

Liaisons sociales Les Thématiques

LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE I

Dans quels cas peut-il être envisagé ? Quelle procédure appliquer ?

LA TRANSACTION

91 | SEPTEMBRE
2021

**Liaisons sociales
Les Thématiques**

7 rue Emmy Noether
93400 Saint-Ouen
Tél. : 01 85 58 30 00
liaisons-sociales.fr

Président, directeur de la publication
Hubert Chemla

**Directrice générale du pôle
Droit et Réglementation**
Isabelle Bussel

Directrice de l'infocentre Droit social
Sylvie Duras

**Directrice adjointe des rédactions
Presse droit social**
Rachel Brunet

RÉDACTION

Rédactrice en chef
Sandra Limou

Rédactrice
Farah Nassiri Amini

Secrétaire de rédaction unique
Catherine Ducroux

ABONNEMENTS

Service Clients contact@wkf.fr

N° Cristal 09 69 39 58 58

APPEL NON SURTAXE

Librairie en ligne www.wkf.fr

Service lecteurs 01 85 58 37 20

FABRICATION

Directeur de production
Richard Gault

Responsable de production
Christine Buonomano

Imprimé par

Roto Champagne - 52000 Chaumont

Origine du papier : Suède

Taux de fibres recyclé : 0 %

Eutrophisation : Ptot 0.010 kg/tonne

Crédit photos Getty Images

Routage

ARS : 9 rue du Filage

55310 Tronville-en-Barrois

ÉDITEUR

Wolters Kluwer France

SAS au capital de 75 000 000 €

Siège social : Immeuble Euroatrium

7 rue Emmy Noether 93400 Saint-Ouen

SIRET : 480 081 306 00148

Associé unique

Holding Wolters Kluwer France

Prix de l'abonnement aux Thématiques

585,03 € TTC/an

(10 numéros/an + archives on-line
des deux dernières années)

Prix de vente au numéro : **58,50 € TTC**

Commission paritaire : **1224 T 91609**

ISSN : **2428-9884**

ISBN : **978-2-37148-207-4**

Dépôt légal : à parution

 **Wolters Kluwer**

Le licenciement économique I

La crise sanitaire s'est accompagnée d'une crise économique majeure, susceptible d'être à l'origine de nombreux licenciements pour motif économique. L'ampleur et l'importance du sujet nous conduisent à exposer le licenciement pour motif économique dans deux numéros de *Liaisons sociales – Les Thématiques*. Le premier volet aborde la définition et les procédures de licenciement économique. Le second détaille les mesures d'accompagnement et l'indemnisation des salariés.

Après les différentes réformes ayant impacté le droit du

Plusieurs réformes ont impacté le droit du licenciement économique ces dernières années, la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État ont précisé l'interprétation des textes

licenciement économique ces dernières années (lois du 14 juin 2013, du 6 août 2015 et du 8 août 2016, ordonnance Macron du 22 septembre 2017 et loi de ratification du 29 mars 2018), la jurisprudence de la Cour de cassation ainsi que celle du Conseil d'État ont précisé l'interprétation de ces textes.

Définition du motif économique

Un licenciement est qualifié d'économique dès lors que le motif invoqué par l'employeur est sans relation avec la personne du salarié mais est, au contraire, la conséquence d'une suppression ou

d'une transformation de l'emploi occupé par l'intéressé, ou d'une modification de son contrat, refusée par lui. Ce licenciement économique doit reposer sur une cause réelle et sérieuse.

Quatre motifs peuvent notamment être invoqués : les difficultés économiques, les mutations technologiques, la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité, et la cessation d'activité.

Procédure de licenciement économique

La procédure à respecter dépend du nombre de salariés concernés par le projet de licenciement : un seul salarié, de deux à neuf ou au moins 10 salariés sur 30 jours. Des formalités supplémentaires s'appliquent également lorsque la procédure concerne des représentants du personnel.

La procédure diffère aussi selon la taille de l'entreprise, selon qu'elle compte plus ou moins 50 salariés, et selon qu'elle comporte un comité social et économique. L'Administration exerce un contrôle, en particulier lorsque le projet de licenciement concerne au moins 10 salariés sur 30 jours.

Depuis le 1^{er} avril 2021, cette mission est confiée aux directions régionales de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (Dreets) qui remplacent les Direccte.
Pour se repérer dans ces différents cas de figure, des schémas et calendriers de procédure sont proposés dans ce *numéro*.

Zoom : L'obligation préalable de reclassement du salarié

Le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

Le non-respect de cette obligation est sanctionné par l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement économique. Le salarié peut alors prétendre au versement de dommages-intérêts.

Point spécial : La transaction

La transaction, lorsqu'elle intervient à la suite d'une rupture du contrat de travail, est un contrat par lequel l'employeur et le salarié décident de prévenir ou de mettre fin à tout différend résultant de la rupture.

Définie par le Code civil, la transaction doit nécessairement intervenir après la rupture définitive du contrat, c'est-à-dire une fois que la lettre de licenciement a été envoyée par recommandé avec avis de réception ou que la démission a été notifiée. Elle suppose, pour être valable, un consentement libre et éclairé des parties et l'existence de concessions réciproques.

La transaction suscite une jurisprudence abondante et évolutive de la Cour de cassation. Ainsi, par exemple, la chambre sociale estime désormais qu'une formulation générale selon laquelle les parties déclarent mettre fin à tout différend né ou à naître et renoncer à toute action sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail vise également les obligations réciproques des parties au titre d'une clause de non-concurrence, peu importe que la transaction ne fasse pas expressément référence à celle-ci (*Cass. soc., 17 févr. 2021, n° 19-20.635 P*).

Les Thématiques • Sommaire

Septembre 2021

Le licenciement économique I

Arnaud Teissier, Avocat associé, et Rémy Favre, Avocat

Capstan Avocats

1 Cause économique du licenciement	7	INFORMATION DU PERSONNEL ET DES TIERS	35	Ce numéro Thématique annule et remplace la précédente édition de décembre 2018
DÉFINITION DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE	8	APPRÉCIER L'IMPORTANCE DU LICENCIEMENT	35	
Définition légale	8	Nombre de licenciements	35	
Licenciement pour un motif non inhérent à la personne du salarié	9	Période	36	
		Périmètre	37	
CHAMP D'APPLICATION	10	CHOIX DES SALARIÉS LICENCIÉS	37	
Exclusion de certaines situations	10	Ordre des licenciements	37	
Ruptures concernées par les règles sur le licenciement économique	12	Fixation des critères	38	
		Application des critères	40	
MOTIFS DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE	13	DIFFÉRENTES PROCÉDURES	43	
Cause réelle et sérieuse	13	LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE INDIVIDUEL	43	
Quatre motifs	13	Étapes de la procédure	43	
		Identification du salarié licencié	43	
CONSÉQUENCES SUR L'EMPLOI	21	Consultation du comité social et économique ?	43	
Suppression d'emploi	21	Convocation du salarié à un entretien préalable	43	
Transformation de l'emploi	22	Entretien préalable	44	
Modification du contrat de travail pour motif économique	23	Notification du licenciement au salarié	45	
		Information du Dreets	48	
CONTRÔLE DE LA CAUSE ÉCONOMIQUE	25	LICENCIEMENT DE 2 À 9 SALARIÉS SUR 30 JOURS	48	
Compétence exclusive du juge prud'homal	25	Entreprise de 11 salariés à moins de 50 salariés	48	
Éléments de procédure	25	Entreprise d'au moins 50 salariés	49	
Étendue du contrôle	26	Entreprise sans CSE	50	
Sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse	27	Procédure commune à toutes les entreprises	50	
2 Procédure de licenciement économique	29	LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS SUR 30 JOURS	51	
PRÉALABLES À LA PROCÉDURE DE LICENCIEMENT	30	Entreprise de moins de 50 salariés dotée d'un CSE	51	
CONSULTATION DES IRP	30	Entreprise de moins de 50 salariés sans CSE	54	
Consultation du CSE	30	Entreprise d'au moins 50 salariés dotée d'un CSE	54	
Autres consultations	34	Entreprise sans représentants du personnel	72	

Les Thématiques Sommaire

Le licenciement économique I

HORS TEXTES

**Des Directe
aux Dreets**
Page 48

Schémas de procédure

Pages 44, 49, 52,
60 et 61, 73, 74

**Santé et sécurité
des salariés dans
le cadre d'un PSE:
quel juge est
compétent ?**
Page 77

LICENCIEMENT DES REPRÉSENTANTS

DU PERSONNEL	75
Procédure protectrice	75
Étapes de la procédure	75

CONTRÔLE DE LA RÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE ET DU LICENCIEMENT

76	76
Présentation	76
Licenciements d'au moins 10 salariés dans les entreprises d'au moins 50 salariés	76
Autres licenciements	78

Les calendriers de procédure

→ <i>Licenciement individuel</i>	79
→ <i>Licenciement collectif de 2 à 9 salariés</i>	80
→ <i>Licenciement d'au moins 10 salariés sur 30 jours dans une entreprise de moins de 50 salariés</i>	81
→ <i>Licenciement d'au moins 10 salariés sur 30 jours dans une entreprise d'au moins 50 salariés sans CSE</i>	81
→ <i>Licenciement d'au moins 10 salariés sur 30 jours dans une entreprise d'au moins 50 salariés ayant un CSE sans désignation d'un expert</i>	82
→ <i>Licenciement d'au moins 10 salariés sur 30 jours dans une entreprise d'au moins 50 salariés ayant un CSE avec désignation d'un expert</i>	83

**Zoom : L'obligation préalable
de reclassement du salarié p. 85**

LE POINT SPÉCIAL

La transaction

Florence Riquoir, Avocat, *Capstan Avocats*

CONCLUSION DE LA TRANSACTION	96	INDEMNITÉ TRANSACTIONNELLE	112
Définition	96	Montant	112
Conditions de validité	97	Nature de l'indemnité	113
RÉDACTION D'UN ÉCRIT	107	Régime social	113
Preuve de la transaction	107	Régime fiscal	114
Signataires de l'accord	108	CONTESTATION DE LA TRANSACTION	116
CONSÉQUENCES DE LA TRANSACTION	108	Non-respect de la transaction	116
À l'égard des parties	108	Annulation en cas de vice du consentement	117
À l'égard des tiers	111		


Retrouvez
votre revue en
avant-première sur
liaisons-sociales.fr

1

Cause économique du licenciement

Définition du licenciement économique

Champ d'application

Motifs de licenciement économique

Conséquences sur l'emploi

Contrôle de la cause économique

Le licenciement repose sur un motif économique dès lors qu'il n'est pas inhérent à la personne du salarié, et qu'il est la conséquence soit d'une suppression ou d'une transformation de l'emploi occupé par l'intéressé, soit d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail. Il est fondé notamment sur des difficultés économiques, des mutations technologiques, une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou encore la cessation d'activité de l'entreprise. Comme tout licenciement, le licenciement pour motif économique doit être motivé et justifié par une cause réelle et sérieuse.

DÉFINITION DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

1 DÉFINITION LÉGALE

◆ Liste des causes de licenciement

Constitue un licenciement pour motif économique le 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 (C. trav., art. L. 1233-3) :

– des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés (voir n° 12).

Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

- un trimestre pour une entreprise de moins de 11 salariés ;
- deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés ;
- trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 50 salariés et de moins de 300 salariés ;
- quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de 300 salariés et plus.

- des mutations technologiques ;
- une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;
- la cessation d'activité de l'entreprise.

◆ Périmètre d'appréciation du motif économique

La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un

élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise.

Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude.

Pour l'application de ces dispositions, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce (voir n° 12).

Le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits, biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, ainsi que les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché.

◆ Exclusion des ruptures d'un commun accord

Ces dispositions sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'article L. 1233-3 du Code du travail, à l'exclusion de :

- la rupture conventionnelle individuelle (C. trav., art. L. 1237-11 et s.) ;
- la rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif visé aux articles L. 1237-17 et suivants. Il s'agit du congé de mobilité et de la rupture conventionnelle collective (voir n° 3 et s.).

◆ Obligation d'adaptation et de reclassement

Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque :

- tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés ;

– et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

Pour l'application de ces dispositions, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce.

Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe, ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. À défaut et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

L'employeur adresse de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ou diffuse par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés.

Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises (*C. trav.*, art. L. 1233-4).

➔ Voir Zoom « L'obligation préalable de reclassement du salarié », p. 85.

2 LICENCIEMENT POUR UN MOTIF NON INHÉRENT À LA PERSONNE DU SALARIÉ

◆ Distinction avec le licenciement pour motif personnel

Tout licenciement dont le motif est sans relation avec la personne du salarié est soumis aux règles du licenciement pour motif économique prévues aux articles L. 1233-1 et suivants du Code du travail. Il se distingue du licenciement pour motif personnel prévu aux articles L. 1232-1 et suivants du Code du travail.

◆ Coexistence d'un motif personnel et d'un motif économique

Lorsque le licenciement peut être motivé à la fois par un motif personnel et un motif économique, il convient de s'attacher à la cause première et déterminante de la rupture (*Cass. soc.*, 24 avr. 1990, n° 88-43.555 P; *Cass. soc.*, 3 avr. 2002, n° 00-42.583).

Ainsi le motif économique est écarté lorsque la cause du licenciement repose essentiellement sur des éléments inhérents à la personne du

salarié. Tel est le cas lorsque le licenciement est prononcé :

– pour la réorganisation d'un restaurant de cuisine traditionnelle en cuisine libanaise alors que le motif essentiel du licenciement est l'absence de culture orientale du personnel (*Cass. soc.*, 11 juill. 1994, n° 93-42.386);

– du fait que l'intéressé ne remplit plus les conditions réglementaires pour occuper ses fonctions, par exemple, si le salarié n'a pas le diplôme d'expert en automobile nouvellement imposé par la réglementation pour l'accomplissement de certaines expertises (*Cass. soc.*, 3 févr. 2004, n° 01-44.448). Toutefois, à l'occasion d'un contentieux sur le licenciement d'un salarié protégé, le Conseil d'État retient que l'absence de diplôme requis par une nouvelle loi est un motif économique de licenciement (*CE*, 15 juin 2005, n° 254.728);

– du fait de l'inaptitude professionnelle des salariés, l'employeur leur refusant la possibilité d'occuper des emplois modifiés par la mutation technologique de l'entreprise (*Cass. soc.*, 12 déc. 1991, n° 90-46.002 P).

En revanche, est qualifié d'économique :

– le licenciement du salarié incapable, malgré les efforts de l'employeur, de s'adapter à l'évolution de son emploi (*Cass. soc.*, 15 oct. 1992, n° 91-43.632 P);

– le licenciement consécutif au refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail lorsque cette modification a une cause économique, peu important les motifs du refus (*Cass. soc.*, 12 oct. 2004, n° 02-42.980).

◆ Requalification du licenciement

▶ Pouvoir du juge

Le juge judiciaire peut prononcer une requalification s'il estime que le motif du licenciement est inhérent à la personne du salarié. Ainsi le licenciement perd sa nature économique apparente (*Cass. soc.*, 3 juin 1998, n° 96-40.016 P). Dans le cas contraire, le licenciement conserve sa nature économique, quelles que soient les raisons figurant dans la lettre de licenciement (*Cass. soc.*, 14 mai 1997, n° 94-43.712 P).

▶ Conséquences

Si le licenciement qualifié :

– d'économique est requalifié en motif personnel, le régime spécifique et les obligations inhérentes au licenciement économique (priorité de réembauche, proposition du bénéfice de congé de reclassement ou de contrat de sécurisation professionnelle, etc.) ne s'appliquent pas. Selon

la rédaction de la lettre de licenciement, le licenciement est reconnu sans cause réelle et sérieuse si le véritable motif (personnel) ne figure pas dans la lettre. En revanche, si le salarié a droit à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, il n'est pas tenu de rembourser les prestations dont il a bénéficié au titre des mesures de reclassement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi (*Cass. soc.*, 8 juill. 2009, n° 08-42.914) ;

- de personnel est requalifié en licenciement économique, le licenciement est, le plus souvent, reconnu sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 17 avr. 2019, 17-17.880 P), dès lors que le véritable motif de licenciement n'est pas énoncé dans la lettre de notification. Le salarié peut donc revendiquer le bénéfice de toutes les dispositions applicables à son licenciement (ordre des licenciements, priorité de réembauche, etc.), y compris les obligations particulières applicables en cas de licenciement collectif (procédure de consultation des représentants du personnel, plan de sauvegarde de l'emploi, etc.).

droit de rétractation (*Cass. soc.*, 17 mars 2021, n° 19-25.313).

Il est toutefois prévu qu'il ne peut être recouru à la rupture conventionnelle homologuée dans le cadre (*C. trav.*, art. L. 1237-16) :

- d'un accord collectif de gestion des emplois et des parcours professionnels conclu dans une entreprise d'au moins 300 salariés ;
- d'un plan de sauvegarde de l'emploi ;
- d'un accord collectif prévoyant la rupture d'un commun accord du contrat de travail visé à l'article L. 1237-17 du Code du travail (accord prévoyant le congé de mobilité ou la rupture conventionnelle collective).

En principe, la rupture conventionnelle étant exclue du champ du licenciement pour motif économique, l'employeur n'a pas à en tenir compte pour déterminer la procédure de licenciement pour motif économique à mettre en œuvre (licenciement individuel, licenciement de moins de 10 salariés, licenciement d'au moins 10 salariés sur 30 jours), à la condition qu'aucune fraude à la loi ne soit commise. En effet, la multiplication des ruptures conventionnelles ne doit pas faire apparaître la volonté de l'employeur de détourner les règles du licenciement économique. Cette affirmation vaut pour les ruptures conventionnelles individuelles n'étant pas liées à un motif économique.

En revanche, dès lors que les ruptures conventionnelles résultent d'un processus de réduction des effectifs pour motif économique, elles sont prises en compte 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 P). Toutefois seules les ruptures homologuées et effectives sont prises en compte (*Cass. soc.*, 29 oct. 2013, n° 12-15.382 P et n° 12-27.393).

Dans un communiqué joint à l'arrêt du 9 mars 2011, la Cour de cassation précise que « l'intégration des ruptures conventionnelles dans la procédure de licenciement économique ne remet cependant pas en cause leur qualification et leur régime juridique propres ».

CHAMP D'APPLICATION

Exclusion de certaines situations

3 RUPTURE CONVENTIONNELLE INDIVIDUELLE

Les dispositions relatives aux licenciements économiques ne s'appliquent pas lorsque le salarié et l'employeur signent une rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail (*C. trav.*, art. L. 1233-3).

Néanmoins la rupture conventionnelle individuelle peut être mise en œuvre dans un contexte de difficultés économiques. Pour ce faire, l'employeur ne doit pas avoir dissimulé au salarié l'existence, à la date de conclusion de la convention de rupture conventionnelle individuelle, d'un plan de sauvegarde de l'emploi en cours de préparation prévoyant la suppression de son poste. Cette dissimulation étant déterminante du consentement du salarié, celle-ci entraîne l'annulation de la rupture conventionnelle (*Cass. soc.*, 6 janv. 2021, n° 19-18.549).

Ne rapporte pas la preuve d'un vice de consentement le salarié informé par l'employeur de l'existence d'un plan de sauvegarde de l'emploi en cours d'élaboration et n'ayant pas usé de son

4 RUPTURE DU CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

Les dispositions relatives à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ne sont pas applicables aux salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail à durée déterminée (*C. trav.*, art. L. 1242-14).

➔ **Pour plus de détails**, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « *Le contrat à durée déterminée* ».

5 CONGÉ DE MOBILITÉ

Le congé de mobilité qui est proposé par l'employeur, soit dans le cadre d'un accord portant rupture conventionnelle collective, soit dans les entreprises ayant conclu un accord collectif portant sur la gestion des emplois et des compétences, a pour objet de favoriser le retour à un emploi stable par des mesures d'accompagnement, des actions de formation et des périodes de travail (*C. trav., art. L. 1237-18*). L'acceptation par le salarié de la proposition de congé de mobilité emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties à l'issue du congé (*C. trav., art. L. 1237-18-4*). Les dispositions du Code du travail sur le licenciement pour motif économique ne sont pas applicables.

6 RUPTURE CONVENTIONNELLE COLLECTIVE

Un accord collectif peut déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective (RCC). Ce dispositif exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois (*C. trav., art. L. 1237-19*).

L'accord portant rupture conventionnelle collective détermine notamment le nombre maximal de départs envisagés, de suppressions d'emplois associées, et la durée pendant laquelle des ruptures de contrat de travail peuvent être engagées sur le fondement de l'accord (*C. trav., art. L. 1237-19-1*).

L'accord doit être validé par la Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (Dreets, remplaçant depuis le 1^{er} avril 2021 la Direccte, voir *encadré p. 48*; *C. trav., art. L. 1237-19-3*).

Pour la CAA de Versailles, la circonstance que les suppressions de postes reposent sur un motif économique, ne fait pas obstacle à la mise en œuvre d'une rupture conventionnelle collective (*CAA Versailles, 14 mars 2019, n° 18VE04158*). Le ministère du Travail rappelle toutefois que l'employeur ne doit pas détourner « la mesure de sa finalité afin de contourner l'obligation de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi (en particulier si les salariés font l'objet de pressions avérées pour obtenir leur consentement) ». Dans ce cas, « les juges pourraient considérer qu'il s'agit en réalité d'un licenciement économique déguisé, et l'employeur pourrait se voir infliger de lourdes sanctions à la fois

civiles (nullité des licenciements) et pénales (amende de 3 750 euros prononcée autant de fois qu'il y a de salariés licenciés telle que prévu à l'article L. 1238-4 du Code du travail) » (*Questions-réponses sur la rupture conventionnelle collective, min. Trav., mis à jour nov. 2019, quest. n° 3*).

Lorsque l'employeur accepte la candidature du salarié, le contrat de travail est rompu d'un commun accord des parties (*C. trav., art. L. 1237-19-2*).

À NOTER

La rupture conventionnelle collective a été instaurée par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (*JO 23 sept.*). Ce même texte a modifié le dispositif de congé de mobilité, qui avait été introduit dans le Code du travail par la loi du 30 décembre 2006 (*L. n° 2006-1770, JO 31 déc.*), et qui figurait avant l'ordonnance précitée dans le chapitre consacré au licenciement économique.

7 RUPTURE DU CDI DE CHANTIER OU D'OPÉRATION

◆ Caractéristiques

Le contrat de chantier ou d'opération est un contrat à durée indéterminée conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération. Il a pour spécificité de pouvoir être valablement rompu par l'employeur lorsque le chantier pour lequel le salarié a été recruté est achevé ou l'opération réalisée. L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a modifié ce dispositif.

Les références (jurisprudentielles ou circulaires) citées ci-dessous étaient relatives aux dispositions en vigueur avant l'ordonnance mais paraissent transposables aux nouvelles règles.

◆ Procédure applicable

Avant l'ordonnance du 22 septembre 2017 précitée, la loi prévoyait que « le licenciement qui, à la fin d'un chantier, revêt un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession, n'est pas soumis aux dispositions légales relatives au licenciement pour motif économique, sauf dérogations déterminées par convention ou accord collectif de travail. Ce licenciement est soumis aux dispositions relatives au licenciement pour motif personnel » (*C. trav., art. L. 1236-8 ancien*). L'ordonnance a modifié ces dispositions. Désormais, la rupture du contrat qui intervient à la fin du chantier, ou une fois l'opération réalisée, repose sur une cause réelle et sérieuse (*C. trav., art. L. 1236-8*). Cette rupture est soumise aux dispositions du Code du travail sur le licenciement pour motif personnel, relatives aux :

- modalités de l'entretien préalable (*C. trav., art. L. 1232-2 à art. L. 1232-5*), et de notification (*C. trav., art. L. 1232-6*);
- règles de droit commun relatives aux conséquences du licenciement, notamment en termes de préavis, d'indemnité de licenciement et de remise de documents aux salariés (*C. trav., art. L. 1234-1 à art. L. 1234-20*), aux contestations et sanctions des irrégularités de licenciement (*C. trav., art. L. 1235-1 à art. L. 1235-6*) et aux sanctions pénales (*C. trav., art. L. 1238-1 à art. L. 1238-5*).

Le comité social et économique doit être, le cas échéant, informé et consulté dans les conditions prévues à l'article L. 2312-39 du Code du travail sur les projets de restructuration et de compression des effectifs du personnel des chantiers.

◆ Champ d'application

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a ouvert à la branche la possibilité d'encadrer ce type de contrat. Une convention ou un accord collectif étendu peuvent fixer les conditions de recours à un contrat à durée indéterminée conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération. À défaut d'un tel accord, ce contrat peut être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1^{er} janvier 2017 (*C. trav., art. L. 1223-8*).

Les juges devront rechercher, dans un tel cas, les caractéristiques de la profession exercée par l'entreprise et si la rupture pour fin de chantier y était de pratique habituelle (*Cass. soc., 5 déc. 1989, n° 87-40.747*) au 1^{er} janvier 2017.

◆ Conditions

► Achèvement des travaux

Pour échapper à la qualification de licenciement économique, la rupture du contrat doit être justifiée par la fin d'un chantier ou d'une opération. La simple réduction d'activité du chantier ne peut constituer une fin de chantier ou d'opération au sens de l'article L. 1236-8 du Code du travail, pas plus que la résiliation de la mission par le client de l'employeur (*Cass. soc., 9 mai 2019, n° 17-27.493 P*).

► Durée du chantier

La fin de chantier ou de l'opération constitue une cause de rupture du contrat, sans pour autant être un licenciement pour motif économique :

- à condition que le contrat ou la lettre d'embauche indique que le contrat est conclu pour un ou plusieurs chantiers déterminés (*Cass. soc., 2 juin 2004, n° 01-46.891 P*; *Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 07-42.942 P*);
- même si la durée estimée du chantier mentionnée dans le contrat de travail est dépassée sans qu'un nouveau contrat ne soit signé (*Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-48.672 P*; *Cass. soc., 7 mars 2007, n° 04-47.059 P*) et que les tâches d'autres salariés employés dans d'autres secteurs se sont poursuivies ultérieurement (*Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.395*). Il appartient donc au juge de rechercher si les tâches pour lesquelles le salarié a été embauché sont terminées (*Cass. soc., 12 févr. 2002, n° 99-41.239 P*).

8 LICENCIEMENT À L'ISSUE D'UNE MISSION À L'EXPORTATION

La rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur pour motif de réalisation d'une mission à l'exportation effectuée en majeure partie hors du territoire national, n'est pas soumise aux dispositions relatives au licenciement pour motif économique. Le recours à ce type de contrat doit être prévu par un accord collectif de branche ou d'entreprise (*C. trav., art. L. 1223-5*). Ces accords fixent notamment les catégories de salariés concernés, la nature des missions à l'exportation concernées ainsi que leur durée minimale (qui ne peut être inférieure à six mois), les contreparties accordées en termes de rémunération et d'indemnité de licenciement, les garanties en termes de formation et les mesures indispensables à leur reclassement (*C. trav., art. L. 1223-6*).

La rupture à l'initiative de l'employeur en raison de la réalisation de la mission obéit aux règles applicables à la procédure de licenciement pour motif personnel (*C. trav., art. L. 1236-7*).

Ruptures concernées par les règles sur le licenciement économique

9 TOUTE RUPTURE DU CONTRAT POUR CAUSE ÉCONOMIQUE

Les dispositions du chapitre « Licenciement pour motif économique » sont applicables, par principe, à toute rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique, à l'exclusion de celles détaillées ci-dessus.

À NOTER

Les dispositions du Code du travail relatives au licenciement économique peuvent s'appliquer à un syndicat de copropriétaires (*Cass. soc.*, 21 nov. 2018, n° 17-12.599 P).

MOTIFS DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

Cause réelle et sérieuse

10 CONDITIONS

Le licenciement économique ne repose sur une cause économique réelle et sérieuse (*C. trav.*, art. L. 1233-2) que si le motif invoqué répond aux conditions posées par l'article L. 1233-3 du Code du travail et la jurisprudence.

Un licenciement économique n'est donc valablement prononcé par l'employeur qu'à la condition qu'il réunisse l'ensemble des éléments constitutifs de la cause économique des licenciements et que cette cause économique soit réelle et sérieuse. Le licenciement doit être :

- motivé par l'une des causes économiques reconnues par la loi (difficultés économiques, mutations technologiques, réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité, cessation d'activité de l'entreprise) ou la jurisprudence ;
- la conséquence directe de décisions ou de mesures prises par l'employeur (suppression d'emploi, transformation d'emploi ou modification d'un élément essentiel du contrat de travail refusée par le salarié) pour tenir compte de l'une des causes économiques énoncées ci-dessus ;
- précédé d'une recherche de reclassement du salarié par l'employeur, y compris après avoir essayé, dans une certaine mesure, de le former et de l'adapter.

REMARQUE

Le licenciement pour motif économique d'un salarié qui a manifesté l'intention de quitter l'entreprise ne constituant pas une rupture amiable du contrat de travail ni une démission, la volonté de l'intéressé ne suffit pas à justifier son licenciement (*Cass. soc.*, 17 mai 2011, n° 09-68.627 ; *Cass. soc.*, 6 juill. 2011, n° 09-43.130 P).

11 ÉNUMÉRATION LÉGALE NON LIMITATIVE

Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement résultant d'une suppression ou transformation d'emploi, ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel de son contrat de travail, consécutives « notamment » à des difficultés économiques, des mutations technologiques, une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité, à la cessation d'activité de l'entreprise (*C. trav.*, art. L. 1233-3).

Sur le fondement de cet adverbe « notamment », les juridictions ont la faculté de retenir d'autres causes pouvant caractériser et justifier un licenciement pour motif économique. Le rapport n° 3675 de l'Assemblée nationale, en date du 7 avril 2016, relatif à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (qui a modifié la définition du licenciement économique), le confirme puisqu'il indique que « la liste plus exhaustive qui est proposée par le projet de loi [...] ne saurait en tout état de cause être pleinement exhaustive. On peut de ce point de vue s'interroger sur l'effet utile d'une énumération plus longue des différents critères "économiques", dès lors que ces critères demeurent inéluctablement non exhaustifs ».

À NOTER

Avant que la loi Travail du 8 août 2016 (*L. n° 2016-1088, JO 9 août*) ne reconnaisse comme motifs de licenciement économique la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité et la cessation d'activité de l'entreprise, c'est la jurisprudence qui les avait reconnus comme tels (*voir par ex. Cass. soc.*, 31 mai 2006, n° 04-47.376 P ; *Cass. soc.*, 1^{er} févr. 2017, n° 15-23.039).

Quatre motifs

12 DIFFICULTÉS ÉCONOMIQUES

◆ **Notion**

La loi Travail du 8 août 2016 (*L. n° 2016-1088*) a précisé la notion de difficultés économiques en fixant une liste d'indicateurs caractérisant celles-ci (*C. trav.*, art. L. 1233-3).

◆ **Critères et évaluation des difficultés économiques**

Les difficultés économiques peuvent se traduire par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel que :

- une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires ;

– des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation.

Ces indicateurs ne constituent pas une limite puisque l'existence de difficultés économiques peut également être rapportée par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés. La loi a pris soin de préciser les critères permettant de caractériser une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires.

Ainsi par comparaison avec la même période de l'année précédente, la baisse est constituée dès lors que la durée de cette baisse est au moins égale à :

- un trimestre pour une entreprise de moins de 11 salariés ;
- deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés ;
- trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 50 salariés et de moins de 300 salariés ;
- quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de 300 salariés et plus.

Les autres critères (pertes d'exploitation, dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation) n'ont pas été précisés par la loi.

◆ **Souhait de l'entreprise de réaliser des économies**

La seule volonté de réaliser des économies ou de majorer le profit de l'entreprise n'entre pas dans la définition des difficultés économiques (Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-25.035). Ainsi ne constituent pas un motif économique de licenciement :

- le fait qu'un salarié coûte trop cher à une entreprise dont les profits sont considérables (Cass. soc., 24 avr. 1990, n° 88-43.703 P) ;
- la recherche d'économies motivée par des rémunérations trop élevées (Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-21.337) ;
- les difficultés économiques lorsque le chiffre d'affaires est en nette progression et que le licenciement a pour objet de privilégier le niveau de rentabilité de l'entreprise au détriment de la stabilité de l'emploi (Cass. soc., 1^{er} déc. 1999, n° 98-42.746 P). La solution retenue est, *a fortiori*, identique lorsque le chiffre d'affaires est en progression et que la société n'a connu aucune perte (Cass. soc., 19 juill. 2000, n° 98-43.679) ;
- la volonté de réaliser des profits supplémentaires pour répondre aux exigences soit d'une banque ayant accordé un crédit (Cass. soc., 29 mai 2001, n° 99-41.930), soit du principal

actionnaire de la société (Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-44.324).

◆ **Légèreté blâmable ou comportement fautif de l'employeur**

Les difficultés économiques ne doivent pas être provoquées par l'employeur (Cass. soc., 9 oct. 1991, n° 89-41.705 P; Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n° 09-71.491) ou résulter de son attitude frauduleuse (Cass. soc., 13 janv. 1993, n° 91-45.894 P; Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 97-42.057 P; Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-41.491).

En revanche, si les difficultés sont réelles, une erreur de l'employeur dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule la légèreté blâmable (Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-44.380 P; Cass. soc., 22 sept. 2011, n° 10-16.171).

La Cour de cassation a décidé que les agissements fautifs de l'employeur qui vont au-delà des seules erreurs de gestion privent le licenciement économique de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 24 mai 2018, n° 17-12.560 P). En l'espèce, une société holding invoquait des difficultés économiques alors qu'elle avait fait procéder à une remontée de dividendes de la part des sociétés filiales françaises, dans des proportions manifestement anormales. Or certaines filiales étaient déjà en situation déficitaire et d'autres avaient des besoins financiers pour se restructurer et s'adapter à de nouveaux marchés. Cette remontée a provoqué des difficultés financières au sein des sociétés filiales et par voie de conséquence celles de la société holding dont l'activité était exclusivement orientée vers les filiales.

REMARQUE

La Cour de cassation s'est également prononcée sur la responsabilité d'une société mère à l'égard de ses filiales. Lorsqu'une société mère ou actionnaire principale d'un groupe commet une faute entraînant des suppressions d'emploi au sein d'une autre société du groupe, sa responsabilité peut être engagée. Ainsi la société doit indemniser les salariés pour la perte de leur emploi (Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-22.881 P). En revanche, lorsque la situation de la filiale ne résulte pas de la faute de la société mère, la responsabilité de cette dernière ne peut être engagée (Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-18.621 P).

La chambre sociale de la Cour de cassation a précisé, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, qu'il n'existe pas de jurisprudence constante selon laquelle toute faute de gestion de l'employeur, même dépourvue de lien de causalité direct et certain avec les difficultés

économiques, est susceptible de conduire à priver de cause réelle et sérieuse un licenciement motivé par de telles difficultés (*Cass. soc.*, QPC 10 sept. 2019, n° 19-12.025 P).

◆ Date d'appréciation

▶ À la date du licenciement

L'existence de difficultés économiques s'apprécie à la date de la rupture du contrat de travail, à savoir sa notification, et non à la lumière de circonstances postérieures au licenciement (*Cass. soc.*, 12 déc. 1995, n° 94-41.765 P; *Cass. soc.*, 2 avr. 1998, n° 96-40.766).

Le juge doit prendre en compte les changements intervenus dans la situation de l'entreprise entre le moment où l'employeur a engagé la procédure afférente aux licenciements et le moment où il les notifie aux salariés (*Cass. soc.*, 30 mars 2010, n° 09-40.068 P). Ainsi un licenciement motivé par une baisse d'activité n'a pas de cause réelle et sérieuse, dès lors qu'il est constaté que le résultat d'exploitation était positif au moment du licenciement et a augmenté depuis un an (*Cass. soc.*, 28 juin 2000, n° 98-43.935). De même, en principe, le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse si les difficultés économiques sont simplement prévisibles à la date du licenciement, même si elles surviennent ultérieurement (*Cass. soc.*, 26 févr. 1992, n° 90-41.247 P).

Néanmoins, des études prévisionnelles peuvent justifier des licenciements économiques si elles sont suffisamment sérieuses et démontrent l'imminence de difficultés économiques (*Cass. soc.*, 26 janv. 1994, n° 92-40.252).

▶ Anticipation des difficultés

Même si les juges doivent se placer à la date du licenciement pour apprécier le caractère réel et sérieux du motif économique, ils peuvent tenir compte d'éléments postérieurs pour apprécier si les prévisions se sont révélées exactes (*Cass. soc.*, 16 mars 2004, n° 02-41.356).

En revanche, le licenciement économique ne peut résulter de difficultés survenues bien après le licenciement (*Cass. soc.*, 7 avr. 1993, n° 91-45.655), ou de difficultés financières que l'entreprise pourrait éprouver à long terme (*Cass. soc.*, 7 déc. 1993, n° 89-43.602). Il a été jugé que le licenciement motivé par la perte de deux clients est sans cause réelle et sérieuse s'il s'avère que ces deux clients ont finalement continué à recourir aux prestations de la société (*Cass. soc.*, 11 déc. 2019, 18-17.874).

◆ Cadre d'appréciation

▶ Territoire national

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a sensiblement modifié le cadre d'appréciation des difficultés économiques, des mutations technologiques et de la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Son périmètre est désormais limité au territoire national (*C. trav.*, art. L. 1233-3).

▶ Entreprises n'appartenant pas à un groupe

Pour les entreprises n'appartenant pas à un groupe, les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécie au niveau de l'entreprise (*C. trav.*, art. L. 1233-3).

Lorsque l'entreprise comporte plusieurs établissements distincts, les difficultés économiques sont appréciées au niveau de l'entreprise et non de l'établissement (*Cass. soc.*, 7 oct. 1998, n° 96-43.107 P; *Cass. soc.*, 26 oct. 2005, n° 03-41.972; *Cass. soc.*, 26 juin 2012, n° 11-13.736 P).

REMARQUE

Par « entreprise », il faut entendre, lorsqu'un salarié est mis à la disposition d'une autre société, la société d'origine : les difficultés de la société d'accueil ne peuvent justifier, à elles seules, le licenciement pour motif économique par la société d'origine (*Cass. soc.*, 20 juin 2000, n° 98-42.126 P).

▶ Entreprises appartenant à un groupe

Pour les entreprises appartenant à un groupe, l'appréciation se fait au niveau du secteur d'activité commun à l'entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national. Ce cadre d'appréciation n'a vocation à être retenu qu'en l'absence de fraude. La notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce.

En application des textes précités du Code de commerce, la société dominante est considérée comme contrôlant une autre société lorsqu'elle :

- détient plus de la moitié du capital social de cette société ;
- détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;
- dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

- détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, des décisions dans les assemblées générales de cette société;
- est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société;
- dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne;
- contrôle de manière exclusive ou conjointe cette société. Selon l'article L. 233-16 du Code de commerce, « le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord ».

Le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits, biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, ainsi que les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché.

À NOTER

Ces précisions sur la définition du secteur d'activité sont issues de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. Avant celle-ci, ni le Code du travail ni la jurisprudence ne définissaient le secteur d'activité servant de cadre à l'appréciation de la justification du licenciement économique. Les juges s'appuyaient sur un faisceau d'indices relatifs à la nature des produits, à la clientèle auxquels ils s'adressaient et au mode de distribution mis en œuvre par l'entreprise (*Cass. soc.*, 10 févr. 2010, n° 08-41.109).

C'est à l'employeur de produire les éléments permettant de déterminer l'étendue du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise. Ainsi les éléments d'information adressés par l'employeur au comité social et économique doivent porter non seulement sur la situation économique du secteur d'activité qu'il a lui-même pris en considération, mais aussi sur les raisons qui l'ont conduit à faire reposer son analyse sur ce secteur d'activité (*CE*, 7 févr. 2018, n° 403.001). Il a été reconnu qu'une entreprise de meubles de cuisine et de salle de bains relève du secteur d'activité de l'ameublement. De même, la distribution alimentaire en grande surface constitue un secteur d'activité (*Cass. soc.*, 30 avr. 1997, n° 95-41.513).

En revanche, ne relèvent pas du même secteur :

- les entreprises utilisant la technologie numérique et celles utilisant la technique argentine (*Cass. soc.*, 24 oct. 2012, n° 11-23.418);
- les sociétés financières gérant des fonds de placement et celles en restructuration dans les-

quelles ces fonds ont été réinvestis (*Cass. soc.*, 3 déc. 2008, n° 07-43.684);

– l'entreprise fournissant de la matière première sous la forme de rouleaux de papier mince et l'entreprise ne fabriquant pas un tel papier mais des produits finis destinés aux fumeurs (*CE*, 29 juin 2020, n° 423.673).

