaire que le courrier accusant réception de la demande et/ou celui portant convocation des parties soit revêtu de sa signature personnelle.

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.

De la même manière, en situation d'intérim, dès lors que seul l'inspecteur du travail compétent pour statuer sur la demande est celui qui peut procéder à l'audition des parties, il appartiendra, en fonction de la durée de l'intérim, au seul inspecteur du travail intérimaire, ou selon le cas, au seul inspecteur du travail habituellement affecté à la section, de procéder à l'enquête puis de statuer sur la demande.

Il doit donc dans tous les cas y avoir unicité entre l'« enquêteur » et le « décideur » (en ce sens, CE, 21 juillet 2009, n° 314.968, Agio Sigaren Fabrieken N.V.) (cf. fiche 1b).

La décision ne doit être signée que par le seul inspecteur du travail compétent.

Cette solution n'interdit cependant pas à l'inspecteur du travail compétent, dès lors qu'il reçoit les parties dans le cadre de l'enquête contradictoire, de procéder ou de faire procéder à des investigations complémentaires. Il peut alors recueillir les observations de l'inspecteur du travail chargé du contrôle du lieu de travail du salarié ou lui demander, dès lors que les besoins de l'enquête le justifient, de procéder à des auditions de personnes tierces (autres qu'employeur et salarié[s] visé[s] par la demande).

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).

2. La convocation à l'enquête contradictoire

2.1. Les modalités de la convocation à l'enquête

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.

Si l'inspecteur du travail a la possibilité d'informer les parties de sa décision de proroger les délais qui lui sont impartis pour statuer, une omission de cette mention est sans impact sur la légalité de la décision administrative (CE, 19 février 1997, n° 163.586, Pecoste).

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. En cas d'empêchement du salarié lié à l'éloignement géographique, son audition pourrait être assurée par l'inspecteur du travail compétent à raison du lieu d'exécution du contrat de travail.

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 desdits motifs n'entachant pas cette dernière d'irrégularité (CE, 20 novembre 2009, n° 320.179, ministre du travail c./Sentenac).

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 avril 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 septembre 2008, n° 301.506, Seroba).

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 comité d'entreprise sur le licenciement du salarié protégé ;
- des procès-verbaux établis à la suite des différentes consultations obligatoires pour les licenciements pour motif économique et de la notification au DIRECCTE des licenciements de plus de 10 salariés sur une même période de trente jours ;
- 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 déroulement de l'enquête contradictoire

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

Le salarié peut se faire assister par un représentant de son syndicat (code 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 novembre 1991, n° 102.824, Bathfield ; CAA Paris, 17 décembre 2008, n° 06PA02066, M^e Pellegrini, précité).

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 de l'employeur par un avocat peut s'opérer sans qu'une délégation particulière ne lui soit donnée, l'avocat bénéficiant d'une présomption de mandat (Cass. soc., 29 septembre 2010, n° 09-40-515, *Bull. civ.* V n° 202, Art Creator Studio). La possibilité qu'a l'employeur de se faire assister 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 pour les nécessités de l'enquête.

En outre, ce dernier 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 février 1996, n° 151.401, Molinari).

3.2. *Les modalités de l'enquête*

L'audition du salarié doit être personnelle et individuelle (CE 25 avril 1997, n° 163.971, Rouault). Des entretiens téléphoniques, même individuels, ne peuvent se substituer à cette audition (CE, 21 août 1996, n° 149.249, Genin). 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 avril 2005, n° 254.909, IMS).

À 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. À 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 (jugé en ce sens : CAA Lyon, 23 octobre 2007, n° 05LY00086, Marty).

3.3. *La communication aux parties des pièces et témoignages par l'inspecteur du travail*

Le juge administratif apparaît très strict quant au respect du contradictoire lorsque la demande de licenciement repose sur un motif personnel. Les obligations de l'administration en la matière ont été progressivement renforcées par le juge administratif, dans le cas d'espèce reposant principalement sur des demandes de licenciement pour motif disciplinaire (CE, 20 avril 2005, n° 254.066, Senior ; CE, 12 octobre 2006, n° 286.728, Schiffli ; CE, 24 novembre 2006, n° 284.208, Rodriguez, Rec. p. 481 ; CE 9 juillet 2007, n° 288.295, Sangare ; CE, 22 février 2012, n° 335.200, Mariano-Robert ; CE, 22 février 2012, n° 346.307, Gaston A.).

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 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.

3.3.1. *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, 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 desdites pièces ainsi que des modalités de leur communication (consultation sur place notamment).

Si le salarié, après avoir été ainsi informé par l'inspecteur du travail de l'existence de ces pièces, demande à en prendre connaissance, il doit y avoir accès, en les lisant lui-même, en les ayant en main ou en en obtenant copie.

L'inspecteur du travail ne saurait dès lors faire 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'avéreraient 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 février 2012, n° 335.200, Mariano-Robert, précité).

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 juil. 2007, n° 288.295, Sangare, précité ; CE, 22 février 2012, n° 346.307, Gaston A.).

Là encore, il ne s'agit pas d'une transmission spontanée et systématique à la charge de l'administration, mais d'une information suffisante des parties de leur droit d'accès à ces éléments. Ce n'est que si elles en manifestent le souhait qu'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.

Contrairement à l'obligation faite à l'administration de transmettre l'intégralité des pièces présentées par l'employeur à l'appui de la demande, 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 déterminants de nature à établir ou non la matérialité des faits allégués à l'appui de la demande », à la stricte lecture de la jurisprudence telle qu'actuellement fixée par le Conseil d'État.

Néanmoins, il est recommandé à l'inspecteur du travail de faire également application de ce principe sur les points de contrôle déterminants qu'il aura retenus à l'appui de sa décision, quand bien même ils ne concerneraient pas strictement le motif allégué par l'employeur à l'appui de la demande. Ainsi, à titre d'exemple, si le salarié apporte, à l'occasion de l'enquête contradictoire des éléments de nature à faire présumer l'existence d'un lien entre la mesure envisagée et les fonctions représentatives exercées, et que l'inspecteur du travail envisage de fonder une décision de refus essentiellement sur ce motif, il doit mettre à même l'employeur de présenter, en temps utile, des observations sur l'ensemble des éléments apportés en ce sens par le salarié.

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 juillet 2007, n° 288.295, Sangare, précité ; CE, 14 décembre 2009, n° 314.877, Labatut Rhône-Alpes), ce n'est le cas que sous réserve que le salarié ait pu, comme rappelé *supra*, 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 février 2012, n° 346.307, Gaston A., précité).

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

Si l'inspecteur du travail ne peut opérer de tri parmi les pièces transmises par l'employeur à l'appui de la demande, 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.

En effet, la jurisprudence Rodriguez prévoit que lorsque l'accès à ces témoignages et attestations « serait de nature à porter gravement préjudice à leurs auteurs, l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé, de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur ».

En ce qui concerne en outre la communication à l'employeur comme au salarié des éléments déterminants recueillis par l'inspecteur du travail en cours d'enquête, la réserve aménagée par la décision Sangare est la même. Ainsi, lorsque la communication de ces éléments serait de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui les ont communiqués, « l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé et l'employeur, de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur ».

Dans un tel cas de figure, l'inspecteur du travail dispose donc 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 décembre 2009, n° 314.877, Labatut Rhône-Alpes, précité).

Par ailleurs, s'il considère les éléments (documents ou témoignages, par exemple) transmissibles, il 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 ;
- faisant apparaître des éléments couverts par des secrets protégés par la loi (secret médical, secret de fabrication...).

Dans tous les cas de figure et en tout état de cause, l'inspecteur du travail doit systématiquement communiquer au salarié l'identité des personnes s'estimant victimes de ses agissements. 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).

3.3.4. Les autres motifs de licenciement

Le Conseil d'État a récemment étendu les principes dégagés par les décisions Rodriguez et Sangare aux demandes de licenciement reposant sur une insuffisance professionnelle (CE, 23 décembre 2010, n° 333.169, Mallet).

Il est par conséquent recommandé d'être attentif au respect du principe du contradictoire pour les autres motifs de rupture du contrat de travail d'un salarié protégé, y compris pour le licenciement pour motif économique, au regard du durcissement croissant des exigences du juge administratif en matière de contradictoire.

À cet égard, le Conseil d'État considère que le principe du contradictoire est respecté lorsque, saisi d'une demande d'autorisation de licenciement pour motif économique, l'inspecteur du travail a informé le salarié de « tous les éléments concernant la demande d'autorisation de licenciement, notamment des motifs économiques invoqués par la société, des possibilités de reclassement et de la possibilité de demander des précisions ou des rectifications postérieurement à l'entretien [avec l'inspecteur du travail] » (CE, 11 juillet 2012, n° 334.502, Reverte c./Sté Rhône Gaz).

Cette formulation, qui fait obligation à l'inspecteur du travail d'informer le salarié de l'ensemble des éléments invoqués par l'employeur à l'appui de la demande, ne semble pas pour autant imposer (contrairement à ce que retient le juge administratif lorsque la demande repose sur un motif personnel) une transmission parallèle et exhaustive des pièces transmises à l'appui de la demande. Cette interprétation permet d'assurer l'équilibre entre le droit du salarié d'être précisément informé du contexte dans lequel son licenciement est sollicité, et la prise en compte du caractère confidentiel pouvant être attaché aux données économiques et financières que l'employeur a pu transmettre à l'administration pour justifier du motif économique invoqué.

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 établir, par chacune des parties, une attestation faisant état de manière exhaustive des démarches établies par l'inspecteur du travail dans ce cadre.

FICHE 4

LES SALARIÉS BÉNÉFICIAIRES 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, d'une protection justifiant sa compétence pour statuer. Cette vérification suppose un recensement précis des mandats brigüés, exercés ou antérieurement exercés par le salarié concerné. À 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...). Elle doit également être actualisée : il doit ainsi être tenu compte des évolutions intervenues depuis l'acquisition du mandat, telle que par exemple la nomination en cours de mandat comme titulaire d'un salarié élu comme suppléant.

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 (*cf.* fiche n° 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 de même si l'entreprise présente une demande d'autorisation alors que le salarié est encore protégé, mais que la période de protection expire avant que l'inspecteur du travail ne statue, celui-ci devant se prononcer en fonction des éléments de fait et de droit à la date de sa décision (CE, 31 janvier 1986, n° 46.926, Sté Sobest ; CE, 13 mai 1992, n° 110.184, mars).

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 articles L. 2411-1 à L. 2422 pour le licenciement ;
- par les articles L. 2412-1 à L. 2412-13 pour la rupture ou le non-renouvellement du contrat à durée déterminée ;
- par les articles L. 2413-1 pour l'interruption ou le non-renouvellement d'une mission de travail temporaire ;
- 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.

Le bénéfice de la protection est également accordé :

- en cas de licenciement, aux candidats aux fonctions de membre élu du CHSCT (Cass. soc., 30 avril 2003, n° 00-46.787, *Bull. civ. V* n° 154, Juif c./Sté BTB ; (Cass. soc., 4 mai 2011, n° 09-67.335, Sté Deca France) ;
- et, en cas de transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, aux candidats aux élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise (Cass. soc., 8 juin 1999, n° 96-45.045, *Bull. civ. V* n° 272, Sté Euronetec France).

Les motifs ayant conduit le juge judiciaire à retenir cette dernière extension au transfert, à savoir la nécessité de vérifier l'absence de discrimination, conduisent à étendre cette règle aux anciens représentants du personnel.

Enfin, le principe selon lequel, sauf dispositions expresses contraires, la recodification du code du travail est intervenue à droit constant doit être appliqué au champ des bénéficiaires de la protection : il y a donc lieu de retenir le champ tel que défini par l'ancien code du travail, dans l'hypothèse où le bénéfice de la protection pour un mandat n'aurait pas été explicitement repris dans le nouveau code du travail (*cf.* en ce sens, pour la protection du conseiller du salarié : Cass. soc., 27 janvier 2010, n° 08-44.376, *Bull. civ.* V n° 22, Sté SNN Clermont ; Cass. soc., 13 février 2012, n° 11-21.946, QPC, pour la protection d'un ancien conseiller prud'homme, Cass. soc., 13 mars 2012, n° 10-21.785, Sté Michel).

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 délégué du personnel, au membre du comité d'entreprise et au représentant du personnel au CHSCT 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 novembre 1989, n° 87-45.162, *Bull. civ.* V n° 688, X. c./Organisation internationale de police criminelle OIPC Interpol ; Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-45.247, *Bull. civ.* V n° 111, Sté Appia gestion et développement ; CE, 9 décembre 1995, ministre du travail c./Bedda, n° 122.643, Rec. p. 482).

En outre, la notion d'institution doit s'entendre non seulement de la nature de l'instance, mais également de celle du mandat détenu par le salarié : ainsi, le mandat de représentant syndical au CHSCT, dont l'existence n'est pas prévue par le code du travail, ne donne pas droit à la protection (Cass. soc., 20 février 1991, n° 89-42.288, *Bull. civ.* V n° 85, X c./Sté Chantiers du Nord et de la Méditerranée ; Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 08-42.708, X c./La Poste).

1.3. *Les salariés détachés ou mis à disposition*

Le bénéfice de la protection est reconnu aux salariés détachés ou mis à disposition, lorsqu'ils détiennent un mandat de délégué du personnel acquis dans les conditions prévues par l'article L. 2314-18-1 du code du travail ou de représentant du personnel au CHSCT (sur cette possibilité de désignation au CHSCT, *cf.* Cass. soc., 14 décembre 1999, n° 98-60.629, *Bull. civ.* V n° 486, Sté Galeries Lafayette). Pour mémoire, ces salariés ne sont pas éligibles au comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice (code trav., art. L. 2324-17-1), mais conservent la possibilité d'être élus dans leur entreprise d'origine (Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-27.374, à paraître au bulletin, Sté Serca).

Cette protection s'applique lorsqu'il est mis fin au détachement ou à la mise à disposition avant le terme prévu, ou à l'arrivée de celui-ci lorsque l'entreprise utilisatrice s'est opposée à son renouvellement (*cf.* fiche 1a pour les fonctionnaires détachés ou mis à disposition auprès d'une entreprise privée).

1.4. *La candidature des salariés employés sous contrat à durée déterminée sans report du terme*

L'employeur doit saisir l'inspecteur du travail au moins un mois avant l'arrivée du terme du contrat (code trav., art. L. 2421-8). Pour bénéficier de la protection, le salarié doit donc se porter candidat avant le point de départ de ce délai d'un mois (Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-60.006, *Bull. civ.* V n° 176, X c./ Sté Savimex).

1.5. *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 avril 1988, n° 74.346, Sté Informatix, Rec. p. 140). Il en va de même en cas de non-renouvellement de l'autorisation de travail (Cass. soc., 10 octobre 1990, n° 88-43.683, *Bull. civ.* V n° 453, X c./Sté SFGS ; Cass. soc., 5 novembre 2009, n° 08-40.923, X c./Sté Mediapost).

2. Les conditions du droit à la protection

Le bénéfice de la protection s'apprécie au plus tard à la date d'engagement de la procédure de licenciement, nonobstant l'acquisition postérieure d'un mandat assorti d'une protection (CE, 23 décembre 2011, n° 338.607, Sté Lidl). Par analogie, dans le cas de la rupture conventionnelle, seule la protection existant à la date de convocation au premier entretien préparatoire 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 (Cass. soc., 12 février 2008, n° 06-44.121, *Bull. civ. V* n° 35, Sté Stul). 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., 15 juin 1994, n° 93-41.265, Sté Sodiva ; Cass. soc., 28 novembre 2006, n° 04-45.548, Association Jean Lachenaud). S'agissant du délégué syndical, l'absence de contestation dans le délai de quinze jours a toutefois pour effet de purger de tout vice cette désignation (code trav., art. L. 2143-8).

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, union départementale des syndicats de l'Indre CGT).

2.2. *Les litiges relatifs à l'imminence de candidature ou de désignation*

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^{er} décembre 1993, n° 92-40.072 *Bull. civ. V* n° 298, X c./association départementale des amis et parents d'enfants inadaptés de la Corrèze ; Cass. soc., 18 novembre 1998, n° 96-42.810, *Bull. civ. V* n° 508, X c./Sté Compagnie générale de prévoyance ; Cass. soc., 1^{er} mars 2005, n° 03-40.048, *Bull. civ. V* n° 75, X c./Sté Piéry). 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, Sté Bagelec).

Il est rappelé que cette protection bénéficie également, jusqu'à la date de dépôt des candidatures pour le deuxième tour, à un salarié ayant présenté sa candidature avant le premier tour des élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise sans étiquette syndicale (Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 04-47.426, *Bull. civ. V* n° 411, X c./Sté Septodont).

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, Sté Sodepa Speedy ; Cass. soc., 4 mars 1998, n° 95-41.838, X c./Sté Miko).

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 septembre 1989, n° 88-42.358, *Bull. civ. V* n° 541, syndicat du commerce CFDT des Ardennes).

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

En tout état de cause, l'ignorance alléguée, tant par l'employeur que par l'administration, de la qualité de conseiller prud'homme d'un salarié de l'entreprise ne le prive pas des garanties attachées à son statut, dès lors que les résultats ont été publiés au recueil des actes administratifs du département (en ce sens : CE, 9 mars 1983, n° 40.052, Durand, Rec. p. 887 ; CE, 13 déc. 2005, n° 277.748, Agence nationale pour l'insertion et la promotion des travailleurs d'outre-mer) ; dans le même sens : (Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-43.848, X c./ Sté Allo Télécom).

De même, la protection du conseiller du salarié court à compter du jour où cette liste est arrêtée dans le département par le préfet, en application de l'article D. 1232-5 du même code, indépendamment des formalités de publicité prévues par ce dernier texte (Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 08-45.227, *Bull. civ. V* n° 190, Sté Collin Graphic ; Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-41.173, *Bull. civ. V* n° 192, Sté Sedi). 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, Sté Virgin Stores ; Cass. soc., 19 janvier 2011, n° 10-13.972, X c./Sté Diac).

S'agissant des candidats aux élections de conseillers prud'hommes, la période de protection spéciale court à compter de la publication de la liste des candidatures ou, à l'instar du conseiller du salarié, de la date à laquelle l'employeur a eu connaissance de l'imminence de la candidature du salarié, si le salarié en rapporte la preuve, soit de la date de notification, par le mandataire de la liste, de la proposition de sa candidature, dans le cas où cette formalité a été effectivement accomplie (Cass. soc., 12 septembre 2007, n° 06-43.041, *Bull. civ. V* n° 126, Sté Ormont transports).

Toutefois, de façon générale, 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). Cette solution résulte d'une réserve d'interprétation explicitement posée par le Conseil constitutionnel, lequel avait été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur l'existence d'une atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions des articles L. 2411-1, 13^e alinéa, et L. 2411-18 et, par renvoi, l'article L. 2411-3 du code du travail, pour les membres du conseil ou les administrateurs d'une caisse de sécurité sociale.

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 (en ce sens : Cass. soc., 1^{er} mars 2005, n° 02-44.293, *Bull. civ. V* n° 74, Sté Digital sound) et des anciens représentants des salariés.

3. La fin du mandat et de la protection

3.1. *Les effets d'un changement dans la situation professionnelle du salarié protégé, protection du représentant des salariés dans une procédure collective*

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 janvier 1972, n° 71-40.194, *Bull. civ.* V n° 62, Didierjean ; Cass. crim., 4 octobre 1983, n° 82-92.919). Il en va différemment en cas de changement provisoire (Cass. soc., 11 mars 1982, n° 80-41.252, *Bull. civ.* V n° 164, Sté Entrepose).

De même, le mandat n'est pas remis en cause en cas de changement de catégorie professionnelle de son titulaire (code trav., art. L. 2324-24).

3.2. *La fin des mandats de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise*

Conséquence de la condition d'audience électorale posée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, le mandat de délégué syndical, dont la durée n'est pourtant pas limitée légalement, prend fin automatiquement à la date du premier tour des élections organisées pour le renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise, une nouvelle désignation devant intervenir après celui-ci, même si le salarié désigné exerçait déjà cette mission avant le nouveau scrutin (Cass. soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.435, *Bull. civ.* V n° 188, Syndicat national de personnels sédentaires des compagnies de navigation et connexes CGT ; Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-30.448, Sté ED). Auparavant, ce mandat était à durée indéterminée et ne prenait fin que par la démission du salarié ou la révocation du syndicat, laquelle peut intervenir à tout moment.

Il est donc fait application de la même règle que celle qui prévaut pour le représentant syndical au comité d'entreprise (Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.347, *Bull. civ.* V n° 58, Sté Swissport France).

3.3. *L'incidence des résultats électoraux pour le mandat de représentant de la section syndicale à fin des mandats de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise*

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 (code trav., art. L. 2142-1-1).

À l'instar de l'ancien délégué syndical, il bénéficie alors de la protection de douze mois prévue par l'article L. 2411-3 du code du travail s'il a exercé ses fonctions pendant au moins un an.

3.4. *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 (CE, 26 janvier 2011, n° 326.123, Société industrielle énergie) ne mettent par elles-mêmes fin au mandat des membres du comité d'entreprise, la suppression de celui-ci ne pouvant résulter que d'un accord entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives ou d'une autorisation délivrée par le DIRECCTE, dans les conditions définies par l'article L. 2322-7 du code du travail.

3.5. *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 (code com., art. L. 662-4 ; également : Cass. soc., 29 septembre 2009, n° 08-40.603, *Bull. civ.* V n° 197, Sté Central automobile de Lorraine).

Lorsque le représentant des salariés exerce les fonctions du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, la protection cesse au terme de la dernière audition ou consultation prévue par la procédure de redressement judiciaire (code com., art. L. 662-4 précité).

3.6. *Les conditions de validité de la prorogation des mandats*

Hormis la modification du terme du mandat des délégués du personnel pour assurer la simultanéité de l'élection avec celle du comité d'entreprise (code trav., art. L. 2314-6), la prorogation des mandats n'est admise que si elle résulte d'un accord conclu avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise (Cass. soc. 27 mai 1999, n° 98-60327, *Bull. civ.* V n° 241, X c./Sté SBI ; Cass. soc. 12 juillet 2006, n° 05-60.331, *Bull. civ.* V n° 259, Sté Banque des Antilles françaises), et non par une délibération de l'instance elle-même (Cass. soc., 12 mars 2003, n° 01-60.771, *Bull. civ.* V n° 96, Sté Inforsud Editique).

Cet accord, qui doit être écrit à peine de nullité (Cass. crim., n° 08-82.736, Sté Xerox SAS), doit intervenir avant le terme du mandat et ne saurait le faire revivre rétroactivement.

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 à laquelle il statue, il doit se déclarer incompétent.

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

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 janvier 1997, n° 154.728, Sté Melitta, Rec. p. 1106) et le salarié bénéficie alors de la protection attachée à ses anciennes fonctions.

3.8. *Les conséquences de la perte de son mandat de délégué du personnel pour le délégué du personnel 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 délégué du personnel comme délégué syndical (code trav., art. L. 2143-6). La cessation de la fonction de délégué du personnel entraînant dans ce cas celle de délégué syndical, il s'ensuit que la protection « post-mandat » est celle accordée aux délégués du personnel (six mois), et non la protection « post-mandat » de douze mois accordée aux délégués syndicaux ayant exercé cette fonction pendant au moins douze mois (Cass. soc., 24 octobre 2007, n° 06-40.477, Sté Cevède).

3.9. *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, Union générale des syndicats FO Vivendi et filiales, la Fédération des personnels des services publics et des services de santé FO et la Fédération nationale des bâtiments travaux publics bois céramique FO).

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

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

Si l'institution a été renouvelée, le délégué du personnel ou le membre du comité d'entreprise bénéficie de la protection de six mois attachée à sa qualité d'ancien élu (code 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 janvier 2009, n° 06-46.364, *Bull. civ.* V n° 8, X c./Sté Nextiraone France). En revanche, le délégué syndical doit être à nouveau désigné (Cass. soc., 24 janvier 1990, n° 89-60.004, *Bull. civ.* V n° 31, Sté industrielle d'arts graphiques ; Cass. soc., 22 janvier 2002, n° 00-60.356, *Bull. civ.* V n° 28, Stés Creadec et Tiltex).

Il en est de même en cas d'annulation d'une autorisation de transfert (Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-60.935, précité).

4. Les conséquences de l'annulation contentieuse du mandat sur le bénéfice de la protection

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

L'annulation de l'élection ou de la désignation 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°s 105.313 et 105.316, ministre du travail c./Huard de Jorna, Rec. p. 1215 ; CE, 7 oct. 2009, n° 322.581, M. Ouahrirou). 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 fév. 2007, n° 05-42.553, *Bull. civ.* V n° 36, Sté Orpéa ; Cass. soc., 4 mars 2009, n° 08-41.408, *Bull. civ.* V n° 63, X c./Centre René Gauducheau). Il en est de même de l'annulation d'une candidature (Cass. soc., 5 mai 2009 n° 07-45.004, Sté Sepur). En revanche, il ne peut pas prétendre ensuite au bénéfice de la protection accordée aux anciens représentants du personnel dans la mesure où il perd la qualité de salarié protégé à la date à laquelle le jugement d'annulation est prononcé (Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-42.015, *Bull. civ.* V n° 396, Fusalba).

S'agissant de l'annulation de l'élection de conseiller prud'homme, c'est à la date de la notification de l'arrêt statuant définitivement sur le pourvoi, qui a en l'espèce un caractère suspensif, que le salarié cesse ses fonctions, cette date marquant le point de départ de la protection « post-mandat » à laquelle il a droit (Cass. soc., 16 mars 2010, n° 08-44.094, *Bull. civ.* V n° 66, X c./Sté OGS).

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

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, mais dans ce cas le salarié concerné bénéficie, à compter de la date de l'annulation, de la protection « post-mandat » (Cass. soc., 2 déc. 2008, n° 07-41.832, *Bull. civ.* V n° 238, X c./Sté Motive).

5. L'expiration de la protection avant la décision administrative

L'employeur retrouve alors le droit de licencier le salarié sans autorisation de l'autorité administrative, qui n'est plus compétente pour autoriser ou refuser (Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-40.489, *Bull. civ.* V n° 197, X c./Sté Ensival-Moret Kestner ; Cass. soc., 13 mai 2008, n° 06-42.806, X c./Sté Medical Tubing).

La proximité du terme de la protection ne saurait pour autant le conduire 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, X c./SCP Guéroult-Wallut-Martin-Maulen-Bontoux ; Cass. soc., 27 juin 2007, n° 06-40.399, X. c./caisse régionale de crédit maritime de la Méditerranée ; Cass. soc., 8 juin 2011, n°s 10-11.933 et 10-13.663, à paraître au *Bulletin*, Sté Sopafom).

FICHE 5

LES PROCÉDURES LÉGALES OU CONVENTIONNELLES INTERNES À L'ENTREPRISE

1. Les vices de procédure communs quel que soit le motif de la demande

1.1. *Les vices de procédure affectant l'entretien préalable*

1.1.1. Les vices attachés aux modalités de convocation à l'entretien préalable

Si le salarié n'est pas convoqué, la procédure est substantiellement viciée (CE, 5 juin 1987, n° 69.014, société Hilti France ; CE, 11 juin 2007, n° 286.224, Budroni), sauf s'il refuse de se rendre à l'entretien (CE, 6 janv. 1992, n° 102.906, Faïenceries de Salin ; CE, 15 mai 1995, n° 148.320, société Cise-Réunion ; 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, Lasala).

La convocation à entretien préalable peut être adressée en LRAR ou remise en main propre contre décharge. Elle est toutefois regardée comme régulière dès lors que, même sans décharge, il est établi que le salarié a refusé de la recevoir (Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-13.574, X c./Bagelec). L'envoi d'une télécopie rend la procédure irrégulière (Cass. soc., 13 sept. 2006, n° 04-45.698, *Bull. civ.* V n° 267, Nicolas et a. c/société V. Fraas Paris). Néanmoins, un envoi par Chronopost (Cass. soc., 8 fév. 2011, n° 09-40.027, *Bull. civ.* V n° 45, M. Elmudesi) ou une remise par voie d'huissier (Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71.412, à paraître au *Bulletin*, Houpe) ne vicient 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, Nadia X ; CE, 20 mars 2009, n° 312.258, société Armor).

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, à paraître au *Bulletin*, X c./Sté Semitag). 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.

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.

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.

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, Sté Foncia Marchand TBI).

1.1.2. Les vices liés à l'omission de mentions obligatoires ou à des 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 l'entretien préalable n'a pas eu lieu et s'il pouvait exister un doute sur le lieu de convocation (CE, 28 sept. 2005, n° 266.023, Soinnie, Rec., p. 367).

L'absence de mention qu'un licenciement est envisagé vicie également la procédure de manière substantielle (CE, 12 oct. 1990, n° 99.640, Rec., p. 1016, Demoleon).

L'employeur n'est cependant pas tenu de mentionner dans la lettre convoquant le salarié à entretien préalable les griefs allégués à son encontre ou les motifs du licenciement envisagé (Cass. soc., 14 nov. 2000, n° 98-44.117, Demacedo ; Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.592, Bourgeade ; Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-40.103, Beaurain).