La spécialisation d'une entreprise au sein d'un groupe (*Cass. soc.*, 8 juill. 2008, n° 06-45.934, *Cass. soc.*, 31 mars 2021, 19-26.054 P) ou 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) ne suffisent pas à exclure son rattachement au secteur d'activité du groupe au niveau duquel doivent être appréciées les difficultés économiques.

Bien que ces décisions ont été rendues sur la base du droit en vigueur avant l'ordonnance du 22 septembre 2017 précitée ayant défini la notion de « secteur d'activité », elles semblent toujours d'actualité.

REMARQUE

Lorsque le groupe auquel appartient l'entreprise est reconfiguré par une modification importante de son périmètre, c'est nécessairement dans ce nouveau périmètre que doit s'apprécier le motif économique. L'intégration dans un autre groupe peut ainsi modifier le motif économique et faire disparaître les difficultés économiques du groupe existant (*Cass. soc.*, 5 mai 2011, n° 10-10.686).

13 MUTATIONS TECHNOLOGIQUES

Selon le ministère du Travail, « le caractère économique du licenciement doit être reconnu lorsque les salariés sont licenciés en raison de changements technologiques, sans qu'il y ait obligatoirement compression des effectifs de l'entreprise [...]. Ainsi la disparition de certaines qualifications peut entraîner des licenciements, même si elle se traduit par ailleurs par la création d'emplois nouveaux » (*Circ. DRT* n° 89-46, 1^{er} oct. 1989).

L'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise constitue un motif économique autonome de licenciement (*Cass. soc.*, 2 juin 1993, n° 90-44.956 P; *Cass. soc.*, 15 mars 1994, n° 92-43.612; *Cass. soc.*, 15 mars 2012, n° 10-25.996), alors même que la compétitivité de l'entreprise n'est pas menacée (*Cass. soc.*, 9 oct. 2002, n° 00-44.069). Il en est de même en cas de changement d'exploitation du matériel informatique et de nouveaux logiciels entraînant une suppression d'emplois (*Cass. soc.*, 14 nov. 2001, n° 99-44.686). Encore faut-il que la réorganisation résulte d'une mutation technologique (*Cass. soc.*, 27 mai 2009, n° 08-40.925). En

effet, le simple changement de logiciel ne saurait constituer une innovation technologique en tant que telle au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail (*Cass. soc.*, 13 mai 2003, n° 00-46.766). La mutation technologique doit entraîner une suppression, une transformation d'emplois ou une modification du contrat de travail (*Cass. soc.*, 3 avr. 2013, n° 12-11.829). Il doit également être démontré que le salarié titulaire de l'emploi n'a pu s'adapter à l'évolution de son emploi (*Cass. soc.*, 9 juill. 1997, n° 94-43.709) malgré les moyens de formation/adaptation mis à sa disposition par son employeur (*C. trav.*, art. L. 1233-4). Lorsqu'il y a modification du contrat de travail imposée par une mutation technologique et que celle-ci est refusée par le salarié, le licenciement pour motif économique est justifié (*Cass. soc.*, 17 mai 2006, n° 04-43.022).

Ainsi est justifié le licenciement économique d'un salarié ayant refusé une modification de son contrat de travail, qui consistait à supprimer le logement de fonction dont il bénéficiait contractuellement, en raison d'une mutation technologique. En l'espèce, une nouvelle cave de production et de stockage avait été construite, or celle-ci ne comportait pas de logement de fonction pour des raisons de sécurité (*Cass. soc.*, 26 oct. 2017, n° 16-19.194).

REMARQUE

Le cadre d'appréciation des mutations technologiques est identique à celui applicable aux difficultés économiques (*voir n° 12*).

14 RÉORGANISATION NÉCESSAIRE À LA SAUVEGARDE DE LA COMPÉTITIVITÉ

◆ Motif économique de licenciement

La réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient (*C. trav.*, art. L. 1233-3). Ce motif qui était reconnu par la jurisprudence (*Cass. soc.*, 31 mai 2006, n° 04-47.376) a été intégré au Code du travail par la loi Travail du 8 août 2016 (*L. n° 2016-1088*).

REMARQUE

Avant la transposition législative du critère de sauvegarde de la compétitivité, les juges avaient reconnu que la réorganisation pouvait également être motivée par des difficultés économiques ou des mutations technologiques. Cette solution jurisprudentielle devrait continuer à recevoir application puisque les causes énumérées à l'article L. 1233-3 du Code du travail, du fait de l'emploi de l'adverbe « notamment », n'ont qu'une valeur indicative.

La réorganisation de l'entreprise à l'origine d'une proposition de modification du contrat de travail du salarié présente un caractère économique, si elle est destinée à sauvegarder la compétitivité de l'entreprise (*Cass. soc.*, 31 mai 2011, n° 09-67.045).

La Cour de cassation a décidé que la lettre de licenciement peut énoncer comme motif la suppression d'emploi (*Cass. soc.*, 21 déc. 2006, n° 05-43.886; *Cass. soc.*, 16 déc. 2008, n° 07-41.953 P) ou le refus d'une modification du contrat de travail (*Cass. soc.*, 27 nov. 2019, n° 18-19.756) consécutive à une réorganisation sans préciser la cause de celle-ci. Il revient au juge de vérifier que cette réorganisation est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou qu'elle est justifiée par des difficultés économiques ou des mutations technologiques. Ainsi le licenciement n'étant pas motivé par une réorganisation de l'entreprise mais par la conclusion d'un marché de nettoyage avec une entreprise extérieure entraînant la suppression de l'emploi, le licenciement de l'intéressé est sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 2 mars 2011, n° 09-69.283).

Il est sans doute préférable de préciser les motifs de la réorganisation, et ce d'autant plus qu'en matière de licenciement d'un salarié protégé, le Conseil d'État exige que la demande d'autorisation de licenciement précise si le motif de la réorganisation est justifié par des difficultés économiques, par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou encore par des mutations technologiques. À défaut, l'autorisation ne peut être accordée (*CE*, 26 sept. 2018, n° 401.509).

◆ Notion de sauvegarde de la compétitivité

La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise doit permettre aux entreprises « d'anticiper des difficultés économiques à venir en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs plus importants ». Nul besoin que la pérennité de l'entreprise soit en cause. Une telle restriction porte une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre (*Cons. const.*, 12 déc. 2002, n° 2001-455 DC).

Les juges se montrent très exigeants dans l'appréciation de cette notion et se refusent, en particulier, à reconnaître un motif économique au licenciement justifié uniquement par un souci d'économie.

Ils doivent rechercher si la situation de l'entreprise caractérise l'existence de menaces

pesant sur sa compétitivité (Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-47.376 P; Cass. soc., 10 juill. 2019, n° 17-23.274; Cass. soc., 16 sept. 2020, n° 19-11.514).

Mais le rôle du juge se limite au contrôle du caractère nécessaire de la sauvegarde de la compétitivité. Il ne peut contrôler le choix de l'employeur sur les solutions qui lui étaient offertes (Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219 P).

◆ Illustrations jurisprudentielles

▶ Situations où la nécessité de sauvegarder la compétitivité est reconnue

➤ réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement. Il ne peut être reproché à une entreprise d'avoir anticipé des difficultés économiques prévisibles et mis à profit une situation financière saine pour adapter ses structures à l'évolution de son marché dans les meilleures conditions (Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-46.201 P et n° 05-40.977 P « arrêts Pages Jaunes »).

➤ nouvelle organisation procédant d'une gestion prévisionnelle des emplois destinée à prévenir les difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi. Elle est jugée nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et du secteur d'activité du groupe dont elle relève (Cass. soc., 21 nov. 2006, n° 05-40.656 P).

➤ réorganisation justifiée par une importante dégradation continue du résultat d'exploitation d'une entreprise et une diminution des commandes (Cass. soc., 17 déc. 2008, n° 07-41.499).

➤ inadaptation du réseau commercial de l'entreprise aux changements du marché rendant nécessaire une évolution des emplois commerciaux, afin de prévenir des difficultés économiques et leurs conséquences sur l'emploi (Cass. soc., 27 janv. 2009, n° 07-41.738).

➤ difficultés économiques prévisibles avec l'arrivée de nouveaux acteurs sur le secteur d'activité de l'entreprise, dès lors qu'il est établi que les mesures de réorganisation n'ont pas été mises en œuvre dans le but d'augmenter les marges et profits et que l'évolution ultérieure du chiffre d'affaires et des résultats montre que les menaces sur la compétitivité étaient bien réelles (Cass. soc., 2 févr. 2011, n° 09-69.520).

➤ réorganisation justifiée par une importante perte de clientèle et de marché (Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 09-40.673).

➤ réorganisation pour prévenir des difficultés économiques à venir liée à la chute des ouvertures de chantiers et à la nette diminution des dossiers à prévoir pour les mois suivants (Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-13.245).

➤ situation où le marché des voitures neuves en France a baissé tout au long de l'année 2010, même si le marché français a été exceptionnel en 2009 en particulier au dernier trimestre, et où sur le marché européen, les constructeurs automobiles ont vu leurs ventes s'effondrer entre novembre 2008 et décembre 2009. Les difficultés économiques de la société, en particulier dans le secteur d'activité « automobile », étaient réelles et partagées par deux autres sociétés européennes du groupe. La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise et du secteur d'activité du groupe est rapportée (Cass. soc., 28 mai 2015, n° 14-14.032).

➤ sociétés d'un groupe exerçant dans le même secteur d'activité confrontées tant à une baisse très sensible de leur volume de production qu'à des pertes importantes, ce qui rendait nécessaire la réorganisation envisagée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, nonobstant le recours à des intérimaires intervenu peu après les licenciements et consécutif à une augmentation temporaire et imprévue des commandes (Cass. soc., 28 oct. 2015, n° 14-12.590).

➤ réorganisation mise en œuvre en raison d'une baisse structurelle des ventes du groupe. Était visé le marché sur lequel il réalisait l'essentiel de son chiffre d'affaires (CE, 9 oct. 2020, n° 428.431).

▶ Situations où la nécessité de sauvegarder la compétitivité n'est pas reconnue

➤ licenciement d'une salariée afin d'éviter les doublons sur certains postes administratifs, à la suite de l'intégration de la société dans un groupe (Cass. soc., 9 juill. 1997, n° 95-43.722 P).

➤ réorganisation justifiée par la diminution de la masse salariale (Cass. soc., 29 avr. 1998, n° 96-40.520).

➤ réorganisation destinée à augmenter la rentabilité de l'entreprise au détriment de la stabilité de l'emploi (Cass. soc., 1^{er} déc. 1999, n° 98-42.746 P; Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-42.271).

➤ suppression d'un site non justifiée par la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (Cass. soc., 17 déc. 2002, n° 00-45.621 P).

➤ réorganisation justifiée par l'amélioration des profits (Cass. soc., 13 sept. 2006, n° 05-41.665).

➔ délocalisation de la production pour bénéficier de mesures financières et fiscales attractives (Cass. soc., 18 sept. 2007, n° 06-42.401).

➔ suppression d'un site pour mettre fin aux nuisances causées par l'environnement (Cass. soc., 13 févr. 2008, n° 06-44.358).

➔ transfert de cinq emplois d'un site vers un autre, sans incidence significative sur les coûts, répondant à une volonté de rationaliser les structures (Cass. soc., 31 mars 2010, n° 09-40.521).

➔ externalisation d'une fonction ayant pour objet une meilleure organisation indépendamment de toute menace réelle sur la compétitivité du groupe, la création récente de deux nouvelles entités témoignant du plein essor du groupe (Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-65.052).

➔ entreprise relevant d'un secteur d'activité au sein d'un groupe ayant une excellente rentabilité, avec une marge opérationnelle qui conservait un haut niveau (Cass. soc., 28 févr. 2012, n° 10-21.050).

➔ entreprises du groupe relevant du même secteur d'activité ayant connu une croissance, de sorte que la réorganisation avait pour objet d'optimiser la rentabilité de l'entreprise (Cass. soc., 17 déc. 2014, n° 13-22.635).

◆ Cadre et date d'appréciation

L'article L. 1233-3 du Code du travail prévoit que le cadre d'appréciation de la nécessité de sauvegarder la compétitivité est identique à celui applicable aux difficultés économiques (voir n° 12).

La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécie à la date des licenciements (Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-43.314). Des éléments postérieurs au licenciement peuvent être pris en compte par le juge pour vérifier les menaces pesant sur la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe à la date du licenciement (Cass. soc., 26 mars 2002, n° 00-40.898 P; Cass. soc., 23 nov. 2010, n° 09-66.913).

La Cour de cassation a validé le prononcé de licenciements économiques alors même que la réorganisation n'avait pour objet que de prévenir des difficultés économiques futures et leurs conséquences sur l'emploi (Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-46.201 P et n° 05-40.977 P). Il n'est pas exigé l'existence de difficultés économiques contemporaines aux licenciements.

Dans le communiqué de presse relatif aux décisions du 11 janvier 2006, la Cour de cassation rappelle cependant que la source des difficultés futures doit être établie et appelle des mesures

d'anticipation. Ainsi la sauvegarde de la compétitivité ne constitue pas un motif de licenciement qui serait effectué pour prévenir des difficultés économiques sans autre justification. En outre, la faute de l'employeur à l'origine de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise rendant nécessaire sa réorganisation est susceptible de priver de cause réelle et sérieuse les licenciements prononcés. Toutefois, l'erreur éventuellement commise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule une telle faute (Cass. soc., 4 nov. 2020, n° 18-23.029 P, voir la note explicative de l'arrêt).

◆ Charge de la preuve

En cas de litige, l'employeur doit rapporter la preuve que les mesures de réorganisation sont décidées dans le but exclusif d'assurer la sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité et que cette compétitivité est effectivement menacée. À défaut, la réorganisation n'est pas nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-43.240).

L'entreprise, ou le groupe, doit rapporter la preuve de signes concrets et objectifs d'une menace sur l'avenir de l'entreprise ou du secteur d'activité (parts de marché diminuant ou résultats se détériorant eu égard à la politique de ses concurrents, etc.). La preuve peut résulter d'études sur le secteur d'activité, son évolution, des audits, des rapports d'expertise, etc.

15 CESSATION D'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE

◆ Conditions

La cessation d'activité constitue un motif de licenciement économique (C. trav., art. L. 1233-3) sans qu'il soit besoin de justifier de la cause de la cessation d'activité. Ce motif était reconnu par la jurisprudence (Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-44.647 P) avant d'être inscrit dans le Code du travail (L. n° 2016-1088, 8 août 2016).

La Cour de cassation, avant que ce motif ne soit légalement reconnu, exigeait la réunion de deux conditions. Selon nous, ces conditions ont vocation à être applicables aux nouvelles dispositions législatives. Ainsi pour justifier un licenciement économique, la cessation d'activité :

– ne doit pas être imputable à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable (Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 12-24.624; Cass. soc.,

1^{er} févr. 2017, n° 15-23.039). Ainsi, en cas de cessation d'activité de l'entreprise résultant de sa liquidation judiciaire, le salarié a la possibilité d'invoquer l'existence d'une faute de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité, qui est de nature à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 8 juill. 2020, 18-26.140 P : en l'espèce, absence de faute de l'employeur) ;

– doit être définitive et complète.

➔ Ainsi ne caractérise pas une cessation d'activité :

– la fermeture temporaire d'une entreprise pour travaux (Cass. soc., 15 oct. 2002, n° 01-46.240 P ; Cass. soc., 9 mars 2004, n° 01-46.780 ; Cass. soc., 21 mars 2006, n° 03-47.824) ;

– la fermeture partielle d'une entreprise (fermeture d'un seul établissement d'une entreprise imposée par la décision d'une chambre de commerce et d'industrie) (Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-21.183 P).

REMARQUE

Lorsqu'une seule partie de l'entreprise, un établissement, est fermée, l'employeur ne doit pas retenir comme motif de licenciement la cessation d'activité, mais la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité, l'existence de difficultés économiques ou de mutations technologiques (Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-43.453 P ; Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 07-44.306).

De même, ne justifie pas à elle seule une cause économique de licenciement :

– le fait de vendre un fonds de commerce (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-41.721) ou de céder un droit au bail (Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 07-45.669) en l'absence de cessation définitive d'activité ;

– la dissolution d'une société résultant de la fin de collaboration de deux médecins, ces derniers ayant poursuivi leur activité professionnelle chacun de leur côté (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-42.400).

➔ En revanche, cette cessation peut être motivée par :

– la mise en liquidation judiciaire de l'entreprise (Cass. soc., 7 nov. 2001, n° 99-46.171). Si la société liquidée appartient à un groupe, il convient de rechercher avant tout licenciement les possibilités de reclassement des salariés à l'intérieur de ce groupe (Cass. soc., 7 juill. 2009, n° 07-45.584) ;

– la dissolution d'une association (Cass. soc., 1^{er} mars 2000, n° 98-40.340 P) ;

– les difficultés de fonctionnement d'un établissement ayant entraîné sa fermeture, causées par

la maladie de quatre salariés sur six (Cass. soc., 2 juin 1992, n° 89-45.470) ;

– la fermeture d'une usine en raison du coût trop élevé de la réparation d'installations vétustes (Cass. soc., 4 juill. 1990, n° 87-44.973 P).

REMARQUE

Quel que soit le motif de la cessation d'activité (départ en retraite, maladie, décès ou autres), lorsqu'il est lié à la personne de l'employeur et qu'il est manifestement insurmontable, il nous semble qu'il doit être qualifié de cause économique au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail.

◆ Motif autonome

▶ Justification des licenciements économiques

La fermeture totale et définitive d'une entreprise est un motif autonome qui suffit à justifier les licenciements économiques. Il n'est pas nécessaire de rechercher la cause de cette cessation d'activité quand elle n'est pas due à une faute ou à une légèreté blâmable de l'employeur (Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n° 15-23.039). L'employeur n'a pas à démontrer que cette fermeture trouve sa cause dans des difficultés économiques.

Pour les salariés non investis de mandats représentatifs, la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur affectent la cause réelle et sérieuse du licenciement économique motivé par la cessation d'activité de l'entreprise. En revanche, le Conseil d'État considère que, s'agissant de salariés protégés, ces circonstances ne font pas obstacle à ce que soit délivrée une autorisation de licencier. L'inspecteur du travail n'a pas à contrôler leur inexistence (CE, 8 avr. 2013, n° 348.559). Toutefois, les salariés protégés peuvent, devant les juridictions judiciaires compétentes, mettre en cause la responsabilité de l'employeur en demandant réparation des préjudices qu'aurait causés une faute de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité, y compris le préjudice résultant de la perte d'emploi (Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 18-13.771 P).

▶ Appartenance à un groupe

Le juge peut prendre en compte la situation économique de l'entreprise pour apprécier le comportement de l'employeur et rechercher s'il procède d'une légèreté blâmable. A ainsi fait preuve de légèreté blâmable l'employeur qui cesse son activité pour se plier à une décision prise par le groupe auquel appartient l'entreprise, non pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'em-

ploi dans la filiale fermée (*Cass. soc.*, 1^{er} févr. 2011, n° 10-30.045 P).

La fermeture de l'entreprise est une cause économique valable même si l'entreprise, objet de la fermeture, relève d'un secteur d'activité du groupe ne présentant pas de difficultés économiques (*Cass. soc.*, 10 mai 2012, n° 11-14.463).

► **Exception : le coemploi**

La cessation d'activité est une cause autonome de licenciement, y compris dans les groupes, le coemploi étant l'unique exception à ce principe. En effet, lorsque le salarié a pour coemployeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent (*Cass. soc.*, 18 janv. 2011, n° 09-69.199 P; *Cass. soc.*, 30 nov. 2011, n° 10-22.964 P).

Cette solution ne prive pas l'employeur, du seul fait de son appartenance à un groupe de sociétés, de la possibilité de licencier son personnel pour motif économique lorsqu'il cesse son activité et ne lui impose pas, pour cette seule raison, de justifier d'une autre cause de licenciement, hors la situation de coemploi (*Cass. soc.*, 16 nov. 2011, n° 11-40.071 P).

À NOTER

Le coemploi est caractérisé au sein d'un groupe que s'il existe (au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer), une immixtion permanente de la société mère dans la gestion économique et sociale de la société filiale, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière (*Cass. soc.*, 25 nov. 2020, n° 18-13.769 P).

d'un élément essentiel de son contrat de travail (*C. trav.*, art. L. 1233-3).

Suppression d'emploi

16 RÉDUCTION PERMANENTE DES EFFECTIFS

La notion de suppression d'emploi implique que l'entreprise ayant à faire face à un sureffectif global, sur un secteur d'activité ou sur un secteur géographique, décide de réduire de façon permanente ses effectifs sur le périmètre concerné. L'employeur ne peut pas, par exemple, se borner à viser de simples « nécessités organisationnelles » (*Cass. soc.*, 16 mai 2013, n° 11-28.494 P).

17 CADRE D'APPRÉCIATION

La matérialité de la suppression d'emploi (comme la transformation d'emploi ou la modification d'un élément essentiel du contrat de travail) s'apprécie au niveau de l'entreprise (*C. trav.*, art. L. 1233-3).

Le fait que l'entreprise procède à des suppressions d'emplois dans l'un de ses secteurs et, en parallèle, à des créations d'emplois sur un autre secteur, ne devrait pas remettre en cause les licenciements éventuellement prononcés pour suppression d'emplois à condition que :

- les emplois créés soient réellement différents dans leur fonction et/ou leur qualification des emplois supprimés, le personnel recruté ne devant pas être affecté dans des emplois qui sont de même nature que ceux prétendument supprimés. Un tel recrutement révélerait que les postes n'ont pas été réellement supprimés (*Cass. soc.*, 12 mars 1991, n° 90-41.147 P; *Cass. soc.*, 26 mars 1992, n° 91-40.240);
- les salariés occupant les emplois supprimés ne puissent, éventuellement après effort d'adaptation, être affectés sur des postes créés;
- la création de ces emplois ne remette pas en cause l'existence des circonstances économiques justifiant par ailleurs les suppressions d'emploi.

18 ABSENCE DE REMPLACEMENT

La suppression d'emploi implique la suppression effective du poste de travail et suppose que le salarié ne soit pas remplacé après son licenciement (*Cass. soc.*, 10 mai 1994, n° 92-44.776; *Cass. soc.*, 22 févr. 1995, n° 93-44.074 P; *Cass. soc.*, 8 juill. 2008, n° 06-45.564).

CONSÉQUENCES SUR L'EMPLOI

La cause économique du licenciement (difficultés économiques, mutations technologiques, etc.) doit avoir comme conséquence soit la suppression ou la transformation d'emploi, soit la modification, refusée par le salarié,

ATTENTION

La seule exception à ce principe résulte de la mise en œuvre de l'ordre des licenciements : le salarié licencié pour motif économique après application des critères de choix peut, en effet, être remplacé sur son poste dès lors qu'il y a bien suppression d'emploi dans sa catégorie (Cass. soc., 13 juin 1996, n° 93-43.298 P).

A ainsi été jugé abusif le licenciement d'un salarié :

- immédiatement remplacé par un salarié de la société mère (Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-44.461 P) ou d'une filiale (Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-40.057) ;
- remplacé par un autre salarié affecté d'un coefficient moins élevé ou de même qualification mais moins rémunéré (Cass. soc., 24 avr. 1990, n° 88-43.374 P ; Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-44.339) ;
- dans le cadre d'un plan de cession et remplacé le jour même (Cass. soc., 8 déc. 2004, n° 02-44.045 P ; Cass. soc., 2 juin 2004, n° 02-47.257) ;
- suivi par le recrutement d'un travailleur temporaire sans nécessité de remplacer des salariés momentanément absents (Cass. soc., 5 janv. 1995, n° 93-43.294) ;
- suivi de l'embauche de salariés sous contrat à durée déterminée pour occuper les postes supprimés (Cass. soc., 12 févr. 1997, n° 95-41.694 P) ;
- alors que d'autres personnes, recrutées juste avant ou juste après, s'étaient vues chargées d'une part importante de ses attributions (Cass. soc., 18 mai 2017, n° 16-10.045).

19 SUPPRESSION DE POSTE ET NON DE TÂCHES

Dans certains cas, la suppression d'emploi peut être réalisée sans suppression des tâches. C'est notamment le cas lorsque la suppression du poste entraîne une redistribution des tâches du salarié entre plusieurs autres salariés, ou l'intégration dans un autre emploi (Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-43.761 ; Cass. soc., 12 janv. 2012, n° 10-21.101 ; Cass. soc., 23 oct. 2019, n° 18-10.032). Ainsi il y a suppression d'emploi même en cas d'attribution des tâches :

- d'un chef d'atelier à un contremaître déjà employé dans l'entreprise (Cass. soc., 21 juill. 1994, n° 92-44.870) ;
- à un autre salarié en plus des siennes (Cass. soc., 17 mai 1994, n° 92-44.982) ;
- à un associé non salarié, voire à l'employeur (Cass. soc., 30 nov. 1994, n° 93-44.221 ; Cass. soc., 18 oct. 1995, n° 94-41.520) ;

- de responsable de l'atelier des circuits imprimés au poste du directeur général (Cass. soc., 29 janv. 1992, n° 90-41.087 P), ou de reprise des fonctions d'un directeur des opérations internationales par les dirigeants des filiales (Cass. soc., 29 janv. 1992, n° 91-42.128 P) ;
- à un bénévole (Cass. soc., 7 oct. 1992, n° 88-45.522 P).

Le conjoint d'un pharmacien peut, par exemple, accomplir à titre bénévole les tâches d'une préparatrice dont l'emploi est supprimé (Cass. soc., 20 janv. 1998, n° 94-45.094 P).

Le recours à la sous-traitance peut également entraîner une suppression de poste (Cass. soc., 12 janv. 1994, n° 92-41.687 ; Cass. soc., 17 déc. 2008, n° 07-43.974).

Transformation de l'emploi

20 CHANGEMENT DE NATURE

La distinction entre les notions « transformation de l'emploi », « suppression d'emploi » et « modification d'un élément essentiel du contrat de travail » s'avère le plus souvent délicate.

Pour la jurisprudence, la transformation de l'emploi implique un changement de nature de l'emploi concerné aboutissant à un emploi de qualification différente. Constitue ainsi un licenciement pour motif économique la rupture du contrat de travail d'une salariée dont l'emploi :

- d'employée administrative est transformé en raison de l'informatisation de l'entreprise (Cass. soc., 15 oct. 1992, n° 91-43.632 P) ;
 - est transformé en un emploi de secrétaire de direction chargée notamment de la rédaction de devis et du suivi financier des chantiers, transformation exigée par l'évolution de la société qui a pris en charge de nouveaux secteurs d'activité technique en plus de ses activités classiques d'agent immobilier. Dans un tel cas, la transformation de l'emploi est caractérisée consécutivement à des mutations technologiques.
- Le licenciement est justifié s'il est démontré que la personne titulaire de l'emploi n'avait pas la qualification requise pour occuper celui-ci après transformation, malgré l'effort d'adaptation tenté par l'employeur au cours de l'année précédant le licenciement (Cass. soc., 9 juill. 1997, n° 94-43.709 P).

Modification du contrat de travail pour motif économique

21 JUSTIFICATION ÉCONOMIQUE DE LA MODIFICATION

La cause économique du licenciement (difficultés économiques, etc.) peut avoir pour conséquence la modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel de son contrat de travail, justifiant alors un licenciement économique (C. trav., art. L. 1233-3).

Le simple refus de la modification d'un élément essentiel du contrat ne peut constituer la cause du licenciement économique. Il convient de rechercher la justification économique de cette modification, à même de justifier le licenciement.

22 PROPOSITION DE LA MODIFICATION DU CONTRAT

◆ Champ d'application

La proposition de modification à caractère économique du contrat s'effectue dans le cadre de la procédure définie à l'article L. 1222-6 du Code du travail, dont la finalité est de permettre au salarié d'exprimer clairement sa volonté.

Cette procédure n'a pas à être étendue à une offre de reclassement impliquant une modification du contrat (Cass. soc., 27 nov. 2001, n° 99-41.723 P; Cass. soc., 26 mai 2010, n° 08-41.642).

ATTENTION

L'employeur qui notifie une proposition formulée conformément à l'article L. 1222-6 du Code du travail reconnaît qu'elle a pour objet une modification du contrat de travail et non un simple changement des conditions de travail (Cass. soc., 12 juill. 1999, n° 97-41.738 P).

◆ Formalités

► Contenu de la proposition

L'employeur informe chaque salarié du projet de modification de son contrat de travail par lettre recommandée avec avis de réception indiquant clairement (Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 06-42.000) :

- les nouvelles conditions d'emploi ;
- les éventuelles mesures accompagnant cette modification afin de lui permettre de prendre position sur l'offre ;
- le délai d'un mois (ou de quinze jours selon le cas, voir ci-dessous) dont dispose le salarié pour faire connaître son refus.

► Délai de réflexion

L'article L. 1222-6 du Code du travail prévoit que le salarié dispose d'un délai d'un mois à

compter de la réception de la proposition pour faire connaître son refus. Ce délai est ramené à quinze jours en cas de redressement ou liquidation judiciaire de l'entreprise. La mention de ce délai doit être faite dans le courrier de proposition.

Ce délai court à compter de la réception de la lettre de proposition de modification, et plus précisément à compter de son retrait auprès des services postaux par le salarié (Cass. soc., 27 mars 2008, n° 07-40.428). S'agissant d'un mois entier, ce délai expire à minuit le jour du mois suivant qui porte le même quantième que le jour de la réception de la lettre (Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-42.850). À défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification envisagée. La modification du contrat de travail intervient alors valablement peu important l'existence d'un motif économique au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail (Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-25.035).

◆ Non-respect des formalités

Les formalités sont essentielles. L'employeur qui ne les respecte pas ne peut se prévaloir ni d'une acceptation ni d'un refus du salarié (sur le défaut d'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception : Cass. soc., 25 janv. 2005, n° 02-41.819 P; Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-44.533).

En effet, l'application immédiate par l'employeur de la modification ou la stipulation d'un délai inférieur à un mois (ou quinze jours) ne sont pas opposables au salarié qui peut obtenir le remboursement des sommes retenues ou la nullité de la proposition de modification (Cass. soc., 31 oct. 2000, n° 98-45.118 P; Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-42.852 P).

Le délai d'un mois constitue une période de réflexion permettant au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix. L'inobservation de ce délai par l'employeur prive de cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur le refus par le salarié de la modification de son contrat de travail (Cass. soc., 10 déc. 2003, n° 01-44.745 P et n° 01-40.225 P; Cass. soc., 27 janv. 2009, n° 07-44.575).

Même si le salarié a manifesté son refus de la proposition de modification de son contrat, l'employeur doit attendre l'expiration de ce délai avant d'engager la procédure de licenciement (Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-46.094; Cass. soc., 28 oct. 2008, n° 07-42.720; Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-19.205).

La modification du contrat de travail par accord de performance collective

L'accord de performance collective est destiné à « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » ou à « préserver ou développer l'emploi ». Il permet d'aménager la durée du travail, la rémunération, et de déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise (C. trav., art. L. 2254-2).

Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris sur ces trois thématiques. Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord, mais dans ce cas l'employeur a la possibilité de procéder à son licenciement. Ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse. Ainsi, il ne s'agit pas d'un licenciement économique ou disciplinaire. Il trouve son fondement dans l'accord collectif et le refus du salarié.

► Pour plus de détails, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « La modification du contrat de travail », dont le Point spécial est consacré à « L'accord de performance collective ».

23 REFUS DE LA MODIFICATION

◆ Droit du salarié

Le salarié peut refuser expressément la modification de son contrat de travail. De même, une réponse dilatoire ou conditionnelle du salarié, telle qu'une demande de prorogation du délai de réflexion constitue une réponse négative (Cass. avis, 6 juill. 1998, n° 98-00.005 P; Cass. soc., 14 janv. 2003, n° 00-45.269; Cass. soc., 4 févr. 2003, n° 01-40.066 P). Ainsi la réponse du salarié à une proposition de mutation, lorsqu'il rappelle à son employeur que son lieu de travail est contractualisé, équivaut à un refus de proposition (Cass. soc., 20 mars 2013, n° 11-27.806).

◆ Décision de l'employeur

En cas de refus du salarié d'accepter la modification de son contrat de travail, l'employeur conserve la possibilité de renoncer à son projet ou d'engager la procédure de licenciement (Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 02-43.015 P). S'il renonce, il ne peut plus se prévaloir de ce refus pour prononcer un licenciement 14 mois plus tard, à la suite de nouvelles difficultés économiques (Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-43.999 P).

◆ Licenciement

Le seul refus par un salarié d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 11 juill. 2018, n° 17-12.747 P; Cass. soc., 28 mai 2019, n° 17-17.929 P). Si cette modification est refusée par le salarié, il convient d'en

rechercher la justification économique (Cass. soc., 26 nov. 1996, n° 93-44.811 P).

► Ainsi peuvent être justifiées par les difficultés économiques de l'entreprise :

– la proposition de l'employeur de rémunérer les salariés au temps effectif de travail alors qu'ils bénéficiaient d'un forfait horaire supérieur (Cass. soc., 20 nov. 1991, 89-45.576 P);

– la proposition de modification du contrat de travail portant sur la réduction de la durée hebdomadaire de travail de 37,50 heures à 35 heures, assortie d'une diminution proportionnelle de salaire (Cass. soc., 17 sept. 2014, n° 13-19.763).

Les propositions de modification du contrat justifiées par les difficultés économiques peuvent, en cas de refus, entraîner des licenciements économiques légitimes.

► En revanche, le licenciement des salariés qui refusent la modification n'a pas de cause économique si :

– la réorganisation du système de rémunération de l'entreprise ne se justifie que par la volonté de réaliser des bénéfices plus importants et non par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du groupe (en l'absence de difficultés économiques) (Cass. soc., 26 nov. 1996, n° 93-44.811 P);

– la modification est décidée dans un simple souci d'uniformisation des pratiques de deux sociétés fusionnées ou par un désir de simplification et n'a pas pour objet de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise (Cass. soc., 23 juin 1999, n° 97-42.380);

– la modification des modalités de rémunération n'est dictée par aucune menace sur la performance de l'entreprise ni sur son équilibre économique (Cass. soc., 16 mai 2013, n° 11-28.967);

– la modification du contrat de travail réside dans la volonté de l'employeur de réorganiser le service financier ou commercial de l'entreprise sans que cette réorganisation résulte de difficultés économiques ou de mutations technologiques, ou qu'elle soit indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (Cass. soc., 11 juill. 2018, n° 17-12.747 P), peu importe que la modification réponde à l'intérêt de l'entreprise et qu'elle n'ait pas été imposée par malignité ou mauvaise foi (Cass. soc., 27 mai 2020, n° 18-19.605);

– le motif de la modification réside dans la volonté de l'employeur de mettre en place un nouveau mode d'organisation de la durée du travail du personnel médical et d'instaurer de

nouvelles modalités de rémunération (*Cass. soc., 19 juin 2019, n° 18-11.824*). En l'espèce, il n'était pas allégué que la mise en œuvre de ces règles résultait de difficultés économiques ou de mutations technologiques ou qu'elle fût indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

C'est le refus de la proposition de modification du contrat par le salarié qui déclenche le licenciement économique, ce refus ne dispensant pas l'employeur de son obligation de reclassement (*Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-42.334; Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 09-71.860; Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-14.691*). Ce n'est d'ailleurs qu'après avoir épuisé son obligation de reclassement que l'employeur peut procéder au licenciement (*Cass. soc., 30 sept. 1997, n° 94-43.898 P; Cass. soc., 7 mars 2000, n° 98-40.659 P*).

Les licenciements de salariés refusant une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de performance collective ne sont pas concernés par la réglementation sur les licenciements économiques (*voir encadré p. 24*).

ATTENTION

La procédure collective de licenciement économique est mise en œuvre si au moins 10 salariés refusent la proposition de modification économique de leur contrat et que leur licenciement est envisagé (*C. trav., art. L. 1233-25*). Si un employeur modifie son projet de réorganisation et procède à une nouvelle consultation des représentants du personnel sur un projet de licenciement collectif concernant moins de 10 salariés, il n'est pas tenu par la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi (*Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-22.940 P*).

CONTRÔLE DE LA CAUSE ÉCONOMIQUE

24 COMPÉTENCE EXCLUSIVE DU JUGE PRUD'HOMAL

Le contrôle de la cause économique et plus spécifiquement du caractère réel et sérieux des licenciements économiques relève de la compétence exclusive du conseil de prud'hommes. Il lui appartient de vérifier si le motif du licenciement invoqué est bien un motif économique et qu'il procède d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail consécutive à des difficultés économiques, à des mutations technologiques ou à

une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

Lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est mis en place, l'Administration et, par voie de conséquence, les juridictions administratives n'ont pas à se prononcer sur le motif économique du projet de licenciement collectif (*CE, 22 juill. 2015, n° 385.816*).

25 ÉLÉMENTS DE PROCÉDURE

◆ Action en justice des syndicats

Les organisations syndicales de salariés représentatives peuvent exercer en justice toutes les actions résultant des dispositions légales ou conventionnelles régissant le licenciement pour motif économique d'un salarié sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé (*C. trav., art. L. 1235-8*).

Avant d'exercer ce recours, l'organisation syndicale concernée prévient le salarié, par lettre recommandée avec avis de réception, précisant (*C. trav., art. D. 1235-19*):

- la nature et l'objet de l'action envisagée,
- que l'action est conduite par l'organisation syndicale qui peut exercer les voies de recours contre le jugement,
- que le salarié peut, à tout moment, intervenir dans l'instance engagée par l'organisation syndicale ou mettre un terme à cette action,
- que le salarié peut faire connaître à l'organisation syndicale son opposition à l'action envisagée dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception.

En effet, le salarié dispose d'un délai de quinze jours pour s'opposer éventuellement au recours du syndicat. Ce n'est que passé ce délai que l'acceptation tacite du salarié est considérée comme acquise (*C. trav., art. D. 1235-20*).

À l'issue de ce « délai de réflexion » le syndicat avertit l'employeur de son intention d'ester en justice, par lettre recommandée avec avis de réception (*C. trav., art. D. 1235-18*). Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat (*C. trav., art. L. 1235-8*).

◆ Informations communiquées par l'employeur au juge

L'employeur a l'obligation de communiquer au juge tous les éléments qu'il a fournis (*C. trav., art. L. 1235-9*):

- aux représentants du personnel en application des dispositions du Code du travail (nombre de salariés dont le licenciement est envisagé, catégories professionnelles concer-

nées, critères proposés pour l'ordre des licenciements, calendrier prévisionnel des licenciements, etc.);

– ou, à défaut de représentants du personnel dans l'entreprise, tous les éléments fournis à l'autorité administrative compétente en application des articles L. 1233-46 et suivants du Code du travail.

L'employeur adresse ces documents au greffe du conseil de prud'hommes dans les huit jours suivant sa convocation devant le bureau de conciliation (*C. trav., art. R. 1456-1*).

Faute d'obtenir ces éléments de preuve, l'employeur peut être condamné à indemniser le salarié, sous réserve qu'il justifie de l'existence d'un préjudice (*Cass. soc., 26 janv. 1994, n° 91-43.551 P*).

Mais « les éléments dont la communication incombe à l'employeur en vertu de l'article L. 1235-9 du Code du travail [...], ne concernant que le licenciement collectif pour motif économique, la cour d'appel a exactement décidé que les dispositions de l'article R. 1456-1 du Code du travail, imposant le dépôt au greffe du Conseil de prud'hommes de ces éléments par l'employeur, n'étaient pas applicables en cas de recours du salarié portant sur un licenciement individuel pour motif économique » (*Cass. soc., 10 oct. 2000, n° 99-40.040 P*).

◆ Le doute profite au salarié

En cas de contentieux portant sur le licenciement il est prévu que « si un doute subsiste, il profite au salarié » (*C. trav., art. L. 1235-1*).

Mais comme l'a relevé le Conseil constitutionnel, « c'est seulement dans le cas où le juge sera dans l'impossibilité, au terme d'une instruction contradictoire, de former avec certitude sa conviction sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse justifiant le licenciement, qu'il sera conduit à faire application du principe selon lequel le doute profite au salarié » (*Cons. const., n° 89-257, 25 juill. 1989*).

26 ÉTENDUE DU CONTRÔLE

Le juge contrôle non seulement la qualification du licenciement (personnel ou économique), mais bien évidemment la réalité et le sérieux des motifs économiques invoqués pour justifier le licenciement (*C. trav., art. L. 1235-1*).

◆ Contrôle limité

Le contrôle judiciaire de la cause économique du licenciement ne doit pas avoir pour finalité

ni pour effet de remettre en cause les pouvoirs de l'employeur dans l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. Ainsi les tribunaux ne peuvent étendre leur contrôle à l'opportunité d'une mesure de gestion ayant conduit à des suppressions d'emplois, les juges n'ayant pas à contrôler le choix effectué par l'employeur entre les différentes solutions possibles de réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (*Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219 P*).

S'il appartient au juge de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagées par l'employeur, il ne peut se substituer à ce dernier quant au choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation (*Cass. soc., 4 mai 2017, n° 15-28.188*). Le juge peut seulement, dans le cadre du contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement, indiquer si la réorganisation est nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité.

◆ Contrôle de la réalité des motifs économiques

Le juge :

– constate que le licenciement contesté s'est bien accompagné soit d'une suppression d'emploi, soit d'une transformation d'emploi, soit d'une modification du contrat de travail. En l'absence de contrôle sur ce point, la décision des juges du fond doit être cassée (*Cass. soc., 10 janv. 1995, n° 92-43.222 P*);

– vérifie l'existence de difficultés économiques, de mutations technologiques, de la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, de la cessation d'activité de l'entreprise ou des autres causes non inhérentes à la personne du salarié. Il vérifie également le lien de causalité entre ces différentes causes et la suppression ou la transformation d'emploi ou la modification d'un élément essentiel du contrat de travail. La lettre de licenciement doit d'ailleurs comporter non seulement l'énumération des difficultés économiques, mutations technologiques ou de réorganisation de l'entreprise, mais également l'énonciation des incidences de ces éléments sur l'emploi ou sur le contrat de travail du salarié licencié, de ces éléments (*Cass. soc., 11 juin 2002, n° 00-40.214 P*);

– constate le respect par l'employeur de l'obligation de reclassement, même si la contestation du salarié ne porte pas précisément sur cet élément (*Cass. soc., 6 déc. 2000, n° 98-45.644*; *Cass. soc.,*

4 déc. 2002, n° 00-44.510). À défaut, la décision du juge doit être cassée (*Cass. soc.*, 24 oct. 2000, n° 98-41.192 P). En effet, le respect de l'obligation de reclassement et d'adaptation (*C. trav.*, art. L. 1233-4) est une condition de la cause réelle et sérieuse du licenciement économique prononcé (voir Zoom « L'obligation préalable de reclassement du salarié », p. 85).

◆ Contrôle du sérieux du motif

Le licenciement économique n'est pas justifié lorsque l'employeur s'est rendu coupable d'un détournement de pouvoir ou de légèreté blâmable. Tel est le cas lorsque :

- le licenciement est motivé par des difficultés économiques sciemment provoquées par l'employeur qui a organisé sa propre insolvabilité (*Cass. soc.*, 9 oct. 1991, n° 89-41.705 P) ;

- l'employeur connaissait la situation obérée de l'entreprise au moment de l'engagement du salarié par contrat d'adaptation lui assurant une formation de douze mois (*Cass. soc.*, 26 févr. 1992, n° 90-40.364) ;

- les difficultés financières invoquées à l'appui du licenciement économique d'un salarié sont connues de l'employeur à la date de nomination de l'intéressé au poste de responsable de l'association (*Cass. soc.*, 1^{er} mars 1994, n° 92-42.124) ;

- la cessation d'activité d'une société a été décidée de manière précipitée, à la demande du principal associé pour satisfaire aux seules exigences du groupe en ayant pris le contrôle, sans que toutes les possibilités pouvant permettre le maintien de son activité et des emplois aient été recherchées (*Cass. soc.*, 28 oct. 2008, n° 07-41.984).

En revanche, l'erreur de l'employeur dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule la légèreté blâmable (*Cass. soc.*, 14 déc. 2005, n° 03-44.380 P).

◆ Cadre et date d'appréciation du caractère réel et sérieux

▶ Cadre d'appréciation

Trois périmètres sont à envisager (*C. trav.*, art. L. 1233-3) :

- l'entreprise, lorsqu'il s'agit d'apprécier la réalité des suppressions ou transformations d'emploi ou des modifications d'un élément essentiel du contrat de travail ;

- au niveau national, l'entreprise ou le secteur d'activité du groupe auquel appartient, le cas échéant, l'entreprise, lorsqu'il s'agit d'apprécier la réalité des difficultés économiques, les muta-

tions technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité ;

- au niveau national, les entreprises du groupe dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, lorsqu'il s'agit d'apprécier les possibilités de reclassement (*C. trav.*, art. L. 1233-4).

À NOTER

En cas de contestation sur l'existence ou le périmètre du groupe de reclassement, il appartient au juge de former sa conviction au vu de l'ensemble des éléments soumis par les deux parties (*Cass. soc.*, 31 mars 2021, n° 19-17.300 P).

▶ Date d'appréciation

Le juge se place à la date de rupture du contrat de travail pour apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement.

La Cour de cassation a ainsi jugé que devait être cassé l'arrêt qui, pour décider que le licenciement d'une aide-comptable d'une société d'organisation de voyages n'a pas de motif économique, retient que les résultats de l'exercice, connus postérieurement au licenciement, ont révélé une situation bénéficiaire, alors que l'appréciation des difficultés économiques doit se faire au jour du licenciement (*Cass. soc.*, 29 nov. 1995, n° 94-40.576).

Cette règle est cependant nuancée lorsque le licenciement intervient en raison d'une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité. Il y a dans ce cas une nécessaire prévision des difficultés à venir mais non encore réalisées (*Cass. soc.*, 26 mars 2002, n° 00-40.898 P ; *Cass. soc.*, 16 mars 2004, n° 02-41.356).

▶ Délai de prescription

Selon l'article L. 1235-7 du Code du travail, toute contestation portant sur le licenciement pour motif économique se prescrit par douze mois :

- à compter de la dernière réunion du comité social et économique,

- ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement pour motif économique, à compter de la notification de celui-ci.

27 SANCTION DE L'ABSENCE DE CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE

Une procédure de licenciement ne peut être annulée en considération de la cause économique du licenciement (*Cass. soc.*, 3 mai 2012, n° 11-20.741 P). Ainsi l'absence de cause éco-

nomique ne peut être sanctionnée que par des dommages-intérêts.

Le fait qu'un licenciement ait été déclaré dénué de cause réelle et sérieuse ne lui fait pas perdre sa nature juridique de licenciement économique (*Cass. soc.*, 3 avr. 2013, n° 11-28.812).

Ainsi le salarié licencié peut obtenir des dommages-intérêts en cas de non-respect de la priorité de réembauche (*Cass. soc.*, 30 nov. 1999,

n° 97-41.431 P), ou de non-application d'une mesure sociale.

En revanche, le salarié ne peut bénéficier, en plus de l'indemnité fixée pour réparer le préjudice subi par la perte injustifiée de son emploi en l'absence de cause réelle et sérieuse, de dommages-intérêts pour inobservation de l'ordre des licenciements (*Cass. soc.*, 5 oct. 1999, n° 98-41.384). ■

2

Procédure de licenciement économique

**Préalables à la procédure
de licenciement**

Différentes procédures

Préalablement à la mise en œuvre de la procédure de licenciement, l'employeur doit consulter le comité social et économique sur le projet de licenciement. Dans certains cas, les modalités de cette consultation peuvent être fixées par un accord de méthode ou un accord majoritaire portant sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. À cette consultation peut s'ajouter éventuellement celle du comité d'entreprise européen. Parallèlement aux représentants du personnel, l'employeur peut informer les salariés sur le projet de licenciement.

La procédure applicable aux licenciements économiques dépend du nombre de licenciements envisagé, de la période retenue et du périmètre considéré. En outre, tous les licenciements pour motif économique sont soumis aux règles relatives à l'ordre des licenciements.

PRÉALABLES À LA PROCÉDURE DE LICENCIEMENT

CONSULTATION DES IRP

Consultation du CSE

28 COMPÉTENCE GÉNÉRALE DU CSE

Lorsque l'entreprise en comporte un, le comité social et économique (CSE) est associé à la procédure de licenciement collectif pour motif économique (*C. trav., art. L. 1233-8 et art. L. 1233-28 et s.*).

La mission du CSE varie, d'une part, selon le nombre de licenciements envisagés et, d'autre part, en fonction des effectifs de l'entreprise. En effet, sur ce dernier point, rappelons que les attributions du CSE varient selon que l'entreprise présente un effectif inférieur ou au moins égal à 50 salariés (*C. trav., art. L. 2312-1*). De manière synthétique, il est possible de considérer que :

- le CSE des entreprises de moins de 50 salariés est principalement consulté sur le projet de licenciement économique et les mesures associées ;
- le CSE des entreprises d'au moins 50 salariés est consulté sur le projet de licenciement économique et les mesures associées, mais également sur le projet de restructuration et de compression des effectifs et, le cas échéant, sur le projet d'aménagement important modifiant les conditions de santé, de sécurité et les conditions de travail.

29 COMPÉTENCE DU CSE DANS UNE ENTREPRISE D'AU MOINS 50 SALARIÉS

Dans les entreprises entre 11 et moins de 50 salariés, les modalités de consultation du

CSE dans le cadre d'un projet de licenciement économique varient selon la taille du licenciement envisagé (*C. trav., art. L. 1233-8 et art. L. 1233-29*) :

– pour les licenciements collectifs de moins de 10 salariés sur 30 jours, le CSE fait l'objet d'une consultation sur le projet ;

– pour les licenciements collectifs d'au moins 10 salariés sur 30 jours, le CSE est consulté au cours de deux réunions espacées au maximum de 14 jours.

Dans les deux cas, le CSE reçoit de l'employeur les renseignements relatifs à la ou les raisons économiques, financières ou techniques du projet, le nombre de licenciements envisagé, les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements, le nombre de salariés, permanents ou non, employés dans l'établissement, le calendrier prévisionnel des licenciements, les mesures de nature économique envisagées et le cas échéant, les conséquences de la réorganisation en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail (*C. trav., art. L. 1233-10 et art. L. 1233-31*).

30 COMPÉTENCE DU CSE DANS UNE ENTREPRISE D'AU MOINS 50 SALARIÉS

◆ Différentes consultations

Le CSE joue un rôle dans le cadre de la mise en œuvre d'un projet de licenciement collectif au titre de ses missions générales au sein de l'entreprise, mais également en raison de ses missions particulières dans le cadre d'un licenciement économique. En effet, le CSE est consulté :

– au titre de sa compétence générale relative à la marche générale de l'entreprise, le CSE étant notamment informé et consulté sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs (*C. trav., art. L. 2312-8*);

– au titre de sa compétence en matière de projet de restructuration et de compression des effectifs (*C. trav., art. L. 2312-37 et art. L. 2312-39*);

– le cas échéant, au titre de ses compétences générales en matière de santé, sécurité et conditions de travail, puisque le CSE est consulté sur l'introduction de nouvelles technologies, et sur tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (*C. trav., art. L. 2312-8*);

– dans le cadre de la procédure de licenciement économique (*C. trav., art. L. 1233-1 et s. et art. L. 2312-40*).

Toutefois les éléments du projet de licenciement collectif qui font l'objet d'un accord majoritaire ne sont pas soumis à la consultation du comité (*C. trav., art. L. 1233-30, I*).

◆ Compression des effectifs

Dès lors que le projet de licenciement envisagé par l'entreprise implique une restructuration et une compression des effectifs, le CSE doit être consulté (*C. trav., art. L. 2312-37 et art. L. 2312-39*). Pour ce faire, il émettra un avis dans les conditions et suivant les délais prévus dans le cadre de la procédure classique de consultation au titre d'un licenciement économique (*voir n° ci-après*).

La notion de compression des effectifs est floue. Le législateur, en s'y référant, entend saisir toutes les hypothèses où la restructuration conduit à des réductions d'effectifs, peu importe qu'elles se traduisent ou non par des licenciements économiques.

La forme juridique de la rupture du contrat de travail découlant de la restructuration ne suffit pas à écarter la notion de réduction des effectifs. Les notions de compression des effectifs et de licenciement économique sont indépendantes, la mise en œuvre du licenciement économique ne s'accompagnant pas toujours d'une réduction des effectifs. Il en est ainsi quand l'entreprise transfère une partie de ses activités emportant au moins dix refus de modification des contrats de travail mais n'affectant pas le volume des effectifs.

◆ Santé, sécurité et conditions de travail

Dans le cadre des projets de licenciement collectif, il est expressément prévu que l'information du CSE porte, le cas échéant, sur les consé-

quences des licenciements projetés en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail (*C. trav., art. L. 1233-10 et art. L. 1233-30*).

Par ailleurs, si le projet de restructuration comporte un aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, le CSE devra être consulté sur ce point au titre de sa compétence générale.

◆ Consultation dans le cadre du licenciement économique

Le régime de la consultation du CSE sur le projet de licenciement économique obéit au droit commun de la consultation.

L'employeur fournit au CSE des informations précises et écrites sur le projet de restructuration (*C. trav., art. L. 2312-15*).

Selon la CJUE (anciennement CJCE), la naissance de l'obligation de l'employeur d'entamer les consultations sur les licenciements collectifs envisagés ne dépend pas du fait qu'il soit déjà en mesure de fournir aux représentants du personnel tous les renseignements exigés par la directive 98/59 du 20 juillet 1998 (motifs du projet de licenciement, nombre et catégories de salariés à licencier, période au cours de laquelle les licenciements doivent intervenir, critères envisagés pour le choix des salariés à licencier, etc.) (*CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08*).

La loi ne définit ni le nombre ni la fréquence des réunions, sauf pour les licenciements d'au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours (*C. trav., art. L. 1233-29; C. trav., art. L. 1233-30*). Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, un accord de méthode peut organiser l'articulation de ces procédures (*voir ci-dessous*).

31 ACCORD DE MÉTHODE

◆ Une faculté

Le Code du travail permet la conclusion d'un accord de méthode lorsque l'employeur projette de licencier pour motif économique au moins 10 salariés sur 30 jours (*C. trav., art. L. 1233-21 et s.*). Il s'agit d'une simple faculté à laquelle il n'est pas légalement tenu (*Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69.021*).

Cet accord de méthode a pour finalité de fixer par dérogation aux règles légales de consultation, les modalités d'information et de consultation du CSE et, le cas échéant, le cadre de recours à une expertise par celui-ci.

◆ Entreprises concernées

Avant la mise en place du CSE, la faculté de conclure un accord de méthode était réservée aux entreprises qui :

- employaient au moins 50 salariés et disposaient d'un comité d'entreprise ;
- entendaient licencier pour motif économique au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours (*C. trav., art. L. 1233-21 ancien*).

N'étaient donc pas visées, les entreprises (*Circ. DGEFP-DRT n° 2005-47, 30 déc. 2005, NOR: SOCT0510417C*):

- dépourvues de comité d'entreprise, y compris celles où étaient occupés au moins 50 salariés ;
- ayant moins de 50 salariés, procédant ou non à au moins 10 licenciements économiques sur une même période de 30 jours ;
- ayant plus ou moins de 50 salariés et procédant à moins de 10 licenciements économiques sur une même période de 30 jours.

La mise en place du CSE et l'adaptation conséquente pose question sur le champ d'application des accords de méthode. En effet, si les textes sur le sujet prévoient toujours qu'ils sont applicables aux entreprises projetant de licencier pour motif économique au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours, ils indiquent également que l'accord de méthode est destiné à fixer les modalités d'information et de consultation du comité social et économique. Il n'est pas fait référence à une distinction selon l'effectif de l'entreprise. Est-ce à dire que les entreprises de moins de 50 salariés sont également concernées ?

Cela ne semble pas le cas, car les ordonnances du 22 septembre 2017 n'avaient pas pour objectif de changer le champ d'application des accords de méthode. En outre, l'objet des accords de méthode (*voir ci-après*) ne semble pas adapté aux compétences des CSE des entreprises de moins de 50 salariés. La jurisprudence pourrait être amenée à se positionner sur cette question.

◆ Contenu de l'accord

▶ Information et de consultation du CSE

L'accord de méthode fixe les modalités d'information et de consultation du CSE applicables lorsque l'employeur envisage de procéder à un licenciement collectif d'au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours. Le cas échéant, il peut porter sur le cadre de recours à une expertise par le CSE (*C. trav., art. L. 1233-21*). L'accord de méthode porte exclusivement sur les conditions dans lesquelles le CSE (*C. trav., art. L. 1233-22*):

- est réuni et informé de la situation économique et financière de l'entreprise ;
- peut formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi ;

- peut obtenir une réponse motivée de l'employeur à ses propositions ;
- peut recourir à une expertise.

▶ Dérogations

L'accord peut comporter des dispositions dérogeant aux modalités légales d'information et de consultation du CSE, que ce soit dans le cadre de ses attributions économiques ou en matière de santé, sécurité et conditions de travail ou encore au titre de la procédure de licenciement économique.

Sans remettre en cause le principe de l'information-consultation du CSE (ou, le cas échéant, du CSE central et des CSE d'établissement) sur le projet de restructuration, le projet de licenciement économique et, le cas échéant, sur les questions intéressant la santé, la sécurité et les conditions de travail, il peut fixer librement :

- le nombre et les délais qui séparent les réunions ;
- les modalités d'articulation des consultations respectives du CSE central et des CSE d'établissement dans les entreprises à établissements multiples (*Circ. DGEFP-DRT n° 2005-47, 30 déc. 2005*) ;
- le déroulement de l'expertise.

▶ Interdictions

L'accord de méthode ne peut déroger (*C. trav., art. L. 1233-23*):

- aux règles générales d'information et de consultation du CSE ;

L'article L. 1233-23 du Code du travail comporte une erreur puisqu'il renvoie toujours à d'anciennes dispositions relatives au comité d'entreprise, soit aux articles L. 2323-2, L. 2323-4 et L. 2323-5.

- à la communication aux représentants du personnel de tout renseignement utile sur le projet de licenciement collectif (*C. trav., art. L. 1233-31 à art. L. 1233-33*) ;

- aux règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire (*C. trav., art. L. 1233-58*).

Selon l'Administration, sont également applicables sans dérogation possible les dispositions relatives au licenciement pour motif économique qui ne sont pas directement liées aux modalités d'information et de consultation du CSE (*Circ. DGEFP-DRT n° 2005-47, 30 déc. 2005 fiche 3*). Ainsi, l'accord de méthode ne peut notamment pas déroger aux règles relatives :

- au droit du CSE de recourir à un expert au titre de la consultation sur le projet de licenciement économique ;

– aux délais d'envoi des lettres de licenciement prévus par le Code du travail ;
 – au contrôle du Drees... (qui se substitue au Direccte depuis le 1^{er} avril 2021 ; voir encadré p. 48).

◆ Négociation de l'accord

L'accord de méthode peut être négocié au niveau (C. trav., art. L. 1233-21) :

– de la branche. Ce niveau ne semble pas le plus approprié à la négociation du déroulement de la procédure de licenciement, mais peut permettre de recourir à des procédures conventionnelles sans que les entreprises ne soient obligées d'engager des négociations sur un accord de méthode ;
 – du groupe. L'accord de groupe est applicable à l'ensemble des salariés compris dans son périmètre ;

À NOTER

Lorsqu'un accord conclu dans tout ou partie d'un groupe le prévoit expressément, ses stipulations se substituent à celles ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord (C. trav., art. L. 2253-5).

– de l'entreprise (sociétés juridiquement distinctes ou unité économique et sociale).

L'accord de méthode peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée (C. trav., art. L. 2222-4).

Il est soumis au droit commun de la négociation collective (C. trav., art. L. 2231-1 et s.). Ainsi, l'accord peut être conclu avec des délégués syndicaux, des membres du CSE ou avec des salariés mandatés.

➔ Voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « La négociation collective d'entreprise ».

S'agissant d'un accord collectif, la consultation du CSE n'est pas requise (C. trav., art. L. 2312-14). Néanmoins, d'un point de vue pratique, il semble cohérent d'informer *a minima* le CSE du contenu de l'accord qui aura vocation à s'appliquer à ce dernier.

◆ Contestation

L'accord de méthode peut faire l'objet d'une action en contestation qui doit être formée, sous peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de dépôt de l'accord (C. trav., art. L. 1233-24). La contestation peut viser à annuler l'accord dans sa totalité ou uniquement une ou plusieurs de ses clauses, sauf volonté contraire des parties (Circ. DGEFP-DRT n° 2005-47, 30 déc. 2005).

32 SOUS-TRAITANT : INFORMATION DU CSE

À défaut d'accord, lorsque le projet de restructuration et de compression des effectifs soumis au CSE est de nature à affecter le volume d'activité ou d'emploi d'une entreprise sous-traitante, l'entreprise donneuse d'ordre en informe immédiatement l'entreprise sous-traitante.

Le CSE de cette dernière en est immédiatement informé et reçoit toute explication utile sur l'évolution probable de l'activité et de l'emploi (C. trav., art. L. 2312-58).

REMARQUE

Pour les entreprises ayant mis en place un CSE, l'article L. 2312-58 n'a qu'une vocation supplétive, et n'est applicable qu'à défaut de conclusion d'un accord fixant le contenu et les modalités des consultations et informations ponctuelles.

En l'absence de définition légale de la sous-traitance, l'Administration considère qu'il s'agit de toute opération par laquelle une entreprise confie à une autre le soin d'exécuter, pour elle et selon des stipulations contractuelles, tout ou partie des actes de production et de services dont elle assure la responsabilité économique finale.

L'information par l'entreprise donneuse d'ordres intervient immédiatement, c'est-à-dire dès que le projet finalisé est présenté à son CSE. Dès réception de l'information, l'entreprise sous-traitante convoque son CSE (Circ. DGEFP/DRT/DSS n° 2002-1, 5 mai 2002, NOR : MESF0210104C).

33 CSE CENTRAL ET CSE D'ÉTABLISSEMENT

Dans les entreprises dotées d'un comité social et économique central, l'employeur consulte le comité central et le ou les comités sociaux et économiques d'établissement intéressés, dès lors que les mesures envisagées excèdent le pouvoir du ou des chefs d'établissement concernés ou portent sur plusieurs établissements simultanément (C. trav., art. L. 1233-36 ; Cass. soc. 27 mai 1997, n° 95-17.264). Dans ce cas, le ou les CSE d'établissement tiennent leurs réunions après celles du CSE central. Ces réunions ont lieu dans les délais prévus à l'article L. 1233-30 du Code du travail (C. trav., art. L. 1233-36).

Ainsi la première réunion du CSE central fait courir le délai d'information-consultation. Avant l'expiration de ce délai, les CSE d'établissements doivent avoir été consultés sur les modalités d'application propres à leur établissement.

Si la désignation d'un expert est envisagée, elle est en principe effectuée par le CSE central (Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, NOR : ETSD1319060J).

Autres consultations

34 COMITÉ D'ENTREPRISE EUROPÉEN

◆ Droit à l'information

Dans les entreprises de dimension communautaire, le bureau du comité d'entreprise européen (CEE) ou, à défaut, le comité d'entreprise européen lui-même est informé par la direction centrale de l'entreprise ou du groupe, lorsque surviennent des circonstances exceptionnelles ou des décisions affectant considérablement les intérêts des salariés, notamment en cas de délocalisation, de fermeture d'entreprises ou d'établissements ou de licenciements collectifs (C. trav., art. L. 2343-4). Selon la Cour administrative d'appel de Versailles, l'article L. 2341-8 du Code du travail prévoyant que la compétence du CEE porte sur les questions transnationales, ce dernier n'a pas à être consulté lorsque le projet de réorganisation à l'origine d'un licenciement économique collectif ne présente pas une dimension transnationale (CAA Versailles, 9 févr. 2021, n° 20VE02948).

Les membres du comité d'entreprise européen élus ou désignés par les établissements ou les entreprises directement concernés par les mesures en cause ont également le droit de participer à la réunion du bureau.

Après avoir sollicité la tenue d'une réunion, l'information et la consultation du bureau se déroulent dans les meilleurs délais, sur la base d'un rapport écrit établi par l'employeur. Le bureau peut émettre un avis sur ce rapport à l'issue de la réunion ou dans un délai raisonnable. Cette réunion ne porte pas atteinte aux prérogatives de l'employeur (C. trav., art. L. 2343-4).

◆ Articulation des consultations

► Consultation du CEE et décision

Le Code du travail ne précise pas si la consultation du CEE doit être préalable à la prise de décision. La Cour d'appel de Versailles indique qu'il convient d'accorder à l'information et à la consultation du CEE « une place susceptible de leur assurer un effet utile » (CA Versailles, 7 mai 1997, Renault SA c./Comité de groupe Renault et a.).

► Consultation du CEE et du CSE

Il n'existe pas davantage d'indications quant à l'articulation des procédures de consultation du CEE et des instances représentatives nationales. Le tribunal de grande instance de Paris en a déduit qu'il n'y a pas de priorité d'information

du CEE par rapport à l'instance nationale (TGI Paris, 9 avr. 2001 ; RJS 7/01 n° 883).

Les consultations peuvent se dérouler dans n'importe quel ordre ou de manière concomitante. Imposer à l'employeur une priorité dans l'ordre des consultations des institutions représentatives du personnel au bénéfice du comité d'entreprise européen serait ajouter à la loi (TGI Sarreguemines, réf., 21 avr. 2009, n° 9.09/00048, Synd. CGT caoutchouc Uniroyal Clairoux c./Sté Continental France ; TGI Paris, réf., 27 avr. 2007 ; SSL, 7 mai 2007).

Le TGI de Nanterre (TGI Nanterre, réf., 1^{er} août 2003, SA Alstom Power c./CCE) a apporté toutefois une nuance en précisant qu'il convient de rechercher si, compte tenu de la situation spécifique de la société, l'articulation des procédures de consultation doit faire prévaloir la consultation européenne sur la consultation nationale, au regard du principe de l'effet utile de la consultation européenne. Dans une autre affaire soumise aux juges de Nanterre (TGI Nanterre, réf., 29 oct. 2003, Sté STMicroelectronics c./CCE STMicro electronics), la concomitance des procédures de consultation des instances européenne et nationale a implicitement été admise tout en préservant la priorité de la clôture du débat au comité d'entreprise européen.

REMARQUE

Des organisations syndicales ne sont pas recevables à agir en suspension des procédures d'information-consultation du comité d'entreprise européen en critiquant la pertinence et la loyauté des informations délivrées à l'occasion de ces réunions d'information-consultation obligatoires. Cette qualité appartient aux seuls représentants du personnel du comité concerné (CA Paris, 23 sept. 2013, n° 13/09577).

► Consultation du CEE institué par accord

Lorsque le CEE trouve son origine dans un accord, il convient de se référer aux termes de ce dernier, des engagements supplémentaires aux prescriptions légales ayant pu être convenus entre les parties.

L'accord instituant le CEE détermine les modalités de l'articulation entre l'information et la consultation du comité d'entreprise européen et celles des autres institutions représentatives du personnel, ainsi que celles mises en place en application du droit de l'État membre sur le territoire duquel sont implantés l'entreprise ou l'établissement, en fonction de leurs compétences et domaines d'intervention respectifs (C. trav., art. L. 2342-9).

35 CONSEIL D'ENTREPRISE

Les entreprises peuvent décider de mettre en place un conseil d'entreprise, par accord d'entreprise dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail (accord majoritaire sans possibilité de référendum) ou par accord de branche étendu en l'absence de délégué syndical.

Le conseil d'entreprise exerce alors les attributions du CSE mais est également compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement (*C. trav., art. L. 2321-1 et art. L. 2321-2*) :

Dans ce cas, le conseil d'entreprise sera seul compétent pour négocier, le cas échéant, un accord de méthode ou un accord majoritaire portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi.

INFORMATION DU PERSONNEL ET DES TIERS

36 POSSIBLE DANS LE RESPECT DES DROITS DU CSE

Rien ne s'oppose à ce que, parallèlement à la consultation du CSE, l'employeur procède à l'information directe du personnel sur un projet qui le concerne, dès lors que ce projet n'est pas définitivement arrêté et que les discussions devant les institutions représentatives du personnel permettent à leurs organes d'exercer pleinement leurs attributions (*Cass. crim., 9 févr. 2016, n° 12-86.016*).

Toutefois, cette communication ne doit pas méconnaître les droits du CSE, sous peine de délit d'entrave. Tel est le cas si le message délivré au salarié fait référence à une décision et non à l'exposé d'un simple projet susceptible d'évoluer dans le cadre de la consultation qui va s'ouvrir (*Cass. crim., 11 janv. 2000, n° 99-80.229 P*).

Il n'existe ni priorité ni monopole du CSE dans la communication du projet. Mais en informant le personnel des grands axes du projet, l'employeur renonce à obtenir des élus du CSE qu'ils respectent l'obligation de confidentialité sur les informations données aux salariés.

L'entreprise peut, par ailleurs, informer ses clients, ses partenaires, la presse, dans les mêmes conditions que le personnel.

Ainsi, le message qui leur est délivré doit respecter les prérogatives du CSE en évoquant le projet et le rôle éminent des représentants du

personnel dans le processus de consultation qui va s'engager.

APPRÉCIER L'IMPORTANCE DU LICENCIEMENT

37 ÉLÉMENTS D'APPRÉCIATION

La procédure de licenciement économique applicable n'est pas la même selon la taille de l'entreprise et le nombre de salariés concernés par le projet de licenciement (*C. trav., art. L. 1233-1 et s.*). Il existe, en effet, différentes procédures selon qu'il est projeté de licencier 1 salarié, 2 à 9 salariés sur 30 jours, au moins 10 salariés sur 30 jours, des représentants du personnel et selon que l'entreprise a plus ou moins 50 salariés.

Trois éléments sont donc à prendre en considération : le nombre de licenciements envisagé, la période retenue, et le périmètre (établissement ou entreprise).

Nombre de licenciements

38 DATE D'APPRÉCIATION

L'importance du licenciement s'apprécie par rapport au projet tel qu'il est définitivement présenté (*Cass. soc., 10 févr. 2010, n° 09-40.581*). C'est donc en fonction des prévisions de licenciements qu'est déterminée la procédure, et non en fonction des licenciements intervenant effectivement (*Cass. soc., 19 mars 2003, n° 01-12.094 P*).

◆ Licenciements envisagés

C'est le nombre de licenciements envisagé ou plutôt le nombre de ruptures de contrats de travail résultant de la cause économique qui détermine la procédure à mettre en place.

Peu importe que les effets attendus du plan de sauvegarde de l'emploi se réalisent, ou que le plan qui portait en germe 15 ruptures de contrat de travail conduise au terme de la procédure à en prononcer seulement un ou deux, c'est bien la procédure relative aux licenciements visant au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours qui est à mettre en œuvre (*Cass. soc., 10 juill. 2001, n° 99-43.330 P*).

L'employeur qui ne licencie finalement qu'un seul salarié :

– n'a pas à organiser un entretien préalable, dès lors qu'il a envisagé initialement un licenciement collectif d'au moins 10 salariés (*Cass. soc.*, 26 janv. 1994, n° 92-41.512 P);

– respecte le délai de sept jours pour notifier au cadre son licenciement et non celui de quinze jours, dès lors qu'il a envisagé un licenciement collectif de moins de 10 salariés (*Cass. soc.*, 12 oct. 2004, n° 02-40.685 P).

En cas d'augmentation du nombre de licenciements envisagés, la procédure de licenciement, notamment la consultation du CSE, est reprise depuis l'origine (*Cass. soc.*, 4 juill. 2000, n° 98-18.885). Il en est ainsi y compris lorsque le nombre d'emplois supprimés augmente en raison des départs volontaires (*Cass. soc.*, 2 mars 1999, n° 97-13.115).

◆ Modification du contrat

Lorsqu'au moins 10 salariés refusent la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, proposée par leur employeur pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 du Code du travail et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique (*C. trav.*, art. L. 1233-25).

À NOTER

Pour l'Administration, lorsque le refus de modification concerne 2 à 9 personnes, et que leur licenciement est ensuite envisagé, la procédure de licenciement économique collectif de 2 à 9 salariés s'applique (*Circ. DGEFP-DRT*, n° 2005-47, 30 déc. 2005).

Lorsque, parallèlement à la mise en œuvre d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique, des modifications d'un élément essentiel du contrat de travail sont proposées à certains salariés, les salariés ayant refusé la modification de leur contrat pour un motif économique (à l'issue du délai de réflexion d'un mois à compter de la réception de la proposition de l'employeur; *C. trav.*, art. L. 1222-6) s'ajouteront à ceux concernés par la procédure de licenciement collectif en cours. Le seuil de déclenchement de l'obligation de présenter et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi s'appréciera en conséquence (*Circ. DGEFP-DRT* n° 2005-47, 30 déc. 2005).

◆ Ruptures prises en compte

Sont pris en compte tous les départs consécutifs au projet de licenciement, y compris les départs volontaires et en préretraite.

Les procédures de licenciement économique sont applicables à toute rupture de contrat de travail pour motif économique, à l'exclusion de la rupture conventionnelle individuelle (*C. trav.*, art. L. 1237-11 et s.) et de la rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif (congé de mobilité et rupture conventionnelle collective; *C. trav.*, art. L. 1233-3; voir n° 5 et n° 6).

Toutefois, l'employeur doit, pour déterminer la procédure à suivre en matière d'information-consultation des représentants du personnel et les obligations liées à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, prendre en compte les ruptures conventionnelles individuelles résultant d'une cause économique intervenues dans un contexte de suppressions d'emplois dues à des difficultés économiques et s'inscrivant dans un projet global et concerté de réduction des effectifs (*Cass. soc.*, 9 mars 2011, n° 10-11.581 P). Cependant, seules les ruptures conventionnelles homologuées et effectives sont prises en compte (*Cass. soc.*, 29 oct. 2013, n° 12-15.382P et n° 12-27.393; voir n° 3).

Période

39 30 JOURS

Le Code du travail prévoit que l'ampleur d'un licenciement économique et la procédure à mettre en œuvre par l'employeur s'apprécient sur une période de 30 jours, en tenant compte du nombre de salariés (moins de 10 ou au moins 10) licenciés sur cette période.

Le point de départ de cette période est la date de la première réunion des représentants du personnel, ou du premier entretien préalable au licenciement en l'absence de tels représentants.

Lorsque deux projets de licenciements se succèdent, 30 jours calendaires doivent séparer la première réunion du CSE sur le premier projet de licenciement et sa convocation à la première réunion sur le second projet (*Cass. soc.*, 19 mars 2003, n° 01-12.094 P).

40 LICENCIEMENTS SUCCESSIFS

Afin d'éviter le contournement de la procédure et le fractionnement des licenciements économiques, deux garde-fous sont prévus.

◆ Trois mois

Lorsqu'une entreprise ou un établissement employant habituellement au moins 50 sala-

riés a procédé pendant trois mois consécutifs à des licenciements économiques de plus de 10 salariés au total, sans atteindre 10 salariés dans une même période de 30 jours, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois mois suivants est soumis aux dispositions régissant les projets de licenciement d'au moins 10 salariés (*C. trav., art. L. 1233-26*).

EXEMPLE

Janvier : 9 licenciements
Février : 9 licenciements
Mars : 9 licenciements

Tout licenciement, même individuel, pouvant intervenir en avril, mai ou juin sera traité dans le cadre de la procédure visant au moins 10 salariés.

Pour être ainsi mis en œuvre, un tel calendrier nécessite que chacun des licenciements obéisse à un motif propre et ne caractérise pas un abus de droit qui verrait un employeur diligenter pour le même motif des procédures successives artificiellement segmentées. Si les licenciements ont à chaque fois le même motif, le juge pourrait imposer l'application de la procédure des licenciements d'au moins 10 salariés.

◆ Année civile

Lorsqu'une entreprise ou un établissement employant habituellement au moins 50 salariés a procédé au cours d'une année civile à des licenciements économiques de plus de 18 personnes au total, sans avoir été tenu de présenter de plan de sauvegarde de l'emploi, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois premiers mois de l'année civile suivante est soumis aux dispositions régissant les projets de licenciement d'au moins 10 salariés (*C. trav., art. L. 1233-27*).

EXEMPLE

Année N
Avril : 9 licenciements
Septembre : 8 licenciements
Décembre : 3 licenciements

Année N + 1
Tout licenciement, même individuel, envisagé au cours du premier trimestre de l'année est soumis à la procédure applicable aux licenciements d'au moins 10 salariés.

Périmètre

41 ENTREPRISE OU ÉTABLISSEMENT

La structure juridique dans laquelle s'apprécie le licenciement (entreprise ou établissement) est déterminante pour définir la procédure à mettre en œuvre.

Si des établissements distincts procèdent à des licenciements économiques pour des motifs qui leur sont propres et qui relèvent exclusivement des pouvoirs du chef d'établissement, il n'y a pas lieu de les additionner. C'est le nombre de licenciements envisagé par l'établissement sur 30 jours qui détermine la procédure applicable. Si, en revanche, des établissements distincts procèdent simultanément à des licenciements économiques pour une même raison et qui relève du pouvoir de décision de l'employeur, il faut prendre en compte l'ensemble de ces licenciements pour déterminer la procédure applicable. En effet, si la décision de licencier au moins 10 salariés sur 30 jours a été prise au niveau de l'entreprise, dans le cadre d'une restructuration générale de ses activités et de ses services, l'employeur est tenu de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi (*Cass. soc., 7 mai 2003, n° 01-42.379*).

Les conditions d'effectif rendant obligatoire l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécie au niveau de l'unité économique et sociale (UES) lorsque la décision de licencier est prise à ce niveau par la direction commune aux sociétés la composant (*Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-69.485 P; Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-16.947 P*), ou dans le cadre d'un plan de restructuration commun (*Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581 P; Cass. soc., 8 janv. 2020, n° 18-16.945*).

CHOIX DES SALARIÉS LICENCIÉS

Ordre des licenciements

42 OBLIGATION LÉGALE D'APPLIQUER DES CRITÈRES

L'employeur opère pour tout licenciement économique n'entraînant pas la fermeture totale de l'entreprise, qu'il soit individuel ou collectif, un choix parmi le ou les salariés qui seront licenciés, ce choix se basant sur plusieurs critères (*C. trav., art. L. 1233-5 et s.*).

L'obligation légale d'établir et d'appliquer des critères fixant l'ordre des licenciements ne s'impose que lorsque des licenciements sont envisagés (*Cass. soc., 3 déc. 1996, n° 94-22.163 P; Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.446 P*). Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise se borne à prévoir le passage du travail

à temps complet au travail à mi-temps, une mobilité interne et le volontariat au départ sans qu'aucun licenciement ne soit prévu (*Cass. soc.*, 10 mai 1999, n° 96-19.828 P). De même, l'employeur n'a pas à mettre en œuvre les critères d'ordre des licenciements lorsque la rupture du contrat de travail pour motif économique résulte d'un départ volontaire du salarié dans le cadre d'un plan de départ volontaire (*Cass. soc.*, 1^{er} juin 2017, n° 16-15.456 P).

À l'inverse, les critères d'ordre sont appliqués à l'égard des salariés qui adhèrent à une convention de conversion (dispositif de reclassement professionnel qui a depuis été remplacé) et dont le licenciement a été décidé (*Cass. soc.*, 17 juin 1997, n° 95-43.162 P). Cette jurisprudence est transposable au contrat de sécurisation professionnelle, dont le cadre ressemble fortement à celui de la convention de conversion.

43 ABSENCE DE CHOIX

◆ Cas visés

Les règles relatives à l'ordre des licenciements ne s'appliquent pas lorsque l'employeur n'a pas à opérer de choix parmi les salariés à licencier. Il en est ainsi lorsque :

- l'entreprise cesse son activité et licencie tous ses salariés, peu important que, pour les besoins de l'arrêt d'activité, les notifications des licenciements ne soient pas simultanées (*Cass. soc.*, 5 févr. 2014, n° 12-29.703) ;
- tous les salariés d'une entreprise de la même catégorie professionnelle sont licenciés (*Cass. soc.*, 27 mai 1997, n° 95-42.419 ; *Cass. soc.*, 14 janv. 2003, n° 00-45.700 ; CAA Paris, 2 mars 2015, n° 14PA04872) ;
- le salarié occupe le seul poste relevant de sa catégorie dont la suppression est décidée (*Cass. soc.*, 15 mars 2000, n° 98-40.354 ; *Cass. soc.*, 1^{er} avr. 2003, n° 01-41.775).

ATTENTION

Si le salarié est seul à occuper le poste supprimé, il n'est pas nécessairement le seul salarié de sa catégorie, situation qui exige alors que soient définis les critères de licenciement (*Cass. soc.*, 16 déc. 1997, n° 95-44.628 ; *Cass. soc.*, 27 nov. 2019, n° 18-21.199).

◆ Proposition de modification du contrat

Selon la Cour de cassation, les critères d'ordre ne trouvent pas à s'appliquer lorsqu'une modification du contrat de travail pour motif économique est proposée :

- à un seul salarié (*Cass. soc.*, 18 mai 2011, n° 10-10.564) ;

– ou à tous les salariés et que les licenciements concernent tous ceux qui l'ont refusée (*Cass. soc.*, 27 mars 2012, n° 11-14.223 P ; *Cass. soc.*, 28 oct. 2015, n° 14-17.712).