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 fév. 2001 n° 98-43.597, *Bull. civ. V* n° 44, M. Diepart). 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, à paraître au *Bulletin*, Creisker).

Lorsque l'entreprise (ou l'unité économique et sociale) ne dispose pas du tout d'institutions représentatives 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 devra être retenu (en dernier lieu, Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 09-40.695, Kovacevic).

L'employeur ne peut restreindre le choix du salarié quant au salarié l'assistant : le périmètre de choix est l'entreprise et toute personne exclue par l'employeur vicie la procédure (CE, 16 juin 1995, n° 145.728, Sarreguemines Bâtiment – pour avoir exclu des salariés visés par une même procédure disciplinaire le droit d'assister le salarié à un entretien préalable).

1.1.3. Les vices attachés au 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, société Cise-Réunion, précité).

L'entretien préalable doit précéder la consultation du comité d'entreprise (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 Équipement) sous peine d'irrégularité substantielle.

L'employeur ne peut se faire assister que d'une personne appartenant au personnel de l'entreprise. Ainsi ne peut-il par exemple pas être assisté d'un avocat, qui est une personne étrangère à l'entreprise (Cass. soc., 22 fév. 2006, n° 04-43.636, Lucquiaud).

Si l'employeur est assisté de plusieurs personnes, l'entretien préalable peut être regardé comme s'étant transformé en enquête, ce qui viciera la procédure (Cass. soc., 17 sept. 2008, n° 06-42.195, Tobia). L'assistance de l'employeur par un avocat (Cass. soc., 22 fév. 2006, n° 04-43.636, Luquiaud) ou par un huissier (Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71.412, à paraître au *Bulletin*, Houpe – précité) vicie substantiellement la procédure.

Si l'employeur se fait assister par un salarié de l'entreprise (en l'espèce, un délégué du personnel) alors qu'il existait un différend important entre ce salarié et le salarié visé par la mesure de licenciement, ce qui a porté atteinte à la liberté d'expression de ce dernier, l'entretien préalable a été détourné de son objet et la procédure apparaît irrégulière (Cass. soc., 21 juin 2011, n° 10-11.690, X c./Hôtel Negresco).

L'employeur ne peut pas se faire représenter par une personne étrangère à l'entreprise. Le président du groupe auquel appartient l'entreprise, qui ne saurait être considérée comme une personne étrangère à cette dernière, peut valablement conduire l'entretien préalable (Cass. soc. 6 mars 2007, n° 05-41.378, Cherpin). 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.

Dès lors que la convocation à entretien préalable précise les motifs conduisant l'employeur à envisager le licenciement du salarié et que ce dernier est donc en mesure de préparer cet entretien et de fournir des explications à son employeur sur les faits qui lui sont reprochés, aucun vice de procédure ne saurait être retenu au titre de l'absence de transmission au salarié de documents de nature à établir la réalité des motifs allégués (jugé en ce sens : CE, 17 oct. 2003, n° 247.701, Sté Smurfit Lembacel, pour l'absence de communication au salarié d'un rapport d'expertise commandé par l'employeur, dans le cadre d'un licenciement pour motif économique).

1.2. Les vices de procédure affectant la consultation du comité d'entreprise

1.2.1. Les vices « généraux » et intrinsèques aux prérogatives du comité d'entreprise

La convocation du salarié visé est obligatoire (CE, 18 octobre 1991, n° 83.934, Kaba). S'il est absent sans avoir été convoqué, la procédure est substantiellement viciée (jugé en ce sens : CAA Bordeaux, 20 mars 2008, n° 06BX01226, SA Tropotic).

L'absence du salarié ne vicie pas la procédure lorsque, quoique convoqué, il refuse de se rendre à la réunion (CE, 6 janvier 1992, n° 102.906 Faïenceries de Salin ; CAA Paris, 7 juin 2007, n° 06PA00051, Attijariwafa Bank Europe).

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 décembre 1991, n° 101.920, Moussu).

Si la convocation du salarié à la réunion a lieu le jour même de la réunion, il y a lieu de retenir un vice de procédure substantiel (jugé en ce sens : CAA Marseille 3 avr. 2008, n° 06MA00322, Association le clos du nid).

La convocation des suppléants et des représentants syndicaux au comité d'entreprise est obligatoire (CE, 12 avril 1999, nos 160.654 et 655, SA COS Champion ; CE, 3 octobre 2008, n° 306.430, société UPC France, *a contrario* : la composition du comité d'entreprise est d'ordre public mais l'autorisation de licenciement n'est pas entachée d'illégalité si les représentants syndicaux et les suppléants même non convoqués étaient présents, ce qui n'était pas le cas en l'espèce).

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 octobre 2008, n° 301.603, Sté Ferrero couleurs). 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 avril 2008, n° 06VE00431, Wandebrouck, pour le vice substantiel résultant du défaut de nouvelle convocation d'une représentante syndicale au comité d'entreprise ; CAA Nancy, 17 février 2011, n° 10NC00977, M^e Pâté).

La régularisation de la consultation du comité d'entreprise 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 mention d'un mandat devant le comité d'entreprise vicie substantiellement la procédure sauf quand ce dernier ne pouvait l'ignorer (CE, 2 oct. 1991, n° 105.749, Tellez).

Le licenciement du délégué syndical d'une entreprise de moins de 300 salariés, représentant syndical de droit au comité d'entreprise, est soumis à consultation du comité (jugé en ce sens : CAA Bordeaux, 3 avril 2008, n° 06BX00313, Mitjavila).

L'absence de respect du délai de trois jours entre la convocation du comité d'entreprise et la réunion n'entache pas la procédure d'irrégularité sauf si le comité d'entreprise n'a pu rendre son avis en connaissance de cause (CE, 7 novembre 1990, n° 105.026, Sté d'exploitation des établissements généraux de mécanique de l'Ouest). À titre d'illustrations, un représentant du personnel visé par la mesure de licenciement, ayant reçu sa convocation deux jours avant la tenue de la réunion, a disposé d'un délai suffisant (CE, 7 fév. 1992, n° 116.346, Fusco – convocation comme membre de l'institution une semaine avant). Mais un salarié visé par une mesure de licenciement, informé de la réunion du comité d'entreprise la veille de celle-ci et n'ayant reçu sa convocation qu'une fois la réunion passée, n'a pas eu le temps de préparer sa défense (jugé en ce sens : CAA Lyon, 29 nov. 2005, n° 03LY00663, Sté transports Benoît).

Une nouvelle consultation du comité d'entreprise s'impose lorsque le salarié protégé acquiert un nouveau mandat requérant la consultation de l'institution avant la décision de l'inspecteur du travail ou, le cas échéant, du ministre (CE, 25 mai 1988, n° 82.307, Gausson ; CAA Douai, 6 nov. 2003, n° 00DA00598, AFPA ; CAA Versailles, 31 mars 2009, n° 06VE00165, CTVMI ; CE, 9 fév. 2011, n° 329.471, Télélanguage – pour le cas d'un représentant syndical au comité d'établissement ayant acquis un mandat de représentant syndical au comité central d'entreprise).

Si l'absence de consultation du comité d'entreprise 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 ou s'il ne justifie pas de l'impossibilité d'organiser lesdites élections avant de saisir l'inspecteur du travail (pour le cas particulier de la consultation du comité d'entreprise au titre de ses attributions générales en matière de procédure de licenciement pour motif économique, *cf. infra*).

1.2.2. Les vices ayant trait aux modalités de vote et au sens du vote

1.2.2.1 Qui vote ?

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

Le vote d'un directeur régional de site en qualité de membre élu du comité et non en qualité de représentant de l'employeur ne vicie pas la procédure (jugé en ce sens : CAA Bordeaux, 15 mars 2001, n° 98BX0069, Guegano).

Le vote, défavorable, émis par les seuls représentants syndicaux au comité d'entreprise ne vicie pas la procédure dès lors que tous les membres du comité d'entreprise ont été régulièrement convoqués (jugé en ce sens : CAA Bordeaux, 8 avril 2004, n° 02BX01099, Cherre).

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 novembre 1999, n° 96BX32214, Sodexho Guyane). Il ne saurait de même interdire au membre titulaire du comité d'entreprise de voter sur son propre projet de licenciement.

1.2.2.2. Comment vote-t-on ?

La participation de l'employeur au vote ne vicie la procédure que s'il en a influencé le sens (CE, 31 octobre 1990, n° 82.488, Escobois). Un vote distinct doit être organisé pour chaque salarié protégé concerné (CE, 2 février 1996, n° 121.880, Cornut) mais il n'y a pas de vice de procédure si le vote collectif émis est défavorable au licenciement (CE 30 avril 1997, n° 155.294, Gambier ; CAA Paris, 22 novembre 2000, n° 99PA02333, Société Samatra).

Conformément à l'article R. 2421-9 du code du travail, un vote émis à main levée constitue un vice de procédure substantiel s'il est favorable au licenciement (CE, 2 février 1996, n° 121.880, Cornut, précité ; également jugé en ce sens : CAA Bordeaux, 16 juillet 2007, n° 04BX00642, Toupargel surgelés ; CAA Paris, 15 décembre 1998, n° 97PA00296, Montre Services ; TA Versailles, 22 mai 2008, n° 060683, Toulouse) et ce, même si le comité d'entreprise lui-même s'est prononcé en faveur d'un vote à main levée (Cass. crim. 18 octobre 1983, n° 83-90.419, *Bull. crim.* n° 255). Il n'y a cependant pas de vice substantiel si l'avis émis est défavorable au licenciement (CE, 22 mars 1991, n° 84.280, Gedial ; CE, 30 avril 1997, n° 155.294 Gambier – précité).

Un vote par télécopie avant la réunion vicie la procédure sauf si les avis sont décomptés des suffrages valablement exprimés lors de ladite réunion pour connaître le sens de l'avis du comité d'entreprise (jugé en ce sens : CAA Bordeaux, 15 mars 2001, n° 98BX00659, Guegano).

Le vote à bulletins secrets étant requis, un avis favorable au licenciement émis par les membres du comité d'entreprise par visioconférence est irrégulier (CE, 26 octobre 2011, n° 10-20.918, à paraître au *Bulletin*, L'Oréal, *a contrario*).

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. À défaut de tels éléments, et si le vote émis n'est pas clairement défavorable à la mesure projetée, la procédure de consultation est substantiellement viciée (CE, 26 octobre 2011, n° 335.755, Total).

1.2.3. Divers

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. À défaut de tels éléments, et si le vote émis n'est pas clairement défavorable à la mesure projetée, la procédure de consultation est substantiellement viciée (CE, 26 octobre 2011, n° 335.755, Total).

Le procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise doit être transmis au plus tard au moment où l'inspecteur du travail prend sa décision (jugé en ce sens : CAA Paris, 21 septembre 1999, n° 97PA03315, Mvondo, *a contrario* ; CAA Paris, 1^{er} février 2006, n° 02PA01278, Heribi).

La mention erronée de l'avis favorable du comité sur le procès-verbal envoyé à l'administration n'est pas de nature en 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 comité d'entreprise (CE, 12 juil. 1995, n° 154.219, Dondi).

1.3. Le lien entre l'entretien préalable et la consultation du comité d'entreprise

Un délai suffisant entre les deux événements est nécessaire pour que le salarié puisse préparer son audition (jugé en ce sens : CAA Lyon, 15 novembre 1999, n° 99LY01346, Grands magasins Lafayette).

Si le salarié est convoqué le même jour à l'entretien préalable et à la réunion du comité d'entreprise, il n'y a pas de vice de procédure substantiel s'il 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).

Si la convocation du comité d'entreprise 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 décembre 2009, n° 327.032, Lutman c./Sté Selpro).

2. Les vices supplémentaires spécifiques au licenciement inhérent à la personne du salarié

2.1. Faute

Si la convocation du comité d'entreprise 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 décembre 2009, n° 327.032, Lutman c./Sté Selpro).

Chaque grief doit être débattu lors de l'entretien préalable. Si l'autorisation est fondée sur un grief non débattu, la décision d'autorisation de licenciement délivrée par l'inspecteur du travail est illégale (CE, 9 mars 2008, n° 289.433, Coette).

Les mêmes griefs doivent également être présentés et débattus devant le comité d'entreprise sous peine de ne pouvoir être retenus à l'appui de la demande.

En cas de mise à pied, les délais du code du travail ne sont pas prescrits à peine de nullité sauf s'ils apparaissent excessifs (CE, 23 août 2006, n° 278.221, lycée agricole Tricastin-Baronnies – 19 jours pour un délai de saisine de l'inspecteur du travail de 8 jours en l'absence de comité d'entreprise ; CE, 13 novembre 1991, n° 82.787, Compagnie commerciale des Antilles françaises – 28 jours pour un délai de 48 heures entre la consultation du comité d'entreprise et la saisine de l'inspecteur du travail). À cet égard, un délai de 8 jours entre la consultation du comité d'entreprise et la saisine de l'inspecteur du travail en méconnaissance du délai de 48 heures prévu par les articles R. 2421-6 et R. 2421-14 du code du travail n'a cependant pas été regardé comme excessif lorsque pendant la durée de la procédure, la rémunération du salarié avait été maintenue (jugé en ce sens : CAA Marseille, 10 avril 2012, n° 10MA01947, X c./AFDAIM).

2.2. Inaptitude

Deux semaines doivent s'écouler entre les deux examens sauf en cas de danger grave et imminent reconnu expressément par le médecin du travail, auquel cas cette mention doit figurer en plus du visa à l'article L. 4624-21 du code du travail (*cf.* fiche 10).

Pour les irrégularités affectant la procédure de consultation des délégués du personnel telle que visée à l'article L. 1226-10, il y a lieu de se référer à la fiche 10.

Si l'employeur se trouve dans l'impossibilité de proposer un poste de reclassement au salarié déclaré inapte, il doit, conformément à l'article L. 1226-12 du code du travail, lui faire connaître par écrit les motifs qui s'opposent à son reclassement avant de le convoquer à l'entretien préalable, à défaut la procédure est substantiellement viciée (Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 07-40.319, Petrovic ; Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-43.085, Ceus ; CAA Lyon, 13 octobre 2009, n° 07LY02936, Mora c./Société SFS Intec). Cette obligation ne s'impose que lorsqu'aucune proposition de reclassement n'a pu être formulée et non pas lorsque le salarié a refusé une offre (CE, 22 avril 1992, n° 96.412, Bettache ; CAA Nancy, 1^{er} octobre 2007, n° 06NC00951, Delgrange c/ADIJ).

3. Les vices supplémentaires spécifiques à une procédure de licenciement pour motif économique

3.1. Les vices affectant l'entretien préalable

L'entretien préalable est obligatoire même lors d'un licenciement pour motif économique de plus de dix salariés (CE, 28 septembre 2005, n° 266.023 Soinne, Rec., p. 367, précité ; CE, 7 déc. 2005, n° 270.590, Muller ; CE, 11 juin 2007, n° 286.224, Budroni, précité), y compris en cas de rupture amiable.

3.2. Les vices affectant la consultation du comité d'entreprise

Si la procédure générale de consultation n'a pas pu être suivie parce que le comité d'entreprise 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 si l'employeur ne justifie pas soit d'un procès-verbal de carence (code trav., art. L. 1235-15) soit de l'impossibilité d'accomplir ces formalités dans des circonstances ne lui incombant pas (CE, 26 janvier 2011, n° 326.123, M^e Theeten).

La consultation spécifique du comité d'entreprise sur le projet de licenciement du salarié protégé ne dispense pas l'employeur de consulter également cette instance sur le projet de réorganisation ou de licenciement économique envisagé (CE, 8 janvier 1997, n° 154.728, Melitta).

La consultation du comité d'entreprise 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 être contrôlée (CE, 26 janvier 2011, n° 326.123, M^e Theeten, précité). Le comité d'entreprise doit notamment avoir reçu avant la réunion portant sur le projet de licenciement économique, tous éléments d'informations nécessaires sur le plan de sauvegarde de l'emploi. À défaut la procédure est substantiellement viciée (jugé en ce sens : CAA Paris, 1^{er} mars 2010, n° 06PA03888, Segui).

Le comité d'entreprise doit être consulté sur les critères d'ordre des licenciements ; à défaut la procédure interne est substantiellement viciée (jugé en ce sens : CAA Paris, 27 mars 1999, n° 97PA00800, Serree SA).

Le comité d'entreprise doit être informé des possibilités de reclassement du salarié protégé sur le licenciement duquel il est amené à se prononcer ; à défaut l'autorisation de licenciement est illégale (CE, 24 janvier 1982, n° 17.873, Établissements Foulon ; également jugé en ce sens : CAA Lyon, 30 juillet 2009, n° 06LY02532, Bonfort).

4. Les vices spécifiques aux autres motifs de saisine de l'inspecteur du travail

4.1. 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) ainsi que, par voie de conséquence, la consultation du comité d'entreprise lorsque le salarié est détenteur d'une protection nécessitant une telle consultation.

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

4.2. 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 d'entreprise sur l'opération de transfert elle-même (jugé en ce sens : CAA Paris, 5 avril 2012, n° 10PA04976, Sté Quadriga).

4.3. Rupture conventionnelle

Si le délai de rétractation de 15 jours avant la présentation de la demande à l'inspecteur du travail ne s'est pas écoulé, la procédure interne est substantiellement viciée et l'inspecteur du travail est tenu de refuser la rupture sollicitée.

5. Procédure conventionnelle

Depuis la décision du Conseil d'État 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.

Ainsi, à titre d'exemple, si l'employeur est lié par la hiérarchie des sanctions présente dans la convention collective (exemple : si trois avertissements sont nécessaires avant la mise en œuvre d'une procédure de licenciement), l'administration doit vérifier les conditions préalables à sa saisine découlant de la mise en œuvre de la disposition conventionnelle concernée.

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

La consultation d'une commission paritaire sur les possibilités de reclassement externe ne constitue pas en tant que tel un élément de contrôle au titre de la procédure interne mais relève de l'appréciation des efforts de reclassement (*cf.* fiche 7b).

FICHE 6

LE MOTIF DISCIPLINAIRE

1. Les vérifications préalables à l'examen de la réalité et de l'imputabilité des faits

1.1. *L'inspecteur du travail doit vérifier la pertinence de la qualification disciplinaire*

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 juillet 2000, n° 97-44.846 et 98-44.959, *Bull. civ.* V n° 263, Maury c./Sté Sovab ; CE, 15 décembre 2010, n° 316.856, Renault c./Sté Onyx Est).

Une demande qui relèverait d'un autre cadre (faits survenus à l'occasion de l'exercice d'un mandat représentatif ou comportement extraprofessionnel incompatible avec les fonctions exercées par le salarié ou occasionnant un trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise ou encore d'une insuffisance professionnelle ne relèvera pas du contrôle d'un motif disciplinaire (*cf. infra* et fiche 9). Tel est notamment le cas des actes commis dans l'exercice des mandats (*cf. infra*).

Par exception à ce principe, les actes fautifs commis au cours d'une grève licite relèvent néanmoins du motif disciplinaire et leurs auteurs peuvent être licenciés en cas de faute lourde (code travail, art. L. 2511-1 ; voir notamment Cass. soc., 4 novembre 1992, n° 90-41.899, *Bull. civ.* V n° 529, Cherki c./Sté France glaces Findus ; CE, 22 février 2007, n° 282.724, Sanz).

1.2. *L'inspecteur du travail doit vérifier que les faits ne sont pas prescrits*

1.2.1. 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. C'est la date d'envoi de la convocation à l'entretien préalable qui constitue l'engagement des poursuites disciplinaires (CE, 12 février 1990, n° 88.256, Oberlander, Rec. p. 1016) ou la date du prononcé d'une mise à pied conservatoire (Cass. soc., 13 janvier 1993, n° 90-45.046, X c./Sté Aubine).

Dès lors qu'un fait fautif a été commis plus de deux mois avant l'engagement des poursuites disciplinaires, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve qu'il n'a eu connaissance exacte de la réalité, la nature et de l'ampleur dudit fait que dans les deux mois ayant précédé l'engagement de ces poursuites.

Au-delà de ce délai, ce fait ne peut plus à lui seul fonder l'engagement d'une procédure disciplinaire à l'encontre du salarié, sauf si le fait a donné lieu, dans le même délai, à l'exercice de poursuites pénales.

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. À défaut, aucun des autres faits invoqués ne pourra être retenu à l'encontre du salarié.

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 décembre 2011, n° 155.555, collègue libre de Jully), soit à celle de la victime par voie de citation directe ou de plainte avec constitution de partie civile (CE, 5 décembre 2011, collègue libre de Jully, précité ; Cass. soc. 12 janvier 1999, n° 98-40.020, *Bull. civ.* V n° 8, Meloni c./Sté Aubry).

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 février 1990, Oberlander, précité).

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.

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

Le délai de prescription court à compter de la date à laquelle l'information est parvenue à l'employeur, en la personne du représentant légal de l'entreprise investi du pouvoir disciplinaire ou du représentant de ce dernier ayant qualité pour prendre l'initiative d'une action disciplinaire (CE, 9 mars 2005, n° 253.458, Sté CGEA-Onyx).

Lorsque ce dernier, 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 ladite 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, Sté Mona Lisa Investissements). 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 novembre 2006, n° 04-47.683, *Bull. civ.* V n° 325, *Andres c./Sté La Mutualité de la Loire*, ; Cass. soc., 23 novembre 2010, n° 09-40.638, *Sté Trane c./Tressères* ; CE, 5 mai 2010, n° 325.726, *Sté Mona Lisa Investissements*, précité).

1.2.3. 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., 13 juillet 1993, n° 91-42.964, *Bull. civ.* V n° 202, *Sté Établissements Gastaldi c./Medon* ; Cass. soc., 9 octobre 2001, n° 99-41.217, *Bull. civ.* V n° 304, *Wartelle c./Association Aide aux mères de famille*).

1.2.4. L'incidence de l'annulation de la sanction par le juge pour vice de procédure

Si une première sanction est annulée par le juge administratif pour défaut d'entretien préalable, la procédure est réputée n'avoir jamais été engagée et le délai de deux mois ayant continué à courir, les faits se trouvent prescrits : l'employeur ne peut plus prendre une nouvelle sanction concernant ces faits (*cf.* fiche 22).

1.3. *L'inspecteur du travail doit vérifier le caractère sanctionnable des faits et que les faits n'ont pas déjà été sanctionnés*

1.3.1. Le caractère sanctionnable des faits

Est considéré comme fautif tout comportement du salarié ne correspondant pas à l'exécution normale de la relation contractuelle, et qui se manifeste par un acte positif ou une abstention de nature volontaire.

Cette définition exclut donc, outre les comportements extérieurs à l'exécution du contrat de travail et se rapportant notamment à la vie personnelle ou à l'exercice d'une fonction représentative (*cf. infra*), 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 (code 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, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (code trav., art. L. 1161-1) ;
- le fait d'avoir relaté ou témoigné d'agissements de harcèlement sexuel (code trav., art. L. 1153-3) ou de harcèlement moral (code trav., art. L. 1152-2) ;
- 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 (code action sociale et familles, art. L. 313-24) ;
- les opinions émises dans le cadre du droit à la liberté d'expression (Cass. soc., 5 mai 1993, n° 90-45.893, *Balandine c./ASSEDIC des Hauts-de-Seine*) ;
- le droit de retrait en cas de situation de danger grave et imminent (code trav., art. L. 4131-1 et s.) ;
- l'exercice légal du droit de grève (code 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.

1.3.2. Les fautes déjà sanctionnées

Un même fait ne peut donner lieu à deux sanctions (Cass. soc., 25 mai 2004, n° 02-44.272, *Cachacou c./Sté Teleco*).

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, *Sté Mediance c./X* ; dans le même sens : Cass. soc., 1^{er} décembre 2010, n° 09-41.693, *Sté Panofrance Nord c./Barane*).

De même, 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 un avertissement pour seulement certains d'entre eux (Cass. soc., 16 mars 2010, n° 08-43.057, *Association Sainte-Anne c./X* ; dans le même sens : Cass. soc., 22 mars 2011, n° 10-12.041, *Gisbert c./Thetiot* ; Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-73.007, *supermarchés Match*).

1.4. *L'inspecteur du travail doit vérifier le respect de la procédure conventionnelle ou statutaire*

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).

À l'instar de la solution retenue par la Cour de cassation pour l'appréciation de la cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 3 décembre 2002, n° 00-46.055, *Bull. civ.* V n° 362, *Caisse de mutualité sociale agricole du Loiret*), 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.

2. L'examen de la réalité et de l'imputabilité des faits

2.1. L'établissement de la preuve

L'employeur doit établir la matérialité des faits reprochés (CE, 21 décembre 1994, n° 127.898, Sté lyonnaise de banque). 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 mai 2002, n° 220.907, Bernadac c./AISMT), autres que ses seules allégations (CE, 22 mars 2010, n° 324.398, Sté CTP Prêt à partir).

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

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 novembre 2009, n° 08-40.924, Siuli c./Association l'Accueil).

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.

2.2. La licéité des modes de preuve

Un dispositif de contrôle ne peut valablement être institué dans l'entreprise que s'il a été porté préalablement à la connaissance des salariés. À défaut, il s'apparente à un procédé déloyal qui ne saurait constituer un mode de preuve. Par ailleurs, l'employeur doit informer et consulter le comité d'entreprise, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise des moyens ou techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés (code trav., art. L. 2323-32).

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 avril 2006, n° 04-43.582, *Bull. civ. V* n° 145, Sté Argedis c./Audin).

2.2.1. 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 novembre 2002, n° 00-42.401, *Bull. civ. V* n° 352, X c./Sté Lederlé).

2.2.2. 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 février 2009, n° 07-42.068, *Bull. civ. V* n° 40, X c./Sté industrielle des oléagineux), sauf circonstances exceptionnelles (Cass. soc., 3 avril 2001, n° 98-45.818, *Bull. civ. V* n° 115, X c./Sté M6 : alertes à la bombe se produisant au cours d'une période marquée par une série des attentats dans Paris).

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 décembre 2001, n° 99-43.030, *Bull. civ. V* n° 377, X c./Sté Bianchi). 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, Sté Laboratoires Clarins).

2.2.3. L'accès aux documents 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. 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 octobre 2006, n° 04-48.025, *Bull. civ. V* n° 308, X c./Sté Techni-soft).

2.2.3.1. Les fichiers informatiques personnels

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° 377, X. c./Sté Cathnet-Science).

Toutefois, le respect de la vie privée ne constitue pas en lui-même, un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées (Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229, *Bull. civ.* V n° 129, X c./Sté Mediasystem).

2.2.3.2. 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 juillet 2008, n° 06-45.800, *Bull. civ.* V n° 150, X. c./Sté Entreprise Martin).

2.2.3.3. Les messageries et correspondances

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 octobre 2001, n° 99-42.942, *Bull. civ.* V n° 291, Sté Nikon). Ainsi, les messages personnels expressément identifiés comme tels dans leur objet ne peuvent constituer un moyen de preuve.

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 octobre 2004, n° 02-40.392, *Bull. civ.* V n° 245, X c./Sté Sulzer orthopédie Celior). 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, Sté Datacep).

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 juillet 2011, n° 10-17.284, Sté Gan Assurances).

2.2.4. 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 novembre 1991, n° 88-43.120, *Bull. civ.* V n° 519, Néocel).

La mise en place d'un système de vidéosurveillance des salariés doit être proportionnée au but recherché : ainsi, ne répond pas à cette exigence un dispositif destiné à lutter contre le vol dans des magasins de prêt-à-porter, les caméras filmant en continu des salariés à leur poste dans des lieux où aucune marchandise n'est stockée ainsi que dans des lieux fermés au public tels que couloirs, réserves et ateliers de création. (Délib. CNIL, 16 avril 2009, n° 2009-201 ; cf. également fiche pratique CNIL du 21 juin 2012 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 comité d'entreprise, 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 janvier 2001, n° 98-44.290 *Bull. civ.* V n° 28, X c./Sté Italexpress) ou que le personnel n'y avait pas accès (Cass. soc., 19 avril 2005, n° 02-46.295, *Bull. civ.* V n° 141, X c./Sté Immodef). 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 janvier 2012, n° 10-23.482, à paraître au *Bulletin*, X c./Sté TFN).

Constitue un moyen de preuve licite l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits 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, SCP Laville-Aragon).

2.2.5. 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, Pisoni c./Sté Pisoni ; Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937, *Bull. civ.* V n° 168, Aymard c./Cabinet Regimbeau).

En revanche, les écoutes et enregistrements ne peuvent être réalisés qu'en cas de nécessité reconnue et doivent être proportionnés aux objectifs poursuivis (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, Dujardin c./Sté Instinct France).

2.2.6. La géolocalisation

L'usage de dispositifs destinés à localiser les véhicules automobiles utilisés par les salariés trouve sa justification dans les cas suivants (Délib. CNIL n° 2006-066 du 16 mars 2006) :

- un impératif de sûreté ou de sécurité de l'employé lui-même ou des marchandises ou véhicules dont il a la charge ;

- une meilleure allocation des moyens pour des prestations à accomplir en des lieux dispersés ;
- le suivi et la facturation d'une prestation ;
- le suivi du temps de travail, lorsque ce suivi ne peut être réalisé par d'autres moyens.