Le Conseil d'État a décidé que les critères d'ordre se trouvent privés d'objet lorsque l'employeur, en l'absence de toute suppression d'emploi ou lorsqu'il a déjà procédé à des licenciements consécutifs à des suppressions d'emploi en respectant les critères d'ordre de licenciement, envisage cette fois seulement de proposer à des salariés une modification de leur contrat de travail dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Il ne prévoit alors leur licenciement qu'en cas de refus de leur part.

Mais dans cette hypothèse, l'Administration doit s'assurer, sous le contrôle du juge, de la légalité des règles auxquelles le document unilatéral aurait décidé de soumettre les propositions de modification de contrat de travail (*CE*, 10 oct. 2018, n° 395.280). Dans cette affaire, le Rapporteur public au Conseil d'État estime, d'une part, que « dès lors que le PSE ne prévoit aucun licenciement primaire, mais uniquement des licenciements secondaires pour tous ceux des salariés qui refuseraient la modification de leur contrat, il n'[a] pas à prévoir de critère d'ordre des licenciements ». D'autre part, il considère que pour déterminer les salariés auxquels seront proposées les modifications, les critères retenus ne sont pas impérativement ceux de l'article L. 1233-5 du Code travail (*SSL*, n° 1833, 22 oct. 2018, *concl. de Sophie-Justine Lieber, Rapporteur public au Conseil d'État*).

Fixation des critères

44 CRITÈRES CONVENTIONNELS

Les critères dans le choix du ou des salariés à licencier peuvent être fixés par voie conventionnelle, notamment dans l'accord majoritaire (*C. trav.*, art. L. 1233-5 et art. L. 1233-24-2 ; voir n° 75). Lorsque des critères sont convenus conventionnellement, l'employeur doit s'y conformer (*Cass. soc.*, 20 janv. 1993, n° 91-42.032 P).

Pour le Conseil d'État, la conclusion d'un accord collectif permet de déroger aux critères fixés par l'article L. 1233-5 du Code du travail pour fixer l'ordre des licenciements (*CE*, 22 déc. 2017, n° 400.649). Une limite est posée à la fixation des critères par voie conventionnelle : les critères retenus ne peuvent établir une priorité de licenciement à raison des seuls avantages à caractère viager dont bénéficie un salarié (*C. trav.*, art. L. 1233-6).

45 CRITÈRES LÉGAUX

◆ En l'absence d'accord

Quand une convention ou un accord collectif n'en déterminent pas, l'employeur définit les critères fixant l'ordre des licenciements après consultation du comité social et économique (*C. trav., art. L. 1233-5*).

Les critères sont établis à l'occasion de chaque licenciement. L'employeur ne peut invoquer un document établi à l'occasion d'un précédent licenciement économique (*Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 89-43.288 P*).

◆ Liste des critères légaux

Sont notamment à prendre en compte (*C. trav., art. L. 1233-5*):

- les charges de famille, en particulier celles de parents isolés;
- l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise;
- la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés;
- les qualités professionnelles appréciées par catégorie.

La liste de ces critères légaux n'étant pas limitative, l'employeur peut la compléter en se fondant sur des éléments aussi objectifs que possible.

L'employeur ne peut se fonder sur le seul fait que la salariée est en congé parental d'éducation (*Cass. soc., 7 oct. 1992, n° 89-45.503 P*) ou à temps partiel (*Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-41.610 P*). Mais en l'absence d'accord collectif ayant fixé les critères d'ordre des licenciements, tous les critères doivent être pris en considération (*CE, 22 déc. 2017, n° 400.649*). Ils ne peuvent être écartés même à la demande des représentants du personnel (*Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.788*). Ainsi, l'employeur ne peut définir un ordre des licenciements sans prendre en compte le handicap, qui est une caractéristique de nature à rendre plus difficile la réinsertion professionnelle (*Cass. soc., 11 oct. 2006, n° 04-47.168 P*).

Toutefois, un critère peut être écarté s'il est établi de manière certaine, dès l'élaboration du PSE, que, dans la situation particulière de l'entreprise et pour l'ensemble des personnes susceptibles d'être licenciées, aucune des modulations légalement envisageables pour le critère d'appréciation en question ne pourra être matériellement mise en œuvre lors de la détermination de l'ordre des licenciements

(*CE, 22 mai 2019, n° 413.342*; *CE, 27 janv. 2020, n° 426.230*).

◆ Pondération des critères

Si l'employeur doit prendre en compte l'ensemble des critères légaux (en l'absence d'accord collectif), il peut néanmoins privilégier l'un d'entre eux (*C. trav., art. L. 1233-5, al. 7*; *Cass. soc., 2 mars 2004, n° 01-44.084 P*; *Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-14.602 P*; *Cass. soc., 8 nov. 2011, n° 10-15.159*).

Ainsi, les sanctions disciplinaires peuvent être retenues pour apprécier les qualités professionnelles du salarié pour établir l'ordre des licenciements, si elles ne constituent pas le seul critère d'évaluation (*Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.103*).

L'ordre dans lequel le Code du travail énumère les critères ne lie pas l'employeur. Il peut être opportun de pondérer chacun des critères selon l'importance que l'on souhaite lui attribuer.

◆ Modulation de la valeur propre à chaque critère

En l'absence d'accord collectif ayant fixé les critères d'ordre des licenciements, chacun d'eux doit pouvoir faire l'objet d'une modulation selon des éléments objectifs. L'employeur ne saurait neutraliser l'un des critères légaux en lui attribuant la même valeur pour tous les salariés (*Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 17-18.136 P*). L'omission d'un critère ou l'interdiction de le moduler a pour effet d'empêcher par avance que ce critère puisse effectivement être pris en compte au stade de la détermination de l'ordre des licenciements. Ainsi, un PSE ne peut donner au critère de « qualification professionnelle » une valeur fixe pour tous les salariés (*CE, 1^{er} févr. 2017, n° 387.886*).

La neutralisation d'un critère peut être admise s'il est établi de manière certaine que, dans la situation particulière de l'entreprise et au vu de l'ensemble des personnes susceptibles d'être licenciées, aucune des modulations légalement envisageables pour le critère en question ne pourra être matériellement mise en œuvre lors de la détermination de l'ordre des licenciements (*CE, 27 janv. 2020, n° 426.230*).

À NOTER

Lorsque les critères d'ordre des licenciements fixés dans un PSE figurent dans un document unilatéral élaboré par l'employeur sur le fondement de l'article L. 1233-24-4 du Code du travail, il appartient à l'autorité administrative, saisie de la demande d'homologation de ce document, de vérifier la conformité de ces critères et de leurs règles de pondération aux dispositions législatives et conventionnelles applicables. Le juge judiciaire

n'est pas compétent pour se prononcer sur la conformité des critères d'ordre fixés dans le PSE (Cass. soc., 25 mars 2020, n° 17-24.491).

Application des critères

46 OBJECTIVE ET INDIVIDUELLE

L'application des critères doit être objective. Pour ce faire, l'employeur doit s'appuyer sur des éléments dont il peut apporter la justification.

L'employeur doit communiquer au juge des données objectives, précises et vérifiables (Cass. soc., 22 janv. 2020, n° 17-20.592).

Par exemple, l'appréciation des qualités professionnelles peut reposer notamment, parmi d'autres critères :

- sur l'examen de l'aptitude et de la polyvalence des salariés ainsi que sur l'existence de sanctions disciplinaires, pris en compte sur une durée limitée (Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.103) ;
- dans une entreprise dépourvue de tout système d'évaluation des salariés, sur un indicateur tiré du montant des primes d'assiduité versées par l'entreprise, corrigé des variations liées aux motifs légaux d'absence (CE, 22 mai 2019, n° 413.342).

En revanche, a été considéré comme insuffisant pour prendre en compte les qualités professionnelles des salariés le fait de se fonder uniquement sur :

- le nombre d'absences injustifiées de chaque salarié au cours des deux dernières années (CE, 22 mai 2019, n° 418.090) ;
- l'ancienneté des salariés (CE, 27 janv. 2020, n° 426.230).

L'application des critères doit également être exempte de toute discrimination. Ainsi, la charge de famille d'un salarié ne saurait être appréciée différemment selon qu'il est d'origine européenne ou non (Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 90-41.276 P). De même, l'appréciation des qualités professionnelles d'un salarié ne doit pas être faussée par la volonté d'éviter le licenciement d'un salarié moins ancien, en raison du coût de ce licenciement pour l'entreprise (Cass. soc., 24 sept. 2014, n° 12-16.991 P).

Il s'agit par ailleurs d'une application individuelle. Un employeur ne peut appliquer, pour fixer l'ordre des licenciements, des critères tirés du travail réalisé en couple, de l'ancienneté cumulée des deux membres de ce couple et des économies susceptibles d'en résulter pour l'entreprise. Cette pratique revient à contourner les critères légaux d'ordre des licenciements

(CA Dijon, 24 nov. 2011, n° 10/01150; RJS 5/12 n° 434).

47 PAR CATÉGORIE PROFESSIONNELLE

◆ Notion de catégorie professionnelle

C'est par catégorie professionnelle qu'il faut appliquer les critères retenus (Cass. soc., 23 sept. 2015, n° 13-28.551).

Une catégorie correspond à l'ensemble des salariés qui exercent au sein de l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune (Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-13.618; Cass. soc., 23 sept. 2015, n° 13-28.558; Cass. soc., 10 juill. 2019, n° 18-10.218). Le Conseil d'État ajoute à cette définition la notion d'acquis de l'expérience professionnelle. Ainsi, les catégories professionnelles « regroupent, en tenant compte des acquis de l'expérience professionnelle qui excèdent l'obligation d'adaptation qui incombe à l'employeur, l'ensemble des salariés qui exercent, au sein de l'entreprise, des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune » (CE, 7 févr. 2018, n° 403.001; CE, 16 avr. 2021, n° 426.287).

Le constat d'une qualification initiale commune peut être insuffisante à justifier le regroupement de postes au sein d'une même catégorie professionnelle.

Il n'y a pas lieu d'opérer une distinction, au sein de chaque catégorie, entre les salariés exerçant à temps plein et ceux à temps partiel (Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-12.045 P). Il en va ainsi de deux secrétaires comptables ayant les mêmes compétences professionnelles dont la différence de situation ne tient qu'au seul temps complet de l'une, qui lui permet de s'occuper de la partie commerciale de l'entreprise (Cass. soc., 23 nov. 2011, n° 10-30.768).

Des journalistes exerçant leurs fonctions dans différentes rédactions nationales ne constituent pas une seule catégorie professionnelle, dès lors que l'apprentissage d'une langue et la connaissance de la culture, de l'économie et de la politique d'un pays sont de nature à excéder la simple adaptation à l'évolution des emplois. En d'autres termes, ces salariés ne sont pas « interchangeables » au sein des différentes rédactions (Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-71.599).

ATTENTION

Lorsque la convention collective précise que l'ordre des licenciements s'apprécie par catégorie professionnelle, le juge recherche si l'ordre des licenciements a été respecté dans la catégorie pro-

fessionnelle dont relève le salarié au sens de la convention collective (*Cass. soc.*, 16 mars 2005, n° 02-45.753 P).

◆ Fixation des catégories professionnelles dans le cadre d'un PSE

Le Conseil d'État distingue le contrôle à opérer sur la fixation des catégories professionnelles dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi selon que celui-ci résulte d'un accord majoritaire ou bien d'un document unilatéral.

► Dans le cadre d'un accord majoritaire

Selon le Conseil d'État, « la circonstance que, pour déterminer les catégories professionnelles concernées par le licenciement, un accord collectif fixant un plan de sauvegarde de l'emploi se fonde sur des considérations étrangères à celles qui permettent de regrouper les salariés par fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune, ou ait pour but de permettre le licenciement de salariés affectés sur un emploi ou dans un service dont la suppression est recherchée [...] ne saurait [...] faire obstacle à la validation de cet accord » (*CE*, 7 févr. 2018, n° 403.989).

Il en va autrement si les stipulations qui déterminent les catégories professionnelles sont entachées de nullité, en raison notamment de leur caractère discriminatoire. Dans l'arrêt énonçant ces principes, il a été jugé que la circonstance que les catégories professionnelles définies par l'accord litigieux procèdent à des regroupements de salariés en fonction de leur ancienneté dans l'emploi, ou à raison de leur affectation dans certains services, n'est pas de nature à entacher d'illégalité la décision de validation de l'accord majoritaire (*CE*, 7 févr. 2018, n° 403.989).

► Dans le cadre d'un document unilatéral

En revanche, pour un document unilatéral, un refus d'homologation doit être opposé s'il apparaît (*CE*, 7 févr. 2018, n° 403.001) :

– que les catégories professionnelles concernées par le licenciement ont été déterminées par l'employeur en se fondant sur des considérations, telles que l'organisation de l'entreprise ou l'ancienneté des intéressés, qui sont étrangères à celles qui permettent de regrouper, compte tenu des acquis de l'expérience professionnelle, les salariés par fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune ;

EXEMPLES

► Est valable la détermination des catégories professionnelles reposant notamment sur la prise en compte de la spécialisation des salariés dans l'un ou l'autre des deux procédés industriels de fabrication de plaques de plexiglas que sont le procédé du plexiglas « coulé » et le procédé du plexiglas « extrudé ». L'employeur s'était fondé, pour définir les catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement, sur des considérations qui étaient propres à regrouper les salariés exerçant des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune (*CE*, 7 févr. 2018, n° 403.001).

► Est également valable le document unilatéral d'une société ayant une activité agricole et comptant 138 salariés, qui ne prévoit que 5 catégories professionnelles, dès lors qu'elles n'ont pas été déterminées sur le fondement de considérations étrangères à celles qui permettent de regrouper les salariés par fonctions de même nature (*CE*, 16 avr. 2021, n° 426.287).

► Est irrégulier le document unilatéral fixant plusieurs catégories professionnelles (telles que : managers vente terrain/gestionnaires administratifs des ventes/technico-commercial sédentaire/vendeur terrain) en les subdivisant systématiquement en sous-catégories (telles que : export/IV/soupapes/projets). Celles-ci correspondent à l'organisation adoptée par l'entreprise compte tenu de ses différents marchés et de ses différents types de clientèle. En effet, l'employeur s'était en partie fondé sur des considérations qui tenaient seulement à l'organisation de l'entreprise et n'étaient pas propres à regrouper les salariés par fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune (*CE*, 7 févr. 2018, n° 409.978 ; voir aussi *CE*, 7 févr. 2018, n° 399.838).

– qu'une ou plusieurs catégories ont été définies afin de permettre le licenciement de certains salariés pour un motif inhérent à leur personne ou en raison de leur affectation sur un emploi ou dans un service dont la suppression est recherchée.

Les catégories professionnelles déterminées par le jugement qui arrête le plan de cession et fixe le nombre de licenciements s'imposent au liquidateur ou à l'administrateur judiciaire pour le choix des salariés à licencier, ainsi qu'à l'autorité administrative chargée d'homologuer le document unilatéral de l'employeur déterminant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (*CE*, 21 oct. 2015, n° 382.633).

48 CADRE D'APPRECIATION GÉOGRAPHIQUE

◆ Entreprise

Les critères de l'ordre des licenciements s'appliquent à l'ensemble du personnel de l'entreprise dans la catégorie professionnelle à

laquelle appartient le salarié dont l'emploi est supprimé (*Cass. soc.*, 23 oct. 2002, n° 00-45.659; *Cass. soc.*, 11 mars 2020, n° 18-21.518).

Il en va ainsi même en cas de fermeture d'un établissement (*Cass. soc.*, 1^{er} déc. 1998, n° 96-43.980). Cette solution a pour conséquence de rendre envisageable le licenciement d'un salarié d'un établissement qui ne connaît aucune suppression d'emploi, en lieu et place des salariés dont l'emploi est supprimé (auquel cas, ces derniers doivent accepter un nouveau poste, par exemple dans un établissement non impacté). Ainsi, les salariés dont les postes sont supprimés ne sont pas nécessairement ceux que l'ordre des licenciements désigne pour être licenciés (*Cass. soc.*, 29 juin 1994, n° 92-44.466 P; *Cass. soc.*, 13 juin 1996, n° 93-43.298 P).

Les critères déterminant l'ordre des licenciements fixés par un PSE ont vocation à ne s'appliquer qu'aux salariés de l'entreprise au sein de laquelle les licenciements sont envisagés et non à l'égard de ceux de l'unité économique et sociale à laquelle appartient cette entreprise (*CE*, 29 juin 2016, n° 389.278). Notons que la Cour de cassation avait décidé que si la direction commune d'une UES, lors d'un projet de licenciement économique concernant l'ensemble de ses entités, prévoyait l'application des critères de l'ordre des licenciements au niveau de l'UES et non par sociétés, ce périmètre devait être respecté (*Cass. soc.*, 19 janv. 2011, n° 09-41.171).

◆ Possibilité de prévoir un périmètre inférieur à celui de l'entreprise

Selon l'article L. 1233-5 du Code du travail, le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être fixé par un accord collectif. Ce même article prévoit qu'en l'absence d'accord, le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements ne peut être inférieur à celui de chaque zone d'emplois dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emploi. Les zones d'emplois sont celles référencées dans l'atlas des zones d'emploi, défini conjointement par l'Insee et les services statistiques du ministre chargé de l'Emploi (*C. trav.*, art. D. 1233-2; *CE*, 22 mai 2019, n° 407.401).

Les dispositions relatives à la faculté de déterminer le niveau d'application des critères d'ordre des licenciements s'appliquent quelle que soit la taille de l'entreprise. Avant l'intervention de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (*JO* 23 sept.), cette faculté n'était ouverte qu'en cas de projet de licenciement concernant au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours, dans les entreprises d'au moins 50 sala-

riés (*C. trav.*, art. L. 1233-5 ancien, issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, *JO* 7 août).

A NOTER

Les dispositions de l'article L. 1233-61 du Code du travail, qui instituent une mesure de tempérament au principe légal de transfert des contrats de travail en cours en cas de cession d'une entité économique autonome, sont sans incidence sur l'obligation de mettre en œuvre les critères d'ordre des licenciements à un niveau qui ne peut être inférieur à celui des zones d'emploi. En effet, les transferts de contrats de travail sur le fondement de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne peuvent intervenir qu'après détermination du nombre d'emplois supprimés à la suite des licenciements (*CAA Versailles*, 6 juill. 2021, n° 21VE01406).

49 DATE D'APPLICATION

L'ordre des licenciements n'est dressé qu'à la date où les licenciements sont décidés et mis en œuvre (*Cass. soc.*, 7 oct. 1998, n° 96-40.427 P).

50 INFORMATION DU SALARIÉ

L'employeur indique par écrit au salarié, à sa demande, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements (*C. trav.*, art. L. 1233-17).

Le salarié qui n'a pas usé de cette faculté n'est pas privé de la possibilité de se prévaloir, ultérieurement, de l'inobservation des critères retenus et de demander réparation du préjudice qui en a résulté (*Cass. soc.*, 30 mars 1999, n° 97-40.695 P; *Cass. soc.*, 18 mai 2004, n° 02-41.179).

Le salarié adresse sa demande par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, avant l'expiration d'un délai de dix jours à compter de la date à laquelle il quitte effectivement son emploi.

L'employeur fait connaître sa réponse, par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, dans les dix jours suivant la présentation ou la remise de la lettre du salarié (*C. trav.*, art. R. 1233-1).

L'employeur n'a pas à répondre au salarié n'ayant pas fait sa demande dans le délai de dix jours (*Cass. soc.*, 1^{er} juill. 2015, n° 14-10.984).

L'absence de réponse ou une réponse tardive, si elle ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse, constitue une irrégularité. Le préjudice du salarié est alors réparé par le juge en fonction de son étendue (*Cass. soc.*, 16 janv. 2008, n° 06-43.575).

Les dommages-intérêts accordés peuvent se cumuler avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le préjudice étant distinct (*Cass. soc.*, 24 sept. 2008, n° 07-42.200 P; *Cass. soc.* 8 juill. 2009, n° 07-44.591 P).

DIFFÉRENTES PROCÉDURES

LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE INDIVIDUEL

51 ÉTAPES DE LA PROCÉDURE

La procédure de licenciement individuel pour motif économique présente des caractères de similitude avec la procédure de licenciement pour motif personnel, notamment en ce qu'elle organise un entretien préalable. Elle s'organise en plusieurs phases qui commencent par l'identification du salarié à licencier puis sa convocation à un entretien préalable, lequel débouche sur l'envoi de la lettre de licenciement. L'autorité administrative est informée *a posteriori*.

➔ **Sur la procédure de licenciement** voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Le licenciement pour motif personnel ».

52 IDENTIFICATION DU SALARIÉ LICENCIÉ

Lorsque l'employeur procède à un licenciement individuel pour motif économique, il doit prendre en compte, pour identifier le salarié concerné, les critères d'ordre des licenciements prévus à l'article L. 1233-5 du Code du travail (*C. trav.*, art. L. 1233-7; voir n° 42 et s.). Il est fait application de ces critères pour identifier le salarié dont la rupture du contrat de travail doit effectivement être envisagée lorsque plusieurs salariés appartiennent à la même catégorie professionnelle au sein de laquelle un poste est supprimé. À l'inverse, lorsque la catégorie professionnelle impactée par la suppression de poste est composée d'un poste unique, il n'y a pas à faire application des critères d'ordre des licenciements.

Même si le Code du travail ne prévoit pas expressément la consultation des représentants du personnel, la Cour de cassation a décidé qu'en cas de licenciement économique individuel, l'employeur est tenu d'établir un ordre des licenciements après consultation du comité social et économique (*Cass. soc.*, 21 juin 1994, n° 93-40.670).

53 CONSULTATION DU COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE?

Le Code du travail n'impose pas expressément la consultation du comité social et économique (CSE) sur le projet de licenciement économique individuel. Mais il faut se rappeler que le CSE est consulté au titre :

- de la fixation des critères d'ordre des licenciements ;
- de sa compétence générale relative à la marche générale de l'entreprise, le CSE étant notamment informé et consulté sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs (*C. trav.*, art. L. 2312-8) ;
- d'un projet de restructuration et de compression des effectifs (*C. trav.*, art. L. 2312-37 et art. L. 2312-39; voir n° 30) ;
- le cas échéant, d'un projet d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (*C. trav.*, art. L. 2312-8).

Par conséquent, un licenciement économique, même individuel, peut éventuellement nécessiter la consultation du CSE, s'il entre dans le champ de compétences de celui-ci, notamment dans l'hypothèse où le licenciement économique individuel est lié à une nouvelle organisation, à la suppression d'une division dans l'entreprise, ou tout autre motif reposant sur une cause structurelle suffisamment dense.

Enfin, la consultation du CSE peut être rendue obligatoire lorsque le licenciement économique envisagé concerne un salarié protégé. En effet, la demande d'autorisation de licenciement doit être précédée de la consultation du CSE. Cette procédure concerne notamment les membres élus du CSE, le représentant syndical au CSE et les représentants de proximité (*C. trav.*, art. L. 2421-3; voir n° 96 et s.).

54 CONVOCATION DU SALARIÉ À UN ENTRETIEN PRÉALABLE

L'employeur convoque le salarié dont le licenciement est envisagé pour un motif économique à un entretien préalable par lettre recommandée ou remise en main propre contre décharge (*C. trav.*, art. L. 1233-11).

La lettre peut émaner de l'employeur ou d'un représentant doté des pouvoirs suffisants pour procéder au licenciement du salarié.

La lettre de convocation indique :

- l'objet de l'entretien. C'est l'éventualité d'un licenciement qui est portée à la connaissance du salarié et non une décision de licenciement. À défaut, le licenciement est irrégulier (Cass. soc., 19 mars 1998, n° 95-43.618) ;
- la date, l'heure et le lieu de l'entretien ;
- la possibilité pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. S'il n'existe pas de représentant du personnel dans l'entreprise, le salarié peut également avoir recours à l'assistance d'un conseiller extérieur à l'entreprise, inscrit sur une liste dressée par le préfet. L'employeur précise l'adresse des services (inspection du travail, mairie) où le salarié peut consulter la liste des conseillers (C. trav., art. L. 1233-13).

Lorsque l'entreprise fait partie d'une unité économique et sociale (UES), la lettre indique que le salarié peut se faire assister par un membre du personnel de n'importe quelle entité de l'UES (Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-14.650).

L'absence de représentants du personnel s'apprécie au niveau de l'entreprise et non de chaque établissement (Cass. soc., 26 nov. 1996, n° 95-42.457).

S'il existe une institution représentative du personnel au sein de l'UES dont relève l'employeur, le salarié ne peut se faire assister par un conseiller extérieur à celle-ci (Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.810 P).

La présence d'un délégué syndical dans l'entreprise suffit à écarter le recours à un conseiller extérieur (Cass. soc., 19 févr. 2002, n° 00-40.657).

REMARQUE

Même si le salarié accepte le contrat de sécurisation professionnelle (CSP), il est en mesure de solliciter l'indemnisation du préjudice que lui a causé l'irrégularité de la lettre de convocation à l'entretien préalable (Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-26.941 P).

L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation (C. trav., art. L. 1233-11).

Le jour de réception de la convocation ne compte pas et le délai expire le dernier jour à minuit. S'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (C. trav., art. R. 1231-1).

Tous les jours de la semaine sont des jours ouvrables à l'exception du dimanche (ou du jour hebdomadaire qui le remplace) et des jours fériés chômés.

55 ENTRETIEN PRÉALABLE

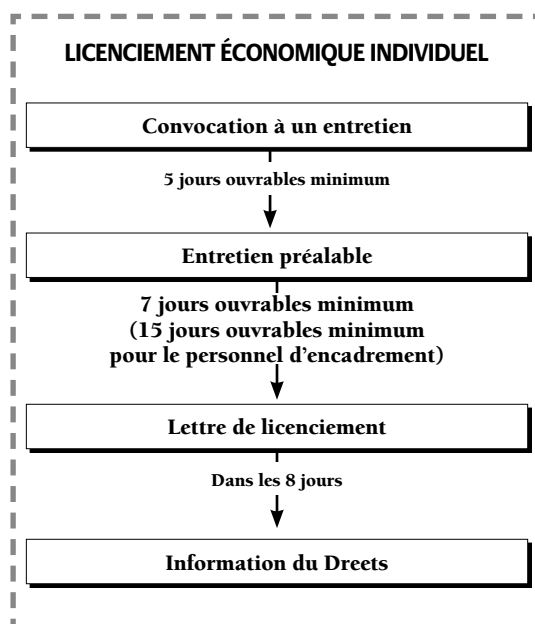
◆ Objet

Au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique au salarié les motifs de la décision envisagée et recueille les explications éventuelles (C. trav., art. L. 1233-12).

L'employeur doit tout faire pour permettre au salarié de comprendre les motifs qui président au projet de licenciement économique, éventuellement de poser des questions, de recevoir des explications et de présenter des observations. À l'issue de l'entretien, l'employeur ne doit pas faire part de sa décision de licencier puisqu'il est tenu de respecter un délai de réflexion avant d'envoyer la lettre de licenciement.

◆ Assistance

L'employeur peut, bien que ce ne soit pas prévu par le texte, se faire assister par un membre du personnel de l'entreprise (Cass. soc., 20 juin 1990, n° 87-41.118) et non par une personne extérieure à l'entreprise (Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71.412). Cette assistance de l'employeur ne doit toutefois pas nuire aux intérêts du salarié ni le mettre en état d'infériorité (Cass. soc., 11 janv. 1984, n° 81-42.693 ; Cass. soc., 25 mars 2010, n° 07-43.384). En pratique, c'est le plus souvent, selon la taille de l'entreprise et son organisation, le chef d'entreprise, le direc-



teur des ressources humaines ou le supérieur hiérarchique du salarié qui mène l'entretien. Le salarié peut se faire assister par un membre du personnel de l'entreprise ou, quand il n'existe pas de représentants du personnel dans l'entreprise (et pas seulement dans l'établissement) ou l'unité économique et sociale, par un conseiller extérieur à l'entreprise.

◆ **Information et proposition du CSP ou d'un congé de reclassement**

Au cours de l'entretien, le salarié :

- dans une entreprise de moins de 1 000 salariés, se voit proposer un contrat de sécurisation professionnelle (*C. trav., art. L. 1233-66*). L'absence de remise du formulaire relatif au CSP par l'employeur au salarié peut créer un préjudice pour le salarié. Il est réparé selon un montant apprécié souverainement par le juge (*Cass. soc., 7 mars 2017, n° 15-23.038 P*) ;
- dans une entreprise d'au moins 1 000 salariés et dans une entreprise appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés, reçoit des informations sur le congé de reclassement (*C. trav., art. L. 1233-71* ; *C. trav., art. R. 1233-19*), dont la proposition lui sera formellement faite dans le courrier de notification du licenciement pour motif économique.

56 NOTIFICATION DU LICENCIEMENT AU SALARIÉ

◆ **Contenu**

► **Motif**

➔ **Indication du motif dans la lettre**

La lettre de licenciement énonce de façon précise les motifs du licenciement économique (*C. trav., art. L. 1233-16*). L'employeur ne peut se contenter d'un motif générique mais doit décliner le motif économique qui conduit à la suppression du poste du salarié.

Si la lettre de licenciement économique n'énonce pas les raisons économiques et leurs incidences sur l'emploi ou le contrat de travail, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 22 juin 2011, n° 10-10.780*).

La lettre de licenciement qui ne mentionne pas la cause économique du licenciement ne répond pas aux exigences de motivation. Tel est le cas de la lettre qui :

- se limite à viser un motif économique sans le préciser (*Cass. soc., 6 avr. 2011, n° 09-71.508*) ;
- ne fait état que de l'insuffisance de l'activité générée par le secteur attribué au salarié licencié eu égard aux frais auxquels la société devait faire face (*Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-66.216*), ou

Modèles de lettres de licenciement

Le troisième alinéa de l'article L. 1233-16 du Code du travail dispose qu'« un arrêté du ministre chargé du Travail fixe les modèles que l'employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement ». Ce texte modifié par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (*JO 31 mars*) prévoyait initialement que les modèles étaient fixés par décret. C'est dans ces conditions que le décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 (*JO 30 déc.*) a fixé les modèles que l'employeur peut utiliser pour notifier le licenciement économique. Ce texte prévoit plusieurs modèles selon que le licenciement est individuel ou collectif.

L'utilisation des modèles n'est pas obligatoire.

- bien simplement de nécessités organisationnelles (*Cass. soc., 16 mai 2013, n° 11-28.494 P*) ;
- évoque une baisse d'activité, sans autre précision (*Cass. soc., 16 févr. 2011, n° 09-72.172*) ;
- fait état de la suppression du poste du salarié sans énoncer la cause économique à l'origine de cette suppression (*Cass. soc., 30 nov. 2017, n° 16-24.539*).

De même, la lettre n'énonçant pas les conséquences de la cause économique invoquée sur l'emploi ou le contrat de travail des salariés licenciés est insuffisamment motivée. Ainsi, a été jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement dont la lettre précisait seulement les difficultés économiques, mais non leur incidence sur l'emploi occupé par le salarié concerné (*Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-25.794*).

La jurisprudence exige que les motifs invoqués dans la lettre de licenciement constituent des faits précis et matériellement vérifiables.

Par exemple, la lettre qui mentionne une baisse d'activité résultant de la disparition d'un certain nombre de contentieux traités par l'employeur et de son incidence sur l'emploi de la salariée, est fondée sur des faits suffisamment précis et matériellement vérifiables, permettant ainsi aux juges d'apprécier l'existence de difficultés économiques résultant de cette baisse d'activité (*Cass. soc., 16 févr. 2011, n° 10-10.110*).

De même, est suffisamment motivée la lettre de licenciement qui mentionne :

- que le licenciement a pour cause la modification, refusée par le salarié, de son contrat de travail consécutive à une réorganisation de l'entreprise (*Cass. soc., 27 mars 2012, n° 11-14.223*) ;
- les difficultés économiques rencontrées par l'entreprise qui la conduisent à procéder à une

réorganisation se traduisant par la suppression du service auquel est affecté le salarié et de trois postes de technicien informatique (*Cass. soc.*, 12 avr. 2012, n° 10-27.160);

– que, suite au décès de l'employeur, l'entreprise est contrainte de réorganiser son activité afin de préserver sa compétitivité (*Cass. soc.*, 10 oct. 2012, n° 11-21.880);

– la survenance d'une mutation technologique ayant entraîné la suppression du poste de travail du salarié (*Cass. soc.*, 3 avr. 2013, n° 12-11.829);

– la suppression de l'emploi de la salariée, en raison de difficultés économiques (*Cass. soc.*, 12 mars 2014, n° 12-29.444).

► Précision postérieure des motifs

Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement peuvent être précisés par l'employeur après la notification du licenciement soit à son initiative, soit à la demande du salarié (*C. trav.*, art. L. 1235-2).

La demande de précision sur les motifs énoncés dans la lettre de licenciement du salarié est adressée à l'employeur dans les quinze jours suivant la notification du licenciement. Cette demande est formulée par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé.

L'employeur dispose d'un délai de quinze jours après réception de la demande pour apporter des précisions s'il le souhaite par lettre :

- recommandée avec avis de réception ;
- ou remise contre récépissé.

Lorsque l'employeur précise les motifs de sa propre initiative, il effectue la démarche selon le même délai et les mêmes formes (*C. trav.*, art. R. 1233-2-2).

► Enjeux

La précision dans l'exposé des motifs du licenciement économique est d'autant plus importante que la lettre de licenciement, précisée le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement. L'employeur ne pourra invoquer d'autres raisons que celles qu'il a décrites dans la lettre de licenciement (*Cass. soc.*, 22 janv. 1998, n° 95-41.496). En cas de contentieux portant sur la cause réelle et sérieuse du licenciement, l'employeur ne peut donc pas invoquer, dans le cadre du litige des motifs qu'il n'avait pas invoqué dans le cadre de la procédure de licenciement. En revanche, il ne lui est pas interdit d'apporter des éléments d'explication complémentaires illustrant les motifs retenus.

Enfin, il convient de rappeler que le licenciement est un acte unilatéral sur lequel l'employeur ne

peut revenir sans l'accord du salarié concerné (*Cass. soc.*, 17 janv. 1990, n° 87-40.666; *Cass. soc.*, 12 mai 2004, n° 02-41.173).

Si le salarié n'a pas effectué de demande de précisions auprès de l'employeur, l'irrégularité tirée de l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas à elle seule le licenciement de cause réelle et sérieuse. Cette irrégularité ouvre droit à une indemnisation qui ne peut excéder un mois de salaire (*C. trav.*, art. L. 1235-2).

Dans l'hypothèse où le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, le vice de motivation de la lettre de rupture ne donne pas lieu à une indemnisation spécifique. Il est, en effet, prévu que le préjudice résultant de ce vice est réparé par l'indemnité allouée en application de l'article L. 1235-3 du Code du travail (indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse).

Lorsque le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, une éventuelle irrégularité dans la procédure (par exemple, non-respect des dispositions relatives à l'entretien préalable) ou le non-respect d'une procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement, donne lieu à une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (*C. trav.*, art. L. 1235-2).

L'employeur qui licencie un salarié dont le contrat est suspendu en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (*Cass. soc.*, 18 déc. 2013, n° 12-19.882) ou une salariée en état de grossesse médicalement constatée (*Cass. soc.*, 16 nov. 2011, n° 10-14.799; *Cass. soc.*, 10 mai 2012, n° 10-28.510) est tenu de préciser, dans la lettre de licenciement, le ou les motifs pour lesquels il se trouve dans l'impossibilité de maintenir le contrat. L'existence d'un motif économique ne caractérise pas à elle seule cette impossibilité. Il en est de même concernant l'adhésion du salarié au contrat de sécurisation professionnelle qui lui est proposé (*Cass. soc.*, 14 déc. 2016, n° 15-25.981 P).

Notons que, pendant les périodes de protection de la maternité, l'employeur ne peut pas prendre de mesures préparatoires au licenciement. Il a été reconnu qu'informer une salariée du fait qu'elle faisait partie d'un projet de licenciement collectif constituait une mesure préparatoire illicite (*Cass. soc.*, 1^{er} févr. 2017, 15-26.250).

► Autres mentions obligatoires

La lettre doit également :

- rappeler au salarié la possibilité d'adhérer à un contrat de sécurisation professionnelle

(pour les entreprises de moins de 1 000 salariés ou appartenant à un groupe de moins de 1 000 salariés) ou lui proposer un congé de reclassement (pour les entreprises d'au moins 1 000 salariés ou appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés) (*C. trav., art. L. 1233-65 et art. L. 1233-71*). La mention, dans la lettre de licenciement, de la faculté d'adhérer ou non au contrat de sécurisation professionnelle, n'a de sens que si cette lettre est envoyée alors que le délai de réflexion de 21 jours, à compter de la proposition pour adhérer ou non au contrat, n'est pas encore expiré.

Afin de contenir les délais de procédure, il peut être envisagé de notifier au salarié son licenciement « à titre conservatoire » (c'est-à-dire avant l'expiration de ce délai de réflexion). Cela est d'autant plus nécessaire que l'employeur doit avoir informé le salarié du motif invoqué dans un écrit remis ou adressé au salarié au cours de la procédure de licenciement et au plus tard au moment de l'acceptation du CSP (*Cass. soc., 27 mai 2020, n° 18-24.531 P*). Dans ce cas, la lettre de licenciement doit mentionner la date d'expiration du délai de réflexion et préciser qu'en cas de refus d'adhésion au contrat, cette lettre constituera la notification de son licenciement (*Conv. Unedic du 26 janv. 2015, art. 4*);

L'envoi d'un courrier électronique au salarié, comportant le compte rendu de la réunion avec le délégué du personnel (et donc, aujourd'hui, un membre du comité social et économique) relative au licenciement pour motif économique envisagé, et énonçant les difficultés économiques invoquées ainsi que les postes supprimés, dont celui de l'intéressé, suffit à satisfaire à l'obligation d'informer le salarié, avant son acceptation du contrat de sécurisation professionnelle, du motif économique de la rupture (*Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-17.865 P*).

En revanche, ne satisfait pas à cette obligation l'employeur qui fait simplement mention de la cause économique de la rupture lors de la procédure spécifique de modification de son contrat de travail et non pas de licenciement (*Cass. soc., 27 mai 2020, n° 18-24.531 P*).

– mentionner la possibilité pour le salarié de bénéficier d'une priorité de réembauche (*C. trav., art. L. 1233-16*);

– préciser la durée et la date d'expiration du préavis ainsi que, le cas échéant, la décision de l'employeur de dispenser le salarié de l'exécution de celui-ci.

◆ **Forme et délai de notification**

Que l'entreprise soit dotée ou non de représentants du personnel, la lettre de licenciement

ne peut être expédiée, en recommandé avec avis de réception, moins de sept jours ouvrables à compter de la date à laquelle le salarié a été convoqué à l'entretien préalable. Ce délai est porté à quinze jours ouvrables si le salarié concerné est un cadre (*C. trav., art. L. 1233-15*).

◆ **Adhésion au contrat de sécurisation professionnelle**

En cas d'adhésion par le salarié au contrat de sécurisation professionnelle (CSP), le contrat de travail est rompu à compter de l'expiration du délai de réflexion de 21 jours dont dispose le salarié pour accepter ou refuser le contrat. Cette rupture ne comporte ni préavis ni indemnité compensatrice de préavis. En revanche, elle donne lieu au versement de l'indemnité de licenciement (*C. trav., art. L. 1233-67*).

La rupture du contrat de travail résultant de l'adhésion par le salarié au CSP doit avoir une cause économique réelle et sérieuse (*Cass. soc., 27 mai 2020, n° 18-24.531 P*). Le salarié peut en contester la cause (*Cass. soc., 10 févr. 2010, n° 08-44.663*: à propos de l'ancien dispositif « convention de reclassement personnalisé » mais transposable au CSP). L'appréciation de cette cause ne peut découler que des motifs énoncés par l'employeur. C'est pourquoi l'employeur doit informer le salarié du motif économique et du bénéfice de la priorité de réembauche :

– soit dans le document écrit d'information sur le CSP remis obligatoirement au salarié concerné par le projet de licenciement ;

– soit dans la lettre qu'il est tenu d'adresser au salarié, lorsque le délai dont dispose le salarié pour faire connaître sa réponse à la proposition de CSP expire après le délai d'envoi de la lettre de licenciement ;

– soit encore, lorsqu'il n'est pas possible à l'employeur d'envoyer cette lettre avant l'acceptation par le salarié du CSP, dans tout autre document écrit, porté à sa connaissance au plus tard au moment de son acceptation.

À défaut, le licenciement pourra être jugé sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 27 mai 2020, n° 18-24.531 P*).

Étant donné qu'il n'est pas interdit au salarié d'accepter le CSP le jour même de sa proposition (*Cass. soc., 9 juin 2021, n° 19-14.904*), il est conseillé de communiquer le motif économique dès la remise du document d'information sur le CSP.

Des Direccte aux Dreets

Depuis le 1^{er} avril 2021, les directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) sont regroupées avec les directions régionales de la cohésion sociale (DRCS) et forment une nouvelle structure : les Directions régionales de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (Dreets ; D. n° 2020-1545, 9 déc. 2020, JO 10 déc.).

Elles sont organisées en trois ou quatre pôles par grand domaine d'expertise. Elles comprennent :

- un pôle « politique du travail » ;
- un pôle « concurrence, consommation, répression des fraudes et métrologie » ;
- et un ou deux pôle(s) chargé(s) des missions économie, entreprises, emploi, compétences, solidarités et lutte contre les exclusions.

Les Dreets exercent les mêmes missions que les Direccte en matière de licenciement économique.

57 INFORMATION DU DREETS

L'employeur informe le Dreets (remplaçant le Direccte depuis le 1^{er} avril 2021, voir encadré ci-dessus) du licenciement prononcé par écrit dans les huit jours suivant l'envoi de la lettre de licenciement par voie dématérialisée sur le système d'information Rupco (Arr. 21 oct. 2019, NOR: MTRD1927861A).

➔ Adresse internet du système d'information Rupco :

<https://ruptures-collectives.emploi.gouv.fr>

L'employeur précise (C. trav., art. D. 1233-3) :

- son nom et son adresse ;
- la nature de l'activité et l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement ;
- les nom, prénoms, nationalité, date de naissance, sexe, adresse, emploi et qualification du salarié licencié ;
- la date de notification du licenciement.

Lorsque le comité social et économique (CSE) a été consulté, le procès-verbal de la réunion est joint à l'information de l'Administration (C. trav., art. L. 1233-20).

➔ Voir le calendrier de procédure, p. 79.

LICENCIEMENT DE 2 À 9 SALARIÉS SUR 30 JOURS

Entreprise de 11 salariés à moins de 50 salariés

58 CONSULTATION DU COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE

◆ Convocation des membres du CSE

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, aucun délai n'est imposé pour convoquer les membres du CSE mais, par similitude avec le délai de transmission de l'ordre du jour dans les entreprises d'au moins 50 salariés, un délai de trois jours est souhaitable (C. trav., art. L. 1233-8 et art. L. 2315-30).

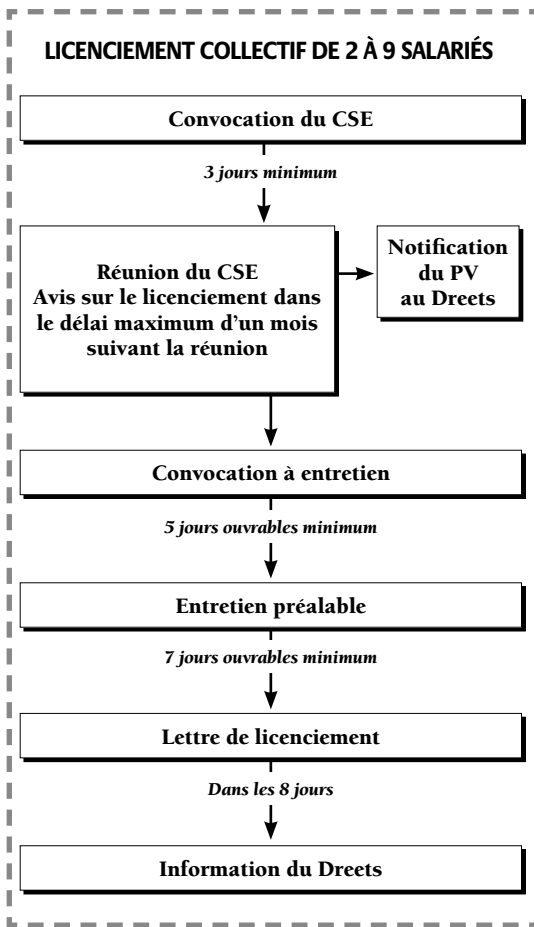
La convocation à la réunion s'accompagne de la transmission de tout renseignement utile sur le projet de licenciement collectif et notamment (C. trav., art. L. 1233-10) :

- la ou les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement ;
- le nombre de licenciements envisagés ;
- les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements ;
- le nombre de salariés permanents ou non employés dans l'établissement ;
- le calendrier prévisionnel des licenciements ;
- les mesures de nature économique envisagées ;
- le cas échéant, les modalités de mise en œuvre du congé de reclassement, si l'entreprise fait partie d'un groupe d'au moins 1 000 salariés (C. trav., art. R. 1233-17). Dans le cas contraire, même si le Code du travail n'en fait pas mention expresse, des informations sur le contrat de sécurisation professionnelle peuvent être apportées ;
- le projet de conclusion ou de convention avec le Fonds national pour l'emploi si de telles mesures sont envisagées ;
- le cas échéant, les conséquences des licenciements projetés en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail.

Si les critères d'ordre de licenciement ne sont pas fixés par accord collectif, l'employeur communique aussi des informations sur les critères qu'il envisage de retenir.

À NOTER

Seuls les membres titulaires du CSE, ainsi que les suppléants remplaçant des membres titulaires absents, participent aux réunions (C. trav., art. L. 2314-1).



◆ **Objet de la consultation et délai**

L'objet de la réunion est de :

- présenter un exposé et des explications sur le projet de licenciement économique ;
- répondre aux questions et observations des membres du CSE ;
- recueillir l'avis du CSE sur le projet de licenciement collectif et éventuellement sur le(s) projet(s) de convention FNE (*C. trav., art. R. 5111-3*) ou les modalités de mise en œuvre du congé de reclassement (*C. trav., art. R. 1233-17*) concernant les entreprises appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés, ainsi que sur les critères envisagés pour fixer l'ordre des licenciements (*C. trav., art. L. 1233-5*).

Dans les entreprises de moins de 1 000 salariés, ou appartenant à un groupe de moins de 1 000 salariés, une information sur le contrat de sécurisation professionnelle peut être apportée.

Le CSE doit formuler son avis dans un délai qui ne peut être supérieur, à compter de la date de la première réunion au cours de laquelle il est

consulté, à un mois. En l'absence d'avis rendu dans ce délai, le comité social et économique est réputé avoir été consulté (*C. trav., art. L. 1233-8*). Le procès-verbal de la réunion est adressé au Drets (*C. trav., art. L. 1233-20*).

REMARQUE

L'arrêté du 21 octobre 2019 relatif à la dématérialisation des procédures de licenciement collectif pour motif économique et de rupture conventionnelle collective (*NOR: MTRD1927861A*) n'impose pas que la communication du PV de réunion au Drets soit effectuée par le système d'information Rupco.

Entreprise d'au moins 50 salariés

59 CONSULTATION DU COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE

◆ **Ordre du jour**

Les modalités de consultation du CSE sont similaires à celles applicables dans une entreprise de moins de 50 salariés (*C. trav., art. L. 1233-8; art. L. 1233-10*). Ici, l'ordre du jour de la réunion est arrêté conjointement par l'employeur et le secrétaire du CSE. Cette consultation étant obligatoire, l'un ou l'autre peut inscrire de plein droit les points devant figurer à l'ordre du jour au titre de cette consultation (*C. trav., art. L. 2315-29*). Il est préférable de rechercher l'accord du secrétaire, y compris sur les points où la consultation est rendue obligatoire par une disposition légale, et de ne retenir l'inscription unilatérale qu'en cas d'échec de cette tentative. En effet, la Cour de cassation et le Conseil d'État s'opposent sur cette question. Selon la Cour de cassation, l'inscription unilatérale d'une consultation obligatoire doit être précédée de la recherche d'un accord sur l'ordre du jour (*Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 08-40.821*). En revanche, pour le Conseil d'État, la fixation unilatérale de l'ordre du jour est sans incidence sur la régularité de la procédure, dès lors que la consultation sur le projet de licenciement collectif pour motif économique doit être inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la réunion (*CE, 21 oct. 2015, n° 382.633*).

Une fois établi, l'ordre du jour est adressé aux membres du CSE en respectant un délai minimum de trois jours avant la séance.

L'article L. 2315-30 du Code du travail prévoit également la communication de l'ordre du jour à l'inspection du travail et à l'agent des services de prévention des organismes de sécurité sociale, trois jours au moins avant la réunion.

Malgré l'apparente généralité du texte légal, il semble que cette communication n'a lieu d'être

que pour les réunions auxquelles ces personnes ont vocation à participer. Néanmoins, le ministère du Travail semble considérer que la communication de l'ordre du jour est inconditionnelle (*Comité social et économique, 117 questions-réponses, min. Trav., mis à jour janv. 2020, quest. n° 90*).

Aux termes des articles L. 2314-3 et L. 2315-27 du Code du travail, l'agent de contrôle de l'inspection du travail et les agents de la Carsat sont obligatoirement invités aux réunions de la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) et aux réunions du CSE consécutives à un accident de travail ayant entraîné un arrêt de travail d'au moins huit jours ou à une maladie professionnelle ou à caractère professionnel. En revanche, en dehors de ces cas, ils ne peuvent participer à une réunion portant sur les attributions du CSE en matière de santé, sécurité et conditions de travail que s'ils sont invités par l'employeur ou par la majorité de la délégation du personnel du comité.

◆ **Objet de la consultation et délai**

La réunion a pour objet de :

- présenter un exposé et des explications sur le projet de licenciement ;
- répondre aux questions et observations des membres du comité ;
- recueillir l'avis du CSE sur le projet de licenciement collectif et éventuellement sur le(s) projet(s) de convention FNE (*C. trav., art. R. 5111-3*) ou les modalités de mise en œuvre du congé de reclassement si l'entreprise compte au moins 1 000 salariés ou appartient à un groupe d'au moins 1 000 salariés (*C. trav., art. R. 1233-17*). Dans les autres entreprises, la réunion permettra d'informer le CSE sur le contrat de sécurisation professionnelle. Lorsque la convention ou l'accord collectif applicable n'a pas fixé les critères régissant l'ordre des licenciements, l'employeur consulte le CSE afin de définir les critères à retenir (*C. trav., art. L. 1233-5*).

À l'issue de la réunion, les représentants du personnel émettent un avis sur l'opération projetée, sur les conventions FNE et les modalités de mise en œuvre du projet. Le procès-verbal de la réunion est transmis au Dreets par l'employeur (*C. trav., art. L. 1233-20*).

À NOTER

L'arrêté du 21 octobre 2019 relatif à la dématérialisation des procédures de licenciement collectif pour motif économique et de rupture conventionnelle collective (*NOR: MTRD1927861A*) n'impose pas que la communication du PV de réunion au Dreets soit effectuée par le système d'information Rupco.

À la consultation préalable du CSE sur le projet de licenciement économique prévu par l'article

L. 1233-8 du Code du travail, s'ajoute l'obligation de consulter le comité au titre :

- de sa compétence générale relative à la marche générale de l'entreprise, pour les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs (*C. trav., art. L. 2312-8*) ;
- de sa compétence en matière de projet de restructuration et de compression des effectifs (*C. trav., art. L. 2312-37 et art. L. 2312-39*) ;
- le cas échéant, au titre de ses compétences générales en matière de santé, sécurité et conditions de travail, en cas d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (*C. trav., art. L. 2312-8*).

Le CSE doit formuler son avis dans un délai qui ne peut être supérieur, à compter de la date de la première réunion au cours de laquelle il est consulté, à un mois. En l'absence d'avis rendu dans ce délai, le comité social et économique est réputé avoir été consulté (*C. trav., art. L. 1233-8*).

Entreprise sans CSE

60 NÉCESSITÉ D'UN PROCÈS-VERBAL DE CARENCE

Lorsqu'un CSE n'a pas été mis en place et qu'un procès-verbal de carence n'a pas été établi, tout licenciement économique intervenu sans que, de ce fait, les obligations d'information, de réunion et de consultation du CSE soient respectées, est irrégulier. Le salarié ainsi licencié a droit à une indemnité d'au moins un mois de salaire brut, indépendamment des indemnités de licenciement et de préavis qui lui sont dues (*C. trav., art. L. 1235-15; Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-14.392 P*).

Dans les entreprises de moins de 11 salariés, qui ne sont, par hypothèse, pas tenues par la mise en place d'une représentation élue du personnel, la production d'un procès-verbal de carence n'est évidemment pas nécessaire.

Procédure commune à toutes les entreprises

61 ENTRETIENS PRÉALABLES, NOTIFICATION DES LICENCIEMENTS, INFORMATION DE L'ADMINISTRATION

Les dispositions relatives à l'entretien préalable et à la notification des licenciements des salariés faisant l'objet d'un licenciement économique individuel sont également applicables en cas de licenciement économique collectif de moins de 10 salariés sur 30 jours. En matière d'informa-

tion de l'Administration, il y a lieu d'appliquer les mêmes dispositions (voir n° 57).

Toutefois, en ce qui concerne la notification des licenciements aux salariés, il n'est pas prévu pour les licenciements collectifs de délai spécifique pour les cadres. Le délai entre l'entretien préalable et le licenciement est uniformément de sept jours ouvrables, à la différence de la procédure de licenciement économique individuel (C. trav., art. L. 1233-15).

➔ Voir les calendriers de procédure, p. 79 et s.

LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS SUR 30 JOURS

62 PRÉSENTATION

La procédure de licenciement d'au moins 10 salariés sur 30 jours présente certaines spécificités :

- le salarié n'est pas « partie » à la procédure, comme c'est le cas pour les procédures visant moins de 10 salariés, puisqu'il n'y a pas d'entretien préalable sauf en cas de carence des représentants du personnel ou bien lorsque le salarié concerné est un représentant du personnel ;
- dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le comité social et économique est non seulement consulté au titre de ses attributions en matière de licenciement économique mais également au titre de ses attributions générales (C. trav., art. L. 2312-8) et spéciales portant sur tout projet de restructuration et de compression des effectifs (C. trav., art. L. 2312-37 et art. L. 2312-39) ;
- des mesures visant à éviter des licenciements et facilitant le reclassement du personnel ou, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), doivent être présentées par l'employeur ;
- l'Administration contrôle le respect de la procédure de licenciement et, le cas échéant, est préalablement saisie d'une demande de validation ou d'homologation du PSE.

REMARQUE

Un accord de méthode ou un accord majoritaire négocié avec les organisations syndicales peut aménager cette procédure et déroger à certaines règles notamment en matière d'information-consultation des représentants du personnel (voir n° 31 et n° 75).

Licenciement d'au moins 10 salariés : communication par voie dématérialisée avec l'Administration

L'arrêté du 21 octobre 2019 relatif à la dématérialisation des procédures de licenciement collectif pour motif économique et de rupture conventionnelle collective (NOR : MTRD1927861A) prévoit la transmission par voie dématérialisée sur le système d'information Rupco (<https://ruptures-collectives.emploi.gouv.fr>) de différents types d'informations et demandes.

Lorsque le licenciement concerne dix salariés ou plus dans une même période de 30 jours, sont ainsi notifiés à l'Administration :

- le projet de licenciement et les informations afférentes (C. trav., art. D. 1233-4) ;
- les informations et documents destinés aux représentants du personnel (C. trav., art. D. 1233-5).

En outre, sont également transmis de façon dématérialisée :

- dans les entreprises de moins de 50 salariés :
 - les modifications apportées aux mesures sociales destinées à éviter ou limiter le nombre de licenciements ou ayant pour objet le reclassement des salariés ainsi que leur calendrier de mise en œuvre (C. trav., art. R. 1233-6) ;
 - dans les entreprises sans CSE, la communication des informations qui auraient dû être adressées au CSE en application de l'article L. 1233-31 du Code du travail (C. trav., art. R. 1233-9), et le cas échéant, le procès-verbal de carence (C. trav., art. D. 1233-10).
- dans les entreprises d'au moins 50 salariés :
 - les contestations relatives à l'expertise, s'agissant du choix de l'expert, de la nécessité, du coût prévisionnel, de l'étendue, de la durée de l'expertise (C. trav., art. R. 1233-3-3) ;
 - en cas d'établissements multiples, l'information du Drets du siège de l'entreprise de l'intention d'ouvrir une négociation d'un accord majoritaire (C. trav., art. R. 1233-3-5) ;
 - en l'absence de représentants du personnel, le plan de sauvegarde de l'emploi et les informations qui auraient dû être adressées au CSE en application de l'article L. 1233-31 du Code du travail (C. trav., art. R. 1233-9), et le cas échéant, le procès-verbal de carence (C. trav., art. D. 1233-10) ;
 - la demande de validation ou d'homologation (C. trav., art. D. 1233-14), le dossier accompagnant cette demande (C. trav., art. D. 1233-14-1) ;
 - le bilan de la mise en œuvre effective du plan de sauvegarde de l'emploi (C. trav., art. D. 1233-14-4).
- en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, la copie du jugement (C. trav., art. R. 1233-7).

Entreprise de moins de 50 salariés dotée d'un CSE

63 ÉTAPES DE LA PROCÉDURE

Dans une entreprise employant habituellement moins de 50 salariés, l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement économique d'au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours réunit et consulte le CSE sur le projet de licenciement économique. Deux réunions doivent être organisées (C. trav., art. L. 1233-29). En revanche, il n'a pas l'obligation de convoquer les salariés concernés (sauf les salariés protégés) à un entretien préalable (C. trav., art. L. 1233-38). La mise en place

d'un plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas davantage obligatoire dès lors que la condition d'effectif n'est pas remplie au jour de l'engagement de la procédure, alors même que la société est pourvue d'un CSE élu sur la base d'un effectif d'au moins 50 salariés, donc doté des compétences attribuées à un tel CSE (Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 09-14.192).

64 INFORMATION ET CONSULTATION DU CSE

L'employeur convoque les membres du CSE à une première réunion sur le projet de licenciement collectif pour motif économique (C. trav., art. L. 1233-29).

Aucun délai n'est prévu par les textes entre la date de la convocation et celle de la réunion. Cependant, par symétrie avec le délai de transmission de l'ordre du jour au CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés, trois jours paraissent souhaitables (C. trav., art. L. 2315-30). Les membres du CSE doivent disposer d'un délai suffisant pour leur permettre de se prononcer en toute connaissance de cause.

La convocation est accompagnée d'un document d'information comportant tous renseignements

utiles sur le projet de licenciement collectif (C. trav., art. L. 1233-31). Il indique :

- les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement ;
- le nombre de licenciements envisagés ;
- les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements ;
- le nombre de salariés, permanents ou non, employés dans l'établissement ;
- le calendrier prévisionnel des licenciements ;
- les mesures de nature économique envisagées ;
- le cas échéant, les conséquences de la réorganisation en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail ;
- les mesures que l'employeur envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité (C. trav., art. L. 1233-32) ;

REMARQUE

Si l'entreprise met volontairement en place un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) alors qu'elle n'y est pas tenue en raison de l'insuffisance de ses effectifs, elle n'a pas à satisfaire aux exigences des articles L. 1233-61 et L. 1233-62 du Code du travail sur le contenu du PSE (Cass. soc., 10 juin 2015, n° 14-10.031 P).

- les modalités de mise en œuvre du congé de reclassement, si l'entreprise fait partie d'un groupe d'au moins 1 000 salariés (C. trav., art. R. 1233-17), ou du contrat de sécurisation professionnelle (CSP) si l'entreprise compte moins de 1 000 salariés ;

Bien que l'information sur le CSP ne soit pas obligatoire, il semble pertinent d'informer le CSE sur ce dispositif et indiquer, pour les entreprises concernées, que les salariés pourront y avoir recours.

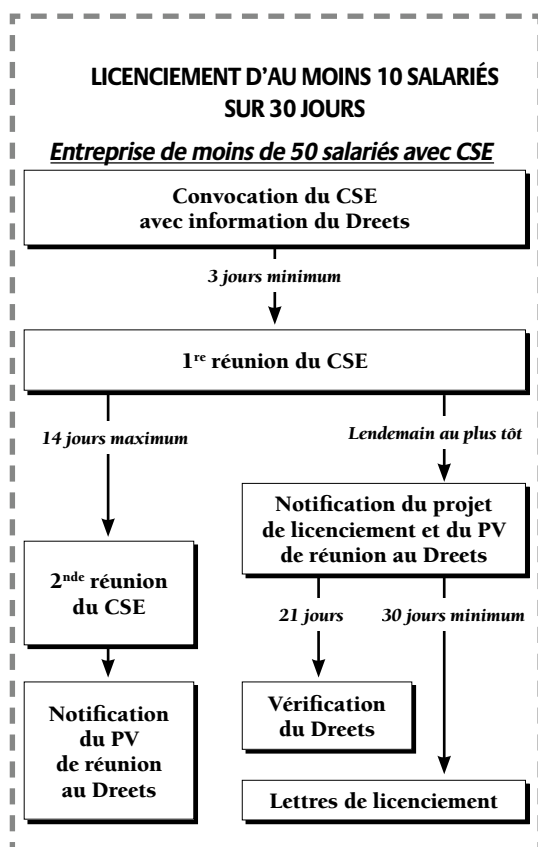
- le projet de convention du FNE (C. trav., art. R. 5111-3).

Si les critères d'ordre de licenciement ne sont pas fixés par accord collectif, l'employeur communique aussi des informations sur les critères qu'il envisage de retenir (C. trav., art. L. 1233-5).

L'employeur n'a pas à soumettre la liste nominative des salariés concernés par le projet de licenciement économique (Cass. soc., 16 déc. 1992, n° 90-44.871 P).

65 ENVOI DES DOCUMENTS AU DREETS

Les informations énumérées ci-dessus et communiquées par l'employeur au CSE sont adres-



sées simultanément au Dreets par la voie dématérialisée (*C. trav., art. L. 1233-48; C. trav., art. D. 1233-5*).

66 PREMIÈRE RÉUNION DU CSE

La première réunion a pour objet de :

- présenter le projet de licenciement économique ;
- décrire les mesures mises en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité ;
- recueillir les avis, propositions et suggestions des membres du CSE.

Le cas échéant, elle porte également sur :

- les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, à défaut de dispositions conventionnelles (*C. trav., art. L. 1233-5*) ;
- le(s) projet(s) de convention du FNE si ces mesures d'accompagnement sont prévues ;
- les modalités de mise en œuvre du congé de reclassement (entreprise appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés ; *C. trav., art. R. 1233-17*), ou du contrat de sécurisation professionnelle (entreprise de moins de 1 000 salariés).

À NOTER

La consultation sur les mesures d'accompagnement peut se faire lors de la première ou de la seconde réunion. Le CSE, dans les entreprises de moins de 50 salariés, ne dispose pas du droit de faire appel à un expert.

67 NOTIFICATION DU PROJET AU DREETS

L'employeur notifie, au plus tôt le lendemain de la première réunion du CSE, le projet de licenciement au Dreets. Cette notification, effectuée par voie dématérialisée, est accompagnée de tout renseignement concernant la convocation, l'ordre du jour et la tenue de la réunion. L'employeur précise (*C. trav., art. L. 1233-46; C. trav., art. D. 1233-4 et s.*) :

- son nom et son adresse,
- la nature de l'activité et l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement,
- le nombre de licenciements envisagé,
- et, s'il y a lieu, les modifications éventuelles apportées aux informations déjà transmises aux représentants du personnel.

Cette notification est importante car elle fixe le point de départ du délai de vérification de l'Administration ainsi que du délai d'attente avant l'envoi des lettres de licenciement (*C. trav., art. L. 1233-39 et art. L. 1233-53*).

68 SECONDE RÉUNION DU CSE

La tenue d'une seconde réunion est obligatoire. Elle a lieu dans un délai maximal de 14 jours après la première (*C. trav., art. L. 1233-29*).

Le délai de convocation est le même que pour la première réunion soit, par similitude avec celui prévu dans les entreprises d'au moins 50 salariés, trois jours.

L'objet de cette seconde réunion est de poursuivre les débats sur les points inscrits à l'ordre du jour de la première réunion, avec notamment la réponse motivée de l'employeur aux observations formulées par les membres du CSE.

L'avis du CSE portera sur :

- le projet de licenciement collectif ;
- les mesures mises en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre ou ayant pour objet le reclassement des salariés ;
- les sur le(s) projet(s) de convention FNE (*C. trav., art. R. 5111-3*) ;
- les modalités de mise en œuvre du congé de reclassement, si l'entreprise appartient à un groupe comptant au moins 1 000 salariés (*C. trav., art. R. 1233-17*), ou bien les modalités relatives au contrat de sécurisation professionnelle (entreprise de moins de 1 000 salariés) ;
- le cas échéant, les critères régissant l'ordre des licenciements (*C. trav., art. L. 1233-5*).

À l'issue de cette réunion, les salariés sont informés des conditions de mise en œuvre du congé de reclassement (*C. trav., art. R. 1233-19*), ou se voient proposer un contrat de sécurisation professionnelle (*C. trav., art. L. 1233-66*).

69 INFORMATION DU DREETS

Le procès-verbal de la seconde réunion de consultation est adressé au Dreets. Il comporte les avis, suggestions et propositions du CSE (*C. trav., art. L. 1233-48; C. trav., art. D. 1233-5*).

L'employeur envoie en outre les modifications éventuelles apportées aux mesures sociales d'accompagnement, ainsi qu'au calendrier de leur mise en œuvre (*C. trav., art. R. 1233-6*).

70 RÔLE DU DREETS

Le Dreets ne contrôle pas le motif économique du licenciement. Il examine si :

- les représentants du personnel ont été informés, réunis et consultés conformément aux dispositions légales et conventionnelles en vigueur,
- les obligations relatives à l'élaboration des mesures sociales (élaboration unilatérale et/ou mise en œuvre de mesures prévues par la loi

ou les conventions ou accords collectifs de travail) ont été respectées et si les mesures prévues seront effectivement mises en œuvre (*C. trav., art. L. 1233-53*).

Afin de procéder à ces vérifications, le Dreets dispose d'un délai de 21 jours à compter de la date de la notification du projet de licenciement. Ce délai s'inscrit à l'intérieur du délai d'attente de 30 jours à observer avant la notification des licenciements (*C. trav., art. L. 1233-39*) et ne s'y ajoute pas.

Lorsque le Dreets relève une irrégularité de procédure, il adresse à l'employeur un avis écrit précisant la nature de l'irrégularité constatée. Simultanément, une copie des observations est adressée au CSE. L'autorité administrative peut formuler des observations sur les mesures sociales d'accompagnement.

L'employeur répond aux observations du Dreets et adresse copie de sa réponse au CSE. Il est de son intérêt de faire diligence. En effet, il ne peut légalement notifier les licenciements avant d'avoir répondu à ces observations.

Si la réponse de l'employeur n'intervient qu'après l'expiration du délai de 30 jours, le terme du délai est reporté jusqu'à la date d'envoi de la réponse (*C. trav., art. L. 1233-56*).

71 ENTRETIEN PRÉALABLE POUR LES SALARIÉS PROTÉGÉS

Les salariés titulaires d'un mandat doivent être convoqués à un entretien préalable même si la procédure ne l'impose pas pour les salariés non titulaires de mandat (*CE, 28 sept. 2005, n° 266.023; Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 08-45.227 P*).

72 NOTIFICATION DES LICENCIEMENTS AUX SALARIÉS

L'employeur doit observer un délai d'attente entre la notification du projet de licenciement à l'Administration et l'envoi aux salariés des lettres individuelles de licenciement. La notification des licenciements ne peut intervenir :

– soit avant l'expiration d'un délai de 30 jours courant à compter de la notification du projet au Dreets (*C. trav., art. L. 1233-39*);

– soit avant la date d'envoi de la réponse de l'employeur à l'Administration, si cette réponse intervient postérieurement au terme du délai de 30 jours (*C. trav., art. L. 1233-56*).

Ce délai peut être allongé en vertu de la convention ou de l'accord applicable dans l'entreprise.

Chaque lettre de licenciement est motivée, envoyée en recommandé avec avis de réception. Elle :

– énonce les motifs économiques invoqués par l'employeur (*C. trav., art. L. 1233-42*);

– propose le bénéfice du congé de reclassement (*C. trav., art. L. 1233-71; C. trav., art. R. 1233-20*), ou rappelle la possibilité d'adhérer à un contrat de sécurisation professionnelle lorsqu'à la date d'envoi des notifications de licenciement, le délai de réflexion de 21 jours dont dispose le salarié pour faire connaître sa réponse n'est pas expiré (*C. trav., art. L. 1233-65*);

– mentionne la priorité de réembauche du salarié et ses conditions de mise en œuvre (*C. trav., art. L. 1233-42*);

– précise la durée et la date d'expiration du préavis ainsi que, le cas échéant, la décision de l'employeur de dispenser le salarié de l'exécution de celui-ci.

➔ Voir les calendriers de procédure, p. 79 et s.

Entreprise de moins de 50 salariés sans CSE

73 OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

En l'absence de CSE, à la suite d'une carence aux élections professionnelles :

– les salariés dont le licenciement est envisagé doivent être convoqués à un entretien préalable et se voir proposer un contrat de sécurisation professionnelle ou être informés sur le congé de reclassement (*voir n° 55*);

– le projet de licenciement est notifié au Dreets par voie dématérialisée. Le contenu de la notification comporte en outre l'ensemble des renseignements qui auraient été communiqués au CSE si celui-ci avait été mis en place (*C. trav., art. R. 1233-9*);

– l'employeur joint à la notification du projet de licenciement le procès-verbal de carence aux élections professionnelles (*C. trav., art. D. 1233-10*).

➔ Voir les calendriers de procédure, p. 79 et s.

Entreprise d'au moins 50 salariés dotée d'un CSE

74 NÉGOCIATION D'UN ACCORD MAJORITAIRE OU DOCUMENT UNILATÉRAL DE L'EMPLOYEUR

Le projet de licenciement économique collectif peut être mis en œuvre par la voie d'un accord majoritaire (*C. trav., art. L. 1233-24-1*) ou bien

d'un document unilatéralement établi par l'employeur (*C. trav., art. L. 1233-24-4*). La possibilité de notifier les licenciements est conditionnée par la validation de l'accord ou l'homologation du document unilatéral par le Dreets.

La procédure de licenciement collectif, donnant lieu à un plan de sauvegarde de l'emploi dans les entreprises en sauvegarde, en redressement ou en liquidation judiciaire, n'est pas traitée spécifiquement dans ce Numéro.

L'employeur est libre de choisir la voie de la négociation d'un accord majoritaire ou bien de l'établissement d'un document unilatéral (*Instr. DGEFP n° 2013-10, 26 juin 2013, NOR: ETSD1316861J*). Il n'a pas l'obligation de donner suite à une demande des syndicats d'ouvrir une négociation. Il est aussi envisageable de conclure un accord majoritaire sur certains thèmes et d'établir un document unilatéral sur les thèmes non traités par l'accord. Le choix de retenir l'une ou l'autre des modalités peut être guidé par la qualité des relations entretenues avec les organisations syndicales, le temps dont dispose l'employeur pour mettre en œuvre la procédure, mais aussi par les avantages et inconvénients que présentent l'accord ou le document unilatéral. À ce titre, il est à noter que le contrôle de l'accord majoritaire opéré par l'Administration est plus restreint que celui effectué à l'occasion d'un document unilatéral. Enfin, si l'employeur choisit la voie de la négociation et ne parvient pas à conclure un accord, il peut finaliser la procédure par la voie unilatérale, sans avoir à initier une nouvelle procédure.

75 ACCORD MAJORITAIRE

◆ Ouverture des négociations

La négociation peut être ouverte (*Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 1; NOR: ETSD1319060J*):

- préalablement à la procédure d'information-consultation du CSE, soit avant la réunion du CSE faisant démarrer le délai de procédure mentionné à l'article L. 1233-30 du Code du travail;
- en parallèle de la procédure d'information-consultation. Dans ce cas, l'ouverture des négociations est annoncée lors de la réunion du CSE faisant démarrer le délai de procédure mentionné à l'article L. 1233-30 du Code du travail;
- alors que la procédure d'information-consultation est en cours, c'est-à-dire lorsque le délai mentionné à l'article L. 1233-30 du Code du travail a déjà commencé à courir.

Aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'employeur d'engager la négociation avec les organisations syndicales sur un projet d'accord collectif avant l'ouverture de la procédure d'information et de consultation du CSE.

REMARQUE

Le seul fait d'ouvrir la négociation avant la première consultation du CSE ne peut constituer une entrave au fonctionnement du CSE (*C. trav., art. L. 1233-46*).

La négociation se déroule au niveau de l'entreprise avec les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Une négociation au niveau de l'établissement n'est pas envisageable même si son périmètre d'application peut être l'établissement (*Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 1*).

Le Dreets est informé sans délai de l'ouverture des négociations (*C. trav., art. L. 1233-24-1*). Cette information lui est transmise au plus tard le lendemain de l'ouverture des négociations, dans le cadre de la notification du projet de licenciement économique collectif mentionnée à l'article L. 1233-46 du Code du travail (*Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 1*).

◆ Assistance par un expert

Un expert peut être mandaté par le CSE afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour mener la négociation de l'accord majoritaire (*C. trav., art. L. 1233-34*). L'expert-comptable ainsi désigné est le même que celui qui assistera le CSE lors de la procédure de consultation (*C. trav., art. L. 2315-92*).

REMARQUE

La combinaison des articles L. 1233-34 et L. 2315-92 du Code du travail offre en définitive au CSE la possibilité de mandater un expert-comptable au bénéfice des organisations syndicales qui mèneront les négociations relatives au contenu du PSE avec l'employeur.

La désignation intervient soit lors de la première réunion prévue dans le cadre de la procédure d'information-consultation, soit au cours d'une réunion organisée avant le lancement de la procédure officielle. Les délais relatifs à la demande d'informations et de réponse de l'employeur prévus à l'article L. 1233-35 du Code du travail s'appliquent.

En cas d'échec des négociations ou en cas d'accord majoritaire partiel, lorsqu'un expert-comptable a été désigné par le CSE afin d'appuyer les organisations syndicales dans la

négociation, il peut continuer sa mission auprès du CSE, dans le cadre de la procédure d'élaboration unilatérale du document par l'employeur (*Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 1*).

◆ Injonction en cas de documentation insuffisante

Si les documents fournis à l'expert ou aux organisations syndicales représentatives sont incomplets, celles-ci peuvent demander au Dreets d'enjoindre l'employeur de leur fournir les éléments d'information. Cette demande doit être motivée et justifiée par la pertinence des éléments requis. Le Dreets décide dans les cinq jours s'il y a lieu d'enjoindre à l'employeur de compléter l'information (*C. trav., art. L. 1233-57-5; C. trav., art. D. 1233-12*).

◆ Contenu de l'accord

L'accord majoritaire porte impérativement sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63 du Code du travail (*C. trav., art. L. 1233-24-2*). Il peut également porter sur :

- les modalités d'information et de consultation du CSE (en particulier les conditions dans lesquelles ces modalités peuvent être aménagées en cas de projet de transfert d'une ou de plusieurs entités économiques nécessaires à la sauvegarde d'une partie des emplois) ;

À NOTER

Les textes n'imposent pas que l'accord majoritaire fixe des modalités particulières d'information et de consultation du CSE, ni qu'il reprenne les stipulations ayant cet objet qui auraient, le cas échéant, été fixées préalablement par un accord dit « de méthode » (*CE 12 juin 2019, n° 420.084*).

- la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements ;
 - le calendrier des licenciements ;
 - le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées ;
 - les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement.
- Si l'un de ces thèmes n'est pas traité par l'accord majoritaire, il devra l'être par le document unilatéral.
- L'accord n'a pas, impérativement, à fixer les modalités particulières de consultation du CSE sur le suivi de la mise en œuvre des mesures contenues dans le plan de reclassement (*CE, 7 févr. 2018, n° 403.989*).
- L'accord ne peut comporter de dérogations (*C. trav., art. L. 1233-24-3*) :

- à l'obligation d'effort de formation, d'adaptation et de reclassement incombant à l'employeur ;
- aux règles générales d'information et de consultation du CSE relatives au caractère préalable de la consultation, aux informations préalablement transmises, à la réponse motivée de l'employeur, et à l'accès aux informations utiles détenues par les administrations publiques, sauf lorsque l'accord est conclu par le conseil d'entreprise ;

REMARQUE

L'article L. 1233-24-3 du Code du travail comporte une erreur puisqu'il renvoie toujours à d'anciennes dispositions relatives au comité d'entreprise, soit aux articles L. 2323-2, L. 2323-4 et L. 2323-5.

- à l'obligation pour l'employeur de proposer aux salariés le contrat de sécurisation professionnelle ou le congé de reclassement ;
- à la communication aux représentants du personnel des renseignements sur le projet de licenciement (*C. trav., art. L. 1233-31 à art. L. 1233-33*) ;
- aux règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

◆ Terme de la négociation

▶ Signature de l'accord

L'accord n'est valablement conclu que s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants, ou par le conseil d'entreprise (*C. trav., art. L. 1233-24-1*).

ATTENTION

La décision de validation d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) négocié est annulée si les délégués syndicaux ayant signé l'accord au nom de leur organisation n'ont pas été formellement confirmés dans leur mandat à l'issue des dernières élections professionnelles. En effet, un délégué syndical dont le mandat n'a pas été renouvelé à l'issue des dernières élections professionnelles ne dispose plus, après cette date, de la qualité de délégué syndical. Par conséquent, il ne peut signer un accord majoritaire. Si les autres organisations syndicales signataires ne remplissent pas le critère majoritaire, l'accord conclu n'est pas valable (*CE, 30 mai 2016, n° 385.730*).

La condition de majorité doit s'apprécier en additionnant l'audience électorale des syndicats signataires qui sont représentatifs au niveau de l'entreprise, sans considération des catégories de salariés que leurs statuts leur donnent voca-

tion à représenter. Ainsi, la circonstance que l'opération de restructuration à l'origine du PSE ne concerne que certains établissements ou n'entraîne de licenciements qu'au sein de certaines catégories professionnelles, ne permet pas d'exclure les syndicats qui n'auraient pas statutairement vocation à représenter les salariés de ces établissements ou de ces catégories professionnelles (CE, 5 mai 2017, n° 389.620).

L'annulation d'une décision de validation au motif que l'accord collectif n'était pas majoritaire ne rend pas nulle la procédure de licenciement, mais donne lieu à l'application des sanctions prévues par l'article L. 1235-16 du Code du travail : soit réintégration du salarié si les parties en sont d'accord, soit versement d'une indemnité qui ne peut être inférieure aux six derniers mois de salaire (Cass. soc., 13 janv. 2021, n° 19-12.522 P).

► **Échec total ou partiel de la négociation**

En l'absence d'accord, un document unilatéral doit être établi par l'employeur.

Si les parties à la négociation ne parviennent à s'entendre que sur une partie des thèmes, l'existence de l'accord portant sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas remise en cause. Il s'agit alors d'un accord partiel. Les autres thèmes doivent figurer dans le document unilatéral établi par l'employeur.

► **Dépôt de l'accord**

L'accord collectif majoritaire doit être déposé dans les conditions de droit commun applicables aux accords collectifs (C. trav., art. L. 2231-6; C. trav., art. D. 2231-2 et s., et art. D. 1233-14-1) :

- sur la plateforme de téléprocédure dénommée « TéléAccords »,
- et au Conseil de prud'hommes.

L'accord est aussi transmis au Dreets pour validation (voir n° 88).

► **Vices affectant la négociation**

Les vices affectant les conditions de négociation d'un accord majoritaire ne sont susceptibles d'entraîner l'illégalité de la décision de validation de cet accord que s'ils sont de nature à entacher ce dernier de nullité. Par exemple, la circonstance selon laquelle les délégués syndicaux qui ont négocié l'accord majoritaire n'ont pas disposé d'un délai suffisant pour prendre connaissance de certaines informations relatives au nombre de postes supprimés ou au contenu du plan de reclassement n'est pas de nature à entraîner la nullité de l'accord (CE, 7 déc. 2015, n° 383.856).

76 DOCUMENT UNILATÉRAL

Le document unilatéral comporte impérativement les thèmes visés à l'article L. 1233-24-2 du Code du travail, en cas d'échec total de la négociation, ou bien seulement ceux qui ne sont pas abordés par l'accord majoritaire partiel (C. trav., art. L. 1233-24-4).

REMARQUE

Si l'accord collectif portant PSE ne prévoit pas de modalités particulières d'information et de consultation du CSE, l'employeur n'est pas tenu de soumettre à l'homologation de l'Administration un document fixant des modalités d'information et de consultation du CSE ou reprenant les stipulations ayant, le cas échéant, été fixées préalablement par un accord de méthode (CE 12 juin 2019, n° 420.084).