Le responsable du traitement ne doit pas collecter des données relatives à la localisation d'un employé en dehors des horaires de travail de ce dernier. C'est pourquoi la Commission nationale de l'informatique et des libertés recommande que les employés aient la possibilité de désactiver la fonction de géolocalisation des véhicules à l'issue de leur temps de travail lorsque ces véhicules peuvent être utilisés à des fins privées (Délib. CNIL n° 2006-066 du 16 mars 2006, précitée). Il y a donc lieu de considérer que la localisation d'un salarié par ce procédé en dehors des horaires de travail ne saurait constituer un moyen de preuve licite.

En tout état de cause, un système de géolocalisation ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, et portées à la connaissance des salariés (Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, à paraître au *Bulletin*, Sté Moreau incendie c./X).

2.2.7. 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 (code trav., art. L. 1121-1). Il ne peut donc être systématique ni concerner l'ensemble du personnel, et il doit avoir pour but de prévenir et de faire cesser une situation dangereuse et non de permettre à l'employeur de constater par ce moyen une éventuelle faute disciplinaire (Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878, *Bull. civ.* V n° 176, Sté Piani ; Cass. soc., 24 février 2004, n° 01-47.000, *Bull. civ.* V n° 60, Sté Charvet). Il doit en outre 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 (arrêts Cass. soc., 22 mai 2002 et 24 février 2004 précités ; décision CE, 12 novembre 1990, n° 960721, Compagnie de signaux et d'Entreprises électriques).

Sont notamment visés les postes faisant appel à un véhicule, un engin de manutention, des machines dangereuses ou des produits dangereux et pour lesquels l'imprégnation alcoolique peut constituer un risque pour le salarié, ses collègues ou des tiers.

Le salarié qui refuse de se conformer au contrôle d'alcoolémie, sous réserve des conditions de validité de mise en place du contrôle par le règlement intérieur, peut donc être sanctionné sur le fondement des dispositions de l'article L. 4122-1 du code du travail. 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 juillet 1988, n° 960721, Comptoir Lyon Alemand Louyot).

2.2.8. Le contrôle de la consommation de drogues

Les mêmes règles (finalité de prévention d'une situation dangereuse, application limitée aux salariés occupant des postes à risques, définition du champ et des modalités du contrôle et des possibilités de contestation dans le règlement intérieur ou une note de service spécifique) s'appliquent au contrôle inopiné sur le lieu de travail (code trav., art. L. 1121-1 ; cf. également avis n° 114 du Conseil consultatif national d'éthique, 5 mai 2011).

Par ailleurs, si l'employeur peut exiger une visite auprès du médecin du travail (code trav., art. R. 4624-18), seul ce dernier peut décider de l'opportunité d'un dépistage biologique de la consommation de drogues illicites, par l'utilisation d'un test salivaire ou d'un autre examen. L'employeur n'est alors informé que de l'aptitude médicale du salarié à son poste de travail.

2.2.9. Les pièces communiquées à l'inspecteur du travail et couvertes par le secret de l'instruction

L'inspecteur du travail ne peut légalement se fonder sur des pièces produites en violation du secret de l'instruction. En effet, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète et ce secret lie toute personne qui y concourt (code 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 (code proc. pén., art. 114).

Si des pièces peuvent contenir des éléments de fait déterminants pour apprécier la matérialité des faits reprochés au salarié et leur gravité sont couvertes par le secret de l'instruction, l'autorité administrative devra 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^e, 7 janvier 2010, n° 08-14.378, *Bull. civ.* II n° 3, Stés Nippon Insurance Company of Europe Ltd et Mitsui Sumitomo Insurance Company Ltd).

2.3. L'imputabilité des faits

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, Benamsili c./Sté PCM 4). Il n'appartient pas au salarié mis en cause de prouver qu'il n'en est pas l'auteur (CE, 3 octobre 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 janvier 1986, n° 55.625, Sté Brossette ; CE, 9 novembre 1994 n° 140.476, Arab).

2.4. Le doute

Si un doute subsiste, il profite au salarié. Ce principe qui résulte tant des dispositions sur le droit disciplinaire (code trav., art. L. 1333-1) que de celles relatives au licenciement (code trav., art. L. 1235-1) s'applique lorsque l'existence d'un doute concerne la réalité ou l'imputabilité des faits (CE, 21 décembre 1994, n° 127.898, Sté Lyonnaise de banque).

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 octobre 2008, n° 308.046, précité).

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).

2.5. 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.

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.

Cette règle s'applique :

- en cas de jugement de condamnation (CE, 18 février 1987, n° 76.577, Champignonnières de Chantilly-Gouvieux ; CE, 29 décembre 1993, n° 112.351, Pilorget ; CE, 27 juin 2001, n° 202.701, SARL des câbleries Lapp ; CE, 22 février 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, précité ; sur la notion de gravité suffisante, *cf. infra*) ;
- 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).

En revanche, la même autorité ne saurait s'attacher aux motifs d'un jugement de relaxe tiré de ce que les faits reprochés ne sont pas établis ou de ce qu'un doute subsiste sur leur réalité (CE, 16 octobre 1992, n° 105.773, Hubeaux). Dans ce cas, il appartient à l'administration de se forger son opinion sur les faits en appréciant s'ils sont suffisamment établis et dans l'affirmative, s'ils sont suffisamment graves pour justifier un licenciement.

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 novembre 2001, n° 99-45.756, X c./Sté Les services associés) ;
- le rappel à la loi par celui-ci (Cass. soc., 21 mai 2008, n° 06-44.948, *Bull. civ.* V n° 107, Sté Frigoccasion c./X) ;
- l'ordonnance de non-lieu (CE, 7 mai 1997, n° 159.430, Nicolai ; Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-42.016, Sté Enci c./X).

Toutefois, même dépourvus 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.

3. La gravité des faits

3.1. 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'État, 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).

3.1.1. 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 (Cass. soc., 4 novembre 1988, n° 85-45.112, *Bull. civ.* V n° 565, X c./Sté AGF Transport Location ; Cass. soc., 9 novembre 2010, n° 08-42.582, Sté Blanchon).

3.1.2. 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 (*cf.* fiche 18).

3.2. 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.

3.2.1. 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 (traitements médicaux, encadrement de personne vulnérables ; *cf.* en ce sens : CE, 20 août 1987, n° 70.132, Aguerre ; CE, 11 juin 1991, n° 101.920, Moussu).

3.2.2. 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 (*cf.* dans ce sens : CE, 15 juin 1987, n° 75.505, Sté Impression et publicité ; Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 05-45.360, Sté Bassieux ; Cass. soc., 24 janvier 2008, n° 06-42.990, *Bull. civ.* V n° 152, Compagnie générale de la chaussure ; CAA Lyon, 3 juillet 2001, n° 01LY00593, Sté Cariane Auvergne).

L'existence de tolérances et usages (par exemple : l'emprunt ou la récupération de matériels), dès qu'elle a pu être matériellement établie, constitue un autre facteur d'appréciation : l'employeur qui s'est accommodé de comportements de ses salariés et qui entend y mettre fin, ne peut invoquer le comportement fautif du salarié à l'appui de la demande d'autorisation de licenciement que s'il en a préalablement avisé le salarié et que celui-ci, bien que prévenu, n'en a pas tenu compte (Cass. soc., 22 février 1995, n° 93-43.331, Provost ; Cass. soc., 18 octobre 1994, n° 93-40.562, X c./SARL Auberge de France).

3.2.3. Le contexte de l'entreprise

Un climat social tendu (CE, 13 novembre 1987, n° 68.104, Fonderies et aciéries électriques de Feurs, Rec. p. 369 ; CE, 22 octobre 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 février 1987, n° 85-44.152 et 85-44.748, Sté Transrol SKF ; Cass. soc., 16 février 1987, n° 84-41.065, *Bull. civ.* V n° 79, X c./Établissements Trouillet ; Cass. soc., 11 mai 1988, n° 85-43.804, Sté Générale de restauration).

3.2.4. La situation particulière du salarié

Des éléments tels que la position hiérarchique du salarié, 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. À 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.

3.2.5. 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 avril 1988, n° 69.763, Dailedouze ; CE, 22 janvier 1996, n° 119.127, Mme Guilbert ; CE, 20 mai 2005, n° 264.553, Association Pyrene Plus ; CAA Nantes, 25 avril 2002, n° 98NT00530, X c./Sté Prisunic exploitation) sont de nature à influencer sur l'appréciation des faits.

Toutefois, 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.

3.2.6. 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, Établissements Jean Valette). Le même raisonnement vaut *a contrario* lorsque le préjudice subi s'avère limité (*cf.* pour des vols de faible valeur : CE, 11 février 1998, n° 170.969, Sté Monoprix, Rec. p. 1203 ; CE, 30 décembre 2003 n° 230.307, Sté France Printemps ; dans le même sens : Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 10-16.649, à paraître au *Bulletin*, X c./Menuiseries du Havre de vie).

3.2.7. L'existence de clauses d'un règlement intérieur

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 juillet 1993, n° 134.565, Berard, pour l'interdiction d'introduire des personnes étrangères dans l'entreprise pour des motifs sans rapport avec les nécessités du service ; dans le même sens : CE, 29 novembre 1993, n° 110.729, Sté SGENC Armatures).

En revanche, il y a lieu de tenir compte des dispositions du règlement intérieur prévoyant une gradation précise des sanctions et restreignant les conditions dans lesquelles un licenciement peut être prononcé (*cf.* dans ce sens Cass. soc., 13 octobre 1993, n° 92-40.474, *Bull. civ.* V n° 231, X c./Sté Marnier Lapostolle, et Cass. soc., 17 décembre 1997, n° 94-43.237, *Bull. civ.* V n° 453, X c./Association pour les enfants et adultes inadaptés).

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

4. Le contrôle des faits commis en dehors de l'exécution du contrat de travail

4.1. Le champ d'application

Des faits commis en dehors du temps de travail ne peuvent justifier un licenciement pour faute sauf s'ils se rattachent à la vie professionnelle du salarié.

Tel est notamment le cas :

- des agissements tenant à la vie personnelle ;
- des faits commis dans l'exercice des fonctions représentatives.

Toutefois, 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 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.

4.1.1. 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 (code 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, il 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., 22 janvier 1992, n° 90-42.517, *Bull. civ.* V n° 30, X c./Sté Robuchon).

Estimant qu'il s'agissait de faits devant être regardés comme relevant de la vie personnelle, la Cour de cassation a écarté l'existence d'une faute notamment :

- pour un salarié ayant volé des enjoliveurs sur le véhicule d'un collègue garé à l'extérieur de l'entreprise (Cass. soc., 19 sept. 2007, n° 05-45-924, Sté Montreuil Offest) ;
- pour une salariée, engagée en qualité de réceptionniste dans un hôtel pour une durée déterminée, qui hébergeait une personne étrangère dans sa chambre (Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 05-43.745, X c./Sté Cors'Hotel) ;
- pour un salarié, placé en garde à vue, licencié pour avoir dissimulé ce fait, et donc la véritable cause de son absence à son employeur (Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.837, X. c./Sté Alairic) ;
- pour un salarié, qui utilisait un véhicule dans l'exercice de ses fonctions, dans le cadre de sa vie personnelle, pour avoir commis une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire (CE, 15 décembre 2010, n° 316.856, Renault c./Sté Onyx Est ; Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, Sté Bandry, à paraître au *Bulletin*).

Toutefois, un manquement à l'obligation contractuelle de loyauté, constitué par un acte relevant de la vie personnelle du salarié peut constituer une faute (Cass. soc., 25 février 2003, n° 00-42.031, *Bull. civ.* V n° 66, X c./Caisse d'allocations familiales de Villefranche-sur-Saône : salariée, employée au service contentieux d'une caisse d'allocations familiales, ayant minoré pendant plusieurs années ses déclarations de ressources afin de bénéficier de prestations sociales indues).

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 (CE, 5 décembre 2011, n° 337.359, Sté AON Conseil et courtage ; dans le même sens : Cass. soc., 2 février 2011, n° 09-72.450, Sté Securitas France ;

Cass. soc., 19 octobre 2011, n° 09-72.672, à paraître au *Bulletin*, Sté nouvelle groupement taxi ; Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-12.930, à paraître au *Bulletin*, X c./Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Franche-Comté ; Cass. soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915, à paraître au *Bulletin*, X c./Sté Air Tahiti Nui, pour un salarié appartenant au personnel navigant commercial d'une compagnie aérienne qui avait consommé des drogues dures pendant des escales entre deux vols et se trouvant sous l'influence de stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions).

4.1.2. Les faits commis dans l'exercice des fonctions représentatives

La décision Patarin (CE, 4 juillet 2005, n° 272.193, Rec. p. 306), 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.

En revanche, par exception à ce principe, 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 (CE, 1^{er} avril 1992, n° 112.826, Moreau et Syndicat parisien du Livre CGT, Rec. p. 148 ; CE, 22 février 2007, n° 282.724, Sanz et Fédération des syndicats de transports CGT).

4.2. La grille d'analyse

Pour le Conseil d'État, « dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un acte ou un comportement du salarié survenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail, notamment dans le cadre de l'exercice de ses fonctions représentatives, il appartient à l'inspecteur du travail (...) de rechercher (...) si les faits en cause sont établis et 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 juillet 2005, n° 272.193, précité).

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., 9 juillet 2002, n° 00-45.068, X c./Sté Sotapharm ; *a contrario* : Cass. soc., 30 juin 1992, n° 89-43-840, *Bull. civ.* V n° 429, X c./Crédit industriel de l'Ouest et Cass. soc., 26 février 2003, n° 01-40.255 ; Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-42.816, Sté Beillard tubes carton).

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.

FICHE 7a

LE MOTIF ÉCONOMIQUE

1. La définition du motif économique

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 ou à des mutations technologiques.

À ces deux causes économiques prévues par les dispositions, non limitatives, du code du travail, ont été ajoutées par les juridictions judiciaire et administrative (*cf. infra*) :

- la réorganisation de l'entreprise par nécessité de sauvegarder la compétitivité ;
- la cessation complète d'activité.

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.

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 comité d'entreprise, 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 contrôle des procédures obligatoires de consultation des représentants du personnel et de leur articulation

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

- la consultation légale du comité d'entreprise sur la décision économique au titre de ses attributions générales, dont le champ est défini par les articles L. 2323-1, L. 2323-6 et L. 2323-15 du code du travail (CE, Assemblée, 3 mars 1978, n° 01.421, Soubourou, Rec. p. 114 ; CE, 29 oct. 1997, n° 154.967, Ansoir) ;
- et la consultation légale des représentants du personnel, comité d'entreprise ou délégués du personnel, sur le projet de licenciement économique, selon les modalités applicables à l'entreprise en fonction de son effectif, de la représentation du personnel existante et de l'ampleur du licenciement économique envisagé (code trav., art. L. 1233-8 et suivants et L. 1233-28 et suivants ; en ce sens : CE, 8 janvier 1997, n° 154.728, Sté Melitta ; CE, 29 oct. 1997, n° 154.967, Ansoir, précité).

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 novembre 1994, n° 93-81.321, *Bull. crim.*, n° 385 ; Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581, à paraître au *Bulletin*, UES Norbert Dentressangle Vrac).

Il est rappelé que la mise en œuvre de ces deux procédures légales de consultation du comité d'entreprise par l'employeur peut être concomitante (code trav., art. L. 1233-30).

S'agissant de la consultation légale sur le projet de licenciement économique, il convient d'ailleurs de rappeler que, lorsqu'un licenciement pour motif économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours concerne un ou plusieurs salariés protégés, l'employeur doit joindre à la demande d'autorisation de licenciement la copie de la notification du projet de licenciement adressée à l'autorité administrative et accompagnée de tout renseignement concernant la convocation, l'ordre du jour et la tenue de la première réunion de consultation des représentants du personnel, en application de l'article L. 1233-46 du code du travail (code trav., art. R. 2421-2 et R. 2421-13).

Le contrôle du respect par l'employeur, sauf impossibilité ne lui incombant pas, de cette obligation de double procédure de consultation en cas de procédure collective, et notamment de liquidation judiciaire, doit également être effectué par l'autorité administrative (en ce sens : CE, 26 janvier 2011, n° 326.123, Société Industrielle énergie).

En cas d'existence d'un accord d'entreprise, de groupe ou de branche fixant, par dérogation aux règles légales de consultation des instances représentatives du personnel, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours (code trav., art. L. 1233-21), le contrôle de la régularité de la procédure doit également porter sur la bonne application de celui-ci.

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 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, à paraître au *Bulletin*, UES Norbert Dentressangle Vrac, *cf.* fiche 14). Il en est de même des autres ruptures amiables ou des mises à la retraite (Cass. soc., 1^{er} fév. 2011, n° 09-70.121, X c./Sté coopérative agricole Sud Céréales) intervenant dans un tel contexte.

Seules les irrégularités relatives à l'organisation des réunions ou au contenu de la consultation, et notamment la qualité des informations fournies, ayant eu pour effet de priver de toute portée utile la consultation de la représentation du personnel vicent suffisamment la procédure pour justifier le refus d'autorisation de licencier.

3. Le contrôle du motif économique

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, Embser).

3.2. Le contrôle de la cause économique

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, 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.

À 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, Sté SAT ; Cass. soc., 8 juil. 2009, n° 08-40.046, *Bull. civ.* V n° 173, Fondation Hôpital Saint-Joseph), 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.

Cette cause économique doit être appréciée par l'inspecteur du travail à la date de sa décision (CE, 19 fév. 1997, n° 156.996, Sté 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, X et Syndicat général Force ouvrière de la région parisienne).

À 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.

3.2.1. Les difficultés économiques

3.2.1.1. Le cadre d'appréciation

Lorsque l'entreprise ne fait pas partie d'un groupe, la réalité des difficultés économiques doit être appréciée au niveau de l'entreprise dans son ensemble, et non du seul établissement (en ce sens : CE, 5 fév. 1988, n° 54.018, Sté Maisons Phénix Lorraine ; CE, 10 déc. 1993, n° 112.947, Collin et Chetrariu). Ne doivent toutefois être pris en compte que les établissements relevant du même secteur d'activité dont dépend l'établissement auquel est rattaché le salarié (en ce sens : CE 18 juin 1997, n° 160.961, Union des sociétés mutualistes de Lille).

Si l'entreprise appartient à un groupe, ces difficultés doivent être appréciées dans le secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise (CE, 29 déc. 2000, n° 199.320, Arbaud, Rec. p. 680). Sont incluses dans ce périmètre les sociétés du même secteur d'activité ayant leur siège à l'étranger (CE, 8 juil. 2002, n° 226.471, Kerminon, Rec. p. 266).

La notion de secteur d'activité

En l'absence d'une définition précise, le secteur d'activité peut être identifié à partir d'un faisceau d'indices tels que la nature des produits ou des services, la clientèle auxquels ils s'adressent et le mode de distribution mis en œuvre par l'entreprise (Cass. soc., 10 fév. 2010, n° 08-41.109, Sté Valaubrac). En outre, ni la spécialisation d'une entreprise au sein d'un groupe (Cass. soc., 8 juil. 2008, n° 06-45.934, X c./Sté Aro), ni son implantation dans un pays différent de ceux où sont situées les autres sociétés du groupe (Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.668, *Bull. civ. V* n° 161, Sté Calcic Spécialités) ne suffisent à écarter l'appartenance à un même secteur d'activité.

En tout état de cause, c'est à l'employeur qu'incombe l'obligation de produire les éléments permettant de déterminer l'étendue du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise demanderesse ; à défaut, la réalité des difficultés économiques ne peut être tenue pour établie (en ce sens : Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-42.381, *Bull. civ. V* n° 57, Sté PBM ; Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-47.065 et n° 04-41.789, Sté Stanley Tools, pour des éléments d'information produits par l'employeur et limités au secteur d'activité européen d'un groupe de dimension mondiale).

La pertinence de la définition du secteur d'activité présentée par l'employeur doit être analysée avec attention par l'inspecteur du travail. Ainsi, les éléments résultant de l'organigramme d'un groupe doivent être corroborés par la recherche d'indices tels que ceux décrits ci-dessus. À 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.

3.2.1.2. Le caractère sérieux des difficultés économiques

Les difficultés économiques ou financières doivent être justifiées par tous moyens par l'employeur qui sollicite l'autorisation de licencier. 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 difficulté sérieuse (Cass. soc., 7 oct. 1998, n° 96-43.107, *Bull. civ. V* n° 405, Sté Aramis). Les éléments d'appréciation sur lesquels elle se fonde doivent être précisément indiqués dans sa décision (*cf.* fiche 18).

Il convient de rappeler que l'erreur du chef d'entreprise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule une légèreté blâmable (en ce sens : Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-44.380, *Bull. civ. V* n° 365, Association de gestion du lycée professionnel Sainte-Marguerite-Marie).

3.2.2. 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 oct. 2002, n° 00-44.069, Gourmanel). Il faut toutefois que l'employeur ait au préalable satisfait 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 (en ce sens : Cass. soc., 19 novembre 1992, n° 90-45.970, *Bull. civ. V* n° 564, Sté Viennot ; Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 07-43.438, Sté TV Card).

L'autorité administrative doit prendre en compte le respect par l'employeur de cette obligation. Il convient en outre de rappeler qu'en cas de mise en œuvre de mutations technologiques importantes et rapides, l'employeur doit établir un plan d'adaptation et le transmettre, pour information et consultation, au comité d'entreprise et au

CHSCT (code trav., art. L. 2323-14 et L. 4612-10). Toutefois, s'il doit au besoin assurer aux salariés concernés une formation complémentaire, 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, X. c./Sté Cape).

3.2.3. La réorganisation pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise

3.2.3.1. Le cadre d'appréciation

La réorganisation susceptible d'entraîner des licenciements économiques est opérée au niveau de l'entreprise ou d'un ou de plusieurs établissements appartenant à celle-ci.

En revanche, le cadre d'appréciation de la nécessité de sauvegarder la compétitivité est identique à celui retenu pour l'appréciation des difficultés économiques (*cf. supra*) : appréciation au niveau de l'entreprise et, si celle-ci appartient à un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, incluant les sociétés ayant leur siège à l'étranger.

3.2.3.2. La nécessité de sauvegarde de la compétitivité

Même lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation peut constituer un motif économique si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité (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, Sté Thomson Tubes et Displays).

L'invocation de l'intérêt de l'entreprise, antérieurement admise, ne suffit plus à elle seule (en ce sens : arrêts précités ; également Cass. soc., 13 mai 2003, n° 00-46.766, Sté Lee Cooper International, 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 (décision CE, 8 mars 2006, précitée) 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, X. c./Sté Catimini). 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. Elle peut, par exemple, 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...) ou de difficultés liées à des évolutions technologiques et à leurs conséquences sur l'emploi (Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 05-40.977, *Bull. civ.* V, n° 10, Sté Pages jaunes ; *a contrario* : Cass. soc., 21 fév. 2007, n° 04-48.795, *Bull. civ.* V, n° 10, X. c./Sté Glaxosmithkline : 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, Sté Kennamétal France).

3.2.4. La cessation complète 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 (en ce sens : Cass. soc., 16 janvier 2001, n° 98-44.647, *Bull. civ.* V n° 10, X. c./Sté Le Royal Printemps ; Cass. soc., 28 fév. 2006, n° 03-47.880, *Bull. civ.* V n° 89, Arlin ; *a contrario* : Cass. soc., 16 janvier 2001, n° 00-41.491, Banque d'arbitrage et de crédit, pour des agissements de l'employeur qui avait, en connaissance de cause, conduit à une liquidation forcée de l'entreprise).

Cette cessation doit être totale (Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-43.453, *Bull. civ.* V n° 296, X. c./Sté Saumaty Méditerranée ; Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 07-44.306, Sté Revet Choc) et définitive (Cass. soc., 11 juin 2002, n° 00-42.233, *Bull. civ.* V n° 199, Riot ; Cass. soc., 15 oct. 2002, n° 01-46.240, *Bull. civ.* V n° 311, Amarouyache).

Dès lors que la cessation d'activité d'une entreprise n'appartenant pas à un groupe 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. Un tel contrôle, de la part de l'administration, serait en effet susceptible de constituer une immixtion prohibée dans les choix de gestion de l'entreprise, ainsi qu'a pu le juger la Cour de cassation à l'occasion du contrôle d'autres causes économiques de licenciement (Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, *Bull. AP* n° 11, Sté SAT ; Cass. soc., 8 juil. 2009, n° 08-40.046, *Bull. civ.* V n° 173, Fondation Hôpital Saint-Joseph).

Il apparaît en revanche pertinent, lorsque l'entreprise cessant toute activité appartient à un groupe, que l'autorité administrative vérifie qu'il n'existe pas en réalité, à l'égard des salariés qu'elle occupe, une situation de coemploi de la filiale concernée par la cessation d'activité et du groupe, représenté par sa société mère, auquel elle appartient. Dans un tel cas de figure, l'inspecteur du travail peut notamment être amené à constater que la prise des décisions essentielles de la vie de l'entreprise est arrêtée au niveau de la société mère que la filiale se contente d'exécuter, ou que la société filiale est dans les faits totalement dessaisie de tout pouvoir de gestion (notamment dans celle de son personnel), ou encore qu'elle dépend économiquement totalement de la mère. Il doit alors vérifier s'il existe une cause économique autre que la cessation d'activité de l'entreprise (difficultés économiques, mutations technologiques, ou menace sur la compétitivité), 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 janvier 2011, n° 09-69.199, *Bull. civ.* V n° 23, X c./Sté Jungheinrich finances holding ; Cass. Soc. 30 novembre 2011, n° 10-22.964, Sté Jungheinrich AG).

Ce contrôle de la place réellement occupée par l'entreprise au sein du groupe, au-delà de la qualité apparente d'employeur revêtue par le chef d'entreprise auteur de la demande n'implique pas, contrairement à celui de la légèreté blâmable, une immixtion dans les choix de gestion de l'employeur. L'extension du périmètre d'appréciation de la cause économique qui est susceptible d'en résulter s'imposera alors, à l'instar de la règle admise pour le contrôle des autres causes de licenciement pour motif économique (CE, 29 déc. 2000, n° 199.320, Arbaud, Rec. p. 680), y compris lorsque certaines des entreprises du secteur d'activité sont situées à l'étranger (CE, 8 juil. 2002, n° 226.471, Kerminon, Rec. p. 266 : Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-42.381, *Bull. civ.* V n° 57, Sté PBM ; Cass. soc., 21 septembre 2005, n° 03-47.065 et n° 04-41.789, Sté Stanley Tools).

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

Pour constituer 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 (code 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, Sté Saunier Duval Electricité). 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, (en ce sens : Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690, *Bull. civ.* V n° 123, Sté Thomson Tubes et Displays, précité) et non au niveau du seul établissement auquel est rattaché le salarié (Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690, *Bull. civ.* V n° 123, Sté Thomson Tubes et Displays, précité ; Cass. soc., 16 janvier 2001, n° 98-44.461, Société Olymp ; Cass. soc., 8 juillet 2008, n° 06-45.564, Mme Louis c./OGEC de Moka). 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 décembre 2006, n° 62.007, Sté 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., 22 février 1995, n° 93-44.074, *Bull. civ.* V n° 67, RTM Clinique du château de Garches), 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 ; hormis ce cas de figure, ce contentieux appartient à la seule juridiction judiciaire, 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 novembre 2010, n° 324.323, Sté Solymatic). Son autorité, lorsqu'elle est devenue définitive, est donc limitée au motif économique, à savoir la cause économique et ses effets sur l'emploi, à l'exclusion de tout ce qui a trait à la situation individuelle des salariés – respect des critères d'ordre des licenciements, recherche sérieuse de reclassement par l'employeur – et de leur droit de contester la régularité de la procédure (Cass. soc., 3 mars 2008, n° 95-45.201, *Bull. civ.* V n° 112).

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.

La vérification de la réalité de la suppression de l'emploi de la personne ne s'impose pas en cas de rupture amiable pour motif économique, dès lors que le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre des objectifs assignés en termes de suppression d'emploi (Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-15.187, *Bull. civ.* V n° 245, syndicat CGT Renault).

3.3.1. La modification refusée du contrat de travail pour raison économique

L'autorité administrative doit vérifier la réalité de la modification du contrat de 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 (*cf.* fiche 11).

FICHE 7b

LE LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE : LE CONTRÔLE 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 dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient.

La portée du contrôle de l'administration a été précisée par le Conseil d'État 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 février 1977, n° 93.354, Abellan, Rec. p. 97).

Par exception à ces principes, l'existence d'un effort de reclassement interne n'est pas exigée, s'agissant d'un salarié protégé faisant l'objet d'une rupture amiable ayant une cause économique (jugé en ce sens, pour des salariés non protégés : Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-15.187, *Bull. civ. V* n° 245, Syndicat CGT Renault c./Sté Renault). Il en va toutefois autrement lorsque le projet de réduction d'effectifs de l'employeur implique la suppression de l'emploi de salariés qui ne veulent ou ne peuvent quitter l'entreprise dans le cadre du plan de départs volontaires : dans ce cas, le maintien de ces salariés dans l'entreprise suppose nécessairement un reclassement dans un autre emploi et un plan de reclassement interne doit alors être intégré au plan de sauvegarde de l'emploi (jugé en ce sens, pour des salariés non protégés : Cass. soc., 25 janvier 2012, n° 10-23.516, à paraître au *Bulletin*, X c./Sté Completel Grenoble).