77 CONSULTATIONS DU CSE

◆ **Objet**

Le comité social et économique est consulté sur :

- le projet de restructuration et de compression des effectifs (C. trav., art. L. 2312-37 et art. L. 2312-39) ;
- le cas échéant, sur l'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (C. trav., art. L. 2312-8) ;
- puis sur le projet de licenciement économique (C. trav., art. L. 1233-28).

Il est possible de négocier un accord de méthode organisant les modalités d'information et de consultation du CSE et, le cas échéant, le cadre de recours à une expertise (C. trav., art. L. 1233-21) ou alors un accord majoritaire (voir n° 31 et n° 75).

Sont décrites ci-après les procédures applicables en l'absence d'accord de méthode ou de dispositions spécifiquement prévues par un accord majoritaire.

L'information qui est apportée au CSE doit lui permettre de rendre un avis en toute connaissance de cause. Celle-ci doit donc être la plus complète possible afin que le CSE soit pleinement informé du projet de restructuration, du projet de licenciement collectif et de leurs conséquences, économiques, sociales et en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail.

Ainsi l'homologation du document unilatéral établissant le plan de sauvegarde de l'emploi ne peut être légalement accordée que si le CSE a disposé des informations, notamment sur les raisons économiques, financières ou techniques invoquées par l'employeur, lui permettant de formuler en toute connaissance de cause ses avis sur l'opération projetée et sur le projet de licenciement

(CE, 22 juill. 2015, n° 385.816), dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation (CE, 22 mai 2019, n° 407.401).

◆ Consultations concomitantes

L'employeur qui envisage un licenciement collectif pour motif économique d'au moins 10 salariés sur une période de 30 jours, réunit et consulte le CSE sur ce projet (C. trav., art. L. 1233-28).

Parallèlement, le CSE est consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs ainsi que sur tout projet de restructuration et de compression des effectifs (C. trav., art. L. 2312-8, art. L. 2312-37 et art. L. 2312-39). Le cas échéant, il est également consulté sur un éventuel aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (C. trav., art. L. 2312-8).

Le Code du travail prévoit ainsi plusieurs consultations distinctes régies chacune par des règles propres.

Ces consultations peuvent avoir lieu successivement : la procédure à suivre relative au projet de licenciement n'a lieu qu'une fois achevée la procédure suivie au titre du projet de restructuration ou de compression des effectifs.

Même si le texte ne le prévoit pas expressément, les consultations peuvent également être concomitantes.

Les différentes consultations doivent être distinctes même si elles ne font pas l'objet de plusieurs réunions séparées. Une seule convocation suffit mais l'ordre du jour de la réunion doit distinguer ces consultations.

◆ Thèmes de consultation

Le comité est consulté sur :

- l'opération projetée et ses modalités d'application ;
- le cas échéant, le projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ;

À NOTER

Sur ce thème de consultation, même si la consultation au titre « de l'opération projetée et ses modalités d'application » aborde nécessairement l'ensemble de ces sujets, on constate que l'Administration, dans le cadre de son contrôle, demande régulièrement l'inscription spécifique de ce point à l'ordre du jour ainsi que la mise à disposition du CSE d'une documentation spécifique.

- le projet de licenciement collectif.

Le délai de procédure commence à courir dès lors que l'information du CSE a été faite sur ces points. Ainsi, lorsque la réunion d'information ne porte que sur l'opération projetée et ses modalités d'application, le délai de procédure ne démarre pas tant que le CSE n'a pas été convoqué au sujet du projet de licenciement économique collectif. À défaut d'avoir été régulièrement consulté, le projet de licenciement économique collectif ne serait pas validé ou homologué.

La consultation sur le projet de licenciement collectif porte sur :

- le nombre de suppressions d'emploi,
- les catégories professionnelles concernées,
- les critères d'ordre et le calendrier prévisionnel des licenciements,
- les mesures sociales d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi,
- et, le cas échéant, les conséquences des licenciements projetés en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail.

En revanche, en cas de conclusion d'un accord majoritaire, les points relatifs au projet de licenciement économique ne sont pas soumis à la consultation du CSE (C. trav., art. L. 1233-30 ; CE, 7 déc. 2015, n° 383.856). Dans ce cas, celle-ci se limite donc à l'opération projetée et à ses modalités d'application et, le cas échéant, au projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail. Si l'accord majoritaire ne couvre qu'une partie de ces domaines, le CSE doit être consulté sur ceux n'ayant pas fait l'objet de l'accord.

◆ Entreprise comportant des établissements distincts

Si le projet de licenciement (C. trav., art. L. 1233-36) :

- se cantonne à un établissement et relève des pouvoirs du seul chef d'établissement, la consultation s'opère au niveau du CSE d'établissement ;
- excède les pouvoirs du chef d'établissement et/ou concerne plusieurs établissements simultanément, la consultation s'effectue au niveau du CSE central, les CSE d'établissement ne traitant que des conséquences concernant leur établissement. Les consultations des CSE d'établissement interviennent après celles du CSE central. Pour l'Administration (Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 1), c'est la première réunion du CSE central qui fait courir le délai de l'article L. 1233-30 du Code du travail.

◆ Convocation des représentants du personnel

L'employeur convoque le CSE à la première réunion (*C. trav., art. L. 1233-30*).

► Ordre du jour

L'ordre du jour est arrêté par l'employeur, mais établi conjointement avec le secrétaire du CSE. Cependant, en cas de désaccord, cette consultation étant obligatoire, elle est inscrite de plein droit à l'ordre du jour par l'un ou l'autre (*C. trav., art. L. 2315-29*).

➔ **Sur les modalités de fixation de l'ordre du jour**, voir n° 59.

L'ordre du jour est transmis au moins trois jours avant la séance aux membres du CSE.

➔ **Sur la communication de l'ordre du jour** à l'inspection du travail et aux agents de la Carsat, ainsi que leur participation aux réunions du CSE, voir n° 59.

Ce délai est porté à huit jours lorsqu'il s'agit d'un CSE central (*C. trav., art. L. 2316-17*).

Compte tenu de la complexité des projets qui sont présentés aux membres du CSE, il peut être nécessaire de communiquer l'ordre du jour et les documents d'information afférents en respectant un délai supérieur au délai de trois jours.

► Document d'information

En même temps que la convocation, est remis aux membres du CSE un document d'information comportant tous renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif (*C. trav., art. L. 1233-31*). Il indique au minimum :

– les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement,

REMARQUE

Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, l'employeur doit justifier son projet au regard de la situation économique du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national. L'information doit porter non seulement sur la situation économique du secteur d'activité qu'il a lui-même pris en considération, mais aussi sur les raisons qui l'ont conduit à faire reposer son analyse sur ce secteur d'activité. En revanche, il n'a pas à adresser des éléments d'information relatifs à la situation économique d'un autre secteur d'activité que celui qu'il a retenu (*CE, 7 févr. 2018, n° 403.001*).

– le nombre de licenciements envisagé,
– les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements,
– le nombre de salariés, permanents ou non, employés dans l'établissement,

– le calendrier prévisionnel des licenciements,
– les mesures de nature économique envisagées,
– le cas échéant, les conséquences de la réorganisation en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail,
– le plan de sauvegarde de l'emploi (*C. trav., art. L. 1233-32*).

Ces éléments ne sont à communiquer que dans l'hypothèse où l'entreprise et les organisations syndicales ne se sont pas entendues sur le contenu d'un accord majoritaire. Ainsi, si la conclusion d'un accord majoritaire total est envisagée, c'est ce projet d'accord qui sera communiqué au CSE. En revanche, s'il s'agit d'un projet d'accord majoritaire partiel, l'employeur communiquera ce dernier ainsi qu'une documentation relative aux thèmes non abordés par l'accord majoritaire qui seront repris par le document unilatéral (*C. trav., art. L. 1233-30*).

L'employeur étant aussi tenu de consulter les membres du CSE sur les conditions de mise en œuvre du congé de reclassement dans les entreprises qui y sont soumises (*C. trav., art. R. 1233-17*) et les projets de convention FNE (*C. trav., art. R. 5111-3*), il devrait donc dès lors communiquer des pièces relatives à ces consultations.

Le CSE ne peut exiger une liste nominative des salariés dont le licenciement est envisagé (*Cass. soc., 16 déc. 1992, n° 90-44.871 P*).

En cas de contentieux, tous ces éléments d'information sont communiqués au juge (*C. trav., art. L. 1235-9*).

REMARQUE

Les informations énumérées ci-dessus sont celles relatives au projet de licenciement économique. Il convient de joindre également les informations relatives aux autres points portés à l'ordre du jour (projet de restructuration et de compression des effectifs, projet d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail).

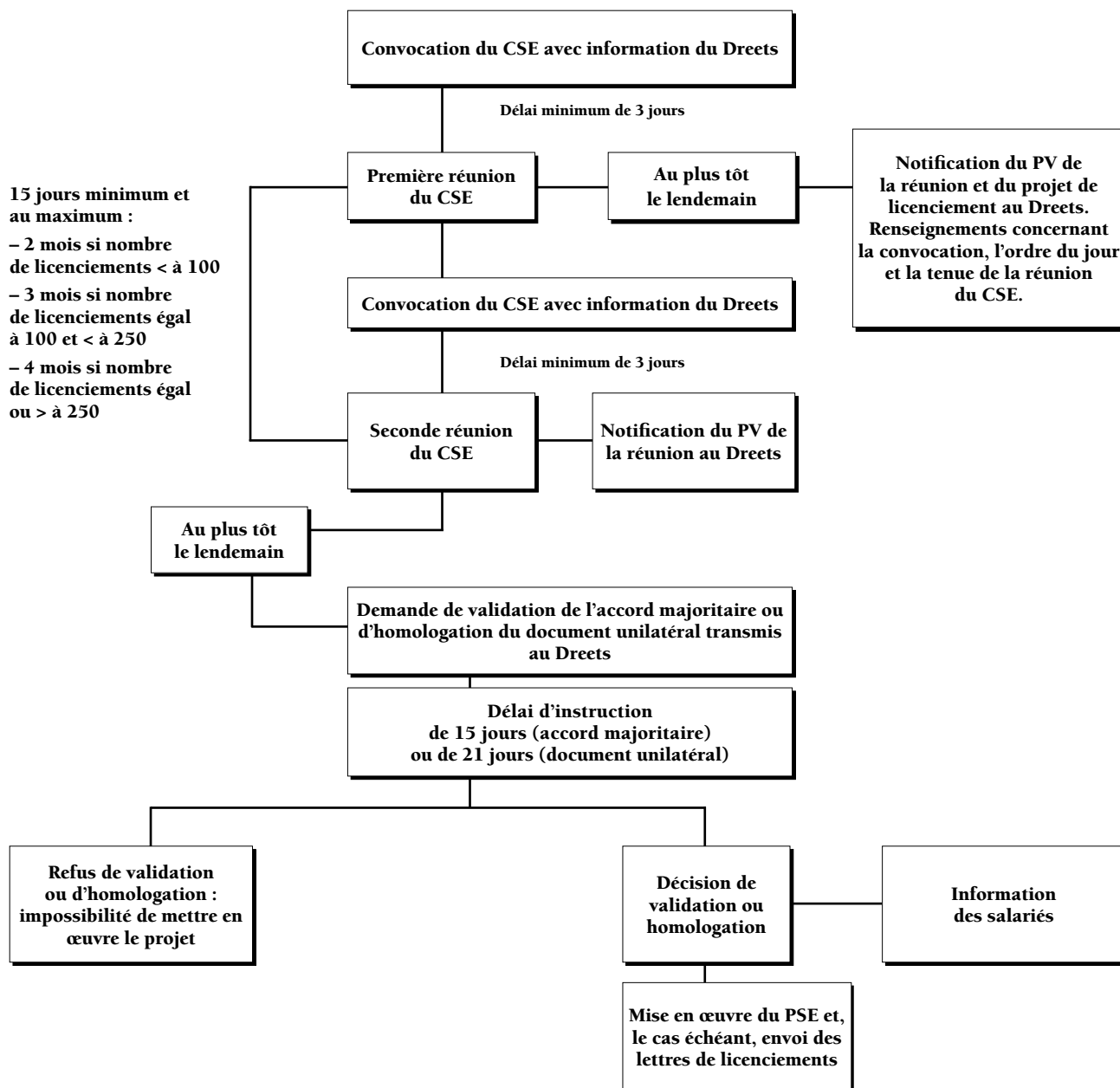
◆ Irrégularités constatées en cours de procédure

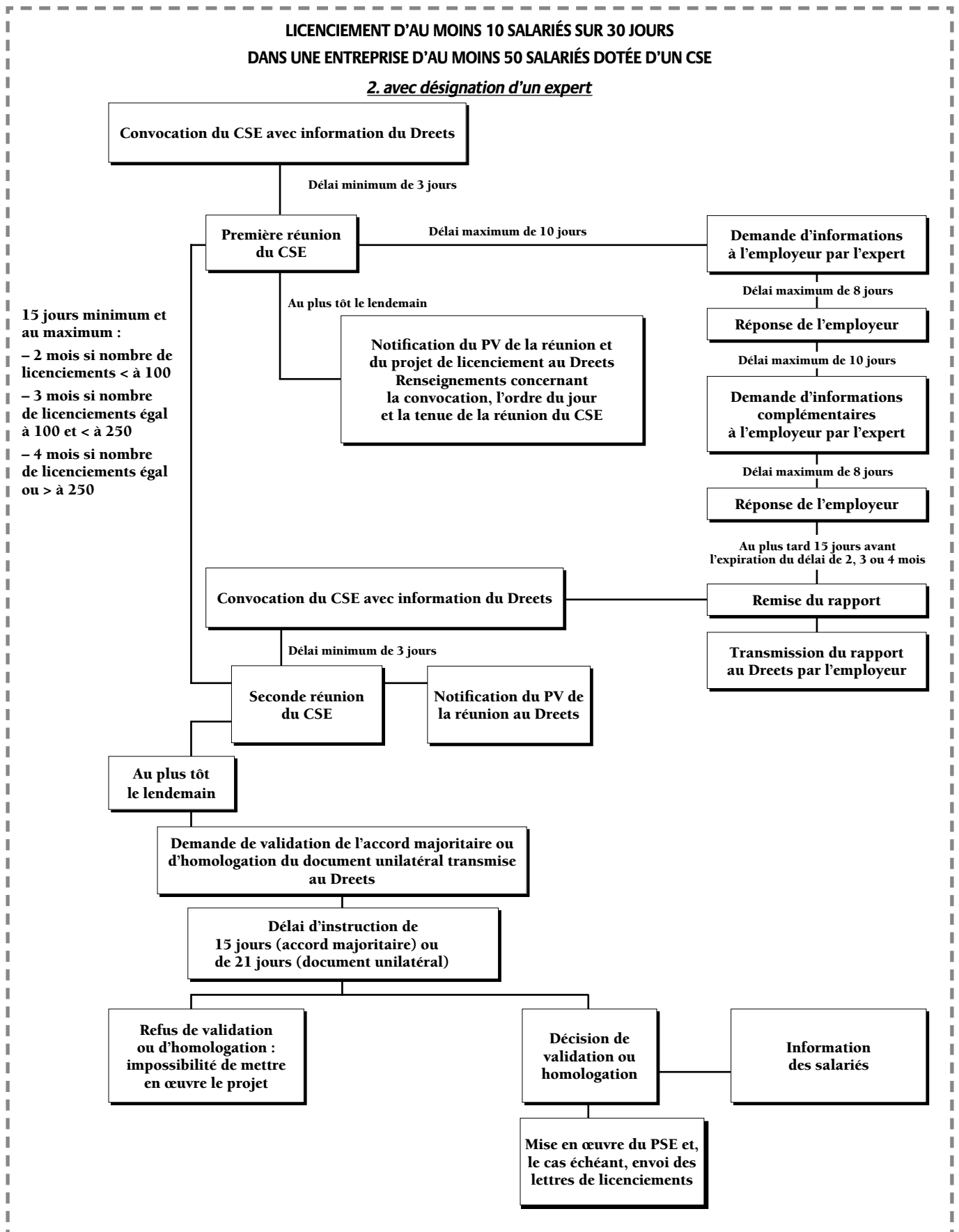
Les irrégularités affectant la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision administrative de validation ou d'homologation (*C. trav., art. L. 1235-7-1*). Dans ces conditions, aucun recours ne peut être introduit contre d'éventuelles irrégularités constatées en cours de procédure. Ce n'est qu'à l'occasion des recours en annulation des décisions de validation ou d'homologation prise par le Dretts, relevant de

LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS SUR 30 JOURS DANS UNE ENTREPRISE D'AU MOINS 50 SALARIÉS DOTÉE D'UN CSE

1. sans désignation d'un expert

15 jours minimum et au maximum :
 - 2 mois si nombre de licenciements < à 100
 - 3 mois si nombre de licenciements égal à 100 et < à 250
 - 4 mois si nombre de licenciements égal ou > à 250





la juridiction administrative, que pourra être appréciée la régularité de la procédure. Ainsi les juridictions civiles ayant été saisies de telles questions se sont déclarées incompétentes (*TGI Nanterre, référé, 14 oct. 2013, n° 13/02140*; *TGI Créteil, référé, 21 nov. 2013, n° 13/01404*; *TGI Nantes, référé, 6 nov. 2014, n° 14/01051*; *TGI Nanterre, référé, 23 mai 2018, n° 18/00838*).

La Cour de cassation a jugé que « que toute demande tendant, avant la transmission de la demande de validation d'un accord collectif ou d'homologation d'un document de l'employeur fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'information relatifs à la procédure en cours ou de se conformer à une règle de procédure prévue par les textes législatifs, est adressée à l'autorité administrative. Les décisions prises à ce titre ainsi que la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation relevant de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux » (*Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-13.714 P*). Par conséquent, si le CSE (en l'espèce, le comité d'entreprise) et une organisation syndicale estiment que l'employeur n'a pas respecté son obligation préalable d'information et de consultation avant la mise en œuvre d'un projet de réorganisation et de licenciement collectif pour motif économique, ils ne peuvent pas saisir le tribunal judiciaire d'une demande de suspension sous astreinte de la mise en œuvre de ce projet de restructuration. Ils peuvent seulement saisir le Drets afin que ce dernier enjoigne à l'employeur de fournir les informations qui leur semblent utiles.

◆ Demande d'injonction

► Objet

Le Drets peut être saisi par le CSE, préalablement à la demande de validation ou d'homologation de l'accord majoritaire ou du document unilatéral, afin qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'information relatifs à la procédure en cours ou de se conformer à une règle de procédure prévue par les textes législatifs, les conventions collectives ou un accord collectif (*C. trav., art. L. 1233-57-5*).

Le champ de l'injonction se limite à deux types de demandes (*Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 2*):

- la nécessité de se conformer à une règle de procédure légale ou conventionnelle qui ne serait pas respectée par l'employeur;
- la nécessité de donner des éléments d'informations indispensables à la conduite de la procédure d'information-consultation et notamment ceux qui permettent à l'expert de mener dans de bonnes conditions sa mission d'analyse et de proposition.

REMARQUE

La procédure d'injonction est applicable dans les mêmes conditions lorsque celle-ci est initiée par les organisations syndicales à l'occasion de la négociation d'un accord majoritaire (*C. trav., art. D. 1233-12*), ou bien lorsque le comité sollicite la remise de documents à l'expert.

► Incompétence du juge judiciaire

Le juge judiciaire est incompétent pour ordonner la remise d'information à l'expert sur la demande de celui-ci. Cette demande doit être adressée au Drets, le contentieux relève de la juridiction administrative (*Cass. soc., 28 mars 2018, n° 15-21.372 P*).

► Procédure

Le recours à une demande d'injonction est décidé conformément aux dispositions du règlement intérieur qui a vocation à déterminer les modalités de fonctionnement du CSE, et notamment les votes et les majorités requises.

En l'absence de règlement intérieur, la décision sera prise dans le cadre d'une résolution (à la majorité des membres présents), par parallélisme avec celle prise pour recourir à un expert. Les salariés ne sont pas compétents pour formuler des demandes d'injonction au Drets (*Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 2*). La demande d'injonction est motivée et explicite. Elle précise la nature des informations demandées, leur pertinence, les raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas répondu à la demande d'information initiale, ainsi que celles pour lesquelles cette information est indispensable pour permettre d'éclairer les auteurs de la demande. À défaut de motivation, la demande d'injonction n'est pas valable (*Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 2*).

Le Drets n'a pas à répondre à une demande d'injonction (en vue de remettre à l'expert des documents) qui :

- ne précise pas la nature des informations demandées;
- n'a pas été formée en temps utile, lorsque celle-ci est reçue deux jours avant la date pré-

vue pour la réunion au cours de laquelle le comité central d'entreprise (et donc désormais le CSE central) doit rendre son avis, et alors que l'Administration dispose d'un délai de cinq jours pour y répondre (CAA Nancy, 9 févr. 2017, n° 16NC02589).

► Décision

Le Dcrets dispose d'un délai de cinq jours pour instruire la demande d'injonction et se prononcer sur celle-ci. Il peut décider de ne pas donner suite à l'injonction. Ce refus peut résulter soit d'une décision explicite, soit du silence gardé par le Dcrets au terme du délai de cinq jours. S'il estime la demande justifiée, le Dcrets adresse une injonction à l'employeur par tout moyen permettant de lui conférer une date certaine. Une copie de l'injonction est adressée à l'auteur de la demande, au comité social et économique et aux organisations syndicales représentatives en cas de négociation d'un accord majoritaire (C. trav., art. D. 1233-12).

La lettre d'injonction précise le délai dans lequel l'employeur doit se conformer à la demande du Dcrets et rappelle l'obligation pour l'employeur d'informer le Dcrets des suites données.

La décision par laquelle l'Administration enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'information ou de se conformer à une règle de procédure ne revêt pas le caractère d'observations ou de propositions au sens de l'article L. 1233-57-6 du Code du travail. L'Administration n'est donc pas tenue d'en envoyer copie au CSE (CE, 23 mars 2016, n° 389.158).

L'Administration précise qu'au moment de l'instruction de la demande de validation ou d'homologation, le Dcrets tiendra compte des suites données par l'employeur à sa demande d'injonction, en appréciant la nature et le degré du manquement de l'employeur (Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 2).

Si l'ensemble des documents mentionnés dans une injonction n'est pas communiqué au CSE, l'Administration n'est pas dans l'obligation de refuser d'homologuer le plan dès lors qu'elle estime que le CSE disposait de suffisamment d'éléments pour se prononcer (CAA Paris, 26 mai 2021, n° 21PA01737).

L'injonction à l'entreprise est une mesure préparatoire à la décision de validation ou d'homologation, qui peut être contestée uniquement dans le cadre du contentieux relatif à la décision de validation ou d'homologation (C. trav., art. L. 1235-7-1). Ces décisions ne sont pas susceptibles de recours gracieux ou hiérarchiques ni

de recours pour excès de pouvoir (TA Nancy, 31 juill. 2017, n° 1701.396).

À NOTER

La décision de l'autorité administrative quant à la validation de l'accord collectif ou à l'homologation du document unilatéral ne doit pas mentionner spécifiquement l'injonction faite par l'Administration à la société ou la réponse de l'employeur à cette injonction (CE, 22 juill. 2015, n° 385.816).

78 ENVOI DES DOCUMENTS AU DREETS

Les informations communiquées par l'employeur aux représentants du personnel sont portées simultanément à la connaissance du Dcrets par voie dématérialisée (C. trav., art. L. 1233-48; C. trav., art. D. 1233-5).

➔ <https://ruptures-collectives.emploi.gouv.fr>

79 PREMIÈRE RÉUNION DU CSE

L'objet de la première réunion est de présenter :

- l'opération projetée et ses modalités d'application dans la mesure où le projet s'inscrit dans le cadre des attributions du CSE en matière de restructuration et de compression des effectifs (C. trav., art. L. 2312-37 et art. L. 2312-39) ;
 - le cas échéant, le projet d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ;
 - le projet de document unilatéral ou d'accord majoritaire comportant notamment le plan de sauvegarde de l'emploi ;
 - éventuellement, à défaut de dispositions conventionnelles, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements (C. trav., art. L. 1233-5).
- Au cours de cette première réunion, les membres du CSE :
- présentent leurs observations, leurs suggestions sur le projet ;
 - peuvent décider de recourir à l'assistance d'un expert. Si le choix porte sur un expert-comptable, celui-ci est rémunéré par l'entreprise (C. trav., art. L. 1233-34, art. L. 2315-80 et art. L. 2315-92). Le recours à un expert ne prolonge pas le délai dont dispose le CSE pour rendre ses avis.

Le procès-verbal de cette première réunion est communiqué au Dcrets (C. trav., art. L. 1233-48). En outre, l'employeur qui envisage de proposer des mesures de reclassement interne avant la fin de la procédure de consultation doit, préalablement, obtenir l'avis favorable du CSE (C. trav., art. L. 1233-45-1). Il pourra donc consulter le CSE sur cette question lors de la première réunion.

80 SUGGESTIONS DU CSE

Le CSE peut formuler des suggestions relatives aux mesures sociales envisagées par l'employeur et émettre des propositions alternatives au projet de restructuration (*C. trav., art. L. 1233-33*). La direction de l'entreprise les étudie et leur apporte une réponse motivée avant le terme de la procédure de consultation du comité.

REMARQUE

Le CSE n'est pas compétent pour faire des propositions de modification de l'accord majoritaire (*Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 1*).

81 RECOURS À UNE EXPERTISE DANS LE CADRE DU PROJET DE LICENCIEMENT

◆ Décision

Le CSE peut, le cas échéant sur proposition des commissions constituées en son sein, décider, lors de la première réunion relative au projet de licenciement, de recourir à une expertise pouvant porter sur les domaines économique et comptable ainsi que sur la santé, la sécurité ou les effets potentiels du projet sur les conditions de travail (*C. trav., art. L. 1233-34*).

La décision du CSE de recourir aux services d'un expert ainsi que sa désignation doit être prise lors de la première réunion sur le projet de licenciement économique, sauf circonstance de nature à justifier le report de la désignation (*CE, 23 nov. 2016, n° 388.855*).

Lorsque l'entreprise est dotée d'un CSE central, celui-ci peut désigner un expert. À défaut, le ou les CSE d'établissement concernés par le projet peuvent désigner un expert (*C. trav., art. L. 1233-36; Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 1*).

Lorsque le CSE recourt à l'assistance d'un expert, l'employeur informe le Dreets et lui transmet également son rapport et les modifications éventuelles du projet de licenciement (*C. trav., art. L. 1233-50*).

◆ Mission de l'expert

À compter de la désignation de l'expert par le CSE, les membres du comité établissent au besoin et notifient à l'employeur un cahier des charges. L'expert notifie à l'employeur le coût prévisionnel, l'étendue et la durée de l'expertise (*C. trav., art. L. 2315-81-1*).

La mission de l'expert porte sur les domaines économique et comptable ainsi que sur la santé, la sécurité ou les effets potentiels du projet sur les conditions de travail. Lorsque l'expertise porte sur plusieurs champs, elle donne

lieu à l'établissement d'un rapport d'expertise unique.

L'expert désigné par le CSE peut s'adjoindre la compétence d'un ou plusieurs autres experts sur une partie des travaux que nécessite l'expertise. L'expert désigné vérifie alors que ces derniers disposent des compétences nécessaires au bon déroulement de la mission d'expertise ou, le cas échéant, de l'habilitation prévue à l'article L. 2315-94 du Code du travail (*C. trav., art. R. 1233-3-2*).

◆ Information de l'expert

L'expert a libre accès dans l'entreprise pour les besoins de sa mission et l'employeur lui fournit les informations nécessaires à l'exercice de cette mission (*C. trav., art. L. 2315-82 et art. L. 2315-83*).

À NOTER

Les jurisprudences ci-dessous concernent des affaires relatives à l'expert-comptable du comité de groupe ou d'entreprise mais semblent transposables au CSE.

Dans une affaire relative à un expert mandaté par un comité de groupe, la Cour de cassation affirme qu'il ne peut être demandé au juge de contrôler l'utilité concrète des documents demandés par l'expert, ce que seul ce dernier est en mesure de faire en réalisant sa mission. Néanmoins, le juge peut sanctionner tout abus de droit caractérisé (*Cass. soc., 12 sept. 2013, n° 13-12.200P QPC*).

L'expert-comptable peut également étendre ses investigations aux autres sociétés du groupe (*Cass. soc., 8 nov. 1994, n° 92-11.443*), notamment celles de la société mère afin d'apprécier la situation économique de sa filiale (*Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-12.754*).

L'expert, tenu à des obligations de secret et de discrétion, ne peut se voir opposer le caractère confidentiel des documents demandés.

Les données que l'employeur ne conteste pas posséder doivent lui être communiquées (*Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 08-18.228*). En revanche, l'expert-comptable ne peut exiger des documents qui n'existent pas et dont l'établissement n'est pas obligatoire pour l'entreprise (*Cass. soc., 22 janv. 2014, n° 12-28.125; CAA Versailles, 22 févr. 2017, n° 16VE03398*).

En cas de transmission d'une documentation incomplète, le CSE peut prendre contact avec le Dreets afin que celui-ci facilite les relations avec l'employeur. Le cas échéant, le CSE peut adresser au Dreets une demande d'injonction à l'employeur de compléter l'information faite à l'expert. Cette demande d'injonction répond aux conditions

fixées pour les demandes formulées par le comité pour son propre compte (voir n° 77).

◆ Conséquences du défaut d'information

L'absence de communication des documents par l'expert n'entraîne pas à elle seule l'irrégularité de la procédure. Ainsi :

– s'il est constaté que l'expert-comptable n'a pas eu accès à l'intégralité des documents dont il a demandé la communication, mais que les conditions dans lesquelles il a accompli sa mission ont néanmoins permis au CSE de disposer de tous les éléments utiles pour formuler ses avis en toute connaissance de cause, une cour administrative d'appel peut estimer que la procédure a été régulièrement menée (CE, 21 oct. 2015, n° 385.683) ;

– le seul fait que l'expert-comptable désigné par le CSE n'a pas eu accès aux documents qu'il réclamait ne permet pas d'annuler la décision d'homologation du document unilatéral fixant le PSE. Il doit être démontré si l'accès à ces documents était ou non nécessaire à ce que le CSE soit informé dans des conditions lui permettant de se prononcer en toute connaissance de cause (CE, 13 avr. 2018, n° 386.376).

◆ Délai d'expertise et demandes d'informations

L'expert dispose d'un délai de dix jours à compter de sa désignation pour demander à l'employeur toutes les informations qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission. L'employeur doit répondre dans un délai de huit jours après réception de la demande. Le cas échéant, l'expert demande, dans les dix jours, des informations complémentaires à l'employeur. Ce dernier dispose une nouvelle fois d'un délai de huit jours pour apporter une réponse (C. trav., art. L. 1233-35).

La demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de communiquer des pièces à l'expert-comptable ne peut être adressée qu'au Dreets. Cette demande d'injonction ne peut faire l'objet d'un litige distinct du litige relatif à la décision de validation ou d'homologation du PSE. Par conséquent, en l'absence de tout litige relatif à une décision de validation ou d'homologation non encore intervenue, la demande présentée par un cabinet d'expertise comptable devant le juge administratif ne peut être acceptée (CE, 25 sept. 2019, n° 428.510).

L'expert présente son rapport au plus tard quinze jours avant l'expiration du délai de consultation à l'intérieur duquel le comité doit rendre son avis (C. trav., art. L. 1233-34). Le

rapport est transmis par l'employeur au Dreets (C. trav., art. L. 1233-50).

◆ Contestation de l'expertise

Toute contestation relative à l'expertise est adressée au Dreets, avant transmission de la demande de validation de l'accord ou d'homologation de la décision unilatérale portant sur le PSE. Le Dreets se prononce dans un délai de cinq jours. Cette décision peut être contestée uniquement dans le cadre du contentieux relatif à la décision de validation ou d'homologation (C. trav., art. L. 1233-35-1).

82 RECOURS À UN EXPERT HABILITÉ

Si le projet présenté par l'employeur présente la nature d'un projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, le CSE dispose de la faculté de recourir à un expert habilité (C. trav., art. L. 2315-94).

L'expert est rémunéré par le CSE sur son budget de fonctionnement à hauteur de 20 %, et par l'employeur à hauteur de 80 % (C. trav., art. L. 2315-80).

83 NOTIFICATION DU PROJET DE LICENCIEMENT AU DREETS

Au plus tôt le lendemain de la date prévue pour la première réunion, l'employeur notifie, par la voie dématérialisée (<https://ruptures-collectives.emploi.gouv.fr>), le projet de licenciement au Dreets. Cette notification est accompagnée de renseignements concernant la convocation, l'ordre du jour et la tenue de la réunion (C. trav., art. L. 1233-46).

Dans une entreprise à structure complexe, cette notification a lieu après la première réunion du ou des CSE d'établissement qui suit la première réunion du CSE central.

La notification précise également (C. trav., art. D. 1233-4) :

- le nom et l'adresse de l'employeur,
- la nature de l'activité et l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement,
- le nombre de licenciements envisagés,
- s'il y a lieu, les modifications éventuellement apportées aux informations antérieurement transmises aux représentants du personnel,
- la décision de recours à un expert-comptable,
- le cas échéant, la signature d'un accord de méthode ou d'un accord majoritaire. Une copie de l'accord est alors jointe à la notification.

Le procès-verbal de la réunion est joint à cet envoi, avec les avis, suggestions et propositions éventuellement formulés par les représentants du personnel (*C. trav.*, art. L. 1233-48).

Le projet de licenciement est notifié au Dreets du siège de l'entreprise si le CSE central est compétent (*C. trav.*, art. L. 1233-51), ou du siège de l'établissement si la procédure est diligentée au niveau du seul établissement.

Lorsque le projet de licenciement collectif concerne plusieurs établissements du ressort territorial d'au moins deux Dreets, le Dreets compétent est désigné par le ministre en charge de l'Emploi ou, par délégation, le DGEFP. Le Dreets désigné en informe l'entreprise et précise qu'il est chargé de l'instruction de la demande de validation et/ou d'homologation, ainsi que des actes préparatoires à cette décision (lettres d'observation, de proposition, réponse à des demandes d'injonction). À ce titre, l'entreprise doit lui adresser tous les éléments d'informations prévus par la réglementation relatifs à la procédure d'information-consultation.

Cette information est relayée, sans délai et par tout moyen, par l'entreprise auprès du CSE (CSE central, le cas échéant), ainsi qu'aux organisations syndicales représentatives de l'entreprise (*Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 2*).

84 RÔLE DU DREETS EN COURS DE PROCÉDURE

◆ Propositions sur le plan de sauvegarde de l'emploi

Le Dreets peut présenter toute proposition pour compléter ou modifier le plan de sauvegarde de l'emploi, en tenant compte de la situation économique de l'entreprise. Ces propositions sont formulées avant la dernière réunion du CSE.

Elles sont communiquées à l'employeur et au CSE. L'employeur doit alors adresser une réponse motivée au Dreets (*C. trav.*, art. L. 1233-57). Le plan de sauvegarde de l'emploi détermine les modalités de suivi de la mise en œuvre effective des mesures contenues dans le plan de reclassement. L'autorité administrative y est associée (*C. trav.*, art. L. 1233-63).

L'apport du Dreets peut notamment se traduire par sa participation à l'instance de suivi mise en place.

Le Dreets doit, en tout état de cause, être destinataire des procès-verbaux des réunions au cours desquelles le CSE est consulté sur le suivi du plan de sauvegarde de l'emploi. Il est destinataire d'un bilan, établi par l'employeur, de la

mise en œuvre effective du plan de sauvegarde de l'emploi.

➔ **Pour plus de détails** sur le plan de sauvegarde de l'emploi, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « *Le licenciement économique II* ».

◆ Observations du Dreets sur le déroulement de la procédure

► Formulation d'observations

À tout moment en cours de procédure, le Dreets peut faire toute observation ou proposition à l'employeur concernant le déroulement de la procédure ou le plan de sauvegarde de l'emploi (*C. trav.*, art. L. 1233-57-6).

REMARQUE

La différence entre injonction et observation peut être tenue. Une des différences réside dans le caractère non impératif de l'observation. Ainsi le courrier du Dreets faisant suite à une demande d'injonction formulée par plusieurs organisations syndicales doit au regard de l'absence de caractère impératif être regardé comme ayant le caractère d'observations (*CE, 23 mars 2016, n° 389.158*). Notons que la jurisprudence administrative admet que la procédure n'est pas nécessairement viciée si l'employeur ne se soumet pas à l'injonction (voir par exemple : *CAA Paris, 26 mai 2021, n° 21PA01737*).

Copie des observations est transmise au CSE et, si la négociation d'un accord majoritaire est engagée, aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

L'absence de communication par le Dreets au CSE des observations qu'il a formulées n'entraîne pas nécessairement l'annulation d'une décision de validation ou d'homologation. Ce défaut de communication doit être pris en compte dans l'appréciation globale de la régularité de la procédure d'information et de consultation du CSE. Ainsi il a été décidé qu'une décision d'homologation ne devait pas être annulée dès lors que (*CE, 23 mars 2016, n° 389.158*) :

– l'employeur avait communiqué la lettre d'observations aux organisations syndicales en même temps que la réponse qu'il y apportait ;
– et que les délégués syndicaux destinataires de ce document ont pris part aux réunions du CSE dans des conditions permettant à celui-ci de tenir compte des éléments ainsi transmis.

► Réponse de l'employeur

L'employeur répond à ces observations et adresse copie de sa réponse aux représentants du personnel et, le cas échéant, aux organisations syndicales (*C. trav.*, art. L. 1233-57-6). La méconnaissance par l'employeur de ces obligations n'est pas de nature à entraîner nécessaire-

ment l'irrégularité de la procédure d'information et de consultation. Toutefois le Drees et la juridiction administrative doivent en tenir compte dans leur appréciation globale de la régularité de la procédure. Ainsi ce manquement justifie l'annulation d'une décision d'homologation, lorsqu'il empêche le comité d'émettre son avis en toute connaissance de cause (CE, 7 déc. 2015, n° 381.307).

Le Conseil d'État a précisé que l'obligation qui incombe à l'employeur d'envoyer copie de ses réponses aux représentants du personnel, tout comme l'obligation de l'Administration d'envoyer copie au CSE (en l'espèce, le comité d'entreprise) des observations qu'elle adresse à l'employeur, vise à ce que le CSE dispose de tous les éléments utiles pour formuler ses avis en toute connaissance de cause. Si ce formalisme n'est pas respecté, mais que la teneur des différents échanges entre l'employeur et l'Administration a été portée à la connaissance du CSE dans des conditions lui permettant de rendre ses avis en toute connaissance de cause, la procédure est régulière (CE, 22 mai 2019, n° 407.401).

85 SECONDE RÉUNION DU CSE

Deux réunions *a minima* sont organisées (C. trav., art. L. 1233-30).

◆ Délais

Ces deux réunions sont séparées par un délai d'au moins quinze jours (C. trav., art. L. 1233-30). Le CSE doit rendre ses avis sur l'opération projetée, ses modalités d'application et le projet de licenciement collectif dans un délai maximum de :

- deux mois, lorsque le nombre de licenciements est inférieur à 100 ;
 - trois mois, lorsqu'il est au moins égal à 100 et inférieur à 250 ;
 - quatre mois lorsqu'il est égal ou supérieur à 250.
- Le comité peut valablement formuler un avis avant que ce délai expire.

Une convention ou un accord collectif peut prévoir des délais différents.

Ces délais ne sont pas prorogés du fait de la saisine d'un expert, ou bien de l'absence de remise de ce rapport dans les délais (C. trav., art. R. 1233-3-1).

Le délai court à compter du jour où le CSE est réuni pour la première fois et qu'il est informé de l'opération projetée, de ses modalités d'application ainsi que du projet de licenciement collectif. Si le CSE n'a été réuni qu'au titre de l'opération projetée, le délai ne commence pas à courir tant

que le CSE n'est pas convoqué au sujet du projet de licenciement économique collectif.

Dans les entreprises où est constitué un CSE central, celui-ci tient ses réunions en premier. C'est la première réunion du CSE central qui fait courir le délai. Les CSE d'établissements concernés doivent avoir été consultés sur les modalités d'application propres à leur établissement avant l'expiration du délai (C. trav., art. L. 1233-46; Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 2).

Si le CSE rend ses avis au-delà des délais susmentionnés, la régularité de la procédure d'information et de consultation n'en est pas affectée (CE, 22 mai 2019, n° 420.780 et n° 413.342; CE, 16 avr. 2021, n° 426.287).

◆ Objet

La seconde réunion porte sur :

- la réponse motivée de l'employeur aux observations et suggestions des membres du comité,
- le contenu de l'accord majoritaire et/ou du document unilatéral comportant notamment le plan de sauvegarde de l'emploi,
- l'avis du comité sur les projets.