1. Le reclassement interne du salarié protégé : une obligation de moyen

1.1. La charge de la preuve

Il appartient à l'employeur de produire à l'administration des éléments probants attestant la matérialité des efforts et démarches entrepris et des propositions d'emplois précises formulées (CE, 31 juillet 1992, n° 105.670, Sté française de supermarchés) ou l'impossibilité de proposer des postes de reclassement à son salarié (CE, 30 juillet 1997, n° 172.226, M. Henrion ; CE 18 mars 1998, n° 170.077, Sté des Forges de Bologne ; CE, 12 janvier 2011, n° 327.178 et 327.191, M. A c./Sté Pages jaunes). L'administration doit vérifier que l'effort de reclassement, apprécié notamment en fonction des moyens dont dispose l'employeur, a été effectif et sérieux.

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, au besoin en leur assurant une formation complémentaire pour favoriser leur reclassement sur un poste disponible (Cass. soc., 3 avril 2001, n° 99-42.188, *Bull. civ. V* n° 114, Marzouk c./Sté Aptargroup Holding ; Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-46.009, *Bull. civ. V* n° 116, Priou c./Sté Moulinex), 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 avril 2001, n° 99-42.188, *Bull. civ. V* n° 114, précité ; Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-43.022, Guillaudeau c./Sté CPE Gitton-Thépin ; Cass. soc., 6 décembre 2007, n° 06-43.346, Sté Savoy offset c./Barbaux et autres).

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 décembre 1996, n° 172.637, Sté Saunier Duval électricité ; CE, 8 janvier 1997, n° 171.807, Sté des grands magasins de l'Ouest).

En cas d'impossibilité de reclassement à ce niveau, l'effort de reclassement doit porter sur l'ensemble de l'entreprise (CE, 4 mai 1988, n° 79.581, Sté Atochem ; CE, 1^{er} février 1995, n° 112.705, Mutuelle générale des PTT ; CE, 4 juillet 2005, n° 263.434, Sté 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.

À 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, l'employeur est tenu de rechercher toutes les possibilités de reclassement existant dans le groupe dont il relève, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer des permutations de personnels (CE, 17 novembre 2000, n° 206.976, Goursolas, Rec. p. 523 ; Cass. soc., 24 juin 2008, n° 06-45.870, *Bull. civ. V* n° 138).

2.1.1. La notion de groupe

À la différence des règles édictées par l'article L. 2331-1 du code du travail pour la constitution de comités de groupe, la notion de groupe à prendre en considération pour l'appréciation de l'effort de reclassement ne doit pas être strictement subordonnée à la reconnaissance de l'existence d'une société mère et de relations capitalistiques entre différentes sociétés. Le périmètre pris en compte est celui qui correspond aux possibilités effectives de permutableté, déjà mises en œuvre et, le cas échéant, favorisées par des services communs fonctionnant en réseau. La nature des activités, identiques, connexes ou complémentaires, de même que l'existence de relations de partenariat entre entités distinctes, peut favoriser la permutableté du personnel au sein d'un tel périmètre.

Au demeurant, cette position est conforme :

- à l'évolution de la position du juge administratif, lequel a jugé que « pour se prononcer sur l'existence d'un groupe au sein duquel les possibilités de reclassement doivent être recherchées en cas de licenciement d'un salarié protégé pour motif économique, la cour n'était pas tenue de se référer expressément aux dispositions de l'article L. 439-1 du code du travail relatives au comité de groupe » (CE, 5 décembre 2008, n° 299.166, Sté HGP GAT Filatures) ;
- et, à l'approche retenue par le juge judiciaire, s'agissant du reclassement des salariés non protégés (Cass. soc., 23 mai 1995, n° 94-41.250, pour une association gestionnaire d'une gare routière, pouvant constituer, avec d'autres entreprises de transport, un groupe au sein duquel les possibilités de reclassement doivent être examinées ; Cass. soc., 25 mai 2011, n° 10-14.897, Sté Domaël distribution, pour des entreprises franchisées appartenant à une même enseigne commerciale ; Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 10-15.647, Institut Tamlyn, pour deux centres de soins esthétiques exploités respectivement par M. et Mme Y. mettant en commun des moyens, ayant un objet social identique et pour lesquels existaient des possibilités de permutation de personnel, déjà mises en œuvre ; Cass. soc., 26 janvier 2012, n° 10-23.324, association établissement régional Léo Lagrange animation Provence-Alpes-Côte-d'Azur, pour des associations adhérant à une fédération nationale).

2.1.2. La recherche de reclassement dans les unités situées à l'étranger

Lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implanté hors du territoire national, l'employeur demande au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause, et sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation. À partir de l'accord manifesté par le salarié dans un délai de six jours ouvrables, et éventuellement assorti de restrictions susmentionnées, il doit ensuite lui faire parvenir des offres conformes au contenu de cette réponse du salarié, ou informé de l'absence d'offres disponibles (code trav., art. L. 1233-4-1). La circulaire DGT n° 03 du 15 mars 2011 détaille la procédure à suivre et fournit un questionnaire-type.

Ces dispositions, de portée générale, issues de la loi n° 2010-499 du 18 mai 2010, doivent être appliquées aux salariés protégés, comme à tout autre salarié. Il appartient donc à l'inspecteur du travail de vérifier que l'employeur a bien procédé à l'envoi du questionnaire-mobilité et, si tel est le cas, effectué cette recherche de reclassement, en application des dispositions précitées (Cass. soc., 28 mars 2012, n° 11-30.034, à paraître au *Bulletin*, Sté Vallourec cf. également, pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 18 mai 2010 : CAA Marseille, 16 mai 2011, n° 09MA02052, M. A. c./Sté Trema Laboratories).

La connaissance du cadre de la recherche de reclassement est donc la condition essentielle d'une appréciation pertinente des possibilités de reclassement. À cet effet, il appartient à l'autorité administrative de recueillir auprès de l'employeur les informations lui permettant d'établir avec précision le périmètre de cette recherche et d'apprécier les possibilités existantes (ensemble des unités concernées, et pour chacune d'elles, la localisation géographique, les activités, les effectifs et la situation économique).

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 octobre 2006, n° 04-44.082, Sté SAEM Courbevoie-Danton c./Le Baron), à savoir la date de la première réunion de consultation du comité d'entreprise ou, en l'absence d'institutions représentatives du personnel ou lorsque la procédure de consultation n'est pas obligatoire, par la date de convocation à l'entretien préalable, voire celle de la première des convocations aux entretiens préalables au licenciement de plusieurs salariés pour le même motif (cf. circ. CDE-DRT n° 89-46 du 1^{er} octobre 1989 relative aux licenciements collectifs pour motif économique ; également : Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-41.265, *Bull. civ. V* n° 146, Sté Dumez GTM c./Ganeau ; Cass. soc., 13 février 2008, n° 06-44.036, X c./StéProtibat).

Sont prises en compte les propositions faites au plus tôt à compter du moment où le licenciement est envisagé et, en tout état de cause, avant la décision administrative, ce qui exclut :

- les offres antérieures au projet de licenciement (CE, 24 janvier 1982 n° 17.873, Sté Établissements Charles Foulon ; CE, 7 mars 1990, n° 93.853, ministre des affaires sociales et Sté Lambert-Industries c./Sénécal ; CE 27 février 1998, n° 170.504, M. Omar) ;
- et les offres postérieures à la décision administrative (CE, 18 janvier 1996, n° 162.142, Sté Cophoc ; Cass. soc., 1^{er} juin 2010, n° 09-40.421, *Bull. civ. V* n° 121, Sté Laboratoires Fournier).

Lorsque la consultation du comité est requise eu égard à la nature du ou des mandats détenus par le salarié concerné, elle doit porter notamment sur l'examen des possibilités de reclassement (CE, 24 janvier 1982, n° 17.873, Sté Établissements Charles Foulon). À défaut, le vice de procédure constaté entache la régularité de la procédure ; il en va autrement si cette absence de consultation sur le reclassement n'a exercé aucune influence sur le sens de l'avis rendu (CE, 16 juin 1989, n° 86.222, Sté Outinord : en l'espèce, avis unanimement défavorable du CE).

Par ailleurs, il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle consultation pour toute offre supplémentaire de reclassement.

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, dont le contrôle relève de la compétence judiciaire (Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-43.717, *Bull. civ. V* n° 207, Sté SEPR ; CAA Paris, 11 octobre 2010, n° 08PA02205, société Pages jaunes). Un salarié protégé dont le licenciement a été autorisé a en effet la possibilité de contester devant le juge judiciaire la non-conformité du PSE, sans qu'il soit de ce fait porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs (Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.766, M^e Courrèges c./Centre de gestion et d'études AGS de Bordeaux et autres).

2.4. *La nécessité d'un examen particulier des possibilités de reclassement du salarié protégé*

L'employeur doit procéder à un examen particulier de la situation du salarié protégé et rechercher les possibilités de le reclasser. Il 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 janvier 2011, n° 327.726, Pasquet).

Par ailleurs, le périmètre de la recherche de reclassement ne peut être limité par avance par la volonté présumée du salarié de ne pas donner suite aux offres résultant de cette recherche (Cass. soc., 24 juin 2008, n° 06-45.870, *Bull. civ. V* n° 138, Pernet et autres). Néanmoins, lorsque l'employeur a formulé une proposition de recherche sérieuse, que le salarié a refusé, 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 novembre 2008, n° 06-46.227, *Bull. civ. V* n° 217, Martinet c./Sté Credipar).

L'absence de réponse d'un salarié à un questionnaire de mobilité ne dispense pas l'employeur de son obligation individuelle de reclassement (Cass. soc., 7 novembre 2007, n° 06-43.108, Bérenger c./Sté Arte France).

Ne satisfont pas à cette obligation de recherche individualisée, à eux seuls, notamment :

- la seule diffusion du *curriculum vitae* des salariés à une entreprise du groupe (CE, 29 juin 2009, n° 307.964, Chauvet) ;
- le seul affichage ou la seule diffusion d'une liste de postes (CE, 15 novembre 1996, n° 156.299, Sté des tuyaux Bonna ; CE, 28 janvier 2004, n° 257.130, SA Groupe Envergure ; CE, 12 octobre 2006, n° 287.489, Sté Sidel Filling Aseptic) ou l'invitation des salariés à venir consulter cette liste (Cass. soc., 19 janvier 2011, n° 09-42.736, Sté Haworth c./Praud et autres) ;
- la seule mise en place d'une antenne de reclassement (CE, 21 octobre 1991, n° 97.115, Sté Renault véhicules industriels ; CE, 20 mars 1996, Sté Causse-Walon, n° 162.927 ; CE, 7 juin 1997, n° 161.026, Sté Dassault-aviation) ;
- le seul recours à un cabinet de placement (CE, 11 janvier 1993, n° 98.369, Sté Paris-France ; CE, 28 janvier 2004, n° 262.650, SA Groupe Envergure).

L'employeur est toutefois en droit de proposer simultanément un même poste à plusieurs salariés, dès lors qu'il est adapté à la qualification et à la compétence de chacun (CE, 9 avril 2008, n° 307.807, Sté Pages Jaunes ; Cass. soc., 19 janvier 2011, n° 09-42.736, précité). 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, Sté Merck Serono c./Mme Lavergne).

3. **La qualité et le nombre 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, sans avoir vérifié si la société établit l'absence d'emploi équivalent au sein du groupe auquel appartient l'entreprise (CE, 19 octobre 2011, n° 344.951, Sté Pages jaunes).

3.1. *La recherche d'un reclassement « aux meilleures conditions possibles »*

L'employeur doit rechercher les possibilités de reclasser le 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 février 1978, n° 95.006, ministre de l'Agriculture c./Galy ; CE, 30 juillet 1997, n° 170.315, SA Arjo Wiggins ; CE, 28 janvier 2004, n° 257.130, Sté Groupe Envergure).

Par ailleurs, tenu d'exécuter de bonne foi son obligation de reclassement, il 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, Sté GSF Concorde c./Segrouchni, pour un aménagement d'horaires).

Le reclassement du salarié protégé ne saurait toutefois avoir pour effet d'entraîner l'éviction d'un autre salarié (CE, 27 juin 1979, n° 11.121, Vincent, Rec. p. 288 ; CE, 29 décembre 2000, n° 206.919, Sté Sututex ; CE, 29 avril 2002, n° 223.443, Sté L'Unité hermétique c./Mme Bejuy).

3.2. *La notion d'emploi équivalent aux meilleures conditions possibles*

La notion d'emploi équivalent s'apprécie notamment au regard :

- de la qualification (CE, 10 février 1978, n° 95.006, précité) ;
- de la rémunération et des responsabilités (CE, 18 février 1977, n° 93.354, Abellan, Rec. p. 97) ;
- de la nature de l'emploi (CE, 28 février 1992, n° 116.597, comité d'établissement régional Paris-Nord SNCF) ;

- des avantages de carrière (CE, 27 mai 1988, n° 71.690, Mlle Mestre-Mel c./Gibert-Jeune) ;
- mais également de la possibilité de continuer à exercer des fonctions représentatives (CE, 28 février 1992, n° 116.597, précité).

En l'absence démontrée de toute possibilité de reclasser l'intéressé dans un emploi équivalent, à l'intérieur de l'entreprise et au sein du groupe (CE, 19 octobre 2011, n° 344.951, M. A. c./Sté Pages jaunes), l'employeur peut proposer une offre de reclassement dans un emploi de catégorie inférieure (code trav., art. L. 1233-4 ; cf. également : CE, 10 mars 1997, n° 164.645, SA ATP ; CE, 17 novembre 2000, n° 197.383, David).

Enfin, « à défaut de possibilités de reclassement plus favorables », la circonstance qu'une offre soit assortie d'une période d'essai n'est pas à elle seule de nature à la priver de son caractère sérieux, dès lors que le changement de fonction justifie cet essai (CE, 26 juin 2002, n° 223.952, Fourmont, pour le passage d'un poste à dominante technique à un poste à dominante commerciale).

3.3. Le niveau de précision de l'offre de reclassement

Les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises (code trav., art. L. 1233-4). Elles doivent en outre être personnalisées (Cass. soc., 13 juillet 2010, n° 09-42.839, économat des armées c./Auchene et autres).

S'agissant des salariés protégés, il a été jugé que les propositions de reclassement doivent être concrètes, précises et personnalisées et que l'information du salarié doit être complète et exacte (CE, 13 avril 2005, n° 258.755, association Secours catholique).

Cette information doit porter notamment sur la rémunération, la qualification et les responsabilités, ainsi que sur la localisation. Elle 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 avril 1996, n° 151.474, M. Carle et UD CGT de l'Isère).

3.4. 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 faites 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°s 111.321 et 111.440, ministre du travail c./Sté Primo).

A contrario, une seule offre aux meilleures conditions possibles suffit (CAA Marseille, 8 novembre 2005, n° 02MA01663, Brassac ; *a contrario* : CAA Versailles, 13 avril 2010, n° 08VE01729, Sté Lu France, pour la présentation d'une seule offre de reclassement, qui impliquait une mutation géographique, alors qu'il n'était pas établi que l'employeur ait été dans l'impossibilité d'assurer le reclassement dans de meilleures conditions).

3.5. Le refus d'offres de reclassement par le salarié

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, par conséquent, ôter au licenciement envisagé son caractère économique (CE, 7 décembre 2009, n° 314.079, Guyard).

Dans l'hypothèse où le salarié ne répond pas à une proposition de reclassement, 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 février 1983, n° 30.621, Caisse nationale de retraite des ouvriers).

4. Modification du contrat de travail et proposition de reclassement

La proposition d'une modification de son contrat de travail, que le salarié est en droit de refuser, ne dispense pas l'employeur de son obligation de reclassement (CE, 12 octobre 2006, n° 287.489, Sté Sidel Filling Aseptic ; dans le même sens : Cass. soc., 30 septembre 1997, n° 94-43.898, *Bull. civ.* V n° 290, Sté Flagélectric c./Angermann ; Cass. soc., 25 novembre 2009, n° 08-42.755, *Bull. civ.* V n° 267, Foucart c./Sté Distrimusic international).

La procédure prévue par l'article L. 1222-6 du code du travail n'est pas applicable lorsque la proposition de modification du contrat de travail a été faite au salarié dans l'exécution par l'employeur de son obligation de reclassement (Cass. soc., 9 juillet 1998, n° 96-42.805, Sauvanet c./Sté DMP Centre, ; Cass. soc., 13 avril 1999, n° 97-41.934, *Bull. civ.* V n° 170, Sté Panzani William Saurin ; Cass. soc., 27 novembre 2001, n° 99-41.723 *Bull. civ.* V n° 359, Sté SIAT c./Gorce ; Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-43.551, Bazin et autres c./Sté Granits Gremiliet). En revanche, l'employeur qui fixe un délai de réponse doit lui-même respecter ce délai.

5. Procédures collectives et effort de reclassement

5.1. 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, Sté Filariane ; CE, 20 mars 2009, n° 309.195, Anani), ainsi que, en cas d'appartenance à un groupe, les possibilités de reclassement au sein de celui-ci parmi les entreprises 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, Compagnie de développement textile c./AGS CGEA de Lille et autres ; Cass. soc., 7 juillet 2009, n° 07-45.584, Sté Métaleurop Nord).

L'exécution de cette obligation est appréciée selon les moyens de l'entreprise ou du groupe (Cass. soc., 31 mars 2009, précité).

5.2. *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 juillet 2006, n° 04-43.976, Kenner c./Sté Fermoba Tecnod).

S'agissant d'un salarié protégé, l'autorité administrative doit examiner si une recherche de reclassement a été effectuée au sein du groupe auquel appartient, le cas échéant, l'entreprise cédante placée en redressement ou en liquidation judiciaire.

6. Le reclassement externe du salarié protégé

6.1. *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 (CE, 15 juin 1998, n° 172.695, Cesbron).

L'autorité administrative est toutefois tenue de vérifier l'absence de discrimination dans l'accès aux mesures de reclassement externe (CE, 3 mai 2006, n° 277.079, SCP Becheret-Thierry, cf. fiche 16).

6.2 *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° 116, Sté Soreca c./Escano et autres ; Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-46.009, *Bull. civ. V* n° 116, Priou et autres c./Sté Moulinex).

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), le défaut de saisine de cette instance doit conduire l'inspecteur du travail à refuser l'autorisation de licenciement.

FICHE 8

LE LICENCIEMENT POUR INSUFFISANCE PROFESSIONNELLE

1. Nature du motif : inhérent à la personne mais non disciplinaire

Les éléments du contrôle administratif applicables à ce motif ont été dégagés par une décision du Conseil d'État de 1989 (CE, 27 septembre 1989, n° 91.613, AFOBAT-Association pour la formation professionnelle dans le BTP c./M. Fourcault).

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 (code 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 octobre 2004, n° 02-41.912, M. Cathala c./Guyon ; pour le cas d'une mauvaise volonté retenue fondant le licenciement pour faute : Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 07-42.041, M. Coursier), des erreurs ou négligences inexcusables, ou encore une abstention volontaire (Cass. soc., 11 mars 2008, n° 07-40.184, Cogefo c./Mme de Moura) 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. À 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 (en ce sens, Cass. soc., 6 novembre 2008, n° 07-43.363, Agence Nouvel Europe).

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 éléments objectifs

Dans tous les cas, l'employeur doit apporter à l'appui de la demande des éléments précis et matériellement vérifiables, et démontrer que les objectifs fixés étaient réalisables lorsqu'il s'agit d'une insuffisance résultant d'une non-atteinte des objectifs fixés (en dernier lieu, Cass. soc., 9 avril 2008, n° 06-46.159, M. Dillies).

À 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 sensiblement inférieurs à ceux de ses collègues, le licenciement n'est pas justifié (Cass. soc., 3 janvier 1990, n° 87-43.521, Mme Pogiale).

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 permettaient pas d'exercer la mission qui lui était confiée (Cass. soc., 14 juin 2007, n° 06-41.248, Établissements Émile Barbier – carences connues par l'employeur dès l'embauche).

Depuis un arrêt du 3 avril 2001 (Cass. soc., 3 avril 2001, n° 98-44.069, *Bull. civ. V* n° 117, M. Grandemange), l'insuffisance de résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement. 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 janvier 2012, n° 09-69.680, M. X c./Cedom ; Cass. soc., 22 juin 2011, n° 10-14.922, M. X c./Sté Pharmagen).

Si les objectifs présentaient un caractère réaliste, l'insuffisance de résultats découlant d'une insuffisance professionnelle peut justifier le licenciement prononcé (Cass. soc., 13 janvier 2004, n° 01-45.931, *Bull. civ. V* n° 3, Mme Taspinar).

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 octobre 2008, n° 07-43.194, Hauts de France bureautique).

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.

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. 1226-10 et suivants du code du travail applicables en matière de licenciement pour inaptitude physique (Cass. soc., 22 janvier 1991, n° 87-44.321, *Bull. civ. V* n° 31, Langlois).

4. Le licenciement doit être précédé 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 (CE, 27 septembre 1989, n° 91.613, AFOBAT c./M. Fourcault, précité ; CE, 7 décembre 2009, n° 315.588 M. Grece ; CAA Nantes, 15 avril 2010, n° 09NT01263-SA d'HLM de Touraine).

Même si le périmètre de la recherche de reclassement n'a pas été explicité par le juge administratif, il y a lieu de considérer, à l'instar du périmètre retenu en matière de reclassement intervenant en cas de licenciement pour motif économique ou d'inaptitude, que cette recherche s'effectue à l'intérieur du groupe quand il existe, parmi les activités permettant la permutation de tout ou partie du personnel.

Enfin, l'obligation de recherche de reclassement n'est pas exclusive de l'obligation d'adaptation du salarié à son poste de travail.

FICHE 9

LE LICENCIEMENT POUR NÉCESSITÉ DE REMPLACEMENT D'UN SALARIÉ ABSENT POUR MALADIE

La maladie, qui suspend le contrat de travail, ne peut constituer en soi un motif de licenciement sous peine de caractériser une discrimination prohibée par l'article L. 1132-1 du code du travail. En revanche, elle peut être la cause de graves perturbations causées au fonctionnement de l'entreprise, notamment par la répétition de l'absence, rendant indispensable le remplacement définitif du salarié.

L'inspecteur du travail saisi d'une demande de licenciement, motivée par les absences pour maladie du salarié, doit contrôler, outre la régularité de la procédure interne à l'entreprise et la matérialité des faits, les points cumulatifs suivants (CE, 6 mars 1987, n° 72.341, Sté Les Terreaux de France) :

- la recherche de possibilités de reclassement (en cas d'absences prolongées et répétées du salarié) ;
- le respect des clauses conventionnelles de garantie d'emploi en cas de maladie ;

- l'importance des absences et la gravité des perturbations apportées au bon fonctionnement de l'entreprise nécessitant le remplacement définitif du salarié ;
- l'absence de discrimination ou de lien avec le mandat (*cf.* fiche 16) ;
- l'absence d'un motif tiré de l'intérêt général (*cf.* fiche 17).

1. L'obligation d'appliquer les 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° 150.756, Association L'Hôpital Belle Isle). 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, Sté Bdo Kleber, *Bull. civ.* V n° 1392).

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.

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, M. Jean-Philippe Sornin c./Sté Charal et ASSEDIC de la région de Basse-Normandie). Elle ne saurait donc entraîner automatiquement l'autorisation de licenciement du salarié protégé.

Néanmoins, des absences répétées et prolongées pour maladie peuvent justifier un licenciement si elles entraînent de graves perturbations au fonctionnement de l'entreprise et rendent indispensable le remplacement définitif du salarié.

2. Nécessité de l'existence de perturbations suffisamment graves au fonctionnement de l'entreprise impliquant un remplacement définitif du salarié

2.1. Le principe

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. Un salarié ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié (Cass. soc. 16 juillet 1998, n° 97-43.484, X c./Sté La Parisienne assurances, *Bull. civ.* V n° 394 ; Cass. soc. 10 novembre 1998, n° 98-40.493, X c./Sté Radiospares, *Bull. civ.* V n° 485) ou si elles occasionnent pour l'entreprise des perturbations suffisamment graves (CE, 21 septembre 1990, n° 95.026, Sté Stein Fasel).

2.2. L'appréciation de la gravité des perturbations

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 et de l'importance des attributions exercées par le salarié ;
- de la possibilité de le remplacer provisoirement, par le recours à des salariés employés temporairement ou par une modification de la répartition des tâches ;
- en l'absence d'une telle possibilité, de la nécessité de remplacer définitivement le salarié.

La nécessité de remplacement est admise en cas de remplacement « en cascade » (Cass. soc., 26 septembre 2007, n° 06-44.146, Mme X c./Sté Arc Automobiles).

Par contre, 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 avril 2011, n° 09-43.334, X c./syndicat des copropriétaires 92-94, rue d'Alésia, *Bull. A.P.* n° 3).

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. 16 septembre 2009, n° 08-41.879, M. Fougery c./M. Prodhomme et ASSEDIC des Pays de la Loire *Bull. civ.* V n° 186, *a contrario* pour un licenciement intervenu seize mois après le remplacement) ou au jour du licenciement (Cass. soc. 15 février 2011, n° 09-42.580, Sté Touring automobile c./Mme Bianchi, même s'il vient à être rompu au cours de la période d'essai) ;
- soit après le licenciement, dans un délai raisonnable (Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-44.712, M. X c./Sté SEMAT).

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 novembre 2004, n° 02-45.156, Mme X c./société Express national service). Il appartient à ce dernier d'en apporter la preuve (Cass. soc., 15 novembre 1998, n° 04-48.192, M. X c./Castorama).

3. Recherche des possibilités de reclassement en cas d'absences répétées

Le défaut de toute tentative de reclassement d'un salarié, dont les absences répétées ont provoqué des perturbations dans l'organisation de l'entreprise, dans un emploi pour lequel il aurait été apte physiquement, ne peut conduire qu'au refus de l'autorisation de licenciement sollicitée (CE, 21 octobre 1996, n° 111.961, M. Maube).

FICHE 10

LE LICENCIEMENT POUR INAPTITUDE PHYSIQUE

Dans le cadre d'un licenciement pour inaptitude physique, l'autorité administrative doit s'assurer (CE, 11 juin 1990, n° 84.650, Sté Pornichet-Distribution) :

- du respect, applicable à tout motif, de la régularité de la procédure spécifique (constatation de l'inaptitude physique par le médecin du travail ; avis des délégués du personnel en cas d'inaptitude d'origine professionnelle) en plus de la régularité de la procédure interne à l'entreprise ;
- du caractère réel et sérieux des efforts de reclassement ;
- de l'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale (cf. fiche 16) ;
- de l'absence de motif d'intérêt général s'opposant au licenciement (cf. fiche 17).

Par ailleurs, depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 modifiant l'article L. 1243-1 du code du travail, l'inaptitude médicalement constatée peut être une cause de rupture d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme (cf. fiche 13).

1. La vérification de la procédure de constatation 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, au terme de deux examens médicaux espacés au minimum de deux semaines, soit quatorze jours. Le non-respect de ce délai entache de nullité l'avis d'inaptitude (Cass. soc., 9 juin 2004, n° 02-42.644, Turon c./Casino d'Arcachon). En revanche, un délai plus long que le délai minimal de quatorze jours entre les deux visites n'entache pas d'irrégularité la procédure suivie.

Néanmoins, en cas de danger grave et imminent pour la santé ou la sécurité du salarié ou celle des tiers, le médecin du travail peut déclarer le salarié inapte à l'issue d'une visite unique. Dans ce cas, le médecin du travail doit faire expressément référence à l'article R. 4624-31 du code du travail et préciser qu'il n'y a lieu qu'à une seule visite en raison du danger encouru. La seule mention de cet article ne suffit pas, de même que la seule mention de « procédure d'urgence » (Cass. soc., 11 mai 2005, n° 03-45.174, *Bull. civ.* V n° 155, Larnaudie ; Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-44.687, GSF Atlas).

De plus, à compter du 1^{er} juillet 2012, si le salarié, le médecin traitant ou le médecin conseil sollicite une visite de préreprise et que cette visite a eu lieu dans un délai de trente jours précédant une visite de reprise, l'inaptitude médicale peut être prononcée en un seul examen (code trav., art. R. 4624-31, issu du décret n° 2012-135 du 30 janvier 2012 relatif à l'organisation de la médecine du travail).

Dès lors que l'initiative d'une telle visite de préreprise n'est pas ouverte à l'employeur, il ne saurait être reproché à ce dernier de ne pas l'avoir sollicitée.

Un avis d'aptitude, même assorti de nombreuses contre-indications, ne vaut pas reconnaissance de l'inaptitude (Cass. soc., 17 février 2010, n° 08-45.188, Société OGF ; Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 08-42.674, *Bull. civ.* V n° 253, M. X c./Société Hutchinson).

Attention : à compter du 1^{er} juillet 2012, l'avis d'(in)aptitude devra mentionner les voies et délais de recours (code trav., art. R. 4624-34, issu du décret n° 2012-135 du 30 janvier 2012 relatif à l'organisation de la médecine du travail).

1.2. L'absence de contrôle sur les causes de l'inaptitude

La reconnaissance de l'inaptitude relève de la compétence exclusive du médecin du travail (C. trav. art. R. 4624-31).

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.

Une décision administrative autorisant ou refusant le licenciement d'un salarié sur ce point sera donc entachée d'illégalité (CAA Lyon, 18 septembre 2007, n° 05LY00314, ministre c./Mme Garcia ; CAA Marseille, 8 janvier 2008, n° 06MA00296, Société Dell ; CAA Nantes, 14 avril 2011, n° 09NT01319, Mme Fidelin).

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.

Le salarié protégé reconnu inapte licencié après autorisation administrative et qui se prévaudrait de ce que son inaptitude aurait pour origine le harcèlement dont il aurait fait l'objet, doit alors saisir le juge prud'homal d'une demande indemnitaire tendant à la réparation du préjudice qu'il a le cas échéant subi au titre du harcèlement allégué (TC, 17 décembre 2007, n° C3659, M. Collet ; Cass. soc., 15 novembre 2011, n° 10-10.687, M. X c./Agence

française de développement). Par ailleurs, le juge pénal peut reconnaître qu'un licenciement prononcé sur le fondement d'une autorisation administrative apparaît comme la cause directe du harcèlement et des discriminations syndicales dont le salarié a été victime de la part de son employeur et qui ont contribué à la dégradation de son état de santé, puis déclarer l'employeur coupable de délit et allouer au salarié une indemnité réparant le préjudice en découlant (Cass. crim. 15 janvier 2008, n° 07-82.661).

1.3. *L'articulation entre la contestation d'un avis d'inaptitude d'un salarié protégé et la demande de licenciement le concernant*

L'absence de contrôle sur les causes de l'inaptitude

1.3.1. Le principe

En cas de désaccord sur l'état de santé du salarié, l'employeur comme le salarié peuvent exercer un recours devant l'inspecteur du travail qui prend sa décision après avis du médecin-inspecteur du travail conformément aux dispositions de l'article L. 4624-1 du code du travail.

S'agissant des salariés protégés, le Conseil d'État, par une décision du 7 octobre 2009, (CE, 7 octobre 2009, n° 319.109, M. Halimi) a statué de la façon suivante :

« Considérant [...] que l'inspecteur du travail, lorsqu'il est saisi tout à la fois d'un recours formé par un salarié sur le fondement de l'article L. 241-10-1 et d'une demande d'autorisation de licencier ce salarié pour inaptitude physique, ne peut se prononcer sur la demande d'autorisation de licenciement sans avoir statué sur le recours, après avis du médecin-inspecteur ; que, de même, le ministre, saisi d'un recours hiérarchique contre une décision de l'inspecteur du travail, ne peut autoriser le licenciement pour inaptitude physique du salarié sans disposer, lorsque a été exercé le recours prévu par l'article L. 241-10-1, de la décision de l'inspecteur du travail statuant sur ce recours et de l'avis du médecin-inspecteur du travail ayant précédé cette décision ; qu'en l'absence d'une décision de l'inspecteur du travail, il appartient au ministre de saisir l'inspecteur aux fins que celui-ci se prononce sur le recours formé sur le fondement de l'article L. 241-10-1 ».

« [...] que cette décision, faute d'avoir été précédée d'un avis du médecin-inspecteur du travail, est intervenue sur une procédure irrégulière et est, par suite, entachée d'illégalité ; que l'illégalité de cette décision entraîne, par voie de conséquence, l'illégalité de la décision attaquée, par laquelle le ministre a autorisé le licenciement pour inaptitude physique de M. Halimi [...]. »

Le principe ainsi posé résulte de la combinaison des règles relatives au recours en contestation d'avis d'aptitude et au licenciement de salariés protégés et ne concerne donc que ces derniers.

1.3.2. Les conséquences pratiques de cette jurisprudence sur la procédure

Toute décision rendue par l'inspecteur du travail sur une demande d'autorisation de licenciement pour inaptitude physique avant qu'il n'ait été statué sur le recours prévu par l'article L. 4624-1 du code du travail encourt l'illégalité.

La décision prise par l'inspecteur du travail sur le licenciement du salarié protégé n'est, cependant, pas illégale si le recours contre l'avis d'inaptitude a été formé après cette décision.

La même solution s'impose pour le ministre qui, saisi parallèlement d'un recours hiérarchique relatif à l'inaptitude d'un salarié protégé et d'un recours hiérarchique relatif à son licenciement, doit en premier lieu se prononcer sur l'aptitude du salarié avant de statuer sur le recours portant sur le licenciement.

Encourt également l'annulation, toute décision d'inspecteur du travail statuant sur la contestation prévue par l'article L. 4624-1 du code du travail, sans qu'ait été préalablement recueilli l'avis du médecin-inspecteur régional du travail, y compris lorsque cette décision prend la forme d'une décision implicite de rejet.

Une décision rendue dans de telles conditions entraîne, par voie de conséquence, l'illégalité de la décision de l'inspecteur du travail (ainsi qu'éventuellement celle du ministre en cas de recours hiérarchique) autorisant le licenciement du même salarié protégé pour inaptitude physique.

Le ministre ne peut, quant à lui, statuer sur le licenciement pour inaptitude d'un salarié protégé que s'il dispose de la décision par laquelle l'inspecteur du travail a statué sur le recours prévu par l'article L. 4624-1 du code du travail et de l'avis du médecin inspecteur régional du travail ayant précédé cette décision.

Le Conseil d'État précise, même, qu'en l'absence de décision de l'inspecteur du travail il appartient au ministre de saisir l'inspecteur du travail pour qu'il se prononce sur le recours formé en vertu de l'article L. 4624-1 du code du travail.

Si la décision prise par l'inspecteur du travail saisi d'un recours sur l'inaptitude est elle-même contestée devant le ministre et que, parallèlement à ce recours, une demande de licenciement est présentée devant l'inspecteur du travail, ce dernier est tenu d'attendre que le ministre statue sur l'inaptitude contestée avant de se prononcer sur la demande de licenciement.

Dans le cas où le recours formé conformément à l'article L. 4624-1 du code du travail intervient alors que l'inspecteur du travail et le ministre ont déjà rendu leur décision sur la demande d'autorisation de licenciement pour inaptitude physique du salarié protégé, la légalité de ces décisions ne saurait être remise en cause à ce titre.

À compter du 1^{er} juillet 2012, toute contestation de l'avis d'(in)aptitude, dès lors qu'elle est assortie des voies et délais de recours à son encontre (code trav. art. R. 4624-34 issu du décret n° 2012-135 précité), doit être formulée dans les deux mois devant l'inspecteur du travail et comporter les motifs de la contestation ainsi formée (code trav. art. R. 4624-35 issu du même décret).

La décision prise par l'inspecteur du travail sur le recours portant sur l'(in)aptitude peut elle-même être contestée devant le ministre chargé du travail dans un délai de deux mois (code trav. art. R. 4624-36 issu du même décret).

2. L'obligation de reclassement

2.1. *Les règles applicables à la recherche de reclassement quelle que soit l'origine de l'inaptitude*

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 (code trav. art. L. 1226-2), y compris lorsque le médecin du travail l'a déclaré inapte à tous postes (Cass. soc., 10 mars 2004, *Bull. civ.* V n° 84, n° 03-42.744, Mme Fabre ; CE, 7 avril 2011, n° 334.211, Weleda).

Le médecin du travail doit procéder à une étude du poste sur lequel l'inaptitude est constatée.

L'employeur doit prendre en considération les préconisations du médecin du travail telles que mutations ou transformations de postes et, en cas de refus, faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite.

L'obligation de reclassement peut être satisfaite par la mise en œuvre de mesures telles que des mutations, des transformations de postes de travail, des aménagements de temps de travail et une redistribution des tâches.

La ou les proposition(s) de reclassement doi(ven)t 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 par voie d'adaptation (Cass. soc., 2 juin 2010 n° 08-45.020, Société Bois-d'Arcy Drive). L'employeur doit même solliciter les propositions du médecin (Cass. soc., 9 mai 1995, n° 91-43.749, *Bull. civ.* V n° 149, SA Lanfry ; Cass. soc., n° 91-43.534, SA Ducros). 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 novembre 2008, n° 07-44.061, *Bull. civ.* V n° 231, Mme Schwindhammer).

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 la qualification ni aux capacités du salarié (Cass. soc., 25 février 2009, n° 07-42.412, Soriev, précité).

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 l'adéquation de ce reclassement (Cass. soc., 6 janvier 2008, n° 06-44.413, *Bull. civ.* V n° 33, M. Bounouar).

2.2. *Les obligations spécifiques supplémentaires applicables au reclassement en cas d'inaptitude d'origine professionnelle*

2.2.1. La consultation des délégués du personnel

En cas d'inaptitude d'origine professionnelle, la consultation des délégués du personnel est obligatoire (C. trav. art. L. 1226-10). L'employeur ne saurait s'y soustraire en alléguant qu'il n'existait pas de délégués du personnel au moment de la procédure sans pour autant justifier de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait de mettre en place l'institution ou si aucun procès-verbal de carence n'a été établi (Cass. soc., 7 décembre 1999, n° 97-43.106, *Bull. civ.* V n° 470, Le Floch ; Cass. soc., 15 mars 2005, n° 03-41.584, Société Claude ; Cass. soc. 28 avril 2011, n° 09-71.658, Cledor primeur services).

Lorsque l'inaptitude a été constatée à l'issue de deux visites, la consultation des délégués du personnel doit être effectuée après la seconde visite médicale (Cass. soc., 8 avril 2009, n° 07-44.307, *Bull. civ.* V n° 109, M. Delpy ; Cass. soc., 16 février 2005, n° 03-40.721, *Bull. civ.* V n° 56, M. Arab c./Entreprise d'assainissement et de voirie ; Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.817, RSTP ; TA Lille 8 avril 2011 société Pro Impec ; Cass. soc. 29 juin 2011, n° 10-11.699, Société Mondial bijoux, publié – dans le cas d'une procédure de reconnaissance de maladie professionnelle en cours au moment de la procédure) et ce, même si le caractère professionnel n'a finalement pas été reconnu par la sécurité sociale.

Cette consultation doit porter sur les possibilités de reclassement et doit être menée avant que ne soient formulées au salarié les propositions de postes de reclassement compatibles avec ses capacités physiques. Une nouvelle consultation des délégués du personnel 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 juillet 2001, n° 98-43.326, M. Bersoult).

La consultation doit également intervenir avant la convocation du salarié inapte à l'entretien préalable (Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-41.685, Metabro).

L'employeur peut recueillir l'avis de l'ensemble des délégués du personnel individuellement (Cass. soc., 29 avril 2003, n° 00-46.477, *Bull. civ.* V n° 144, M. Soli).

Il n'est cependant pas possible de substituer la consultation des délégués du personnel par celle du comité d'entreprise (Cass. soc., 22 mars 2000, n° 98-41.166, *Bull. civ.* V n° 119, Société d'ateliers d'Occitanie ; Cass. soc., 25 février 2009, n° 07-42.412, Soriev).

Lorsque les délégués du personnel n'ont pas été consultés ou qu'ils ne l'ont pas été valablement (en ne disposant pas des informations nécessaires notamment), l'irrégularité ainsi commise ne saurait être regardée comme un vice de procédure mais ôte toute cause réelle et sérieuse au licenciement ainsi prononcé, l'employeur n'ayant pas

respecté ses obligations spécifiques de reclassement telles que visées à l'article L. 1226-10 du code du travail (Cass. soc., 28 octobre 2009, n° 08-42.804, *Bull. civ. V* n° 235, Société Gineys ; Cass. soc. 28 avril 2011, n° 09-71.658, Cledor primeur services – précité ; Cass. soc., 14 décembre 2011, n° 10-19.652, Villeroy & Boch ; Cass. soc., 29 février 2012, n° 10-28.848, M. X c./Société Bernier automobiles).

Par conséquent, s'agissant des salariés protégés, le non-respect de cette garantie de fond ôte tout caractère réel et sérieux aux efforts de reclassement de l'employeur.

2.2.2. L'aptitude du salarié à bénéficier d'une formation

S'agissant de l'inaptitude physique d'origine professionnelle dans une entreprise de 50 salariés et plus, le médecin du travail doit formuler des indications sur l'aptitude du salarié à bénéficier d'une formation destinée à lui proposer un poste adapté (code trav. art. L. 1226-10).

2.2.3. La notification par écrit par l'employeur des motifs s'opposant au reclassement

Cette obligation, prévue par l'article 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 (CE, 22 avril 1992, n° 96.412, M. Bettache ; CAA Nancy, 1^{er} octobre 2007, n° 06NC00951, Mme Delgrange c./ADIJ). Il s'agit d'une irrégularité de procédure selon le juge judiciaire (Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-43.085, Mme Ceus). L'inspecteur du travail qui constaterait l'absence de notification au salarié des motifs s'opposant au reclassement doit donc refuser le licenciement sollicité en relevant l'existence d'un vice de procédure. (*cf.* fiche 5).

2.3. Le périmètre de la recherche de reclassement

2.3.1. Périmètre professionnel

Le reclassement doit prioritairement être recherché sur un emploi équivalent à celui que le salarié occupait auparavant au regard de ses capacités physiques et compatible avec les préconisations du médecin du travail, par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail, aménagement du temps de travail, ou en ayant recours, le cas échéant, à des permutations de personnel (Cass. soc., 16 novembre 2011, n° 10-20.126, Sté La Française des tuiles et briques).

Le fait que le médecin du travail ait mentionné que le salarié était « inapte à tout poste » dans l'entreprise ne dispense pas l'employeur de procéder à cette démarche (Cass. soc., 14 déc. 2011, n° 10-17.095, M. X c./Sté Publicolor ; Cass. soc., 16 novembre 2011, n° 10-20.126, Sté La Française des tuiles et briques – précité).

À défaut de la 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 est tenu d'assurer l'adaptation du salarié à son poste, il n'a pas pour autant l'obligation d'accorder le bénéfice d'une formation qualifiante en vue de faciliter le reclassement. Ainsi ne saurait-il lui être fait grief de ne pas organiser la mise en place d'une telle formation, *a fortiori* quand il existe des postes de qualification égale proposés au salarié (CAA Versailles, 20 novembre 2007, n° 06VE01392 Star Airlines ; Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-43.022, Guillaudeau c./Sté CPE Gitton-Thepin ; Cass. soc., 6 décembre 2007, n° 06-43.346, Sté Savoy offset c./Barbaux et autres – par analogie avec les obligations incombant à l'employeur en cas de licenciement pour motif économique).

2.3.2. Périmètre géographique

À l'instar du périmètre retenu en matière de reclassement intervenant en cas de licenciement pour motif économique, cette recherche s'effectue à l'intérieur du groupe quand il existe (CE 6 avril 1998, n° 163.965, Miko, CE, 7 avril 2011, n° 334.211, Weleda, précité).

Si pour la Cour de cassation, ce périmètre inclut automatiquement les entreprises du groupe situées à l'étranger (Cass. soc., 9 janvier 2008 n° 06-44.407, Schering Plough), pour le juge administratif, l'employeur doit avoir mis le salarié à même de pouvoir manifester son intérêt de principe pour des postes à l'étranger (CAA Douai, 14 mai 2008 n° 06DA01189 Draka Paricable).

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 auquel il appartient y fasse *a minima* apparaître la qualité de salarié protégé du salarié inapte et y joigne l'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail pour qu'il puisse être considéré qu'il s'est livré à une recherche sérieuse des possibilités de reclassement à l'égard de l'intéressé (en ce sens, CAA Bordeaux, 23 février 2006, n° 03BX02209, SA Château Lagrange).

En présence d'une proposition de reclassement ne modifiant pas le contrat de travail, l'employeur peut procéder à un licenciement en cas de refus du salarié. Néanmoins, ce licenciement ne peut être fondé sur un motif disciplinaire, mais sur la cause première que constituent alors l'inaptitude physique et l'impossibilité démontrée du reclassement (Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-44.192, *Bull. civ. V* n° 122, AOP c./Mme Clerc ; Cass. soc., 6 janvier 2008, n° 06-44.413, *Bull. civ. V* n° 33, M. Bounouar, précité).

Enfin, le fait que salarié ne soit pas mobile et/ou que l'employeur a, par avance, limité sa recherche de reclassement en fonction des souhaits exprimés par le salarié n'exonère pas l'employeur de son obligation de recherche de reclassement, en l'absence de toute proposition concrète (Cass. soc., 25 mai 2011, n° 10-17.237, M. X c./CPM Sales Force ; Cass. soc., 16 novembre 2011, n° 10-19.518, Eurovia Centre Loire).

FICHE 11

LE REFUS DE MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL
OU DES CONDITIONS DE TRAVAIL

À 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 juillet 1996, n° 93-40.966, *Bull. civ.* V n° 278, Le Berre).

Le Conseil d'État a rapproché sa jurisprudence relative à la protection des représentants du personnel de celle de la Cour de cassation (CE, 10 mars 1997, n° 170.114, Vincent ; CE, 18 juin 1997, n° 160.961, Union des sociétés mutualistes de Lille ; 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 contrat de travail*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, Sté Hôtel Le Berry ; Cass. soc., 2 mars 2010, n° 08-44.902, Sté commerciale automobile de l'Angoumois ; cf. également *infra*).

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.

Le changement d'employeur, hors le cas particulier du transfert d'activité par application de l'article L. 1224-1 du code du travail, 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 avril 2008, n° 06-45.836, 06-45.837, 06-45.838 et 06-45.840, Libouton ; Cass. soc., 8 avril 2009, n° 08-41.046, *Bull. civ.* V n° 104, M. X c./Centre médical spécialisé Le Mont Blanc et autres). 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, Filali).

En revanche, une mise à disposition n'entraîne pas en soi une modification du contrat de travail (Cass. soc., 15 mars 2005, n° 03-41.371, Sté Pertuy) sous réserve des dispositions de l'article L. 8241-2 du code du travail (L. n° 2011-893 du 28 juillet 2011, art. 40), subordonnant la mise en œuvre de conventions de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif à l'accord du salarié et à 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 et le temps de travail 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, Sté Jikaf ; dans le même sens : Cass. soc., 5 avril 2006, n° 04-43.180, *Bull. civ.* V n° 143, Rachenne ; Cass. soc., 8 mars 2007, n° 04-43.580, Banque populaire du Centre-Atlantique).

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 février 1998, n° 95-45.171, *Bull. civ.* V n° 104, Qaissi ; Cass. soc., 14 mai 1998, n° 96-43.797, *Bull. civ.* V n° 251, Cloître ; Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-42.646, *Bull. civ.* V n° 222, Fédération française des maisons des jeunes et de la culture). Ainsi, une convention collective ne peut modifier le salaire contractuel que dans un sens plus favorable (Cass. soc., 27 janvier 1999, n° 96-43.342, *Bull. civ.* V n° 43, Sté Vega décoration ; Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-42.978, *Bull. civ.* V n° 340, Mutuelles du Mans assurance vie).

Par exception à ce principe, la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail, cette disposition ne s'appliquant pas aux salariés à temps partiel (loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 22 : code trav., art. L. 3122-6).

Un contrat de travail ne peut toutefois pas comporter de dispositions moins favorables que la convention collective applicable, même intervenue postérieurement (Cass. soc., 4 décembre 1990, n° 87-42.499, *Bull. civ.* V n° 608, Eeckman ; Cass. soc., 21 janvier 2009, n° 06-44.876, Sté Papeterie Hamelin).

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 décembre 1998, n° 96-42.102, *Bull. civ.* V n° 556, Sté Hervé Dhieux) 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, précité). Dans cette hypothèse, l'application des dispositions conventionnelles n'implique pas une modification du contrat de travail.

1.1.3. Le cas de la modification du lieu de travail

1.1.2.1. Le changement de secteur géographique

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, X c./Sté Paul Jacottet), hormis le cas d'une affectation temporaire décidée dans des circonstances exceptionnelles (*cf. infra*).

De même, le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail (loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 46 : code trav., art. L. 1222-9 ; *cf.*, dans le même sens, la jurisprudence antérieure : Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.727, *Bull. civ.* V n° 292, Abram ; Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 08-44.865, Assibat et autres).

À 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 (Cass. soc., 3 juin 2003, 2 arrêts : première espèce : n° 01-40.376, *Bull. civ.* V n° 181, X c./Sté Coop Atlantique ; deuxième espèce : n° 01-43.573, *Bull. civ.* V n° 185, Sté Alphadis ; Cass. soc., 21 janvier 2004, n° 02-12.712, *Bull. civ.* V n° 26 ; Cass. soc., 26 septembre 2006, n° 04-46.734, Sté Comazzi Industrie).

1.1.2.2. 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 ;
- 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., 14 octobre 2008, nos 07-40.345 et 07-43.071, X c./Sté Sodexaub) ;
- elle ne doit pas porter une atteinte injustifiée ou disproportionnée au droit du salarié à une vie personnelle et familiale (Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40.523, *Bull. civ.* V n° 192, X c./Sté Pricewaterhouse ; Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 06-45.562, *Bull. civ.* V n° 4, X c./Sté Iss Abilis France)

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, Sté Leader Price).

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, Sté Hortifruit ; Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-45.266, X c./Sté LDB Diffusion ; Cass. soc., 22 septembre 2009, n° 08-41.352, X c./Sté DMB) ;
- la modification du lieu de travail à l'intérieur d'un même secteur géographique (*cf. supra*) ;
- l'adjonction ou la suppression d'heures supplémentaires (Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-43.718, *Bull. civ.* V n° 103, X c./Sté Normandie Decap ; Cass. soc., 10 mars 1998, n° 95-44.842, *Bull. civ.* V n° 124, X c./Sté Pro-maco).

1.2.2. Le cas de la modification des horaires de travail

Sauf altération notable et permanente, 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, dès

lors qu'il n'a pas été contractualisé, 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 février 2000, n° 97-44.339, *Bull. civ. V* n° 67, X c./SCP Darneau, Ravier et Lombard ; Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-45.155, *Bull. civ. V* n° 123, X c./Sté GMA).

Il en va autrement pour les salariés à temps partiel lorsque les horaires figurent expressément dans le contrat de travail et acquièrent de ce fait une valeur contractuelle (Cass. soc., 18 juillet 2001, n° 99-45.076, *Bull. civ. V* n° 276, X c./Sté Musique information diffusion).

De même, un salarié peut refuser le changement consistant dans l'affectation du poste de nuit sans que ce refus constitue une faute ou un motif de licenciement (code trav., art. L. 3122-37). Est également justifié le refus d'un changement d'horaire portant une atteinte excessive au droit au respect de la vie personnelle et familiale ou au droit au repos (Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14.702, à paraître au *Bulletin*, X c./Sté GSF Orion).

2. L'obligation d'appliquer la procédure de licenciement en cas de refus du salarié protégé 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 décembre 2009, n° 301.563, Sté Auto-grill Cote France ; Cass. soc., 30 avril 1997, n° 95-40.573, *Bull. civ. V* n° 154, X c./Caisse d'épargne Aquitaine Nord ; Cass. soc., 21 nov. 2006, n° 04-47.068, *Bull. civ. V* n° 350, X c./Sté Sodemag ; Cass. soc., 30 septembre 2010, n° 08-43.862, *Bull. civ. V* n° 210, X c./Sté Falcon Training Center, 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.

2.1. 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...).

2.2. 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).

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 décembre 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 avril 2002, n° 99-44.192, *Bull. civ. V* n° 122, X c./Sté AOP). 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 décembre 2010, n° 08MA05291, Tur). 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).

3. Les points à contrôler par l'autorité administrative

3.1. 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, lorsqu'il s'agit d'une demande de licenciement résultant du refus d'une modification du contrat de travail pour motif économique, vérifier le respect par l'employeur de la procédure prévue par l'article L. 1222-6 du code du travail (*cf. infra*) et des procédures obligatoires de consultation des représentants du personnel en cas de licenciement économique (*cf.* fiche 7a).

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 avril 2011, n° 09-70.619, Sté Chabé limousines) et, 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.

3.1.1. Le respect de la procédure prévue par l'article L. 1222-6 du code du travail

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.

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 juillet 1999, n° 97-41.738, *Bull. civ.* V n° 346, Brisson).

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 décembre 2003, n° 01-40.225, *Bull. civ.* V n° 312, Sté Le Transport industriel Jean Faucher ; Cass. soc., 28 janvier 2005, n° 02-41.819, *Bull. civ.* V n° 18, X c./Sté SECE ; Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-44.533, Sté ATIM ; Cass. soc., 27 mai 2009, n° 06-46.293, *Bull. civ.* V n° 137, X c./Sté Comedis Bretagne). 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 novembre 2006, n° 05-42.619, Jacquot ; Cass. soc., 28 octobre 2008, n° 07-42.720, Sté Depolabo ; Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-42.850, X c./Sté Godineau Zolpan).

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.

3.1.2. Le respect des procédures obligatoires de consultation des représentants du personnel en cas de licenciement économique (cf. fiche 7a)

3.2. *L'examen de la cause de la modification refusée par le salarié*

3.2.1. 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 octobre 1996, n° 95-42.196, Sté Miko). 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...).

3.2.2. 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 décembre 2009, n° 301.563, Sté Autogrill Cote France ; CE, 7 décembre 2009, n° 305.018 et 305.968, Sté Berry Wood).

3.3. *L'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale* (cf. fiche 16)

3.4. *L'existence d'un motif d'intérêt général* (cf. fiche 17)

FICHE 12

LA MISE À LA RETRAITE

1. La définition de la mise à 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° 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 (code 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, Sté Helvetia ; Cass. soc., 14 mai 2008, n° 06-45.158, X c./Sté Nouricia).

Si les conditions de licéité de la mise à la retraite ne sont pas remplies, la rupture constitue alors un licenciement (code 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, Sté Bretagne Angleterre Irlande).

2. Les conditions de la mise à la retraite

Le cadre juridique des mises à la retraite désormais applicable résulte pour l'essentiel des modifications apportées par la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale, 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^{er} janvier 1955 par les lois précitées du 9 novembre 2010 et du 21 décembre 2011 (CSS, art. L. 161-17-2). Une période transitoire est prévue pour les générations nées entre le 1^{er} juillet 1951 et le 31 décembre 1954.

Le tableau ci-dessous précise l'application de ces règles selon l'année de naissance des salariés :

DATE DE NAISSANCE	ÂGE MINIMAL DE MISE À LA RETRAITE
Salariés nés avant le 1 ^{er} juillet 1951	65 ans
Salariés nés entre le 1 ^{er} juillet 1951 et le 31 décembre 1951	65 ans et 4 mois
Salariés nés entre le 1 ^{er} janvier 1952 et le 31 décembre 1952	65 ans et 9 mois
Salariés nés entre le 1 ^{er} janvier 1953 et le 31 décembre 1953	66 ans et 2 mois
Salariés nés entre le 1 ^{er} janvier 1954 et le 31 décembre 1954	66 ans et 7 mois
Salariés nés après le 1 ^{er} janvier 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, X c./GIE Expansiel).

2.2. La restriction des possibilités de mise à la retraite avant l'âge minimal légal

Depuis le 1^{er} janvier 2010, l'âge minimal légal pour la mise à la retraite s'applique sans dérogation, à la seule exception, dans la limite des durées maximales d'application, des salariés bénéficiaires (code trav., art. L. 1237-5) :

- d'une préretraite CATS ayant pris effet avant le 1^{er} janvier 2010 ;
- ou d'une préretraite amiante (*cf.* dispositions de la loi du 9 novembre 2010) ;
- ou d'une convention de préretraite progressive FNE (bien que ce dispositif ait été supprimé par la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 avec effet au 1^{er} janvier 2005, il subsiste encore des conventions en cours) ;
- ou encore dans le cadre de tout avantage de préretraite défini antérieurement à la loi n° 2003-775 du 21 août 2003, ayant pris effet avant le 1^{er} janvier 2010.

Dans cette hypothèse, la durée d'assurance requise pour bénéficier, avant l'âge de 65 ans, du taux plein est portée, en application de l'article 5 précité de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 :

- à 162 trimestres pour les mises à la retraite notifiées en 2010 ;
- à 163 trimestres pour les mises à la retraite notifiées en 2011 ;
- à 164 trimestres pour les mises à la retraite notifiées en 2012.

En revanche, la dérogation subordonnée à l'existence d'accords conclus et étendus avant le 22 décembre 2006, déterminant des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle et fixant un âge compris entre 60 et 65 ans, dès lors que le salarié pouvait bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein, a cessé de produire ses effets au 31 décembre 2009 (code trav., art. L. 1237-5-1).

2.3. La procédure de mise à la retraite à partir de 65 ans, âge reporté progressivement à 67 ans (code trav., art. L. 1237-5 et D. 1237-1)

L'employeur doit interroger le salarié par écrit, trois 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^e 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 (*cf. supra*).

3. Les règles applicables aux salariés protégés

Le Conseil d'État a, s'agissant des salariés protégés, jugé le 8 février 1995 (CE, 8 février 1995, n° 135.249, 134.963 et 254.364, *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, Sté Malitourne* ; Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.668, *Bull. civ. V n° 534, X c./Crédit lyonnais* ; Cass. soc., 10 décembre 2003, n° 01-43.876, *Bull. civ. V n° 314, Crédit lyonnais* ; Cass. soc., 27 octobre 2004, n° 01-45.902, *Bull. civ. V n° 275, Crédit lyonnais* ; Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-48.351, *Bull. civ. V n° 248, Sté EDF-GDF*).