Les avis du CSE portent :

- sur le projet de restructuration et de compression des effectifs,
- le cas échéant, sur le projet d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail,
- sur le projet de document unilatéral ou d'accord majoritaire,
- le cas échéant, sur les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements,
- le cas échéant, sur le congé de reclassement,
- le cas échéant, sur le projet de convention FNE.

À l'issue de cette seconde réunion, les salariés des entreprises qui y sont soumises sont informés des conditions de mise en œuvre du congé de reclassement (C. trav., art. L. 1233-71; C. trav., art. R. 1233-19).

◆ Refus d'émettre un avis

En principe, le CSE qui ne rend pas d'avis au terme des délais fixés à l'article L. 1233-30 du Code du travail est réputé avoir été consulté. Néanmoins, si le refus d'émettre un avis résulte d'irrégularités ayant empêché les représentants du personnel de délibérer et de rendre un avis en toute connaissance de cause, la décision de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi qui serait prise pourrait être annulée (CAA Douai, 17 juill. 2014, n° 14DA00728; CAA

Paris, 20 avr. 2017, n° 17PA00374 : dans ces deux hypothèses le refus de formuler un avis a été jugé injustifié).

86 MODIFICATION DU DOCUMENT UNILATÉRAL APRÈS LA DERNIÈRE RÉUNION DU CSE

L'employeur peut être conduit à modifier le contenu du document unilatéral, notamment afin de répondre à certaines demandes du CSE, après la dernière réunion du comité et avant sa transmission au Dreets. Dans ce cas, s'il s'agit de modifications mineures, la décision d'homologation n'est pas illicite (CE, 13 avr. 2018, n° 386.376), à plus forte raison si la modification est introduite pour prendre en considération des demandes du CSE (CAA Paris, 12 mars 2015, n° 14PA05025).

Il a même été décidé que la circonstance selon laquelle l'employeur aurait modifié le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi postérieurement à la décision d'homologation, au demeurant pour limiter le nombre des licenciements, est par elle-même sans incidence sur la légalité de la décision d'homologation (CE, 13 avr. 2018, n° 386.376). En revanche, la procédure de consultation doit être entièrement reprise si la nouvelle version du plan de sauvegarde de l'emploi comporte des modifications substantielles apportées à l'initiative de l'employeur, notamment dans un sens défavorable aux salariés (CAA Bordeaux, 10 mars 2016, n° 15BX03992).

87 INFORMATION DU DREETS

Comme pour la première réunion du CSE, l'ensemble des informations communiquées aux représentants du personnel lors de leur convocation est communiqué simultanément au Dreets.

Ensuite, à l'issue de la seconde réunion, l'employeur transmet au Dreets le compte rendu de cette réunion ainsi que celui de la première réunion si cela n'est pas déjà fait. Ces procès-verbaux comportent les avis, suggestions et propositions du CSE (C. trav., art. L. 1233-48; C. trav., art. D. 1233-5).

88 VALIDATION DE L'ACCORD MAJORITAIRE OU HOMOLOGATION DU DOCUMENT UNILATÉRAL

◆ Validation ou homologation impérative

La procédure de licenciement collectif n'est engagée que si l'entreprise a obtenu la validation de

l'accord majoritaire ou l'homologation du document unilatéral (voire les deux, si un accord majoritaire partiel a été conclu). À défaut, les ruptures prononcées encourent la nullité.

◆ Transmission du dossier au Dreets

La demande de validation ou d'homologation est transmise au Dreets par la voie dématérialisée dès le lendemain de la dernière réunion du CSE (C. trav., art. D. 1233-14).

Le dossier de demande de validation ou d'homologation est accompagné selon les cas :

- de l'accord collectif majoritaire dont le contenu reprend l'intégralité des éléments prévus par l'article L. 1233-24-2 du Code du travail ;
- du document unilatéral élaboré par l'employeur qui reprend les éléments visés à l'article L. 1233-24-4 du Code du travail ;
- de l'accord collectif majoritaire partiel qui comporte *a minima*, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi complété dès lors par un document unilatéral qui porte sur les autres points.

L'Administration (Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 2) considère que le dossier est réputé complet dès lors que conformément à l'article D. 1233-14-1 du Code du travail, il comporte les éléments suivants :

- le plan de sauvegarde de l'emploi,
- les modalités d'information et de consultation du CSE (nombre et dates des réunions et éventuellement du CSE central et des CSE d'établissements, l'information éventuelle de la désignation d'un expert et le rapport de l'expert),
- la pondération des critères d'ordre des licenciements et son périmètre d'application,
- le calendrier des licenciements (date de début et de fin de la mise en œuvre du PSE, date éventuelle de la mise en œuvre anticipée des reclassements internes, date de notification des licenciements économiques ou des ruptures de contrats de travail),
- le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées,
- les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues en application de l'article L. 1233-4 du Code du travail,
- en cas d'accord collectif sur le PSE, un tableau récapitulatif du résultat des dernières élections de la mesure de la représentativité des organisations syndicales permettant de s'assurer que l'accord est majoritaire.

Il a été jugé que l'Administration ne peut être régulièrement saisie d'une demande d'homologation d'un document unilatéral fixant le

contenu d'un PSE que si cette demande est accompagnée des avis rendus par le CSE ou, en l'absence de ces avis, si le CSE est réputé avoir été consulté (CE, 22 mai 2019, n° 420.780).

◆ Réception du dossier

Lorsque le Dcrets reçoit le dossier, il vérifie que celui-ci est complet.

Lorsque le dossier est complet, il en informe, par tout moyen permettant de donner une date certaine, l'employeur, le CSE ainsi que les organisations syndicales représentatives en cas de conclusion d'un accord collectif majoritaire. Il s'agit de l'étape de vérification de la « complétude » du dossier. La date qui fait courir le délai d'instruction est mentionnée (C. trav., art. D. 1233-14-1 ; Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 2).

Lorsque le dossier n'est pas complet, le délai est en principe reporté à la date à laquelle l'employeur aura complété les informations manquantes.

◆ Étendue du contrôle

► Principe

Le contrôle de l'autorité administrative ne porte pas sur le motif économique ou sur les choix économiques opérés par l'employeur (Instr. DGEFP n° 2013-10, 26 juin 2013 ; CE, 30 mai 2016, n° 383.928 ; CAA Bordeaux, 30 juin 2014, n° 14BX01084).

L'Administration indique (Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 2) qu'elle procède à un contrôle :

- « restreint » si un accord majoritaire lui est soumis ;
- « renforcé » si un plan unilatéral lui est soumis.

► Validation d'un accord collectif majoritaire

L'autorité administrative valide l'accord collectif majoritaire dès lors qu'elle s'est assurée de (C. trav., art. L. 1233-57-2) :

- sa conformité aux dispositions légales,
- la régularité de la procédure d'information et de consultation du CSE,
- la présence dans le plan de sauvegarde de l'emploi d'un plan de reclassement,
- la mise en œuvre effective, le cas échéant, des obligations pesant sur l'employeur en cas de fermeture d'un établissement (voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Le licenciement économique II »).

Pour le Conseil d'État, l'article L. 1233-57-2 du Code du travail fixe (notamment par renvoi à l'article L. 1233-24-3) les dispositions aux-

quelles un accord collectif majoritaire ne peut déroger. Il en résulte qu'un refus de validation ne peut reposer que sur une méconnaissance de ces dispositions ou sur la présence de clauses qui entachent l'accord de nullité, en raison de leur caractère discriminatoire (CE, 10 oct. 2018, n° 395.280).

C'est ainsi qu'une décision de validation ne peut être annulée au motif que le plan de reclassement prévu par l'accord collectif est insuffisant au regard du nombre de postes vacants au sein de l'entreprise (CE, 7 déc. 2015, n° 383.856). En revanche, l'annulation est encourue dès lors que les représentants du personnel (en l'espèce le CHSCT) n'ont pas été régulièrement consultés (CE, 21 oct. 2015, n° 386.123).

En outre, le contrôle doit porter sur la validité de la signature de l'accord. Il doit alors être vérifié que l'accord a été signé pour le compte d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations représentatives lors du premier tour des dernières élections professionnelles au sein de l'entreprise (CE, 22 juill. 2015, n° 385.668 ; CE, 30 mai 2016, n° 385.730).

► Homologation d'un document unilatéral

En l'absence d'accord collectif ou en cas d'accord majoritaire partiel, le Dcrets contrôle le document unilatéral en vérifiant (C. trav., art. L. 1233-57-3) :

- la conformité de son contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles relatives aux éléments mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2 (information et consultation du CSE, pondération et périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, calendrier des licenciements, etc.) ;
- la régularité de la procédure d'information et de consultation du CSE ;

À NOTER

Le Dcrets ne peut accorder l'homologation demandée que si le comité a été mis à même d'émettre régulièrement un avis :

- d'une part sur l'opération projetée et ses modalités d'application ;
- et, d'autre part, sur le projet de licenciement collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi.

Il appartient à ce titre au Dcrets de s'assurer que l'employeur a adressé au CSE, avec la convocation à sa première réunion, ainsi que, le cas échéant, en réponse à des demandes exprimées par le comité, tous les éléments utiles pour qu'il formule ses deux avis en toute connaissance de cause (CE, 15 mars 2017, n° 387.728) dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation (CE, 22 mai 2019, n° 407.401). Lorsque l'assistance d'un

expert a été demandée, l'Administration doit également s'assurer que celui-ci a pu exercer sa mission dans des conditions permettant au CSE de formuler ses avis en toute connaissance de cause (CE, 13 avr. 2018, n° 386.376).

- le recours au contrat de sécurisation professionnelle ou au congé de reclassement ;
- que le plan de sauvegarde de l'emploi répond aux sujétions qui lui sont légalement imposées par les articles L. 1233-61 à L. 1233-63 du Code du travail en fonction des critères suivants :
 - les moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe ;
 - les mesures d'accompagnement prévues au regard de l'importance du projet de licenciement ;
 - les efforts de formation et d'adaptation tels que mentionnés aux articles L. 1233-4 et L. 6321-1 du Code du travail.

– la mise en œuvre effective, le cas échéant, des obligations pesant sur l'employeur en cas de fermeture d'un établissement (voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Le licenciement économique II »).

◆ Délai d'instruction

Le délai dont dispose le Dreets pour rendre sa décision est de (C. trav., art. L. 1233-57-4) :

- 15 jours en cas d'accord collectif majoritaire (décision de validation) ;
- 15 jours en cas d'accord collectif majoritaire partiel complété par un document unilatéral (décision de validation et d'homologation) ;
- 21 jours en cas de document unilatéral (décision d'homologation).

Le délai court à compter de la date de réception du dossier complet. La réception d'un dossier incomplet ne fait pas courir le délai d'instruction (C. trav., art. D. 1233-14-1).

◆ Procédure non contradictoire

La procédure préalable à la décision de l'Administration ne constitue pas une procédure contradictoire au cours de laquelle les parties doivent être mises à même de faire valoir leurs observations (CAA Douai, 29 sept. 2020, n° 20DA00636).

◆ Notification de la décision

La décision expresse d'autorisation ou d'homologation est notifiée à l'employeur, au CSE, éventuellement aux organisations syndicales représentatives signataires si un accord collectif majoritaire est conclu.

La décision est adressée par tout moyen permettant de lui conférer une date certaine et au

plus tard le dernier jour du délai d'instruction (C. trav., art. D. 1233-14-2).

Le silence gardé par l'autorité administrative pendant les délais de 15 ou 21 jours se traduit par une décision d'acceptation de validation ou d'homologation.

Ce silence impose à l'employeur, au terme du délai d'instruction, de transmettre une copie de la demande de validation ou d'homologation, accompagnée de son avis de réception par l'Administration, au CSE et, si elle porte sur un accord collectif, aux organisations syndicales représentatives signataires.

Un recours peut être opéré contre la décision du Dreets.

◆ Motivation de la décision

▶ Décision de validation ou d'homologation

La décision de validation ou d'homologation doit être motivée. Le Dreets doit, par cette motivation, faire en sorte que les personnes, autres que l'employeur, auxquelles est notifiée cette décision puissent à sa seule lecture en connaître les motifs (CE 22 juill. 2015, n° 385.816 ; CE, 24 nov. 2017, n° 389.443).

Si la décision d'homologation ou de validation doit énoncer les éléments de droit et de fait qui en constituent le fondement, elles n'impliquent ni que l'Administration prenne explicitement parti sur le respect de chacune des règles dont il lui appartient d'assurer le contrôle, ni qu'elle retrace dans la motivation de sa décision les étapes de la procédure préalable à son édicton (CE 22 juill. 2015, n° 385.816 ; CE, 28 mars 2018, n° 393.178).

Concernant la décision d'homologation, doivent figurer les éléments (CE, 22 mai 2019, n° 420.780) :

- relatifs à la régularité de la procédure d'information et de consultation des instances représentatives du personnel ;
- ainsi que, le cas échéant, tout élément sur lequel l'Administration aurait été, en raison des circonstances propres à l'espèce, spécifiquement amenée à porter une appréciation.

Dans des décisions antérieures à celle du 22 mai 2019, le Conseil d'État a indiqué que devaient également figurer les éléments tenant au caractère suffisant des mesures contenues dans le plan au regard des moyens de l'entreprise (CE, 1^{er} févr. 2017, n° 391.744 ; CE, 28 mars 2018, n° 393.178).

Par exemple, dans cette dernière affaire, a été jugée comme insuffisamment motivée la décision d'homologation qui se borne à relever que le plan

comporte « la mise en œuvre de mesures d'aide au reclassement, notamment d'aide à la création d'entreprise, à la formation et à la mobilité, l'allocation temporaire dégressive ainsi que le contrat de sécurisation professionnelle », sans se prononcer sur le caractère suffisant de ces mesures (CE, 28 mars 2018, n° 393.178).

Dans l'arrêt du 22 mai 2019 précité, il a été jugé que la décision d'homologation qui ne fait pas mention du montant global de l'enveloppe allouée au financement du plan de reclassement ou qui ne fait pas mention du secteur d'activité n'est pas irrégulière (CE, 22 mai 2019, n° 420.780).

Enfin, une décision de validation ou d'homologation n'a pas à mentionner spécifiquement une injonction adressée par l'Administration à l'employeur (CE, 22 juill. 2015, n° 385.816).

► **Décision de refus d'homologation**

Lorsque l'Administration refuse l'homologation demandée, il lui incombe seulement d'énoncer les éléments de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision (CE, 24 nov. 2017, n° 389.443).

◆ **Information des salariés**

L'employeur porte à la connaissance des salariés sur les lieux de travail par affichage, ou tout autre moyen permettant de conférer date certaine à cette information (C. trav., art. L. 1233-57-4) :

- la décision de validation ou d'homologation (décision expresse) ou une copie de la demande de validation ou d'homologation accompagnée de son avis de réception par l'Administration (décision tacite),
- les voies et délais de recours.

Le délai de recours contre une décision implicite d'homologation ne court, à l'égard des salariés de l'entreprise, qu'à compter du jour où, postérieurement à la naissance de cette décision implicite, ils ont été destinataires de la demande d'homologation présentée par l'employeur et de son accusé de réception par l'Administration, soit par affichage de ces documents sur leurs lieux de travail, soit par tout autre moyen permettant de donner à cette information une date certaine. Une solution dégagée par le Conseil d'État semble imposer que soit également diffusé le document soumis à homologation (CE, 7 févr. 2018, n° 399.838).

89 CONSÉQUENCES DE LA DÉCISION

ADMINISTRATIVE

◆ **Validation ou homologation**

► **Mise en œuvre du projet**

La décision de validation ou d'homologation permet à l'employeur de mettre en œuvre les mesures prévues par l'accord majoritaire ou le document unilatéral et de prononcer au final, le cas échéant, les licenciements économiques.

► **Proposition du contrat de sécurisation professionnelle**

Les entreprises qui relèvent de la réglementation relative au CSP pourront proposer celui-ci aux salariés concernés, au plus tôt, après la notification de la décision de validation ou d'homologation (C. trav., art. L. 1233-66).

Pour apprécier l'effectif nécessitant la mise en place du CSP ou du congé de reclassement, la date à laquelle il convient de se placer est la date d'engagement de la procédure de licenciement et non pas la date de la décision d'homologation du PSE (CE, 29 juin 2016, n° 389.278).

► **Notification des licenciements**

Sous réserve des dispositions relatives aux salariés protégés, après avoir obtenu la validation de l'accord ou l'homologation du document unilatéral, l'employeur n'est pas tenu par un délai d'attente minimum. Il peut alors prononcer les licenciements conformément aux modalités prévues dans l'accord majoritaire ou le document unilatéral (recherche de reclassement, calendrier des licenciements, etc.).

◆ **Refus de validation ou d'homologation**

Les licenciements ne peuvent être prononcés que si l'accord majoritaire est validé ou le document unilatéral homologué. À défaut, les licenciements sont nuls (C. trav., art. L. 1233-39).

L'employeur qui se voit opposer un refus de validation ou d'homologation, et qui souhaite reprendre son projet, présente une nouvelle demande après y avoir apporté les modifications nécessaires et consulté le comité social et économique (C. trav., art. L. 1233-57-7). Lorsqu'une irrégularité manifeste de procédure a conduit à cette décision, l'employeur reprend la procédure d'information-consultation au moment où a eu lieu cette irrégularité. Pour le Conseil d'État, l'employeur n'est tenu de consulter le comité sur les éléments introduits dans le nou-

veau document soumis à l'Administration que si ceux-ci auraient dû, s'ils avaient figuré dans le document initial, faire l'objet d'une consultation du comité.

Ainsi, puisque les éléments d'un PSE qui font l'objet d'un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 1233-24-1 ne sont pas soumis à la consultation du CSE (en l'espèce, du comité d'entreprise), l'employeur n'était pas tenu de consulter le CSE après avoir fait procéder, au demeurant sans en changer les termes, à une nouvelle signature de l'accord collectif que l'Administration avait refusé de valider (CE 12 juin 2019, n° 420.084).

◆ Recours contre la décision

Un recours peut être exercé contre la décision du Dcrets (voir n° 99).

◆ Suivi du PSE

Conformément à l'article L. 1233-63 du Code du travail, le plan de sauvegarde de l'emploi détermine les modalités de suivi de la mise en œuvre effective des mesures du plan de reclassement.

Le suivi donne lieu à une consultation régulière et détaillée du CSE dont l'avis est transmis à l'autorité administrative.

REMARQUE

L'accord majoritaire n'a pas, impérativement, à fixer des modalités particulières pour la consultation obligatoire du CSE sur le suivi de la mise en œuvre des mesures contenues dans le plan de reclassement (CE, 7 févr. 2018, n° 403.989). Cette solution paraît transposable au document unilatéral.

Le Dcrets qui est associé au suivi de ces mesures pourra notamment participer au comité de suivi du PSE.

◆ Bilan

Dans le délai d'un mois à compter de la fin de la mise en œuvre des mesures de reclassement (CSP ou congé de reclassement) un bilan de la mise en œuvre effective du PSE doit être adressé au Dcrets (C. trav., art. D. 1233-14-4). Le contenu a été défini par arrêté du 3 avril 2014 (NOR : ETS1407910A, JO 2 mai).

➔ Pour plus de détails sur le suivi et le bilan du plan de sauvegarde de l'emploi, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Le licenciement économique II ».

➔ Voir les calendriers de procédure, p. 79 et s.

Entreprise sans représentants du personnel

90 ÉTABLISSEMENT DES CRITÈRES DE L'ORDRE DE LICENCIEMENT

En l'absence de dispositions conventionnelles, l'employeur doit établir les critères de l'ordre des licenciements (C. trav., art. L. 1233-5; voir n° 42 et s.).

91 PSE DANS LES ENTREPRISES D'AU MOINS 50 SALARIÉS

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de 30 jours, l'employeur établit un plan de sauvegarde de l'emploi. Il est destiné à éviter les licenciements ou en limiter le nombre et faciliter le reclassement du personnel sur le territoire national dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment celui des salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile (C. trav., art. L. 1233-61). Le plan doit être repris au sein du document unilatéral établi l'employeur (par hypothèse, l'entreprise ne dispose pas de délégué syndical pouvant conclure un accord majoritaire).

En l'absence de représentants du personnel, ce plan est :

- communiqué au Dcrets en même temps que la notification du projet de licenciement,
- porté à la connaissance des salariés par tout moyen sur les lieux de travail (C. trav., art. L. 1233-49).

Le Code du travail ne précise pas dans quel délai satisfaire à cette obligation. Il semble logique que l'information du personnel ait lieu en même temps que la communication du plan de sauvegarde de l'emploi à l'Administration.

Le Dcrets peut faire des propositions, portées à la connaissance des salariés par voie d'affichage sur les lieux de travail. La réponse motivée de l'employeur à ces propositions est également affichée (C. trav., art. L. 1233-57).

➔ Pour de plus amples développements sur le plan de sauvegarde de l'emploi, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Le licenciement économique II ».

92 ENTRETIEN PRÉALABLE

La procédure de licenciement économique d'au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours comporte un entretien préalable

lorsque l'entreprise est dépourvue de représentants du personnel. Cette obligation d'entretien se déduit *a contrario* du premier alinéa de l'article L. 1233-38 du Code du travail au terme duquel : « Lorsque l'employeur procède au licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours et qu'il existe un comité social et économique dans l'entreprise, la procédure d'entretien préalable au licenciement ne s'applique pas. »

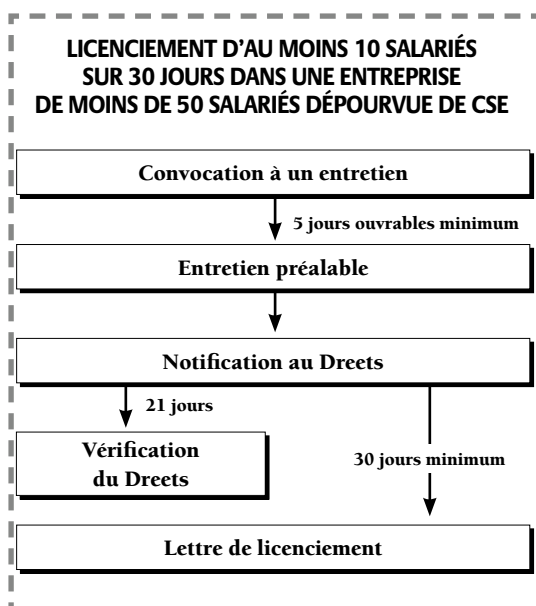
Lors de l'entretien, l'employeur informe le salarié de la possibilité de bénéficier du congé de reclassement, ou propose le contrat de sécurisation professionnelle.

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, il semble logique que ces entretiens se déroulent après l'homologation du document unilatéral puisque celui-ci détermine notamment les critères d'ordre des licenciements et les mesures de reclassement. Ce n'est qu'une fois homologué que l'employeur pourra identifier les salariés susceptibles d'être licenciés. Il s'agira des salariés dont le reclassement est impossible malgré les mesures du PSE et qui seront désignés par les critères d'ordre de licenciement.

93 NOTIFICATION DU PROJET DE LICENCIEMENT AU DREETS

◆ **Informations transmises**

L'employeur notifie par voie dématérialisée (<https://ruptures-collectives.emploi.gouv.fr>) le projet de licenciement au Dreets (C. trav., art. L. 1233-46; C. trav., art. D. 1233-4 et s.).



Cette notification revêt une importance particulière, dans la mesure où elle fait courir les délais d'attente avant l'envoi des lettres de licenciement pour les entreprises de moins de 50 salariés (C. trav., art. L. 1233-39).

L'employeur doit communiquer les informations qu'il aurait dû transmettre aux représentants du personnel en application de l'article L. 1233-31 du Code du travail, et le cas échéant, le plan de sauvegarde de l'emploi.

Sont précisés (C. trav., art. R. 1233-9) :

- le nom et l'adresse de l'employeur,
- la nature de l'activité et l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement,
- le nombre de licenciements envisagés,
- les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement,
- les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements,
- le nombre de salariés permanents ou non, employés dans l'établissement,
- le calendrier prévisionnel des licenciements,
- les mesures de nature économique envisagées,
- pour les entreprises de moins de 50 salariés, les mesures envisagées pour limiter le nombre de licenciements et faciliter le reclassement (C. trav., art. L. 1233-32),
- le cas échéant, les conséquences de la réorganisation en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail,
- le procès-verbal de carence des institutions représentatives du personnel (C. trav., art. D. 1233-10).

Lorsque l'entreprise emploie au moins 50 salariés, l'employeur joint également le plan de sauvegarde de l'emploi.

◆ **Contrôle de l'Administration**

▶ **Entreprise de moins de 50 salariés**

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, le Dreets vérifie, dans le délai de 21 jours à compter de la date de la notification du projet de licenciement, que :

- les obligations relatives à l'élaboration des mesures sociales prévues par l'article L. 1233-32 du Code du travail ou par des conventions ou accords collectifs de travail ont été respectées,
- les mesures prévues à l'article L. 1233-32 du Code du travail seront effectivement mises en œuvre (C. trav., art. L. 1233-53).

Lorsque le Dreets relève une irrégularité de procédure au cours des vérifications qu'il effectue, il adresse à l'employeur un avis précisant la nature de l'irrégularité constatée.

Le Dreets peut formuler des observations sur les mesures sociales prévues à l'article L. 1233-32 du Code du travail.

L'employeur répond aux observations du Dreets. Si cette réponse intervient après le délai d'envoi des lettres de licenciement prévu à l'article L. 1233-39 du Code du travail, celui-ci est reporté jusqu'à la date d'envoi de la réponse à l'autorité administrative. Les lettres de licenciement ne peuvent être adressées aux salariés qu'à compter de cette date (C. trav., art. L. 1233-56).

► **Entreprise d'au moins 50 salariés**

Pour les procédures engagées dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le Dreets est saisi d'une demande d'homologation du document unilatéral établi par l'employeur. À compter de la date de réception du dossier de demande d'homologation complet, le Dreets dispose d'un délai d'instruction de 21 jours pour se prononcer.

Il peut présenter toutes propositions pour compléter ou modifier le plan de sauvegarde de l'emploi en tenant compte de la situation

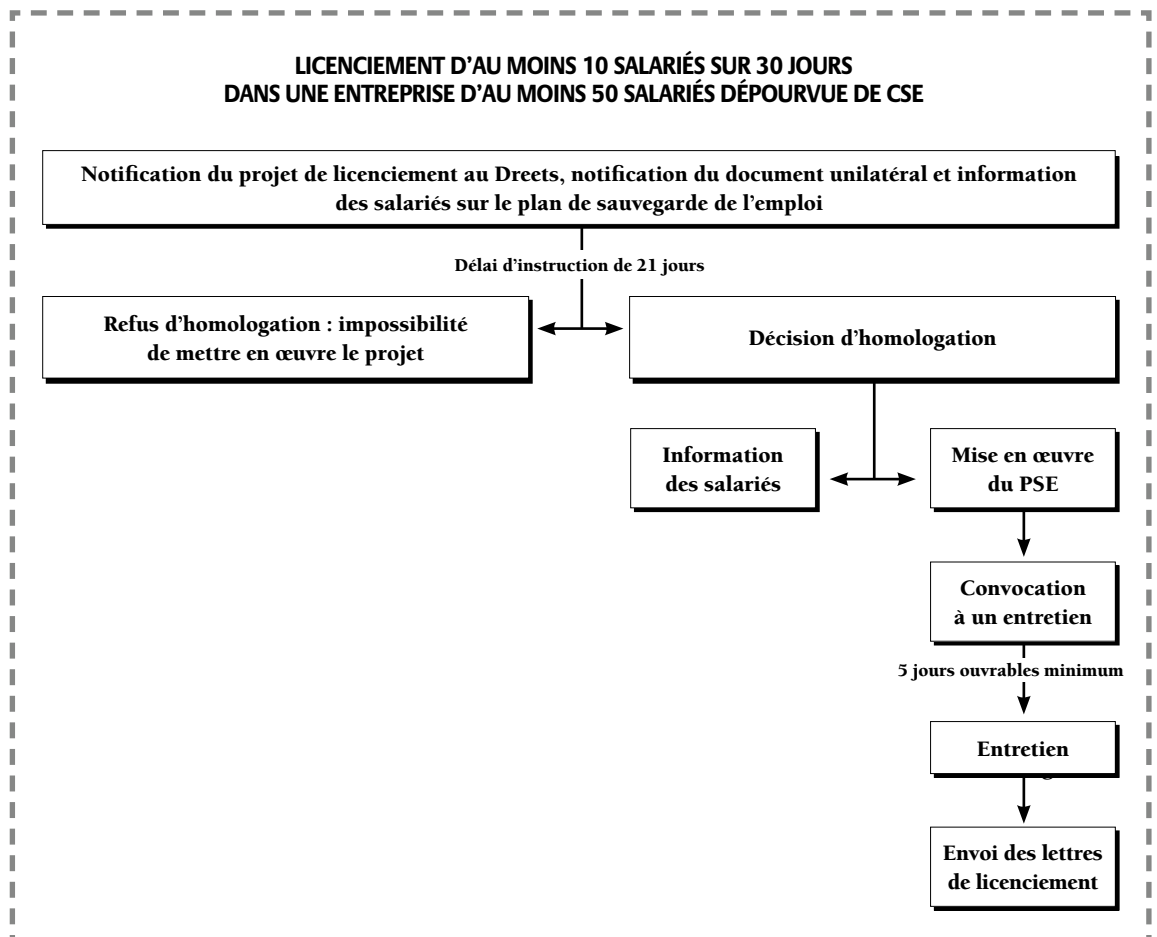
économique de l'entreprise. En l'absence de représentants du personnel, ces propositions ainsi que la réponse motivée de l'employeur, qu'il adresse à l'autorité administrative, sont portées à la connaissance des salariés par voie d'affichage sur les lieux de travail (C. trav., art. L. 1233-57).

De même, l'employeur porte à la connaissance des salariés par affichage sur les lieux de travail ou tout autre moyen permettant de conférer date certaine à cette information (C. trav., art. L. 1233-57-4):

- la décision d'homologation (décision expresse) ou une copie de la demande d'homologation accompagnée de son avis de réception par l'Administration (décision tacite),
- les voies et délais de recours.

94 **PROPOSITION DU CONTRAT DE SÉCURISATION PROFESSIONNELLE**

Les entreprises d'au moins 50 salariés dans l'obligation de proposer le CSP ne pourront procéder à cette démarche qu'une fois la décision d'homologation acquise (C. trav., art. L. 1233-66).



**95 NOTIFICATION DES LICENCIEMENTS
AUX SALARIÉS**

◆ **Entreprise de moins de 50 salariés**

Les lettres de licenciement ne peuvent être adressées par l'employeur aux salariés concernés avant l'expiration d'un délai de 30 jours courant à compter de la notification du projet de licenciement à l'Administration (*C. trav., art. L. 1233-39*).

Une convention ou un accord collectif peut prévoir des délais plus longs.

Toutefois, les lettres de licenciements ne peuvent pas être notifiées tant que l'employeur n'a pas répondu aux observations portant sur les mesures sociales formulées par l'autorité administrative (*C. trav., art. L. 1233-56*).

Chaque lettre comporte les mêmes mentions qu'en cas de licenciement économique individuel (*voir n° 56*).

◆ **Entreprise d'au moins 50 salariés**

Les lettres de licenciement ne peuvent être adressées que dans l'hypothèse où le Dcrets a homologué le document unilatéral. À défaut, les licenciements sont nuls (*C. trav., art. L. 1233-39*).

➔ *Voir les calendriers de procédure, p. 79 et s.*

◆ **Entretien préalable**

Le licenciement d'un salarié protégé, peu importe la nature de son mandat (*Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 08-45.227 P*), est toujours précédé d'un entretien préalable, quelle que soit l'importance du licenciement collectif dans lequel il est inclus (*Cass. soc., 10 mai 1999, n° 97-40.510; CE, 28 sept. 2005, n° 266.023*).

Cet entretien :

– se déroule à l'issue de la procédure de consultation du CSE sur le projet de licenciement pour motif économique ;

– a lieu avant la consultation du CSE, lorsque celle-ci est nécessaire, sur le sort du salarié protégé (*C. trav., art. R. 2421-8*) ;

– a lieu avant la présentation de la demande d'autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail (*C. trav., art. R. 2421-3*).

Si le salarié n'est pas convoqué, la procédure est substantiellement viciée. L'inspecteur du travail ne peut alors donner son autorisation de licenciement (*CE, 11 juin 2007, n° 286.224*).

De même, est considérée comme irrégulière l'autorisation délivrée par l'inspecteur du travail alors que le représentant du personnel n'a été convoqué à l'entretien préalable qu'après la consultation du CSE et la décision d'autorisation de licenciement (*CE, 15 mai 1995, n° 148.320*).

◆ **Consultation du CSE**

Cette consultation porte sur le projet de licenciement des salariés protégés et est préalable à la saisine de l'inspecteur du travail.

Le CSE n'est pas consulté sur le projet de licenciement économique de tous les salariés protégés. Cette procédure doit être engagée pour une partie d'entre eux. Sont visés expressément par l'article L. 2421-3 du Code du travail :

– les membres titulaires ou suppléants du CSE (*C. trav., art. L. 2411-5*) ;

– les représentants syndicaux au CSE (*C. trav., art. L. 2411-5*) ;

– les représentants de proximité (*C. trav., art. L. 2411-8*).

Au cours de la réunion du CSE, le salarié protégé dont le licenciement est envisagé est convoqué et entendu.

La convocation du CSE et la communication de l'ordre du jour sur le projet de licenciement des salariés protégés doivent avoir lieu trois jours au moins avant la séance (*C. trav., art. L. 2315-30*).

En l'absence de CSE, l'inspecteur du travail est directement saisi du projet de licenciement (*C. trav., art. L. 2421-3*). Il en est de même lorsque le CSE a été dissous en raison de l'annu-

**LICENCIEMENT
DES REPRÉSENTANTS
DU PERSONNEL**

96 PROCÉDURE PROTECTRICE

La protection propre aux représentants du personnel joue pour tous les modes de rupture du contrat de travail. Si un ou plusieurs salariés protégés sont compris dans un licenciement économique, la procédure à suivre doit comporter les formalités spécifiques relatives au licenciement des représentants du personnel, lesquelles s'articulent avec celles relatives au projet global de licenciement pour motif économique.

Cette protection s'impose même si la rupture résulte d'un accord entre l'employeur et le salarié dans le cadre d'un plan lié au départ volontaire (*Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-42.476 P*).

97 ÉTAPES DE LA PROCÉDURE

La procédure se déroule de la manière suivante :

lation des élections professionnelles (CE, 3 sept. 2009, n° 303.393).

◆ Demande d'autorisation à l'inspecteur du travail

Dans tous les cas, l'employeur doit ensuite demander à l'inspecteur du travail l'autorisation de licencier le représentant du personnel. Cette demande est adressée dans les 15 jours suivant la consultation spéciale du CSE sur le licenciement des salariés protégés (C. trav., art. R. 2421-1 et art. R. 2421-10). En l'absence de CSE, aucun délai n'est prévu par les textes.

L'employeur joint à la demande d'autorisation de licenciement le procès-verbal de la réunion du comité, lorsque celle-ci est obligatoire et, le cas échéant, la copie de la notification du projet de licenciement qu'il a précédemment adressée au Dreets (C. trav., art. R. 2421-1, art. R. 2421-2, art. R. 2421-10 et art. R. 2421-13).

La demande d'autorisation de licenciement doit préciser le motif économique. Ainsi, en cas de réorganisation, l'employeur doit indiquer si celle-ci est justifiée par des difficultés économiques, par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou encore par des mutations technologiques. À défaut, l'autorisation ne peut être accordée (CE, 26 sept. 2018, n° 401.509).

◆ Enquête contradictoire

L'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire, au cours de laquelle sont notamment vérifiés la réalité et le sérieux du motif économique, l'absence de lien avec le mandat ou l'existence d'un motif d'intérêt général. Lorsque le licenciement est inclus dans un PSE, l'inspecteur du travail ne peut ni apprécier la validité du PSE ni, plus généralement, procéder aux contrôles incombant au Dreets (CE, 19 juill. 2017, n° 391.849). Ainsi, l'inspecteur du travail ne peut remettre en cause le périmètre du groupe de reclassement qui a été déterminé par le PSE pour apprécier s'il a été procédé à une recherche sérieuse de reclassement du salarié protégé (CE, 22 juill. 2021, n° 427.004).

L'inspecteur du travail ne peut motiver son autorisation de licenciement par le souhait du salarié de quitter l'entreprise (CE, 2 juill. 2014, n° 368.590).

Lorsqu'à l'occasion du projet de licenciement économique, l'employeur présente des demandes d'autorisation de licenciement d'au moins 25 salariés protégés, l'inspecteur du travail met à même le salarié de lui présenter ses observations écrites et, sur sa demande,

des observations orales. Le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat. En outre, l'inspecteur du travail peut procéder à une enquête contradictoire « classique » (C. trav., art. R. 2421-4 et art. R. 2421-11).

◆ Décision de l'inspecteur

L'inspecteur fait connaître sa décision dans un délai de deux mois (C. trav., art. R. 2421-4 et art. R. 2421-11).

Si le licenciement est autorisé par l'inspecteur du travail, l'employeur peut alors notifier le licenciement du représentant du personnel. L'employeur qui licencie un salarié protégé malgré le refus de l'inspecteur du travail, se rend coupable du délit d'entrave, quel que soit le bien-fondé de la décision administrative (Cass. crim., 5 déc. 1989, n° 89-82.031).

➔ **Pour en savoir plus**, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « La protection des représentants du personnel ».

CONTRÔLE DE LA RÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE ET DU LICENCIEMENT

98 PRÉSENTATION

Les contentieux nés à l'occasion de procédures de « grand licenciement économique » (licenciements d'au moins 10 salariés dans une entreprise d'au moins 50 salariés sur une période de 30 jours) se partagent entre la compétence du juge judiciaire et du juge administratif. Pour les autres procédures de licenciement, le juge judiciaire est seul compétent.

99 LICENCIEMENTS D'AU MOINS 10 SALARIÉS DANS LES ENTREPRISES D'AU MOINS 50 SALARIÉS

◆ Compétence du juge administratif

La contestation de la décision du Dreets de refus de validation de l'accord majoritaire ou d'homologation du document unilatéral de l'employeur (voir n° 89) relève de la compétence exclusive des juridictions administratives.

La juridiction judiciaire est incompétente (Cass. soc., 28 mars 2018, n° 15-21.372 P).

Le recours est exclusif de tout autre recours dirigé directement contre les autres actes inter-

venant au cours de la procédure (*C. trav., art. L. 1235-7-1*), tel que l'accord collectif majoritaire, le document unilatéral élaboré par l'employeur, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les demandes d'injonction (*CAA Douai, n° 19DA01429, 10 sept. 2019*), la régularité de la procédure de licenciement collectif (*Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juill. 2013, fiche n° 3*). Ces éléments peuvent néanmoins être contestés, mais uniquement dans le cadre du litige relatif à la décision administrative (*C. trav., art. L. 1235-7-1*).

Le recours ne peut donc intervenir qu'une fois la procédure d'information-consultation achevée et après que le Dreets a rendu sa décision.

◆ Qualité pour agir

Le recours contre la décision du Dreets peut être exercé par :

- les syndicats présents dans l'entreprise (*CE, 22 juill. 2015, n° 383.481*) ;
- une fédération syndicale (*CAA Marseille, 15 avr. 2014, n° 14MA00387*) ;
- une union de syndicats (*CE, 22 juill. 2015, n° 383.481*) ;
- un comité d'entreprise (*CE, 13 avr. 2018, n° 386.376*), et donc par un comité social et économique ;
- le salarié justifiant d'un intérêt suffisant pour demander l'annulation d'une décision de validation ou d'homologation d'un PSE. Le salarié qui se voit proposer une modification de son contrat de travail susceptible d'entraîner, en cas de refus de sa part, son licenciement pour motif économique justifie d'un intérêt pour agir (*CE, 22 juill. 2015, n° 385.668 et n° 386.496*).

En revanche, le Conseil d'État a refusé de reconnaître qualité pour agir au CHSCT (*CE, 21 oct. 2015, n° 386.123*).

◆ Suspension en référé de la décision de validation ou d'homologation

L'article L. 521-1 du Code de justice administrative prévoit que le juge des référés peut ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative, qui fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation :

- lorsque l'urgence le justifie ;
- et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Pour le Conseil d'État, la condition d'urgence ne doit pas, par principe, être regardée comme remplie dans le cas où est demandée la suspension

Santé et sécurité des salariés dans le cadre d'un PSE : quel juge est compétent ?

La question de la répartition des compétences entre l'autorité administrative, sous le contrôle du juge administratif, et le juge judiciaire pour les questions inhérentes à la santé et la sécurité des salariés a été tranchée par le Tribunal des conflits.