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 comité d'entreprise, si le mandat le justifie (CE, 26 octobre 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 ;
- absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale (*cf. fiche 16*) ;
- absence d'un motif d'intérêt général (*cf. fiche 17*).

FICHE 13

LA FIN DU CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

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 (code 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. 2412-2 à L. 2412-13 du code du travail déterminent les salariés bénéficiaires de la protection spéciale (*cf. fiche 4*).

1. La rupture anticipée 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 ;
- 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 (code trav., art. L. 1243-1, issu de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011) (*cf. fiche 10*).

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 insuffisamment grave, faits commis en dehors de l'exécution du contrat de travail, 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 devra 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 CE si le mandat le justifie) ;

- le bien-fondé du motif allégué à l'appui de la demande de rupture anticipée du CDD et de la procédure supplémentaire spécifique en cas d'inaptitude d'origine professionnelle (consultation des délégués du personnel) ;
- 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), sauf si le motif avancé à l'appui de la rupture anticipée est la force majeure (qui ne nécessite pas l'autorisation de l'inspecteur du travail) ou l'accord des parties (*cf.* fiche 17).

En cas d'inaptitude d'origine professionnelle, 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 10).

2. L'absence de renouvellement du CDD comportant une clause de renouvellement ou de report de terme

S'agissant du non-renouvellement du CDD comportant une clause de renouvellement ou de report du terme, l'inspecteur du travail doit vérifier :

- le respect de la procédure interne – entretien préalable et consultation du comité d'entreprise 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 ; 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 mentions obligatoires.

S'il est bien saisi d'une fin de CDD, l'inspecteur du travail n'a pas à opérer de vérification quant à la légitimité ou l'existence d'une cause au 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).

Exception : le cas particulier de l'article L. 1226-19 : 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.

3. L'échéance du terme du CDD ne comportant pas de clause de renouvellement

3.1. Le cas visé

Il s'agit de tout CDD ne comportant pas de clause de renouvellement ou de report de terme, que le terme soit précis ou pas, et quelle que soit sa durée ou la possibilité ou non de le proroger (Cass. soc., 11 décembre 2001, n° 99-43.799, *Bull. civ.* V n° 375, M. Fabre ; Cass. soc., 5 avril 2011, n° 10-10.424, Conseil général de La Réunion, pour des contrats de trois et quatre jours ; Cass. soc., 10 décembre 2003, n° 01-44.703, *Bull. civ.* V n° 311, Intermarché Trimali, s'agissant d'un contrat initiative emploi dont la durée ne pouvait excéder 24 mois).

Compte tenu du délai imparti à l'employeur pour saisir l'inspecteur du travail (code trav., art. L. 2421-8), la protection doit avoir été acquise au moins un mois avant l'échéance du terme. Dans le cas contraire, la procédure protectrice ne lui est pas applicable et l'employeur n'a pas à saisir l'inspecteur du travail pour faire constater la cessation des relations contractuelles (Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-60.006, *Bull. civ.* V n° 176, Mme Barberi Nucci).

3.2. Le contrôle à opérer par l'inspecteur du travail

Dans le cas d'un CDD sans terme précis ou conclu pour remplacer un salarié absent, le respect de ce strict délai n'est pas toujours possible. L'employeur ne saisira l'inspecteur du travail que lorsque le salarié remplacé l'informerait de la volonté de mettre fin à son contrat ou de son retour dans l'entreprise (Cass. soc., 20 juin 2000, n° 97-41.363, *Bull. civ.* V n° 235, M. Berteau).

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 comité d'entreprise, la procédure de licenciement n'étant pas applicable dans ce cas (CE, 10 juin 1992, n° 94.626, Radio France, précité).

S'il constate que les parties semblent en réalité être liées par un contrat à durée indéterminée, il devra rejeter la demande (*cf. supra* 2-1).

L'inspecteur du travail doit en outre 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 (CE, 10 juin 1992, n° 94.626, Radio France, précité) y compris pour un CDD ne comportant pas de terme précis (CE, 6 octobre 1997, n° 165.337, SA Yacco).

4. Conséquences de la poursuite du contrat après l'échéance 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, M. Berteau, précité) ;
- 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, précité ; Cass. Soc., 27 septembre 2007, n° 06-41.086, *Bull. civ.* V n° 144, Taccoen).

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 contrat à durée indéterminée (TA Paris, 7 juin 1995, AFAN).

Enfin, l'absence de saisine de l'administration avant l'échéance du terme a pour effet de transformer le CDD en CDI (Cass. soc., 16 octobre 2001, n° 98-44.269, *Bull. civ.* V n° 320, M. Sorin).

FICHE 14

LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

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.

1. La demande d'autorisation de rupture conventionnelle

1.1. Champ d'application

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.

En tout état de cause, un contrat à durée déterminée peut être rompu avant terme avec l'accord des parties tel que prévu par l'article L. 1243-1, mais sans le formalisme des règles édictées par les articles L. 1237-11 et suivants.

1.1.2. En raison de la nature des mandats détenus

À 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 2411-2.

Toutefois, la liste fixée par ces articles résulte de la recodification à droit constant de la protection attachée aux mandats existants (en ce sens, Cass. soc., 27 janvier 2010, n° 08-44.376, *Bull. civ.* V n° 22, Sté SNN Clermont ; Cass. soc., 13 février 2012, n° 11-21.946, BICC n° 642, *cf.* fiche 4).

La protection visée à l'article L. 1237-15 du code du travail ne peut donc 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. Est donc soumise à la procédure d'autorisation devant l'inspecteur du travail la rupture conventionnelle de tout salarié bénéficiant d'une protection contre le licenciement au titre d'un mandat, telle qu'elle avait été fixée par le code du travail avant recodification.

Bénéficie également de cette protection le 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.

1.1.3. Les situations exclues de la faculté de recourir à la rupture conventionnelle si l'employeur invoque une modification du contrat de travail

La rupture conventionnelle est exclue du champ des ruptures amiables du contrat de travail intervenant dans le cadre d'accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, dans les conditions définies par l'article L. 2242-15 et des plans de sauvegarde de l'emploi, dans les conditions définies par l'article L. 1233-61 (code trav. art. L. 1237-16).

Néanmoins, dès lors que l'objectif de l'article L. 1237-16 est d'éviter que la rupture convenue conduise à contourner les garanties en matière de licenciements économiques et collectifs, il n'est pour autant pas interdit de conclure des ruptures conventionnelles qui s'avèrent avoir « une cause économique ». Les ruptures ainsi conclues

doivent alors être comptabilisées « 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 CCE société ND Vrac, *Bull. civ.* V n° 70).

Par ailleurs, si rien n'interdit aux parties de conclure une rupture conventionnelle pendant une période de suspension du contrat de travail qui n'est assortie d'aucune protection particulière (tels le congé parental d'éducation, le congé sabbatique ou le congé sans solde), il en va autrement lorsque la rupture est envisagée en période de suspension assortie de garanties légales, et qu'elle est dès lors de nature à faire suspecter l'existence d'une volonté de contournement desdites garanties (périodes de protection attachées à un accident du travail, une maladie professionnelle, une maternité, à une inaptitude médicale, à une procédure de licenciement déjà engagée...).

Dans ce dernier cas, la liberté du consentement du salarié peut en effet apparaître plus délicate à rapporter (*cf. infra*).

1.2. Procédure préalable

Lorsque la consultation du comité d'entreprise 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.

1.3. Demande d'autorisation

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 (code trav. art. L. 1237-14) auprès de l'inspecteur du travail (*cf.* fiche 1b), accompagnée du 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 18 février 2012, *JO* du 17 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 n'est pas expiré. Le non-respect de ce délai vicie substantiellement la procédure et justifie à lui seul le refus 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.

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 implicite de la rupture conventionnelle. Le défaut de décision expresse prise avant l'expiration du délai de droit commun de deux mois vaut rejet implicite de la demande (loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 21).

La décision de l'inspecteur du travail doit être précédée d'une enquête contradictoire (code trav. art. R. 2421-4) (*cf.* fiche 3).

La rupture conventionnelle ne pourra prendre effet au plus tôt que le lendemain du jour de l'autorisation (code trav. art. L. 1237-15).

2. Portée du contrôle à opérer par l'inspecteur du travail

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 par avis du comité d'entreprise (*cf.* fiche 5).

La tenue des entretiens constituant un élément essentiel du consentement des parties, ils doivent être organisés dans la 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. Lors des entretiens, l'employeur doit donner au salarié une information précise sur le régime fiscal et social de l'indemnité.

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, 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.

Ainsi, peuvent être considérés comme substantiels 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 ;
- l'ancienneté du salarié : celle-ci doit être exactement calculée, en années et mois, à la date présumée de la rupture du contrat de travail ;

- les éléments de rémunération : il est indispensable que les douze derniers salaires bruts versés au salarié soient communiqués afin de permettre la détermination de la base de calcul de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ;
- la tenue d'au moins un entretien : il est nécessaire que les parties procèdent au moins à un entretien ;
- le ou les assistants des parties à l'entretien : 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 ;
- la signature de la convention de rupture : la volonté de chaque partie doit se concrétiser par la signature de la convention de rupture ;
- la vérification de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle :
 - la base de calcul : conformément à l'article L. 1234-9, alinéa 1, du code du travail, l'indemnité est calculée sur la moyenne des trois ou douze derniers mois de rémunération, au plus favorable ;
 - le mode de calcul : le montant de cette indemnité doit correspondre au moins à celui de l'indemnité légale (code trav. 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 janvier 2008 étendu par arrêté du 26 novembre 2009, *JO* du 27 novembre) ;
 - le tableur de calcul : un tableur de vérification automatique est mis à disposition des services sur Sitère et mis à jour. Il permet de vérifier que le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle convenue entre les parties correspond au minimum légal ou conventionnel prévu ;
- la date envisagée de rupture du contrat de travail : elle doit être cohérente au regard des délais de rétractation et d'instruction de la demande d'homologation ou d'autorisation, et ne peut en aucun cas être antérieure à celle de l'expiration du délai d'instruction par la DIRECCTE ou d'autorisation de l'inspecteur du travail ;
- le droit de rétractation : la durée du délai de rétractation (quinze jours calendaires) doit être impérativement respectée.

L'inspecteur du travail s'assurera donc de l'absence de toute pression de la part de l'employeur qui se rattacherait notamment à l'exercice du mandat du salarié. La décision autorisant la rupture conventionnelle devra toujours constater l'absence de lien avec le mandat.

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 (code trav. art. R. 2422-1) et/ou devant le tribunal administratif implanté dans le ressort de l'établissement distinct auquel est rattaché le salarié et non devant le conseil de prud'hommes comme pour les homologations de droit commun.

FICHE 15

LE TRANSFERT

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 (code trav., art. L. 2414-1).

1. Les bénéficiaires 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 ;
- les anciens représentants du personnel.

En effet, par un arrêt du 8 juin 1999 (Cass. soc., 8 juin 1999, n° 96-45.045, *Bull. civ.* V n° 272, Sté Euronetec France), la Cour de cassation a jugé que le transfert des candidats aux élections professionnelles devait, dans les six mois suivant cette candidature, 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 six mois suivant la cessation de leurs fonctions.

2. Les opérations concernées

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.

2.1. Le champ d'application : transfert partiel d'activité d'une entreprise ou d'un établissement

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 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 d'établissement (Cass. soc., 15 novembre 2011, n° 10-15.294, à paraître au *Bulletin*, Girardot).

Sont également regardés comme constituant un transfert partiel :

- une somme de transferts partiels d'activité à différents cessionnaires aboutissant au transfert total de l'ensemble du personnel d'une entreprise (CA Caen 13 mai 1994 Laiguede c./Hurel) ;
- 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 (TA Bordeaux 2 juillet 1992 M. de Rumigny c./SNC Électrolux Ménager) ;
- le transfert partiel à l'intérieur d'un même groupe de sociétés.

A contrario, le transfert total d'activités et de personnel d'un même établissement 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.

Il en va de même en cas de transfert partiel entre des sociétés formant entre elles une unité économique et sociale et ayant des institutions représentatives du personnel communes, compte tenu de l'absence d'impact sur les mandats concernés.

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, procureur général près la Cour de cassation ; CJCE 14 avril 1994 Schmidt ; Cass. soc., 10 juillet 2007, n° 06-40.594, X. c./Sté Quatro interactive).

2.2.1. Le formalisme attaché à la demande

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 juillet 1998, n° 96-21.451, *Bull. civ. V* n° 363, MGEN ; Cass. soc., 16 novembre 1999, n° 98-41.782 et 98-41.786, *Bull. civ. V* n° 439, Sté Somarep).

Au nombre des composantes de l'entité économique figurent en principe :

- des moyens corporels : matériel, outillage, marchandises, bâtiments, ateliers, terrains, équipement... ;
- des éléments incorporels : reprise de la clientèle (Cass. soc., 16 décembre 2009, n° 08-41.196, Nodée ; Cass. soc., 10 mars 2010, n° 08-44.636, commune de Quiberon), du droit au bail, de brevets d'invention, de licences ou de droits de propriété industrielle... ;
- du personnel propre.

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 juillet 2000, n° 98-18.037, *Bull. civ. V* n° 285, Sté Perrier Vittel France ; Cass. soc., 21 février 2006, n° 03-46.652, Sté Bakemark ingrédients France).

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, Sté Level 3 Communications).

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, X et autres c./Sté GGA ; CJUE, 13 septembre 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, Sté Sulpice ; Cass. soc., 20 avril 2005, n° 03-41.594, Sté Reed expositions France).

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 janvier 2002, Aff. 51/00, 6^e ch., Temco service industries SA c./Imzilyen ; *a contrario*, s'agissant de la restauration collective, qui exige des équipements importants : CJCE, 20 novembre 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 décembre 2005, aff. 232/04, Nurten Güney-Görres, Gul Demir c./Sécurité Aviation Germany ; dans le même sens : Cass. soc., 24 novembre 2009, n° 08-44.148, *Bull. civ.* V n° 264, Sté Avenance enseignement et santé).

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, X c./ Sté Ventillon Conteneur ; Cass. soc., 10 juillet 2001, n° 99-44.466, *Bull. civ.* V n° 254, X c./Association AIDAPHI-CEP ; Cass. ch. mixte, 7 juillet 2006, n° 04-14.788, *Bull. ch. mixte* n° 5, Sté Arlanc productions ; Cass. soc., 10 avril 2008, n° 06-46.073, SAS Solap ; Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 08-43.092, Sté PCB) :

- 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 [code 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 (code com., art. L. 642-5).

En effet, il peut être fait échec à l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 pour les licenciements autorisés par le tribunal de commerce homologuant un plan de cession dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire (code com., art. L. 631-19 II) ou de liquidation judiciaire (code com., art. L. 642-5) (CA Agen, 4 novembre 2008, Sté Sadeffa industries) (*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 obligatoire 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, Sté Iss Abilis).

2.3.2.2. Pour le salarié protégé (*cf. infra*)

Les salariés protégés peuvent refuser le transfert de leur contrat de travail lorsqu'il effectue en application de dispositions conventionnelles (*cf. infra*, 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, Sté Onet propreté ; Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-40.578, Sté Abilis ; Cass. soc., 20 novembre 2002, n° 00-44.498, *Bull. civ.* V n° 349, Sté l'Entreprise ferroviaire), 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, Sté SPEN).

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 n° 11).

3. La procédure

3.1. La procédure interne à l'entreprise en cas de transfert

Aucune disposition légale ne prévoit une consultation du comité d'entreprise 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. 2323-6 du code du travail. En revanche, il n'appartient pas à l'autorité administrative de contrôler le respect de cette procédure et de refuser à ce titre l'autorisation demandée.

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 (code 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 (CAA Nantes, 25 mars 2010, n° 09NT01860 Sté DHL Express).

La procédure à suivre par l'inspecteur du travail est la même que celle prévue pour les demandes d'autorisation de licenciement (code trav., art. R. 2421-17 précité).

Si l'autorisation de transfert du salarié protégé intervient postérieurement à la date fixée pour la prise d'effet de l'opération de transfert, c'est à la date de cette décision administrative que prend effet le transfert pour le salarié concerné.

4. Les points à contrôler par l'autorité 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, 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, X c./Sté Polyclinique du Trégor).

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, mais est tenue d'examiner si le salarié concerné exécutait effectivement son contrat de travail dans l'entité transférée (CE, 15 juin 2005, n° 250.747, Sté Cogecom).

Peut être transféré pour partie le contrat de travail d'un salarié qui s'exécute pour l'essentiel dans le secteur d'activité repris, alors même qu'il a continué à exercer des tâches dans un secteur non repris (Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-42.065, *Bull. civ. V* n° 78, Sté TTE ; dans le même sens : Cass. soc., 2 mai 2001, n° 99-41.960, *Bull. civ. V* n° 145, X c./Sté Daimler Chrysler France).

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 (code 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 octobre 1990, n° 87.204 et 87.617, Frisone et Catherine).

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) ;
- 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, n° 08-41.600 et n° 08-44.120, *Bull. civ. V* n° 51, X. c./Sté Poly urbaine ; n° 08-41.553, Association Inter production formation ; sur l'accord exprès du salarié, cf. *infra*) ;
- 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 conséquences de la décision administrative pour le salarié protégé

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, Sté Wyeth Lederlé).

En cas de refus du salarié protégé, l'employeur a la possibilité d'engager une procédure de licenciement pour motif disciplinaire.

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, précités).

En cas de refus de sa part, l'entreprise « sortante » doit maintenir son contrat de travail ; en cas d'impossibilité, une procédure de licenciement pour motif économique peut être mise en œuvre.

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 n° 08-41.599, précités), 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 « légal » 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 (code trav., art. L. 2421-9 ; Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 97-45.209, *Bull. civ.* V n° 16, Sté Bull).

FICHE 16

LA VÉRIFICATION DE L'ABSENCE DE LIEN AVEC LE MANDAT OU L'APPARTENANCE SYNDICALE

1. La portée 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 de principe du Conseil d'État (1), selon lequel le projet de « licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé ».

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 (CE, assemblée, 5 mai 1976, n° 98.647, Sté d'aménagement foncier et d'établissement rural et ministre de l'agriculture c./Bernette, Rec. p. 232 ; CE, section, 18 février 1977, n° 95.354, Abellan, Rec. p. 97).

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 octobre 2009, n° 298.398, Mme Perreux, Rec. p. 407).

L'inspecteur du travail peut se faire communiquer tout document ou élément d'information (2), 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).

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 vérification de l'absence de lien entre projet de rupture du contrat de travail ou de transfert et l'exercice des fonctions représentatives

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.

(1) CE, 18 février 1977, Abellan, *op. cit.*

(2) Article L. 8113-5 du code du travail.

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 janvier 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 janvier 1981, n° 24.114, Mme Godefroy ; CE, 20 janvier 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 novembre 1985, n° 48.415, M. Vanhoucke) ou se voit proposer une modification de son contrat de travail ou des conditions de travail (CE, 15 novembre 1996, nos 161.761 et 171.698, ministre du travail et M. Brasselet c./Sté Guintoli).

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 février 1996, n° 94-85.863 ; CE, 4 décembre 1987, n° 81.158, Institut d'éducation motrice – Institut médico-professionnel de Brighton-les-Pins ; CE, 11 juillet 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-tenu 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 décembre 1997, nos 169792 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 septembre 2003, n° 02-86.048) ;
- l'absence d'évolution dans la carrière (Cass. soc. 19 octobre 2010, n° 08-44.247, M. X. c./Sté Pfizer PMG).

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 février 2007, n° 06-41.710, Sté Idex).

2.1.3.2. Au regard des fonctions représentatives

À ce titre, peuvent être retenus :

- le degré d'activité du salarié dans l'exercice de ses mandats (CE, 15 décembre 1997, Sté Limoges Castel précité) ;
- 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 avril 1988, n° 87-84.14, *Bull. crim.* n° 155) ;
- 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^{er} février 1995, n° 91-44.908, SPST Ouest-France c./M. Michel Jijan, *Bull. civ.* V n° 45 ; CE, 11 janvier 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 novembre 1989, n° 89-81.775, Sté Saset).

2.3. Les indices de discrimination en cas de licenciement économique

2.3.1. 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 novembre 1996, Sté Guintoli précité).

2.3.2. La vérification des critères d'ordre de licenciement

Le contrôle de l'ordre des licenciements relève de la compétence du seul juge judiciaire (CE, 9 juin 2010, n° 315.538, M. Bellagrouz c./Sté Chevron Chemical Company). L'autorité administrative n'a donc pas à 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. 11 janvier 2011, n° 09-42.541, M. X. c./Régie Renault).

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 juillet 1994, n° 102.637, Sté Lener-Cordier).

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 c./Sté Gilardoni *a contrario*).

2.3.3. 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 octobre 1991, n° 88.843, Sté Renault Véhicules industriels ; CE, 20 mai 1994, n° 106.197, Sté LMEI Bourgogne ; CE, 15 décembre 1997, n° 169.792 et 169.793, Sté Limoges Castel).

2.3.4. 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 (code com. art. R. 631-26).

La liste ne peut être modifiée par les choix du repreneur (Cass. soc. 19 octobre 1994, n° 91-41.168, GARP c./M. Sempy et autres).

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 décembre 1989, n° 59.638 et 59.703, M^e 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 SOGE-COM).

À 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 décision 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).

À 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 languedocienne 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 septembre 2005, n° 04NT00973, SA 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 janvier 1997, n° 163.071, Mme X c./Hôtel Normandy ; CE, 19 février 1997, n° 141.161, SA 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.

FICHE 17

L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

1. La notion d'intérêt général

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 février 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 être retenu par l'administration pour refuser la rupture sollicitée

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 novembre 2009, n° 09BX00092, M. Al Koudri ; CE, 29 décembre 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 avril 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, SNC Sicup Uniroyal, précité) (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 février 1983, n° 32.403, Lataste ; CE, 4 mai 1988, n° 84.237, Établissements Roger Martinet ; CAA de Douai, 28 juillet 2005, n° 04DA00705, Langlet).

3. Les différentes situations permettant à l'administration de retenir un motif d'intérêt général

L'administration dispose, lorsqu'elle retient un tel motif, d'un pouvoir d'appréciation en opportunité, soumis au contrôle normal du juge administratif (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 octobre 1997, n° 172.137, Sanyo c./Fekar ; CE, 13 décembre 2005, n° 277.748, ANT c./Valadier ; CE, 23 juillet 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.

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 juillet 2010, n° 08MA00322, SARL Logifos) ;
- ou pour éviter le licenciement du seul délégué syndical de l'établissement (CE, 11 février 2005, n° 247.673, Marcel, Rec. p. 56), au regard du climat social dégradé régnant dans l'entreprise, ou de la seule représentante syndicale et seule déléguée du personnel dans l'entreprise (CAA de Lyon, 9 avril 2009, n° 07LY00775, Buttay).

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 février 1987, n° 72.347, Louat, Rec. p. 70 ; CE, 8 novembre 1993, n° 120.034, Mutuelles de Bretagne ; CE, 10 juillet 1995, n° 145.130, Fontaine ; CE, 28 avril 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 dès lors que les élus visés par la mesure de licenciement peuvent être normalement remplacés (CE, 18 décembre 1991, n° 84.975, Agde Distribution Intermarché ; CE, 2 juin 1989, n° 68.320, Compagnie française de l'azote ; CE, 7 février 1994, n° 104.256, Chennoufi et autres) ;
- éviter de compromettre le fonctionnement d'une institution représentative du personnel (CE, 2 juin 1989, Compagnie française de l'azote, précité ; CE, 7 février 1994, Chennoufi et autres, précité) ;
- permettre aux organisations la présentation de candidats aux élections à venir (CAA de Nantes, 5 février 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 juillet 1983, n° 32.197, BDPA c./Chambard.)

Il ne saurait être utilisé pour éviter le licenciement du salarié particulièrement actif dans l'exercice de ses mandats (CE, 10 février 1992, n° 83.456, Papeteries de l'Est ; CE, 11 février 1998, n° 170282, SA Semne Val d'Yerres ; CE, 29 décembre 1995, Primereur, précité).

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 janvier 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 octobre 1998, 168.381, Transports Vacher).

Ainsi a-t-il pu être retenu :

- en cas de climat social dégradé/très tendu (CE, 11 février 2005, Marcel, Rec. p. 56, précité) ;
- ou de risques de troubles sociaux graves (CE, 17 juin 1991, n° 112.317, Régie nationale des usines Renault c./M. Six).

À 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'employeur

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 » (conclusions du commissaire du Gouvernement rendues sous la décision CE, 9 octobre 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 en contravention de la législation fiscale encaissées en contravention avec les règles de l'entreprise (CE, 27 juillet 1990, n° 89.434, Naguib) ;
- lors d'agressions physiques, violation de locaux et séquestration (CE, 11 janvier 1995, n° 129.392, Régie nationale des usines Renault) ;

- lorsqu’avaient été commises d’importantes atteintes à la liberté du travail (CE, 13 novembre 1987, n° 67.088, SA Consortium Meyer Sansboeuf) ainsi qu’à la libre circulation des biens et de véhicules (CE, 26 octobre 1994, n° 146.940, Lambillotte et autres).

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 juillet 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

I. – CAS DANS LESQUELS LE MOTIF D’INTÉRÊT PEUT ÊTRE RETENU	
Faute	CE assemblée, 5 mai 1976, n° 98.647, SAFER d’Auvergne
Licenciement pour motif économique	CE section, 18 février 1977, n° 95.354, Abellan
Absences pour maladie	CE, 13 mars 1992, n° 100.756, Association l’hôpital Belle-Isle
Inaptitude physique	CE, 18 décembre 1996, n° 168.365, Donnat
Défaut de titre ou d’autorisation d’exercer	CE, 15 décembre 2010, n° 329.674, Choucoutou
Mise à la retraite	CE, 8 février 1995, n° 134.963, Crédit lyonnais
Insuffisance professionnelle	CE, 7 décembre 2009, n° 315.588, GRECE
Licenciement pour fin de chantier	CE, 25 mars 1983, n° 36.037, Sté générale d’entreprises pour les trav.aux publics
Licenciement pour fin de spectacle	CE, 25 octobre 1985, n° 35.996, Sté des théâtres des Folies Bergère
Comportement étranger à l’exécution du contrat de travail	CE, 4 juillet 2005, n° 272.193, Patarin
Rupture du CDD ou du CTT avant terme	Contrôle de l’intérêt général (CE, 6 mai 1996, n° 146.161, Todisco – 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	CE, 10 juin 1992, n° 94.626, Radio France – en matière de CDD ; par analogie pour le CTT
Fin du contrat à objet défini	Contrôle de l’intérêt général
II. – CAS DANS LESQUELS LE MOTIF D’INTÉRÊT GÉNÉRAL NE PEUT ÊTRE RETENU	
Transfert	CE, 20 mai 1988, n° 74.863, Sté Goulet-Turpin
Arrivée à terme du CDD	CE, 10 juin 1992, n° 94.626, Radio France
Fin du CDD sans terme précis	CE, 6 octobre 1997, n° 165.337, SA Yacco

I. – CAS DANS LESQUELS LE MOTIF D'INTÉRÊT PEUT ÊTRE RETENU	
Rupture conventionnelle	Pas de contrôle de l'intérêt général
Rupture amiable pour motif économique	Pas de contrôle de l'intérêt général
Rupture du contrat pendant la période d'essai	Pas de contrôle de l'intérêt général

FICHE 18

MOTIVATION ET NOTIFICATION DE LA DÉCISION

1. La forme de la décision

1.1. *L'obligation d'identifier le signataire de la décision*

La décision doit comporter la signature manuscrite de son auteur et la mention, en caractères lisibles, du nom, du prénom et de la qualité de celui-ci (loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 4 ; CE, 12 décembre 1990, n° 57.510, Torras).

Si la signature de décision est toujours une formalité substantielle, cette exigence ne s'applique qu'à l'original de la décision et non à ses copies. Ainsi, la circonstance que la copie d'une décision ne porterait pas la signature de son auteur est sans influence sur sa légalité (CE, Sect. 11 février 1982, n° 36.143, Le Duff, Rec. p. 219).

En outre, 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 et, le cas échéant, à une attestation du fonctionnaire signataire pour s'assurer de son identité (CAA Paris, 12 avril 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 (code trav., art. R. 2421-5 et R. 2421-12), ce qui signifie qu'elle doit comporter les considérations de fait et de droit qui en constituent le fondement.

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 c./ Benin ; CE, 19 février 1997, n° 141.161, Transports Testud ; CAA Nantes, 30 septembre 2010, n° 09NT02600, SARL Mamm'Soazic ; CAA Lyon, 10 novembre 2009, n° 07LY02747, association départementale d'aide à l'enfance ; CAA Douai, 20 novembre 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 (*cf. infra* 4), 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 février 1989, n° 64.186, Sté Graniroc).

2. Le contenu de la décision

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. infra* 2.2).

À 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 novembre 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 janvier 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 octobre 1995, n° 147.293, Lancois) ;

- doit faire mention de l'intégralité des mandats exercés, anciennement détenus et/ou brigüés par le salarié. À 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 rendaient inopportun le licenciement du salarié. La décision d'autorisation ainsi prise sera donc entachée d'illégalité (CE, 22 juillet 1992, n° 109.709, Cirelli, Rec. p. 1348 ; CE, 13 décembre 2005, n° 277.748, ANT c./Valadier ; CE, 20 mars 2009, n° 309.195, Anani ; CE, 7 décembre 2009, n° 315.588, GRECE) ;

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 et de s'assurer de l'exactitude de la qualité, de titulaire ou de suppléant, attachée au mandat détenu, notamment en obtenant les procès-verbaux d'élections ou encore en vérifiant que le salarié titulaire d'un mandat de suppléant ne soit pas devenu titulaire en cours de mandat, sans se limiter aux mandats formellement mentionnés dans la demande qui, s'ils sont eux-mêmes erronés, feront courir avec certitude le risque d'une annulation contentieuse de la décision d'autorisation qui aura été ainsi prise.

- doit, en principe, comporter un considérant sur l'existence ou l'absence de discrimination (code 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, 13 octobre 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^{er} février 1995, n° 143.661, Société Midica ; CE, 17 octobre 1997, n° 162.597, Banque industrielle et immobilière privée) ; 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, Société LMT, Rec. p. 764 ; CE, 19 juin 1992, n° 107.788, Mutuelle générale des PTT) ;
- ne doit pas avoir requalifié ou pallié le défaut de qualification ou de motivation affectant la demande présentée par l'employeur. Si la demande d'autorisation de licenciement n'énonce pas de façon claire et non équivoque le terrain et la qualification juridique sur laquelle l'employeur la présente, sans que puisse être regardé comme tenant lieu d'un tel énoncé le renvoi à des pièces justificatives (CE, 20 mars 2009, n° 308.346, Société Le Vigilant Hermès Protection) 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 de ne retenir que le ou les seuls motifs qu'il estime devoir emporter sa conviction de manière certaine, sans se prononcer subsidiairement sur ceux pour lesquels il pourrait avoir un doute, sous peine de fragiliser l'ensemble de sa décision si le ministre ou le juge devait faire de ces derniers éléments une appréciation différente (en ce sens, CE, 12 janvier 1968, n° 70.951, ministre de l'économie et des finances c./dame Perrot, Rec. p. 39).

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 se statuer dans le même sens pour chacun des intéressés.

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 ont été commis dans le cadre de l'exécution du contrat de travail. À défaut, l'autorisation de licenciement ne pourra qu'être refusée, les faits commis hors du cadre contractuel ne pouvant pas revêtir de qualification disciplinaire. L'inspecteur du travail devra 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 devra 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 mars 1987, n° 72.669, Benin, précité ; CE, 19 février 1997, n° 141.161, Sté Transports Testud, précité ; CE, 1^{er} juillet 1988, n° 84.821, Sté Bourguignonne 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) ;
- doit apprécier si le ou les faits fautifs allégués présentent 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 octobre 2007, n° 05BX00338, S.A. Bodycote Hit ; CAA Paris, 6 décembre 2010, n° 05PA02486, Biribin Limousines).

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

Dans un tel cas de figure, l'inspecteur du travail doit vérifier que :

- les faits allégués ont été commis en dehors de l'exécution du contrat de travail. À défaut, la décision ne pourra être prise sur le fondement disciplinaire, l'administration n'ayant pas le pouvoir de requalifier la demande. L'inspecteur du travail devra donc refuser l'autorisation sollicitée et inviter l'employeur à refaire dans les meilleurs délais une demande avec la qualification juridique appropriée ;
- les faits en cause 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) ;
- s'assurer du caractère réaliste et réalisable des objectifs fixés (Cass. soc., 9 avril 2008, n° 06-46.159, Dillies) ainsi que le caractère persistant et/ou durable des faits d'insuffisance constatés (Cass. soc., 22 octobre 2008, n° 07-43.194, Hauts de France bureautique). Tout élément factuel pertinent de nature à étayer ces constats doit figurer dans la décision ;
- vérifier la matérialité et le caractère sérieux des efforts de reclassement entrepris en faveur du salarié protégé (CE, 7 décembre 2009, n° 315.588 GRECE ; CAA Nantes, 15 avril 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 physique médicalement constatée

Dans sa décision, l'inspecteur du travail doit :

- mentionner que l'inaptitude au poste a été constatée conformément aux dispositions de l'article R. 4624-31 du code du travail ;
- faire référence, en premier lieu, à la décision prise sur la contestation de l'avis d'(in)aptitude dont il a pu être saisi, avant de se prononcer sur la demande de licenciement dont fait l'objet le salarié ;
- 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, sans que ne puissent figurer dans la décision d'autorisation les souhaits de mobilité exprimés par le salarié.

Pour plus de développements, il est renvoyé sur ce point à la fiche 10.

2.3.5. En cas de demande reposant sur une pluralité de motifs personnels

En cas de décision refusant le licenciement, l'inspecteur du travail doit examiner et faire porter son contrôle sur l'ensemble des motifs personnels invoqués à l'appui de la demande.

En cas de décision autorisant le licenciement, l'inspecteur du travail doit faire apparaître dans sa décision l'ensemble des points de contrôle auquel il est tenu de se livrer sur celui ou ceux des motifs personnels qu'il aura estimé de nature à fonder le licenciement. Dans ce cas, il ne saurait cependant se contenter de lister les faits allé-

gués à l'appui d'une demande reposant sur plusieurs motifs distincts (faute et insuffisance professionnelle, par exemple) 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. À 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.

2.4. *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, quelle 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, sans se limiter aux établissements situés sur le territoire national (CE, 8 juillet 2002, n° 226.471, Kerninon, Rec. p. 266).

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°s 42.399 et 47.168, Sté Wash Perle International).

En cas de redressement ou de liquidation judiciaire, la décision de l'inspecteur du travail ne doit pas se limiter à faire mention du jugement du tribunal de commerce ayant ouvert la procédure collective dont fait l'objet l'entreprise mais doit également préciser par quoi est établie la cause économique alléguée à l'appui de la demande.

2.4.2. En ce qui concerne l'effet de la cause économique sur la relation contractuelle

Lorsque 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 au niveau de l'entreprise dans son ensemble et non du seul établissement concerné par une fermeture (Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690, *Bull. civ. V* n° 123, Sté Thomson Tubes et Displays, précité ; Cass. soc., 16 janvier 2001, n° 98-44.461, Sté Olymp ; Cass. soc., 8 juillet 2008, n° 06-45.564, Louis c./OGEC de Moka).

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, 9 juin 2010, n° 305.538, Bellagrouz ; CE, 29 décembre 2000, n° 206.918, Sté Suturex).

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 ; TA Lyon, 1^{er} octobre 1987, Imbert et Soler ; CAA Nantes, 30 septembre 2010, n° 09NT02600, SARL Mamm'Soazic, précité ; CAA Nancy, 6 décembre 2004, n° 01NC00164, Cuinet).

Pour plus de développements, il est renvoyé sur ces points aux fiches 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).

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°s 08-41.600 et 08-44.120, *Bull. civ. V* n° 51, X. c./ Sté Poly urbaine ; n° 08-41.553, Association Inter production formation).

Pour plus de développements, il est renvoyé sur ces points à la fiche 15.

2.6. *La motivation des décisions implicites de rejet*

L'article 5 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs 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 ».

Si la demande est formulée dans le délai susmentionné, l'administration est tenue d'y répondre dans le délai d'un mois suivant sa réception. Elle 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 confirmative (CE, 17 juin 1992, n° 107.021, Tappon ; CAA de Nancy, 26 mai 2005, n° 01NC00092, Moster). Si l'inspecteur du travail ne répond pas du tout 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 ; CE, 5 février 1990, n° 87.012, Sad).

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 » (CE, 17 juin 1992, n° 107021, Tappon, 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.

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 octobre 1999, n° 203.799, Erchidi). À 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 septembre 2002, n° 200.991, Lukundu).

3. Les délais pour statuer

3.1. Les délais indicatifs visés par le code du travail

Les articles R. 2421-4 et R. 2421-11 précisent que l'inspecteur du travail doit statuer sur la demande dans un délai de quinze jours (ramené à huit jours en cas de mise à pied conservatoire) et que ce(s) délai(s) ne peut(vent) être prorogé(s) que si les nécessités de l'enquête le justifient.

Pour autant, ces dispositions, qui doivent être regardées comme instituant des délais de bonne administration, n'emportent pas de conséquences juridiques particulières, et dès lors :

- à l'issue de ces délais, il ne saurait être considéré qu'une décision implicite de rejet serait née, en l'absence de prescription expresse à cet égard (CE, 17 novembre 1986, n° 60.219, Sté Opodex ; CE, 22 février 1988, n° 73.747 et n° 84.414, Sté Vachette et Martel) ;
- le non-respect de ces délais est sans incidence sur la légalité de la décision de l'inspecteur du travail, quand bien même ce dernier n'aurait pas avisé les parties de leur prorogation (CE, 12 avril 1991, n° 77.282, Banque populaire provençale et corse) ou encore que la prorogation serait injustifiée (CE, 19 février 1997, n° 163.586, Pecoste).

3.2. Le délai à l'issue duquel naît une décision implicite de rejet

Aux termes de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, « sauf dans les cas où un régime de décision implicite d'acceptation est institué dans les conditions prévues à l'article 22, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision implicite de rejet ».

La décision implicite de rejet ne peut dès lors naître qu'à l'issue du délai de deux mois, ce délai courant à compter de la réception de la demande.

Au regard de leur nature particulière et dans un souci de bonne administration, les demandes d'autorisation de licenciement 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 10 mars.

À 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 à cette dernière date.

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 ou d'un représentant syndical au comité d'entreprise, auprès de l'organisation syndicale concernée, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (code 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 reprenneur (*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. À 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 novembre 2005, n° 257.126, ministre des affaires sociales et de la solidarité c./Sté Les Amis verts).

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 (code just. adm., art. R. 421-5).

Les recours gracieux et hiérarchique ne constituant pas des recours administratifs obligatoires contre la décision de l'inspecteur du travail portant sur le licenciement ou le transfert du contrat de travail d'un salarié protégé, la notification de ladite décision n'a à faire figurer de manière impérative que la seule voie du recours contentieux et préciser que ce dernier recours s'exerce devant le tribunal administratif, sans qu'il ne soit nécessaire de faire figurer l'adresse dudit tribunal (en ce sens, CE, 15 novembre 2006, n° 264.636, Toquet).

Néanmoins, et conformément à l'instruction Dagemo/MCG n° 94-05 du 1^{er} juin 1994, 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.

Par conséquent, 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 avril 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 du jour de la notification de la décision initiale (code trav., art. R. 2422-1 ; code proc. civ., art. 641, al. 2), sauf lorsque le requérant demeure dans un DOM ou une COM, auquel cas il doit être fait mention que ce délai est porté à trois mois (code proc. civ., art. 643 et 644).

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 du lendemain du jour où la décision a été notifiée (code just. adm., art. R. 421-1) sauf lorsque le requérant demeure dans un DOM ou une COM, auquel cas il doit être fait mention que ce délai est porté à trois mois (code proc. civ., art. 643 et 644).

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'auteur de la décision (code just. adm., art. R. 312-10 ; CE, 2 février 1996, n° 133.455, Suburbaine de canalisations et de grands travaux).

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 novembre 2000, n°s 211285 et 211286, Mutuelle Inter-jeunes et Abed, Rec. p. 554 ; CE, 14 novembre 2001, n° 230040, Mariot, Rec. p. 804).

Le défaut d'indication des voies et délais de recours « dans la notification de la décision » a seulement « pour effet d'empêcher de faire courir le délai du recours contentieux contre la décision notifiée » (CE, 25 janvier 1985, n° 63.315, Gutmann ; CE 11 octobre 1999, n° 163334 ; Calleja ; CE, 14 novembre 2001, n° 230040, Mariot, Rec. p. 804, précité).

En d'autres termes, l'absence de mention des voies et délais de recours rend ces derniers inopposables au destinataire de la décision, qui peut dès lors présenter un recours contentieux à tout moment (CE Sect., 1^{er} juillet 2005, n° 261.002, Ousty, Rec. p. 282 ; CE, 23 juin 2006, n° 289.549, Sté Actilor, Rec. p. 304).

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 de « notification » 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 au décret n° 2001-492 du 6 juin 2001, 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 20 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, 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 (décret n° 2001-492 du 6 juin 2001, art. 1^{er}) (*cf.* tableau *supra* 3.2.) ;
- les délais et voies de recours contre la décision implicite de rejet.

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 (*cf.* fiche n° 20).

FICHE 19

LES EFFETS DE LA DÉCISION

1. Les effets d'une décision 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 décembre 2009, n° 08-44.246, Société du journal *Midi Libre* ; Cass. soc., 16 décembre 2009, n° 09-40.132, Persia ; Cass. soc., 27 janvier 2010, n° 08-45.639, Total Petrochemicals – dans le cas d'une mise à la retraite ; Cass. soc., 19 octobre 2010, n° 09-42.798, Zanardo c./Dexia).

1.2. *Le rejet pour irrecevabilité de la demande*

Les cas d'irrecevabilité de la demande sont traités à la fiche 2.

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 pas de rejeter la demande.

2. Les effets d'une décision 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 février 1991, n° 88-41.339, *Bull. civ.* V n° 64, Ravatel). Le salarié peut alors demander sa réintégration sans qu'il ne puisse lui être opposé de délai (Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-42.476, *Bull. civ.* V n° 181, IBM France).

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 janvier 1997, n° 95-43.723, *Bull. civ.* V n° 225, Alain Buffa).

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° 283 ; Cass. soc., 23 juin 1999, n° 97-42.202, *Bull. civ.* V n° 300, Guedes ; code trav., articles 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 tenu de la rejeter (CE, 15 décembre 2004, n° 252.590, Biheng).

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 fév. 2004, n° 01-44.962, *Bull. civ.* V n° 34, Rocher).

L'employeur pourra prononcer une sanction moindre que celle du licenciement qui lui a été refusé par l'administration. 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, SA Grimonprez).

2.2. *La portée de cette obligation*

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, Zanardo).

L'employeur ne pouvant non plus mettre fin au CDD 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 décembre 2003, n° 01-44.703, *Bull. civ.* V n° 311, Intermarché Trimali).

Le refus opposé par l'inspecteur du travail à la demande de l'employeur tendant à obtenir le non-renouvellement du CDD du salarié protégé entraîne sa requalification en CDI (*cf.* fiche 13).

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, si le salarié protégé faisait partie de l'activité reprise, son contrat est transféré chez le repreneur (en ce sens, pour une procédure de redressement sous l'empire de la loi de 1985, Cass. soc., 23 février 1994, n° 92-40.613, *Bull. civ.* V n° 64, Pibouleau et CE, 30 octobre 1995, n° 134.009, Soret, affaires liées).

Enfin, même si le licenciement pour motif économique intervenant dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire n'a pas été autorisé par l'inspecteur du travail, le salarié dont le liquidateur a demandé le 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, AGS c./Landron et autres ; Cass. soc., 19 octobre 2010, n° 09-65.560, AGS c./X).

3. Effets d'une décision d'autorisation

3.1. 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 décembre 2009, n° 09-40.132, Persia, précité).

L'employeur n'est jamais 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, Haddouche).

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 décembre 2009, n° 327.259, CM-CIC-ASSET Management).

Le licenciement doit intervenir sur le fondement des faits ayant motivé la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail. À défaut, le licenciement est nul (Cass. soc., 19 mai 2010, n° 08-45.386, X c./CNH France). La lettre de licenciement qui se réfère à l'autorisation administrative accordée est suffisamment motivée (Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-43.538, *Bull. civ.* V n° 210, Cordonin).

3.2. 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, court à compter de la notification de la décision administrative (Cass. soc., 28 octobre 2003, n° 01-42.404, *Bull. civ.* V n° 262, Clinique Jeanne-d'Arc ; Cass. soc., 16 décembre 2009, n° 09-40.132, précité). Il lui est également loisible de prononcer 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 février 2004, n° 01-45.989, PCA).

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 juillet 2001, n° 99-45.290, Bouyat).

3.3. Licenciement intervenant pour un motif économique

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, Defante – licenciement économique prononcé huit mois après autorisation administrative, le salarié étant entre-temps parti en congé individuel de formation).

3.3.1. Principe de séparation des pouvoirs

De même que le juge judiciaire ne peut pas remettre en cause l'autorisation de licenciement délivrée par l'inspecteur du travail, l'autorité administrative n'a pas à se prononcer sur la validité du PSE ni, sauf lien avec le mandat, sur l'application des critères d'ordre des licenciements.

La contestation par le salarié de l'ordre des licenciements (Cass. soc., 9 juillet 2003, n° 01-40.016, Thevenard ; Cass. soc., 25 octobre 2006, n° 05-40.365, Société impress metal packaging ; CE 29 décembre 2000, n° 206.918, Suturex) ou de la régularité du plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. soc., 30 janvier 2007, n° 05-41.653, société Dupont Performance Coatings) relève de la compétence du seul juge judiciaire.

3.3.2. Cas du licenciement autorisé dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire

Depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, les régimes de cession intervenant dans le cadre d'une procédure collective ont été unifiés pour le redressement comme pour la liquidation judiciaire, aux articles L. 631-22 et L. 642-5 du code de commerce.

Les effets de « droit commun » attachés à l'application de l'article L. 1224-1 font l'objet d'une dérogation : les contrats dont la rupture a été autorisée par le jugement arrêtant le plan de cession sont *de facto* exclus du périmètre de l'entité cédée.

Les salariés dont les contrats de travail ont vocation à être rompus restent donc salariés du cédant.

Néanmoins, en ce qui concerne les salariés protégés, il y a lieu de considérer que lorsque l'inspecteur du travail, saisi d'une demande d'autorisation de licenciement pour motif économique intervenant dans le cadre d'une procédure collective, refuse le licenciement sollicité, 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 octobre 2006, n° 04-13.058, société Endel ; Cass. soc., 14 mars 2007, n° 05-45.458, société Am'Cap com *Bull. civ.* V n° 48).

Dans un tel cas de figure, seul le cessionnaire pourra introduire un recours administratif ou contentieux à l'encontre de la décision de refus, devenant, même provisoirement, l'employeur dudit salarié de par l'effet du transfert opéré de plein droit à la suite de ladite décision administrative.

Si le salarié n'appartient pas à l'entité cédée, 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 étant inopérante sur le maintien de leur qualité d'employeur.

4. Les effets d'une décision prise sur une demande d'autorisation de transfert

Ces éléments sont analysés dans la fiche 15.

FICHE 20

L'ARTICULATION DES DIFFÉRENTS RECOURS

Le recours hiérarchique devant le ministre chargé du travail est un recours aménagé mais « ne présente pas un caractère obligatoire » (CE, 5 septembre 2008, n° 303.707, société SAPA Profilés Puget).

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, 21 avril 1997, n° 157.998, Société gardoise de mécanique et de chaudronnerie ; CE, 24 septembre 2003, nos 237.502 et 237.780, société Ambulances Saint-Jean et ministre de l'emploi et de la solidarité ; CE, 9 novembre 2005, n° 257.126, ministre des affaires sociales et de la solidarité c./société Les Amis verts).

Le délai de recours contentieux, qui est de deux mois à compter de la date de réception de la décision administrative, 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 apportée par l'administration au second recours formé dans ces conditions (CE, 7 octobre 2009, n° 322.581, VVL c./Ouahrirou).

En cas de décision implicite de rejet, le délai de recours contentieux court à compter du jour où une telle décision est née. Il est interrompu au jour de la communication des motifs, demandée dans ce délai (CE, 17 juin 1992, n° 107.021, Tapon, Rec. p. 236) ou de la notification d'une décision explicite de rejet dans ce délai (CE, 17 juin 1992, n° 107.021, Tapon, Rec. p. 236, CJA art. R. 421-2) qui fait courir un nouveau délai de recours contentieux.

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.

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 rapporte sa décision initiale s'il estime celle-ci entachée d'illégalité (CE, 24 juillet 1987, n° 63.615, Lallali).

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.

1.2. Exercice simultané ou quasi simultané de deux voies de recours

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 rapportant sa décision initiale et en lui substituant une nouvelle décision, 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.

Il appartient à ce dernier de représenter l'État devant le tribunal administratif (D. n° 87-1116 du 24 décembre 1987, art. 1^{er}) 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.

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'État 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.

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 octobre 2009, n° 322581, Ouahrirou).

2. Recours successifs

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.

2.1. Exercice simultané ou quasi simultané de deux voies de recours

2.1.1. Recours hiérarchique devant le ministre suivi du recours contentieux

Le recours hiérarchique formé 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, 3 novembre 1989, n° 83.172, S.A OTP Xerox).

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 février 1981, n° 19.870, société Compagnie cinématographique cannoise, Rec. p. 46 ; CE, 21 avril 1997, n° 157.998, Société gardoise de mécanique et de chaudronnerie : solution implicite).

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, 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. Exercice de deux recours administratifs successifs suivis du recours contentieux

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 mentionnés 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 (code 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 annule pour des motifs de légalité sa décision initiale, tout en maintenant le sens.

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, S.A. Clinique Sainte-Croix, Rec. p. 231).

FICHE N° 21

LE RETRAIT D'OFFICE ET LE TRAITEMENT DU RECOURS GRACIEUX DEVANT L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

1. Conditions de recevabilité 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, « le recours gracieux doit être introduit dans le délai du recours contentieux pour conserver à son auteur le bénéfice de ce délai au cas où il ferait l'objet d'une décision de rejet » (CE, sect. 20 avril 1956, école professionnelle de dessin industriel, Rec. p. 163 ; CE, 25 juillet 1985, n°s 19.417 et 19.589, ministre du travail et de la participation et société des établissements Brossette c/Gonalons et Martin ; CE, 29 décembre 2004, n° 259.085, société Laboratoire GlaxoSmithKline, Rec. p. 469).

Par ailleurs, l'inspecteur du travail ne peut plus retirer sa décision :

- au-delà d'un délai de deux mois suivant la naissance de la décision implicite de rejet (CE, 3 novembre 1922, dame Cachet, Rec. p. 790), sauf retrait dans les conditions énoncées ci-dessous (*cf.* point 2.2.2.) ;
- au-delà d'un délai de quatre mois suivant la prise de la décision expresse (CE, Assemblée, 26 octobre 2001, n° 197.018, Ternon, Rec. p. 497).

1.3. Contenu du recours gracieux

Il n'est pas nécessaire que le recours gracieux soit assorti de moyens (CE, 20 février 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°s 48.495 et 53.048, Syndicat national des pharmaciens des hôpitaux des centres universitaires, Rec. p. 146 ; CE, 8 novembre 1993, n° 105.373, syndicat CGT du Crédit du Nord).

2. Pouvoirs de l'inspecteur du travail

2.1. Obligation de retirer la décision initiale illégale

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 ; 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 juillet 1987, n° 63.615, Lallali).

2.2. Conditions du retrait par l'inspecteur du travail de la décision initiale

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 juillet 1990, nos 100.489 et 101.053, ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/Mattéi et société Edi 7, Rec. p. 205). Son retrait est donc soumis aux règles qui régissent le retrait des décisions individuelles créatrices de droits. Elle ne peut donc être légalement prononcée que si elle est entachée d'illégalité.

2.2.1. Délais

2.2.1.1. Dans le cas du retrait d'une décision explicite

L'inspecteur du travail doit faire application des principes dégagés par la jurisprudence Ternon (CE, Assemblée, 26 octobre 2001, précité). Le retrait de la décision initiale explicite 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 quatre mois fixé par la décision Ternon, et dans les conditions ci-dessous définies notamment en matière de respect du contradictoire.

2.2.1.2. Dans le cas du retrait d'une décision implicite de rejet

La jurisprudence Ternon ne s'applique qu'aux décisions explicites créatrices de droits.

Selon la décision Dame Cachet (CE, 3 novembre 1922, précité), le retrait de la décision initiale implicite de rejet ne pouvait être légalement prononcé que dans le délai du recours contentieux ou, si un recours contentieux a été formé dans le délai de ce recours, tant que le juge n'a pas statué.

Cette jurisprudence n'a, à ce jour, pas été abandonnée. Toutefois, l'application des principes dégagés par la jurisprudence Ternon pour les décisions expresses conduit logiquement à considérer que le délai de deux mois dans lequel il est possible de procéder au retrait de la décision implicite de rejet ne saurait être prolongé par la formation d'un recours contentieux.

Par ailleurs, en cas de décision confirmative expresse 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.

2.2.2. Procédure

2.2.2.1. Date à laquelle s'apprécie la légalité de la décision initiale

La légalité d'une décision administrative s'apprécie à la date à laquelle elle a été prise (CE, 8 novembre 1993, n° 129.015, Humbert, Rec. p. 1071 ; CE, 9 juillet 1997, n° 163.600, Stinflin), c'est-à-dire à la date de sa signature (CE, sect. 30 juillet 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 juillet 1987, n° 63.615, Lallali).

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.

À 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, société anonyme Rousselot ; CE, 18 janvier 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, Société d'intérêt collectif agricole bétail et viande de l'Amiénois).

2.2.2.2. Mise en œuvre d'une procédure contradictoire

L'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 dispose que « les décisions individuelles qui doivent être motivées (...) 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 ».

Ces dispositions s'appliquent donc au retrait des décisions autorisant ou refusant d'autoriser le licenciement de salariés protégés.

Le Conseil d'État a, en effet, énoncé « que, si en excluant les décisions prises sur demande de l'intéressé du champ d'application de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, le législateur a entendu dispenser l'administration de recueillir les observations de l'auteur d'un recours gracieux ou hiérarchique, il n'a pas entendu pour autant la dispenser de recueillir les observations du tiers au profit duquel la décision contestée par ce recours a créé des droits » et « qu'il suit de là qu'il ne peut être statué sur un tel recours qu'après que le bénéficiaire de la décision créatrice de droits a été mis à même de présenter ses observations, notamment par la communication du recours » (CE, 3 septembre 2009, n° 310.451, association Les Papillons blancs du Limousin).

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.

2.2.3. Forme

2.2.3.1. 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 avril 1991, n° 100.427, Sangle-Ferrière).

2.2.3.2. 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.

2.2.4. Conséquence du retrait sur les pouvoirs de l'inspecteur du travail

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 qui implique notamment que le salarié puisse encore se prévaloir d'une protection à cette date (CE, 11 décembre 2006, n° 282.699, Briquet).

2.2.5. Cas particulier de l'incompétence 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.

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.

La transmission à l'inspecteur du travail compétent devra se faire sans délai dans la mesure où ce dernier devra se prononcer dans les délais fixés par la jurisprudence Ternon ou Dame Cachet et déjà entamés. Selon les cas, il s'agira dans les quatre mois de la décision explicite illégale ou dans les deux mois si elle est implicite.

FICHE 22

LES SUITES D'UNE ANNULATION CONTENTIEUSE

Les suites de l'annulation d'une décision administrative par le juge administratif (tribunal administratif, cour administrative d'appel ou Conseil d'État) posent la question de l'exécution de la décision juridictionnelle par l'autorité administrative.

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.

1. Les obligations de l'administration

1.1 *L'administration est de nouveau saisie de la demande*

Selon une jurisprudence constante, à la suite de l'annulation contentieuse d'une décision prise par l'administration, cette dernière « demeure saisie » de cette demande. Lorsque l'administration « a statué à nouveau sur la

demande dont elle restait saisie (...), elle doit être regardée comme ayant assuré l'exécution » de la décision juridictionnelle d'annulation (voir notamment CE, 25 janvier 2005, n° 260.198, société Cora Belgique et société des supermarchés Match, Rec. p. 771).

Néanmoins, s'agissant des décisions administratives relatives aux salariés protégés, la mise en œuvre de ce principe nécessite de s'assurer de l'existence d'un lien contractuel entre l'employeur et le salarié permettant à l'autorité administrative de se prononcer valablement.

1.1.1. De manière automatique en cas d'annulation d'un refus d'autorisation

Dans un tel cas, il appartient « à l'administration de se prononcer à nouveau sur la demande d'autorisation, qui avait été confirmée (...) par la société » (CE, sect. 6 janvier 1989, n°s 84.757, 85.033 et 85.034, Société automobiles Citroën, Rec. p. 5 ; CE, 27 juillet 1990, n° 104.429, Naguib : la société « a confirmé sa demande d'autorisation »).

Il importe que l'autorité administrative ressaisie informe l'employeur de cette saisine automatique, s'assure que l'employeur entend maintenir sa demande et lui précise la date à laquelle est susceptible de naître une décision implicite de rejet et les voies et délais de contestation de celle-ci.

Le point de départ du délai dont dispose l'autorité administrative pour statuer est la date de notification qui lui est faite de la décision du juge administratif. Cette notification est faite au ministre dont relève l'administration intéressée au litige (CJA R. 751-8), en l'occurrence au bureau RH6 de la DAGEMO. Une copie de la décision est adressée au préfet ainsi que, s'il y a lieu, à l'autorité qui assure la défense de l'État devant la juridiction.

1.1.2. Sous condition préalable de réintégration en cas d'annulation d'une d'autorisation

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.

Dès lors, hormis le cas du motif disciplinaire (*cf. infra*) ce n'est qu'à compter de la date de la prise d'effet de la réintégration que court le délai dont dispose l'autorité administrative pour statuer.

Il appartient donc à l'employeur d'informer l'administration sans délai de la réintégration du salarié et de confirmer de ce fait son intention de poursuivre la procédure de licenciement.

En effet, le délai de deux mois pour engager des poursuites disciplinaires au titre de l'article L. 1332-4 du code du travail est régulièrement interrompu par la convocation à l'entretien préalable à une demande d'autorisation de licenciement. Si la décision l'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 décembre 2010, n° 318.698, Société Amadeus).

1.2. Nouvelle instruction de la demande

1.2.1. Le principe

La jurisprudence pose le principe que, suite à 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 (CE, 7 décembre 1973, ministre de l'agriculture et du développement rural c./Société civile agricole des Nigritelles, précité) et « de se prononcer à nouveau sur la demande d'autorisation » (CE, 6 janvier 1989, Société automobiles Citroën, précité).

Il en est ainsi en cas d'annulation d'une décision refusant d'autoriser le licenciement, que cette annulation ait été prononcée en raison d'une illégalité externe (incompétence, irrégularité de l'enquête contradictoire, insuffisance ou défaut de motivation) ou d'une illégalité interne (erreur de droit ou erreur de fait).

Il en est de même en cas d'annulation d'une décision autorisant le licenciement lorsque cette annulation a été prononcée en raison d'une illégalité externe (incompétence, irrégularité de l'enquête contradictoire, insuffisance ou défaut de motivation).

1.2.2. Exception : cas dans lesquels il n'y a pas matière à statuer

L'obligation de procéder à une nouvelle instruction de la demande devant aboutir à une nouvelle décision ne s'impose qu'autant qu'il y a encore matière à statuer sur cette demande.

Dans les cas suivants, il n'y a pas matière à statuer :

- si, après l'annulation contentieuse de la décision, l'employeur a expressément fait connaître qu'il renonçait à sa demande d'autorisation ;
- si le juge administratif a annulé la décision autorisant le licenciement en raison d'une illégalité interne (par exemple, l'existence matérielle des faits reprochés au salarié n'était pas établie ; la faute du salarié n'était pas suffisamment grave pour justifier son licenciement, la demande d'autorisation de licenciement avait un lien avec le mandat, l'employeur n'avait pas soumis le projet de licenciement au comité d'entreprise, l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement ; l'autorité attachée à la chose jugée rend *de facto* sans objet la demande ;
- si, à la date à laquelle l'autorité administrative est invitée à se prononcer à nouveau sur la demande d'autorisation de licenciement suite à l'annulation contentieuse, le salarié ne bénéficie plus de la protection ou a pris acte de la rupture de son contrat de travail ou encore, si, à la suite de l'annulation de la décision d'autorisation, il n'a pas demandé sa réintégration ; l'inspection du travail est alors incompétente matériellement.

1.2.3. Modalités de la nouvelle instruction au regard de l'enquête contradictoire

La jurisprudence pose le principe « que lorsqu'une de ses décisions est annulée par une juridiction, l'autorité administrative n'est pas tenue, avant de se prononcer à nouveau, de reprendre les éléments de la procédure qui n'ont pas été affectés par des changements dans les circonstances de fait et de droit » (CE, 16 mars 1988, Bordelongue, précité).

Dès lors, s'il n'y a eu aucun changement dans les circonstances de fait ou de droit, l'inspecteur du travail peut prendre une nouvelle décision sans procéder à une nouvelle enquête contradictoire postérieurement à l'annulation de sa première décision (CE, 16 mars 1988, Bordelongue, précité ; CE, 5 septembre 2008, Société SEROBA et ministre du travail, des relations sociales et de la solidarité, précité). Si, nonobstant l'absence de changement dans les circonstances, l'inspecteur du travail 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.

Si des changements sont intervenus dans les circonstances de fait ou de droit, l'inspecteur du travail a l'obligation de procéder à une nouvelle enquête contradictoire.

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, l'éventuelle consultation attachée à ce mandat, ainsi que l'existence d'un motif d'intérêt général pouvant faire obstacle à ce que l'autorisation sollicitée soit accordée. Pour un motif économique plus particulièrement, 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.

1.3. Obligations régissant l'édition de la nouvelle décision

1.3.1. Le principe

1.3.1.1. Respect de l'autorité de la chose jugée

L'administration est tenue de respecter l'autorité de la chose jugée (CE, sect. 6 janvier 1989, nos 84757, 85033 et 85034, Société automobiles Citroën, Rec. p. 5 ; CE, 27 juillet 1990, n° 104429, Naguib).

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 septembre 2008, société SEROBA et ministre du travail, des relations sociales et de la solidarité, précité ; CE, 3 septembre 2009, n° 303.688, ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement c./Association Vacances voyages loisirs).

La marge de manœuvre de l'autorité administrative varie selon qu'il y a 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 (*cf. infra* 1.3.2).

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 octobre 1997, n° 172.137, Société Sanyo France calculatrices électroniques, Rec. p. 1106).

1.3.1.2. Prise en considération des circonstances de fait et de droit existant à la date de la nouvelle décision

Le Conseil d'État pose le principe que l'autorité administrative doit statuer à nouveau sur la demande « eu égard à la situation existant à la date de sa décision » prise à la suite de l'annulation contentieuse (CE, sect. 6 janvier 1989, Société automobiles Citroën, précité), c'est-à-dire « sur la base de la situation de droit et de fait » ou « au vu des circonstances de fait et de droit existant à la date de sa nouvelle décision » (CE, sect. 7 décembre 1973, ministre de l'agriculture et du développement rural c./Société civile agricole des Nigritelles, précité ; CE, 18 février 1994, Syndicat des pharmaciens du Puy-de-Dôme et conseil régional de l'ordre des pharmaciens, précité).

1.3.2. Applications pratiques

La présentation des applications pratiques au domaine du licenciement des salariés protégés impose de distinguer selon que la décision annulée par le juge administratif était une autorisation ou un refus d'autorisation et, dans chacun de ces cas, de distinguer selon que l'annulation a été prononcée en raison d'une illégalité externe ou d'une illégalité interne.

1.3.2.1. Décision d'autorisation annulée

Lorsque la décision d'autorisation 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.

Ainsi, si la décision était intervenue à l'issue d'une enquête contradictoire irrégulière, l'inspecteur du travail doit mener une nouvelle enquête. Pour le reste, et ainsi qu'il a été dit ci-dessus, il lui appartient de statuer en fonction des circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision.

Lorsque la décision d'autorisation a été annulée pour illégalité interne, l'autorité administrative, sous réserve qu'il y ait encore matière à statuer, doit reprendre une décision respectant l'autorité de la chose jugée.

Ainsi, si le juge administratif a considéré que les faits fautifs reprochés au salarié n'étaient pas matériellement établis ou que la faute commise par le salarié n'était pas d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement, l'autorité administrative ne peut que rejeter la demande d'autorisation de licenciement si l'employeur confirme celle-ci.

Cependant, dans de rares cas, des circonstances nouvelles apportant un éclairage différent sur la matérialité des faits (jugement pénal condamnant le salarié pour les faits reprochés ou dissipation par de nouvelles pièces du doute retenu par le juge), telle qu'elle avait été appréciée par le juge au regard des pièces produites devant lui, peuvent légalement justifier de reprendre une nouvelle décision de même sens que celle qui a été annulée.

1.3.2.2. Décision de refus d'autorisation annulée

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 avril 2002, n° 219.829, Edelson, Rec. p. 887).

En effet, le Conseil d'État 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 ; CE, 26 juillet 2006, n° 285.417, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c./Mme Majorel).

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.

Ainsi, si la décision avait été insuffisamment motivée, l'inspecteur du travail doit cette fois régulièrement motiver sa nouvelle décision. Pour le reste, et ainsi qu'il a déjà été dit, il lui appartient de statuer en fonction des circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision.

Lorsque la décision refusant l'autorisation de licenciement pour faute a été annulée pour illégalité interne aux motifs que le salarié avait commis une faute suffisamment grave pour justifier son licenciement, qu'il n'était pas établi que son licenciement fût en rapport avec ses fonctions représentatives ou son appartenance syndicale et que, dans les circonstances de l'espèce, le refus n'était pas fondé, l'inspecteur du travail ne saurait, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée, fonder sa nouvelle décision sur des motifs écartés par le juge (CE, sect. 6 janvier 1989, Société automobiles Citroën, précité).

4. Autorité administrative compétente

4.1. Décision de l'inspecteur du travail seule en cause

Lorsque la décision de l'inspecteur du travail annulée par le juge administratif n'avait pas fait l'objet d'un recours hiérarchique devant le ministre, c'est toujours à l'inspecteur du travail qu'il incombe de prendre la nouvelle décision, sous réserve qu'il y ait encore matière à statuer.

4.2. Décision de l'inspecteur du travail ayant fait l'objet d'un recours hiérarchique

Lorsque la décision de l'inspecteur du travail avait 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.

4.2.1. En cas de décision ministérielle confirmative

Lorsque le ministre avait 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 confirmée par l'employeur (CE, sect. 6 janvier 1989, Société automobiles Citroën, précité).

Par contre, lorsque seule la décision ministérielle a été annulée, le ministre ne dispose pas à nouveau du délai spécial de quatre mois prévu par l'article R. 2422-1 du code du travail pour se prononcer. Par application de la décision Ternon (CE, Assemblée, 26 octobre 2001, n° 197.018, Rec. p. 497), le ministre ne peut plus retirer la décision de l'inspecteur du travail, qui a créé des droits au profit du salarié ou de l'employeur, devenue irrévocable à l'issue du jugement confirmant la décision de l'inspecteur du travail et de l'expiration du délai de quatre mois prévu par la décision Ternon.

4.2.2. En cas de décision ministérielle d'annulation

Lorsque le ministre a annulé la décision de l'inspecteur 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 janvier 2000, n° 184.565, SARL Amadeus Marketing ; CAA Bordeaux, 25 octobre 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 a encore matière à statuer sur celle-ci.

Pour ce faire, le directeur général du travail pourra demander une enquête complémentaire à la DIRECCTE, qui déterminera si elle sera menée par l'inspecteur du travail saisi de la demande d'autorisation de licenciement ou par l'autorité ayant mené la contre-enquête pendant l'instruction du recours hiérarchique.

En application de l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 (L. n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations), l'absence de réponse du ministre vaut rejet implicite de cette demande dans le délai de deux mois :

- à compter de la date de la réintégration du salarié si la demande est fondée sur un motif disciplinaire (*cf. supra*) ;
- à compter de la date de la notification de la décision juridictionnelle d'annulation dans les autres cas.

5. Récapitulatif des suites d'une annulation contentieuse

SENS DE la décision IT	SENS DE LA décision ministre	ÉTENDUE DE l'annulation	MOTIFS DE l'annulation	AUTORITÉ compétente	OBSERVATIONS
Autorisation	Néant (absence de RH)	Décision IT	Illégalité externe	Inspecteur du travail	(1)
Autorisation	Néant (absence de RH)	Décision IT	Illégalité interne	Néant ou inspecteur du travail	(2)
Refus	Néant (absence de RH)	Décision IT	Illégalité externe	Inspecteur du travail	(3)
Refus	Néant (absence de RH)	Décision IT	Illégalité interne	Inspecteur du travail	(4)
Autorisation	Confirmation autorisation	Décisions IT + ministre	Illégalité externe	Inspecteur du travail	(5)
Autorisation	Confirmation autorisation	Décisions IT + ministre	Illégalité interne	Néant ou inspecteur du travail	(6)
Refus	Confirmation refus	Décisions IT + ministre	Illégalité externe	Inspecteur du travail	(7)
Refus	Confirmation refus	Décisions IT + ministre	Illégalité interne	Inspecteur du travail	(8)
Autorisation	Confirmation autorisation	Décision ministre	Illégalité externe	Néant	(9)
Refus	Confirmation refus	Décision ministre	Illégalité externe	Néant	(10)
Autorisation	Annulation + autorisation	Décision ministre	Illégalité externe	ministre	(11)
Autorisation	Annulation + autorisation	Décision ministre	Illégalité interne	Néant ou inspecteur du travail	(12)
Refus	Annulation + refus	Décision ministre	Illégalité externe	ministre	(13)
Refus	Annulation + refus	Décision ministre	Illégalité interne	ministre	(14)
Autorisation	Annulation + refus	Décision ministre	Illégalité externe	ministre	(15)
Autorisation	Annulation + refus	Décision ministre	Illégalité interne	ministre	(16)
Refus	Annulation + autorisation	Décision ministre	Illégalité externe	ministre	(17)

SENS DE la décision IT	SENS DE LA décision ministre	ÉTENDUE DE l'annulation	MOTIFS DE l'annulation	AUTORITÉ compétente	OBSERVATIONS
Refus	Annulation + autorisation	Décision ministre	Illégalité interne	Néant ou inspecteur du travail	(18)

(1) L'annulation, pour illégalité externe (exemples : irrégularité de l'enquête contradictoire ; insuffisance de motivation), de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail impose à l'inspecteur du travail d'instruire à nouveau la demande de l'employeur, sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemple : le salarié n'a pas été réintégré à la suite de l'annulation contentieuse de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail). L'inspecteur du travail doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité externe (exemples : mener régulièrement l'enquête contradictoire ; motiver la décision) et prendre en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision (exemples : acquisition d'un nouveau mandat postérieurement à la réintégration du salarié ; motif d'intérêt général).

(2) L'annulation, pour illégalité interne (exemples : les faits reprochés au salarié n'étaient pas matériellement établis ; la faute n'était pas d'une gravité suffisante justifiant le licenciement ; l'employeur n'avait pas consulté le comité d'entreprise), de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail mettant définitivement fin au litige (celui-ci étant tranché sur le fond), l'inspecteur du travail n'a plus à statuer sur la demande initiale de l'employeur qui avait donné lieu à la décision d'autorisation de licenciement annulée par le juge. Toutefois, en cas d'annulation pour vice substantiel de procédure interne, 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 et confirmer sa demande d'autorisation de licenciement après avoir régularisé la procédure.

(3) L'annulation, pour illégalité externe (exemples : irrégularité de l'enquête contradictoire ; insuffisance de motivation), de la décision de refus de l'inspecteur du travail impose à l'inspecteur du travail d'instruire à nouveau la demande de l'employeur, sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemple : le salarié n'est plus protégé). L'inspecteur du travail doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité externe (mener régulièrement l'enquête contradictoire ; motiver la décision) et prendre en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision (exemples : acquisition d'un nouveau mandat ; intérêt général).

(4) L'annulation, pour illégalité interne (exemples : les faits reprochés au salarié étaient matériellement établis ; la faute était d'une gravité suffisante justifiant le licenciement), de la décision de refus de l'inspecteur du travail impose à l'inspecteur du travail d'instruire à nouveau la demande de l'employeur, sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemple : le salarié n'est plus protégé). L'inspecteur du travail doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité interne (exemple : il ne peut dénier aux faits le caractère d'une faute suffisamment grave) et prendre en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision (exemples : acquisition d'un nouveau mandat ; motif d'intérêt général), ce qui peut le conduire, le cas échéant, à l'édition d'une décision de même sens que celle qui a été annulée.

(5) L'annulation, pour illégalités externes (exemples : irrégularité de l'enquête contradictoire ; insuffisance de motivation), de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail et de la décision ministérielle confirmative de l'autorisation en raison d'illégalités externes impose à l'inspecteur du travail d'instruire à nouveau la demande de l'employeur, sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemple : à la suite de l'annulation contentieuse de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail, le salarié n'a pas demandé sa réintégration). L'inspecteur du travail doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité externe (exemples : mener régulièrement l'enquête contradictoire ; motiver la décision) et prendre en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision (exemples : acquisition d'un nouveau mandat postérieurement à la réintégration du salarié ; motif d'intérêt général).

(6) L'annulation, pour illégalités internes (exemples : les faits reprochés au salarié n'étaient pas matériellement établis ; la faute n'était pas d'une gravité suffisante justifiant le licenciement ; l'employeur n'avait pas consulté le comité d'entreprise), de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail et de la décision ministérielle confirmative d'autorisation mettant définitivement fin au litige (celui-ci étant tranché sur le fond), l'inspecteur du travail n'a plus à statuer sur la demande initiale de l'employeur qui avait donné lieu à la décision d'autorisation de licenciement annulée par le juge. Toutefois, en cas d'annulation pour vice substantiel de procédure interne, 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 et confirmer sa demande d'autorisation de licenciement après avoir régularisé la procédure.

(7) L'annulation, pour illégalités externes (exemples : irrégularité de l'enquête contradictoire ; insuffisance de motivation), de la décision de refus de l'inspecteur du travail et de la décision ministérielle confirmative de refus impose à l'inspecteur du travail d'instruire à nouveau la demande de l'employeur, sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemple : le salarié n'est plus protégé). L'inspecteur du travail doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité externe (exemples : mener régulièrement l'enquête contradictoire ; motiver la décision) et prendre en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision (exemples : acquisition d'un nouveau mandat ; motif d'intérêt général).

(8) L'annulation, pour illégalités internes (exemples : les faits reprochés au salarié étaient matériellement établis ; la faute était d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement), de la décision de refus de l'inspecteur du travail et de la décision ministérielle confirmative de refus impose à l'inspecteur du travail d'instruire à nouveau la demande de l'employeur, sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemple : le salarié n'est plus protégé). L'inspecteur du travail doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité interne (exemple : il ne peut dénier aux faits le caractère d'une faute suffisamment grave) et prendre en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision (exemples : acquisition d'un nouveau mandat ; motif d'intérêt général), ce qui peut le conduire, le cas échéant, à l'édition d'une décision de même sens que celles qui ont été annulées.

(9) L'annulation, pour illégalité externe (exemple : méconnaissance des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000), de la seule décision ministérielle confirmant la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail n'a pas pour effet de faire revivre, dans les conditions de l'article R. 2422-1 du code du travail, le recours hiérarchique présenté à l'encontre de cette dernière décision qui, par l'effet de la décision Ternon précitée, est devenue définitive.

(10) L'annulation, pour illégalité externe (exemple : méconnaissance des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000), de la seule décision ministérielle confirmant la décision de refus de licenciement de l'inspecteur du travail n'a pas pour effet de faire revivre, dans les conditions de l'article R. 2422-1 du code du travail, le recours hiérarchique présenté à l'encontre de cette dernière décision qui, par l'effet de la décision Ternon précitée, est devenue définitive.

(11) L'annulation, pour illégalité externe (exemple : méconnaissance des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000), de la décision ministérielle annulant la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail et accordant l'autorisation n'a pas pour effet de faire revivre la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail. Sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemple : à la suite de l'annulation contentieuse de la décision ministérielle, le salarié n'a pas demandé sa réintégration), le ministre, à nouveau saisi de la demande d'autorisation confirmée par l'employeur, doit se prononcer sur cette demande. Ce faisant, il doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité externe (exemple : respect des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 (L. n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) ; si l'on admet que le ministre doit statuer sur la demande initiale, ce n'est pas l'article 24 de la loi précitée qui s'applique, car il n'y a pas de retrait d'une décision en cause, mais l'enquête contradictoire prévue par le code du travail, laquelle ne devrait s'imposer qu'en cas de circonstances nouvelles ou, même en l'absence de circonstances nouvelles, lorsque le ministre avait annulé la décision de l'inspecteur du travail en raison de l'irrégularité de l'enquête contradictoire...) et prendre en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision (exemples : acquisition d'un nouveau mandat postérieurement à la réintégration ; motif d'intérêt général). À l'issue du délai de deux mois de l'article 21 de la loi précitée, courant à compter de la notification du jugement, le silence gardé par le ministre vaut décision implicite de rejet. Dans ce cadre une demande d'enquête peut être demandée par la DGT à la DIRECCTE, qui déterminera si cette enquête sera menée par l'inspecteur du travail compétent ou par l'autorité ayant mené la contre-enquête.

(12) L'annulation, pour illégalité interne (exemples : les faits reprochés au salarié n'étaient pas matériellement établis ; la faute n'était pas d'une gravité suffisante justifiant le licenciement ; l'employeur n'avait pas consulté le comité d'entreprise ; la demande d'autorisation de licenciement avait un lien avec le mandat), de la décision ministérielle annulant la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail et accordant l'autorisation n'a pas pour effet de faire revivre la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail. L'annulation contentieuse de la décision ministérielle d'autorisation pour illégalité interne mettant définitivement fin au litige (celui-ci étant tranché sur le fond), le ministre n'a pas à statuer sur la demande de l'employeur. Toutefois, en cas d'annulation pour vice substantiel de procédure interne, 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 et confirmer sa demande d'autorisation de licenciement après avoir régularisé la procédure.

(13) L'annulation, pour illégalité externe (exemple : méconnaissance des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000), de la décision ministérielle annulant la décision de refus de l'inspecteur du travail et refusant l'autorisation n'a pas pour effet de faire revivre la décision de refus de l'inspecteur du travail. Sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemple : le salarié n'est plus protégé), le ministre, à nouveau saisi de la demande d'autorisation, doit se prononcer sur celle-ci. Ce faisant, il doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité externe (exemple : respect des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 (L. n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) ; si l'on admet que le ministre doit statuer sur la demande initiale, ce n'est pas l'article 24 de la loi précitée qui s'applique, mais l'enquête contradictoire prévue par le code du travail, laquelle ne devrait s'imposer qu'en cas de circonstances nouvelles ou, même en l'absence de circonstances nouvelles, lorsque le ministre avait annulé la décision de l'inspecteur du travail en raison de l'irrégularité de l'enquête contradictoire...) et doit prendre en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision. (exemples : acquisition d'un nouveau mandat ; motif d'intérêt général). À l'issue du délai de deux mois de l'article 21 de la loi précitée, courant à compter de la notification du jugement, le silence gardé par le ministre vaut décision implicite de rejet. Dans ce cadre, une demande d'enquête peut être demandée par la DGT à la DIRECCTE qui déterminera si cette enquête sera menée par l'inspecteur du travail compétent ou par l'autorité ayant mené la contre-enquête.

(14) L'annulation, pour illégalité interne (exemples : les faits reprochés au salarié étaient matériellement établis ; la faute était d'une gravité suffisante justifiant le licenciement), de la décision ministérielle annulant la décision de refus de l'inspecteur du travail et refusant l'autorisation n'a pas pour effet de faire revivre la décision de refus de

l'inspecteur du travail. En matière disciplinaire, 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. Sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemple : le salarié n'est plus protégé ou prise d'acte de la rupture du contrat de travail), le ministre, à nouveau saisi de la demande d'autorisation confirmée par l'employeur, doit se prononcer sur cette demande. Ce faisant, il doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité interne (exemple : il ne peut dénier aux faits le caractère d'une faute suffisamment grave) et prendre en considération, le cas échéant, les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision (exemples : acquisition d'un nouveau mandat ; motif d'intérêt général), ce qui peut le conduire à refuser d'accorder l'autorisation. Dans ce cadre, une demande d'enquête peut être demandée par la DGT à la DIRECCTE qui déterminera si cette enquête sera menée par l'inspecteur du travail compétent ou par l'autorité ayant mené la contre-enquête. À l'issue du délai de deux mois de l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 (L. n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) courant à compter de la confirmation de la demande, le silence gardé par le ministre vaut décision implicite de rejet.

(15) L'annulation, pour illégalité externe (exemple : méconnaissance des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000), de la décision ministérielle annulant la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail et refusant l'autorisation n'a pas pour effet de faire revivre la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail. Sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemples : à la suite de l'annulation par le ministre de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail, le salarié n'a pas demandé sa réintégration ; le salarié, qui avait été réintégré à la suite de l'annulation par le ministre de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail, n'est plus protégé), le ministre, à nouveau saisi de la demande d'autorisation confirmée par l'employeur, doit se prononcer sur cette demande. Ce faisant, il doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité externe (exemple : respect des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 (L. n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) ; si l'on admet que le ministre doit statuer sur la demande initiale, ce n'est pas l'article 24 de la loi précitée qui s'applique mais l'enquête contradictoire prévue par le code du travail, laquelle ne devrait s'imposer qu'en cas de circonstances nouvelles ou, même en l'absence de telles circonstances, lorsque le ministre avait annulé la décision de l'inspecteur du travail en raison de l'irrégularité de l'enquête contradictoire...) et doit prendre en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision (exemple : l'acquisition d'un nouveau mandat par le salarié qui avait été réintégré à la suite de l'annulation par le ministre de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail et refusant l'autorisation ; motif d'intérêt général). Dans ce cadre, une demande d'enquête peut être demandée par la DGT à la DIRECCTE qui déterminera si cette enquête sera menée par l'inspecteur du travail compétent ou par l'autorité ayant mené la contre-enquête. À l'issue du délai de deux mois de l'article 21 de la loi précitée, courant à compter de la notification du jugement, le silence gardé par le ministre vaut décision implicite de rejet.

(16) L'annulation, pour illégalité interne (exemples : les faits reprochés au salarié étaient matériellement établis ; la faute était d'une gravité suffisante justifiant le licenciement) de la décision ministérielle annulant la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail et refusant l'autorisation n'a pas pour effet de faire revivre la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail. En matière disciplinaire, 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. Sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemples : à la suite de l'annulation par le ministre de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail, le salarié n'a pas demandé sa réintégration ; le salarié, qui avait été réintégré à la suite de l'annulation par le ministre de la décision de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail, n'est plus protégé), le ministre, à nouveau saisi de la demande d'autorisation confirmée par l'employeur, doit se prononcer sur cette demande. Ce faisant, il doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité interne (exemple : il ne peut dénier aux faits le caractère d'une faute suffisamment grave) et prendre en considération, le cas échéant, les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision (exemples : l'acquisition d'un nouveau mandat par le salarié qui avait été réintégré à la suite de l'annulation par le ministre de la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail et refusant l'autorisation ; motif d'intérêt général), ce qui peut le conduire à refuser d'accorder l'autorisation. Dans ce cadre une demande d'enquête peut être demandée par la DGT à la DIRECCTE qui déterminera si cette enquête sera menée par l'inspecteur du travail compétent ou par l'autorité ayant mené la contre-enquête. À l'issue du délai de deux mois de l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 (L. n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) courant à compter de la confirmation de la demande, le silence gardé par le ministre vaut décision implicite de rejet.

(17) L'annulation, pour illégalité externe (exemple : méconnaissance des dispositions de la loi du 12 avril 2000), de la décision ministérielle annulant la décision de refus de l'inspecteur du travail et accordant l'autorisation n'a pas pour effet de faire revivre la décision de refus de l'inspecteur du travail. Sauf dans le cas où il n'y a plus matière à statuer (exemple : à la suite de l'annulation contentieuse de la décision ministérielle d'autorisation, le salarié n'a pas demandé sa réintégration), le ministre, à nouveau saisi de la demande d'autorisation confirmée par l'employeur, doit se prononcer sur cette demande. Ce faisant, il doit respecter l'autorité de la chose jugée sur la légalité externe (exemple : respect des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 (L. n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) ; si l'on admet que le ministre doit statuer sur la demande initiale, ce n'est pas l'article 24 de la loi précitée qui s'applique mais l'enquête contradictoire prévue par le code du travail, laquelle ne devrait s'imposer qu'en cas de circonstances nouvelles ou, même en l'absence de telles circonstances, lorsque le ministre avait annulé la décision de l'inspecteur du travail en raison de l'irrégularité de l'enquête contradictoire...) et doit prendre en considération, le cas échéant, les circonstances de fait et de droit existant au moment de sa nouvelle décision. (exemples : l'acquisition d'un nouveau mandat par le

salarié qui a été réintégré à la suite de l'annulation contentieuse de la décision ministérielle d'autorisation ; motif d'intérêt général). Dans ce cadre, une demande d'enquête peut être demandée par la DGT à la DIRECCTE qui déterminera si cette enquête sera menée par l'inspecteur du travail compétent ou par l'autorité ayant mené la contre-enquête. À l'issue du délai de deux mois de l'article 21 de la loi précitée, courant à compter de la notification du jugement, le silence gardé par le ministre vaut décision implicite de rejet.

(18) L'annulation, pour illégalité interne (exemples : les faits reprochés au salarié n'étaient pas matériellement établis ; la faute n'était pas d'une gravité suffisante justifiant le licenciement), de la décision ministérielle annulant la décision de refus de l'inspecteur du travail et accordant l'autorisation n'a pas pour effet de faire revivre la décision de refus de l'inspecteur du travail. L'annulation contentieuse de la décision ministérielle d'autorisation pour illégalité interne mettant définitivement fin au litige (celui-ci étant tranché sur le fond), le ministre n'a pas à statuer à nouveau sur la demande de l'employeur. Toutefois, en cas d'annulation pour vice substantiel de procédure interne, 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 et confirmer sa demande d'autorisation de licenciement après avoir régularisé la procédure.