Pour ce dernier, dans le cadre d'une réorganisation qui donne lieu à l'élaboration d'un PSE, l'autorité administrative doit vérifier le respect, par l'employeur, de ses obligations en matière de prévention des risques pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

Le contrôle administratif porte tant sur la régularité de l'information et de la consultation des institutions représentatives du personnel que sur les mesures prises par l'employeur pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs au titre des modalités d'application de l'opération projetée. Ce contrôle n'est pas séparable de ceux effectués dans le cadre de l'homologation ou de la validation du PSE.

Le juge judiciaire est, pour sa part, compétent pour assurer le respect par l'employeur de son obligation de sécurité lorsque la situation à l'origine du litige, soit est sans rapport avec le projet de licenciement collectif, l'opération de réorganisation et de réduction des effectifs en cours, soit est liée à la mise en œuvre de l'accord ou du document ou de l'opération de réorganisation.

Ainsi, le litige concernant l'insuffisance des mesures d'évaluation et de prévention des risques dans le cadre d'un projet de réorganisation donnant lieu à élaboration d'un PSE relève de la compétence administrative (*T. confl., 8 juin 2020, n° 4189*).

En outre, les demandes tendant au contrôle des risques psychosociaux consécutifs à la mise en œuvre du projet de restructuration doivent être dirigées devant le juge judiciaire (*Cass. soc., 14 nov. 2019, n° 18-13.887 P*).

d'une décision de validation ou d'homologation portant sur un plan de sauvegarde de l'emploi. Par exemple, la gravité des conséquences des suppressions d'emploi envisagées sur la situation professionnelle et patrimoniale des salariés concernés ne caractérise pas nécessairement une telle urgence (*CE, 21 févr. 2014, n° 374.409*).

◆ Compétence du juge judiciaire

Le contrôle du contenu du PSE relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative (*Cass. soc., 21 nov. 2018, n° 17-16.766 P*).

À NOTER

Ainsi, si le juge judiciaire demeure compétent pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement, cette appréciation ne peut méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs. Le juge judiciaire ne peut remettre en cause l'appréciation de l'autorité administrative sur le document unilatéral de l'employeur ayant fixé le contenu du plan de reclassement intégré au plan de sauvegarde de l'emploi (*Cass. soc., 21 nov. 2018, n° 17-16.766 P*).

Le juge prud'homal est compétent pour les litiges qui résultent du licenciement prononcé à l'encontre du salarié. Il peut ainsi contrôler notamment :

- l'application des mesures comprises dans un PSE (*Cass. soc.*, 27 mai 2021, n° 18-26.744 P). Ainsi, le juge judiciaire demeure compétent pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement, mais il ne peut pas trancher le litige concernant les recherches de postes de reclassement dans l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi qui relève de la compétence administrative (*Cass. soc.*, 11 déc. 2019, n° 17-31.673);
- l'application des critères d'ordre;
- l'indemnisation du salarié licencié alors que le juge administratif a annulé la décision de validation ou d'homologation.

À NOTER

Lorsque le juge judiciaire procède au contrôle de l'application des mesures du PSE, il doit prendre en considération la décision de l'autorité administrative ayant validé l'accord collectif ou homologué le document unilatéral ainsi que l'autorité de la chose jugée par le juge administratif lorsque ce dernier a été saisi. Dans ces conditions, un salarié peut se prévaloir, à l'appui de ses demandes, du défaut de validité de l'accord majoritaire portant PSE résultant d'une décision du juge administratif (*Cass. soc.*, 27 mai 2021, n° 18-26.744 P).

Le juge contrôle la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique. Il lui appartient de contrôler le caractère sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier que la situation économique de l'entreprise justifie les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagées par l'employeur. Il est à noter que le juge ne peut se substituer à l'employeur quant aux choix économiques (pour un exemple en matière de réorganisation : *Cass. soc.*, 14 sept. 2010, n° 09-66.657).

Dans ces hypothèses, le salarié agit devant la juridiction prud'homale afin de faire constater les irrégularités concernant son propre licenciement.

En outre, il a été décidé que le juge judiciaire demeure « compétent pour connaître de l'action

exercée par les salariés licenciés aux fins de voir constater une violation des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, de nature à priver d'effet les licenciements économiques prononcés à l'occasion du transfert d'une entité économique autonome, et de demander au repreneur la poursuite des contrats de travail illégalement rompus ou à l'auteur des licenciements illégaux la réparation du préjudice en résultant » (*Cass. soc.*, 10 juin 2020, n° 18-26.229 P).

➔ **Sur les indemnités dues** en cas de licenciement irrégulier, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Le licenciement économique II ».

À NOTER

Toute contestation portant sur le licenciement pour motif économique se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité social et économique ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement pour motif économique, à compter de la notification de celui-ci (*C. trav.*, art. L. 1235-7).

100 AUTRES LICENCIEMENTS

Les licenciements de moins de 10 salariés dans toutes les entreprises et les licenciements d'au moins 10 salariés dans les entreprises de moins de 50 salariés sont de la compétence exclusive du juge judiciaire.

Il peut ainsi notamment contrôler la cause réelle et sérieuse du licenciement, le sérieux des recherches de reclassement, l'application des critères d'ordre des licenciements. À ces compétences s'ajoute le pouvoir de contrôler la régularité de la mise en œuvre de la procédure. Il pourra ainsi notamment contrôler que toutes les démarches relatives à l'information et la consultation des représentants du personnel ont été réalisées.

➔ **Pour plus de détails**, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Le licenciement économique II ».

Les calendriers de procédure

La procédure de licenciement économique n'est pas la même en fonction de la taille de l'entreprise, du nombre de salariés concernés par le projet de licenciement, et selon que celle-ci dispose ou non d'institutions représentatives du personnel (IRP). Afin d'identifier les différents types de procédure et les délais à respecter pour chaque étape, nous vous proposons plusieurs calendriers concernant :

- le licenciement économique individuel ;
- le licenciement collectif de 2 à 9 salariés. Trois hypothèses sont alors à distinguer : si l'entreprise concernée ne comporte pas de comité social et économique (CSE) ; si l'entreprise de moins de 50 salariés est dotée d'un CSE ; si l'entreprise d'au moins 50 salariés comporte un CSE ;
- le licenciement d'au moins 10 salariés sur 30 jours dans une entreprise de moins de 50 salariés. La procédure diffère selon que l'entreprise est ou non dotée d'un CSE ;
- le licenciement d'au moins 10 salariés sur 30 jours dans une entreprise d'au moins 50 salariés. Là encore, plusieurs procédures sont à distinguer : celle applicable lorsque l'entreprise ne comporte pas d'IRP et celle applicable lorsque celle-ci en est dotée. Dans ce dernier cas, la procédure sera différente selon que le CSE décide ou non de recourir à un expert.

LICENCIEMENT INDIVIDUEL

J = Jour de l'entretien préalable

J - 15	Établissement de l'ordre des critères de licenciement et recherche des possibilités de reclassement		
J - 8	Convocation du CSE		
J - 7 ⁽¹⁾	Convocation à l'entretien préalable		
J - 5	Réunion du CSE dans le cadre de ses compétences générales		
J	Entretien préalable – exposé des motifs de la mesure envisagée – remise du document relatif au CSP ou information sur le congé de reclassement ⁽²⁾ .		
J + 7 ⁽¹⁾	Envoi de la lettre de licenciement si non-cadre ⁽³⁾		
J + 15	Information du Dreets du licenciement d'un non-cadre	Envoi de la lettre de licenciement si cadre ^{(1) (3)}	Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement si non cadre ⁽⁴⁾
J + 21	Expiration du délai pour accepter le CSP		
J + 23	– Information du Dreets du licenciement d'un cadre – Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement si cadre ⁽⁴⁾		
<p>⁽¹⁾ Calcul en jours ouvrables.</p> <p>⁽²⁾ CSP dans les entreprises de moins de 1 000 salariés ; congé de reclassement dans les entreprises d'au moins 1 000 salariés ou appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés.</p> <p>⁽³⁾ Envoi de la lettre de licenciement avec rappel de la date d'expiration du délai pour accepter le CSP ou proposition du congé de reclassement.</p> <p>⁽⁴⁾ C. trav., art. R. 1233-21.</p>			

LICENCIEMENT COLLECTIF DE 2 À 9 SALARIÉS

1. Entreprises sans CSE

J = Jour de l'entretien préalable

J - 15	Établissement de l'ordre des critères de licenciement et recherche des possibilités de reclassement	
J - 7 ⁽¹⁾	Convocation à l'entretien préalable	
J	Entretien préalable – exposé des motifs de la mesure envisagée – remise du document relatif au CSP ou information sur le congé de reclassement ⁽²⁾ .	
J + 7 ⁽¹⁾	Envoi de la lettre de licenciement ⁽³⁾	
J + 15	Information du Dreets du licenciement	Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement ⁽⁴⁾
J + 21	Expiration du délai pour accepter le CSP	
⁽¹⁾ Calcul en jours ouvrables. ⁽²⁾ CSP dans les entreprises de moins de 1 000 salariés ; congé de reclassement dans les entreprises d'au moins 1 000 salariés ou appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés. ⁽³⁾ Envoi de la lettre de licenciement avec rappel de la date d'expiration du délai pour accepter le CSP ou proposition du congé de reclassement. ⁽⁴⁾ C. trav., art. R. 1233-21.		

2. Entreprises de moins de 50 salariés dotées d'un CSE

J = Jour de la réunion du CSE

J - 14	Établissement de l'ordre des critères de licenciement et recherche des possibilités de reclassement	
J - 4	Convocation du CSE avec remise de documents d'information	
J	Réunion et avis du CSE ⁽¹⁾	
J + 1 ⁽²⁾	Convocation aux entretiens préalables	
J + 8 ⁽²⁾	Entretiens préalables – exposés des motifs de la mesure envisagée – remise du document relatif au CSP ou information sur le congé de reclassement ⁽³⁾	
J + 15 ⁽²⁾	Envoi des lettres de licenciement ⁽⁴⁾	
J + 23	Information du Dreets	Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement ⁽⁵⁾
J + 29	Expiration du délai pour accepter le CSP	
⁽¹⁾ L'avis du CSE est rendu sous 30 jours maximum, ce qui peut décaler d'autant la procédure. ⁽²⁾ Calcul en jours ouvrables. ⁽³⁾ CSP dans les entreprises de moins de 1 000 salariés ; congé de reclassement dans les entreprises d'au moins 1 000 salariés ou appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés. ⁽⁴⁾ Envoi de la lettre de licenciement avec rappel de la date d'expiration du délai pour accepter le CSP ou proposition du congé de reclassement. ⁽⁵⁾ C. trav., art. R. 1233-21.		

3. Entreprises d'au moins 50 salariés dotées d'un CSE

J = Jour de la réunion du CSE

J - 14	Établissement de l'ordre des licenciements et recherche des possibilités de reclassement	
J - 4	Convocation du CSE avec remise de documents d'information	
J	Réunion et avis du CSE ⁽¹⁾	
J + 1 ⁽²⁾	Convocation aux entretiens préalables	
J + 8 ⁽²⁾	Entretiens préalables – exposés des motifs de la mesure envisagée – remise du document relatif au CSP ou information sur le congé de reclassement ⁽³⁾	
J + 15 ⁽²⁾	Envoi des lettres de licenciement ⁽⁴⁾	
J + 23	– Information du Dreets	– Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement ⁽⁵⁾
J + 29	Expiration du délai pour accepter le CSP	
⁽¹⁾ L'avis du CSE est rendu sous 30 jours maximum, ce qui peut décaler d'autant la procédure. ⁽²⁾ Calcul en jours ouvrables. ⁽³⁾ CSP dans les entreprises de moins de 1 000 salariés ; congé de reclassement dans les entreprises d'au moins 1 000 salariés ou appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés. ⁽⁴⁾ Envoi de la lettre de licenciement avec rappel de la date d'expiration du délai pour accepter le CSP ou proposition du congé de reclassement. ⁽⁵⁾ C. trav., art. R. 1233-21.		

LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS SUR 30 JOURS DANS UNE ENTREPRISE DE MOINS DE 50 SALARIÉS

1. Entreprises ayant un CSE

J = Jour de la première réunion du CSE

J - 4	– Établissement de l'ordre des critères de licenciement et recherche des possibilités de reclassement – Convocation du CSE à la première réunion. Remise de documents d'information et transmission de la copie au Dreets
J	1 ^{re} réunion du CSE
J + 1	Notification du projet de licenciement et du PV de réunion au Dreets
J + 10	Convocation du CSE à la seconde réunion
J + 14	Seconde réunion du CSE ⁽¹⁾
J + 15	– Remise au salarié du document relatif au CSP ou information sur le congé de reclassement ⁽²⁾ – Notification complémentaire et transmission du PV de réunion au Dreets ⁽³⁾
J + 22	Fin du délai de vérification dont dispose le Dreets
J + 31	Envoi des lettres de licenciement ⁽⁴⁾
J + 36	Expiration du délai pour accepter le CSP
J + 39	Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement
⁽¹⁾ 14 jours maximum après la 1 ^{re} réunion. ⁽²⁾ À l'issue de la seconde réunion du CSE. CSP dans les entreprises de moins de 1 000 salariés ; congé de reclassement dans les entreprises d'au moins 1 000 salariés ou appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés. ⁽³⁾ À l'issue de la seconde réunion du CSE. ⁽⁴⁾ 30 jours après la notification du projet de licenciement au Dreets, avec rappel de la date d'expiration du délai pour accepter le CSP ou proposition du congé de reclassement.	

2. Entreprises sans CSE

J = Jour des entretiens préalables

J - 15	Établissement de l'ordre des critères de licenciement et recherche des possibilités de reclassement
J - 7	Convocation aux entretiens préalables ⁽¹⁾
J	Entretiens préalables – exposé des motifs de la mesure envisagée – remise du document relatif au CSP ou information sur le congé de reclassement ⁽²⁾
J + 1	Notification du projet de licenciement et du PV de carence aux élections professionnelles au Dreets ⁽³⁾
J + 21	Expiration du délai pour accepter le CSP
J + 22	Fin du délai dont dispose le Dreets pour effectuer son contrôle
J + 31	Envoi des lettres de licenciement ⁽⁴⁾
J + 39	Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement
⁽¹⁾ 5 jours ouvrables au moins avant l'entretien. ⁽²⁾ CSP dans les entreprises de moins de 1 000 salariés ; congé de reclassement dans les entreprises d'au moins 1 000 salariés ou appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés. ⁽³⁾ Après la tenue des entretiens préalables. ⁽⁴⁾ 30 jours après la notification du projet de licenciement au Dreets, avec le cas échéant, proposition du congé de reclassement.	

LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS SUR 30 JOURS DANS UNE ENTREPRISE D'AU MOINS 50 SALARIÉS

Entreprises sans CSE

J = Notification du document unilatéral au Dreets

J - 1	Date limite pour établir le document unilatéral
J	– Notification du projet de licenciement et document unilatéral pour homologation au Dreets – Information des salariés sur le projet de PSE
J + 21 ⁽¹⁾	Fin du délai d'instruction du Dreets
J + 22	Diffusion de la décision d'homologation du document unilatéral. Si homologation, convocation aux entretiens préalables. Remise au salarié du document relatif au CSP ⁽²⁾
J + 29	– Entretiens préalables. – Information sur le congé de reclassement ⁽³⁾
J + 36	Envoi des lettres de licenciement
J + 43	Expiration du délai pour accepter le CSP
J + 44	Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement
⁽¹⁾ À compter de la réception du document unilatéral, délai d'instruction de 21 jours. ⁽²⁾ Entreprise de moins de 1 000 salariés ou appartenant à un groupe de moins de 1 000 salariés. ⁽³⁾ Entreprise d'au moins 1 000 salariés ou appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés.	

Le licenciement économique I

LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS SUR 30 JOURS DANS UNE ENTREPRISE D'AU MOINS 50 SALARIÉS AYANT UN CSE

Sans désignation d'un expert ⁽¹⁾

J = Jour de la première réunion du CSE

J - 4	<ul style="list-style-type: none"> - Établissement de l'ordre des critères de licenciement - Convocation du CSE à la première réunion avec : <ul style="list-style-type: none"> • remise de la documentation relative au projet de réorganisation et ses conséquences (économiques et, le cas échéant, en matière de santé, sécurité et conditions de travail). • remise du projet d'accord majoritaire ou du projet de document unilatéral - Transmission des documents d'information au Dreets.
J	<ul style="list-style-type: none"> - Première réunion du CSE - Pas de désignation d'un expert
J + 1 au plus tôt	<ul style="list-style-type: none"> - Notification du projet de licenciement au Dreets - Renseignements concernant la convocation, l'ordre du jour et la tenue de la réunion du CSE, et notification du PV de la réunion au Dreets
J + 56 (86 ou 116)	<ul style="list-style-type: none"> - Convocation à la seconde réunion du CSE - Transmission des documents d'information au Dreets
J + 60 (90 ou 120) ⁽¹⁾	<ul style="list-style-type: none"> - Seconde réunion du CSE - Le cas échéant, signature de l'accord majoritaire ⁽²⁾
J + 61 (91 ou 121)	<ul style="list-style-type: none"> - Information sur le congé de reclassement ⁽³⁾ - Notification au Dreets de l'accord majoritaire pour validation ou du document unilatéral pour homologation - Notification du PV de la réunion au Dreets
J + 76 (106 ou 136) ⁽⁴⁾	Fin du délai d'instruction du Dreets en cas d'accord majoritaire (si demande initiale complète)
J + 77 (107 ou 137)	<ul style="list-style-type: none"> - Diffusion de la décision de validation de l'accord majoritaire - Remise du document relatif au CSP en cas d'accord majoritaire ⁽⁵⁾ - Date à partir de laquelle le PSE peut être mis en œuvre et, le cas échéant, les lettres de licenciement envoyées en cas d'accord majoritaire
J + 82 (112 ou 142) ⁽⁶⁾	Fin du délai d'instruction du Dreets en cas de document unilatéral (si demande initiale complète)
J + 83 (113 ou 143)	<ul style="list-style-type: none"> - Diffusion de la décision d'homologation du document unilatéral - Remise du document relatif au CSP en cas de document unilatéral - Date à partir de laquelle le PSE peut être mis en œuvre et, le cas échéant, les lettres de licenciement envoyées en cas de document unilatéral
J + 85 (115 ou 145)	Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement en cas d'accord majoritaire
J + 91 (121 ou 151)	Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement en cas de document unilatéral
J + 98 (128 ou 158)	Expiration du délai pour accepter le CSP en cas d'accord majoritaire
J + 104 (134 ou 164)	Expiration du délai pour accepter le CSP en cas de document unilatéral
<p>⁽¹⁾ Délai au minimum de 15 jours entre les deux réunions et au maximum de :</p> <ul style="list-style-type: none"> - deux mois si licenciements inférieurs à 100 ; - trois mois si licenciements compris entre 100 et moins de 250 ; - quatre mois si au moins 250 licenciements. <p>⁽²⁾ La négociation d'un accord majoritaire peut être engagée à tout moment au cours de la procédure. Un accord de méthode peut aménager les modalités et les délais de la procédure d'information et de consultation (voir n° 31).</p> <p>⁽³⁾ Entreprise d'au moins 1 000 salariés ou appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés.</p> <p>⁽⁴⁾ À compter de la réception de l'accord majoritaire délai d'instruction de 15 jours.</p> <p>⁽⁵⁾ Entreprise de moins de 1 000 salariés ou appartenant à un groupe de moins de 1 000 salariés.</p> <p>⁽⁶⁾ À compter de la réception du document unilatéral, délai d'instruction de 21 jours.</p>	

LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS SUR 30 JOURS DANS UNE ENTREPRISE D'AU MOINS 50 SALARIÉS AYANT UN CSE

Avec désignation d'un expert ⁽¹⁾

J = Jour de la première réunion du CSE

J - 4	<ul style="list-style-type: none"> - Établissement de l'ordre des critères de licenciement - Convocation du CSE à la première réunion avec : <ul style="list-style-type: none"> • Remise de la documentation relative au projet de réorganisation et ses conséquences (économiques et, le cas échéant, en matière de santé, sécurité et conditions de travail). • Remise du projet d'accord majoritaire ou du projet de document unilatéral - Transmission des documents d'information au Dreets.
J	<ul style="list-style-type: none"> - Première réunion du CSE - Désignation d'un expert
J + 1 au plus tôt	<ul style="list-style-type: none"> - Notification du projet de licenciement au Dreets - Renseignements concernant la convocation, l'ordre du jour et la tenue de la réunion du CSE et notification du PV de la réunion au Dreets - Information du Dreets sur la désignation d'un expert
J + 10	Demande d'informations de l'expert à l'employeur
J + 18	Réponse de l'employeur
J + 28	Demande d'informations complémentaires de l'expert à l'employeur
J + 36	Réponse de l'employeur
J + 45 (75 ou 105) ⁽¹⁾	<ul style="list-style-type: none"> - Remise du rapport de l'expert - Transmission du rapport au Dreets par l'employeur
J + 56 (86 ou 116)	<ul style="list-style-type: none"> - Convocation à la seconde réunion du CSE - Transmission des documents d'information au Dreets
J + 60 (90 ou 120) ⁽²⁾	<ul style="list-style-type: none"> - Seconde réunion du CSE - Le cas échéant signature de l'accord majoritaire ⁽³⁾
J + 61 (91 ou 121)	<ul style="list-style-type: none"> - Information sur le congé de reclassement ⁽⁴⁾ - Notification de l'accord majoritaire pour validation ou du document unilatéral pour homologation du Dreets - Notification du PV de la réunion au Dreets
J + 76 (106 ou 136) ⁽⁵⁾	Fin du délai d'instruction du Dreets en cas d'accord majoritaire (si demande initiale complète)
J + 77 (107 ou 137)	<ul style="list-style-type: none"> - Diffusion de la décision de validation de l'accord majoritaire - Remise du document relatif au CSP en cas d'accord majoritaire ⁽⁶⁾ - Date à partir de laquelle le PSE peut être mis en œuvre et, le cas échéant, les lettres de licenciement envoyées en cas d'accord majoritaire
J + 82 (112 ou 142) ⁽⁷⁾	Fin du délai d'instruction du Dreets en cas de document unilatéral (si demande initiale complète)
J + 83 (113 ou 143)	<ul style="list-style-type: none"> - Diffusion de la décision d'homologation du document unilatéral - Remise du document relatif au CSP en cas de document unilatéral - Date à partir de laquelle le PSE peut être mis en œuvre et, le cas échéant, les lettres de licenciement envoyées en cas de document unilatéral
J + 85 (115 ou 145)	Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement en cas d'accord majoritaire
J + 91 (121 ou 151)	Expiration du délai pour accepter le congé de reclassement en cas de document unilatéral
J + 98 (128 ou 158)	Expiration du délai pour accepter le CSP en cas d'accord majoritaire
J + 104 (134 ou 164)	Expiration du délai pour accepter le CSP en cas de document unilatéral

⁽¹⁾ L'expert présente son rapport au plus tard quinze jours avant l'expiration du délai dont dispose le CSE pour formuler un avis.
⁽²⁾ Délai au minimum de 15 jours entre les deux réunions et au maximum de :
- deux mois si licenciements inférieurs à 100 ;
- trois mois si licenciements compris entre 100 et moins de 250 ;
- quatre mois si au moins 250 licenciements.
⁽³⁾ La négociation d'un accord majoritaire peut être engagée à tout moment au cours de la procédure. Un accord de méthode peut aménager les modalités et les délais de la procédure d'information et de consultation et, le cas échéant, le cadre de recours à une expertise (voir n° 31).
⁽⁴⁾ Entreprise d'au moins 1 000 salariés ou appartenant à un groupe d'au moins 1 000 salariés.
⁽⁵⁾ À compter de la réception de l'accord majoritaire délai d'instruction de 15 jours.
⁽⁶⁾ Entreprise de moins de 1 000 salariés ou appartenant à un groupe de moins de 1 000 salariés.
⁽⁷⁾ À compter de la réception du document unilatéral, délai d'instruction de 21 jours.

L'obligation préalable de reclassement du salarié

Même s'il est confronté de graves difficultés économiques, et quelle que soit la taille de l'entreprise, l'employeur doit prendre toutes les mesures permettant d'éviter un licenciement pour motif économique. Il doit ainsi prévoir l'adaptation des salariés à leur emploi et, si possible, les reclasser à un autre poste. Cette obligation de reclassement lui incombe, qu'il s'agisse d'un projet de licenciement individuel ou collectif. L'employeur propose au salarié un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente ou, à défaut et sous réserve de l'accord exprès du salarié, un emploi d'une catégorie inférieure.

Nature de l'obligation

❑ UNE OBLIGATION LÉGALE

« Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque :

– tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés,

– et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel. »

Pour l'application de ces dispositions, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce.

Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. À défaut et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

L'employeur adresse de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ou diffuse par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés.

Les offres de reclassement proposées au salarié sont « écrites et précises » (C. trav., art. L. 1233-4).

Ainsi avant de procéder à un licenciement économique, l'employeur doit examiner toutes les possibilités de reclassement envisageables pour le salarié et les lui proposer en mettant en œuvre si nécessaire des moyens d'adaptation pour lui permettre d'exercer l'emploi considéré (Cass. soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634 P; Cass. soc., 1^{er} avr. 1992, n° 89-43.494 P).

Si l'employeur ne démontre pas être dans l'impossibilité de procéder au reclassement, le

Adaptation du salarié à son poste de travail et licenciement économique

L'employeur a pour obligation d'adapter les 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 (C. trav., art. L. 6321-1).

Le manquement de l'employeur à cette obligation cause au salarié un préjudice spécifique qui fait l'objet d'une réparation, mais il n'a pas pour effet de priver de cause réelle et sérieuse un licenciement pour motif économique (Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 17-14.257).

Si l'employeur est tenu d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi, il ne peut être exigé de sa part une formation initiale qui ferait défaut au salarié (Cass. soc., 6 déc. 2007, n° 06-43.346).

licenciement est sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 12 juill. 2018, 17-17.714).

□ UNE OBLIGATION CONVENTIONNELLE

◆ Obligation s'ajoutant à celle prévue par la loi

Des stipulations contractuelles ou conventionnelles peuvent contenir des obligations supplémentaires par rapport à la loi. Ainsi l'obligation prévue par un protocole d'accord de proposer trois offres valables d'emploi à chaque salarié engage l'employeur. Le non-respect de cet engagement, qui étend le périmètre de reclassement, constitue un manquement à l'obligation de reclassement préalable au licenciement et prive celui-ci de cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 30 sept. 2013, n° 12-13.439 P), sauf si le comportement des salariés décharge l'employeur de son obligation (*Cass. soc.*, 17 mai 2017, n° 15-29.441).

REMARQUE

Il convient de distinguer deux situations : celle où l'engagement de présenter des offres valables d'emploi est préalable au licenciement et constitue une extension de l'obligation de reclassement sanctionnée par l'absence de cause réelle et sérieuse, et celle où l'engagement bénéficie aux salariés déjà licenciés, afin d'assurer la reconversion professionnelle. Dans ce dernier cas, le licenciement n'est pas sans cause réelle et sérieuse, le salarié est alors indemnisé de son préjudice (*Cass. soc.*, 21 nov. 2006, n° 05-40.656 P).

◆ Saisine d'une commission territoriale de l'emploi

La Cour de cassation considérait que l'accord national interprofessionnel (ANI) du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi faisait obligation à l'employeur de saisir la commission territoriale de l'emploi de branche afin de rechercher les possibilités de reclassement à l'extérieur de l'entreprise. Le non-respect de cette obligation avait pour conséquence l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement (*voir par ex.* : *Cass. soc.*, 30 sept. 2013, n° 12-15.940 P). Cette position était fortement critiquée (*P. Morvan*, « L'obligation irréelle de reclassement "extérieur" et les commissions paritaires de l'emploi fantômes », *JCP S* 2009, 1235).

La Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence et en a précisé les contours (*Cass. soc.*, 11 juill. 2016, n° 15-12.752 P).

Selon le communiqué relatif à l'arrêt de 2016, la Cour de cassation a mis « fin aux hésitations et aux interrogations que sa jurisprudence avait pu susciter en ce qui concerne une éventuelle appli-

cation autonome de l'ANI du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, qui avait prévu que des commissions territoriales de l'emploi seront créées dans les branches professionnelles aux fins d'examiner les possibilités de reclassement externe en cas de licenciements collectifs pour motif économique ».

Pour la Cour, « il est clair désormais que l'ANI du 10 février 1969 n'a qu'un caractère programmatique et qu'il appartient donc aux partenaires sociaux de décider ou non de créer ces commissions territoriales de l'emploi et de leur confier ou non une mission d'aide aux reclassements externes en cas de licenciements économiques collectifs. S'ils ne l'ont pas fait, l'employeur n'est pas tenu à une quelconque obligation sur le seul fondement de l'accord national interprofessionnel. Mais, dès lors que ces commissions ont été instituées par voie d'accord collectif ou de convention collective et que les partenaires sociaux leur ont confié expressément cette mission, alors l'employeur a l'obligation de les saisir avant tout licenciement économique collectif [...]. Seule l'instauration d'une commission territoriale de l'emploi ou d'une commission paritaire nationale de l'emploi avec la mission expresse d'aider au reclassement externe détermine l'existence de l'obligation de saisine pour les employeurs ».

La Cour de cassation a depuis confirmé sa position : en l'absence de compétence en matière d'aide au reclassement externe attribuée par l'accord de branche correspondant, la saisine de la commission territoriale de l'emploi, préalable au licenciement, ne s'impose pas à l'employeur (*Cass. soc.*, 16 nov. 2017, n° 16-14.572 P : dans le secteur de fabrication de l'ameublement ; *Cass. soc.*, 23 oct. 2019, n° 18-15.498 P : dans le secteur du commerce de détail de la papeterie et des fournitures de bureau).

Le Conseil d'État adopte une position similaire en matière d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) et affirme qu'il revient au juge d'apprécier si les dispositions conventionnelles imposent ou non à l'employeur au stade de l'élaboration d'un PSE de saisir une commission territoriale de l'emploi (*CE*, 13 avr. 2018, n° 404.090).

À NOTER

L'obligation de l'employeur de saisir la commission territoriale de l'emploi ne lui impose pas de fournir à cette dernière une liste nominative des salariés dont le licenciement est envisagé ni leur profil individuel (*Cass. soc.*, 11 déc. 2019, n° 18-11.393).

❑ PROCÉDURES CONCERNÉES

L'obligation de rechercher des solutions de reclassement s'applique à toutes les procédures de licenciement pour motif économique, qu'il s'agisse d'un licenciement économique individuel ou collectif (*Cass. soc.*, 18 oct. 1995, n° 93-46.218) ou bien qu'il s'agisse d'un licenciement économique précédé d'un refus de modification du contrat (*Cass. soc.*, 30 sept. 1997, n° 94-43.898 P).

❑ DROIT INDIVIDUEL AU RECLASSEMENT

Le droit au reclassement est un droit individuel, quels que soient l'effectif de l'entreprise ou le nombre de salariés dont le licenciement est envisagé.

Ce droit est à distinguer de l'existence éventuelle de mesures de reclassement dans le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) (*Cass. soc.*, 1^{er} févr. 2011, n° 09-69.022). Ainsi dans le cadre de l'obligation de reclassement, il appartient à l'employeur, même quand un PSE est établi, de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement, prévues ou non dans ce même plan, et de proposer aux salariés dont le licenciement est envisagé des emplois disponibles de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification des contrats de travail, en assurant au besoin leur adaptation à une évolution de leur emploi (*Cass. soc.*, 14 janv. 2004, n° 02-46.678 P; *Cass. soc.*, 7 juill. 2004, n° 02-42.289; *Cass. soc.*, 26 juin 2013, n° 12-14.911).

❑ SANCTION DE L'ABSENCE DE RECHERCHE DE RECLASSEMENT

Le licenciement intervient seulement lorsque le reclassement ne peut être opéré (*C. trav.*, art. L. 1233-4). Le non-respect de cette obligation est sanctionné par l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement économique (*Cass. soc.*, 19 nov. 2008, n° 07-44.416). Le salarié peut donc prétendre au paiement de dommages-intérêts.

Le Conseil constitutionnel considère que le manquement par l'employeur à ses obligations préalables de reclassement ne peut, en l'absence de disposition expresse, être sanctionné par la nullité de la procédure de licenciement et l'obligation de réintégration qui en résulterait (*Cons. const.*, 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC). Cette position a été confirmée par la Cour de cassation (*Cass. soc.*, 26 févr. 2003, n° 01-41.030 P).

À NOTER

Selon la Cour de cassation, le juge judiciaire est compétent pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement. Néanmoins, il ne peut à cette occasion remettre en cause l'appréciation portée par le Dreet (qui s'est substitué au Direccte depuis le 1^{er} avril 2021) sur les dispositions du PSE relatives au plan de reclassement. En effet, il convient de respecter le principe de la séparation des pouvoirs, le contrôle du contenu du PSE relevant de la compétence exclusive de la juridiction administrative (*Cass. soc.*, 21 nov. 2018, n° 17-16.766 P; *Cass. soc.*, 11 déc. 2019, n° 17-31.673).

Débiteur de l'obligation

❑ L'EMPLOYEUR

L'obligation de reclassement pèse sur l'employeur.

Lorsque le licenciement envisagé est motivé par la cessation d'activité de l'entreprise qui n'appartient pas à un groupe, l'obligation de reclassement n'a pas lieu de s'appliquer (*Cass. soc.*, 15 déc. 2010, n° 09-42.795).

En revanche, même lorsque tous les postes de l'entreprise ont été supprimés en raison de la crise économique subie par ce secteur, l'employeur doit rechercher les postes de reclassement dans les autres entités relevant du même groupe (*Cass. soc.*, 19 mai 2010, n° 08-43.355).

Cette obligation de reclassement n'incombe qu'à l'employeur, une société relevant du même groupe n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés d'une telle obligation (*Cass. soc.*, 13 janv. 2010, n° 08-15.776 P; *CE*, 7 févr. 2018, n° 397.900). De même, l'employeur reste débiteur de l'obligation légale de reclassement même s'il a sollicité le concours d'un organisme extérieur (*Cass. soc.*, 30 sept. 2013, n° 12-13.439 P).

REMARQUE

En cas de licenciement économique prononcé par l'un des coemployeurs mettant fin au contrat de travail, chaque employeur doit en supporter les conséquences, notamment au regard de l'obligation de reclassement (*Cass. soc.*, 28 sept. 2011, n° 10-12.278; *Cass. soc.*, 12 sept. 2012, n° 11-12.343).

❑ MOYENS DE L'EMPLOYEUR OU DU GROUPE

L'obligation de reclassement s'apprécie en fonction des moyens dont dispose l'employeur ou de ceux du groupe dont il relève (*Cass. soc.*, 3 mars 2009, n° 07-42.436; *Cass. soc.*, 31 mars

2009, n° 07-45.065). Ainsi ne méconnaît pas son obligation l'employeur qui n'a fait aucune offre de reclassement écrite, concrète, précise et personnalisée au salarié, l'entreprise ne comptant plus comme personnel qu'une secrétaire et une aide-comptable à mi-temps (Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-26.809; voir aussi: Cass. soc., 29 sept. 2016, n° 14-24.662; CE, 7 févr. 2018, n° 407.718).

❑ EXÉCUTION DE BONNE FOI

L'employeur dans ses recherches et propositions de reclassement doit respecter un principe fondamental: l'exécution de bonne foi des obligations contractuelles. Les recherches et propositions de reclassement doivent être sérieuses pour être considérées comme ayant été faites de bonne foi.

L'employeur doit justifier qu'il a effectivement procédé aux recherches de reclassement et que le reclassement des salariés concernés est impossible (Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-44.429; Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 10-14.625). Faute de respecter cette obligation préalable, le licenciement est considéré comme étant sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 19 nov. 2008, n° 07-44.416). De plus, une fois les propositions de reclassement effectuées, l'employeur doit en garantir l'effectivité. Par conséquent, ne satisfait pas à son obligation de reclassement, l'entreprise qui pourvoit le poste proposé à une salariée, qui l'avait acceptée, en choisissant un autre salarié dont le licenciement n'était pas envisagé (Cass. soc., 23 mars 2011, n° 10-10.039).

Période de reclassement

❑ ANTÉRIEURE À LA DATE DE LICENCIEMENT

Les efforts de reclassement doivent être réalisés antérieurement à la notification du licenciement (Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-41.265 P; Cass. soc., 5 juin 2012, n° 10-27.863).

Un arrêt a admis la possibilité pour l'employeur de faire des propositions de reclassement dans la lettre de licenciement, en offrant ainsi au salarié la faculté de « remettre en cause » ce licenciement (Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-15.387). Mais cette jurisprudence semble être remise en question puisqu'un arrêt plus récent décide, au contraire, que si les offres de reclassement ne sont pas antérieures à la lettre de licenciement mais figurent dans celle-ci, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 7 mars

2018, n° 16-16.060). Ici, à la différence de la situation jugée en 2013, la faculté de « remettre en cause » le licenciement n'est pas prévue. Est-ce suffisant pour expliquer la différence entre les deux décisions? Dans le doute, il est préférable de se ranger à la solution dégagée en 2018.

Ainsi les possibilités de reclassement doivent être recherchées avant la notification du licenciement (Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-23.703 P; Cass. soc., 17 avr. 2013, n° 12-10.068) et non une fois qu'il a été notifié au salarié (Cass. soc., 19 déc. 2012, n° 11-22.847).

Lorsque l'entreprise procède à deux recrutements lors de l'élaboration du PSE sur des postes équivalents à celui d'un salarié postérieurement licencié, l'employeur manque à son obligation de reclassement (Cass. soc., 4 mai 2017, 16-14.779).

Toutefois l'employeur n'a pas à rechercher les possibilités de reclassement :

– dans un groupe dont il ne faisait pas encore partie à la date du licenciement (Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 03-47.480; Cass. soc., 1^{er} juin 2010, n° 09-40.421 P);

– sur des postes créés après le licenciement (Cass. soc., 13 févr. 2008, n° 06-44.036).

Une proposition de réembauche postérieure au licenciement est sans incidence sur l'obligation de reclassement qui doit s'exécuter avant le licenciement (Cass. soc., 25 sept. 2002, n° 00-42.879 P).

REMARQUE

L'employeur est tenu de proposer les postes disponibles jusqu'au jour de la rupture du contrat (Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-13.876 P; Cass. soc., 9 sept. 2020, n° 18-24.983).

❑ INCIDENCE DU CONTRAT DE SÉCURISATION PROFESSIONNELLE

Dans les entreprises ou entreprises appartenant à un groupe de moins de 1 000 salariés, le salarié, dont le licenciement économique est envisagé, bénéficie d'un contrat de sécurisation professionnelle (CSP) qui lui permet, après la rupture du contrat de travail, de disposer d'un ensemble de mesures destinées à favoriser le retour à l'emploi (C. trav., art. L. 1233-65 à art. L. 1233-70).

À NOTER

Le CSP remplaçant la convention de reclassement personnalisé (CRP) et le contrat de transition professionnelle (CTP), les jurisprudences citées ci-dessous concernant ces dispositifs semblent transposables au CSP.

Il a été jugé que la proposition d'une CRP ne dispense pas l'employeur de rechercher une solution de reclassement jusqu'à la fin du contrat de travail. L'adhésion à cette convention ne prive pas le salarié du droit de contester le respect par l'employeur de son obligation de reclassement (*Cass. soc.*, 19 janv. 2011, n° 09-43.524).

Mais l'adhésion du salarié à la CRP entraîne nécessairement renonciation à la proposition de reclassement qui lui a été faite. L'employeur qui a fait une proposition de reclassement préalablement à l'adhésion d'un salarié à la CRP ne manque pas à son obligation en attribuant le poste à une autre personne dès que le salarié a manifesté son accord à la CRP. Il n'est pas tenu d'attendre l'expiration du délai de réflexion (*Cass. soc.*, 28 sept. 2011, n° 10-23.703 P).

Au titre de son obligation de reclassement, l'employeur doit proposer au salarié les emplois disponibles au moment où il manifeste sa volonté de mettre fin au contrat de travail en notifiant la lettre de licenciement, quand bien même le licenciement serait subordonné au refus par le salarié de la convention de reclassement qui lui a été proposée (*Cass. soc.*, 13 nov. 2012, n° 11-14.162 P).

Périmètre de reclassement

❑ ENTREPRISE OU GROUPE

◆ Conditions

Le reclassement doit s'opérer dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel (*C. trav.*, art. L. 1233-4). L'obligation de reclassement ne s'étend pas aux entreprises extérieures au groupe dont il relève (*Cass. soc.*, 29 janv. 2008, n° 06-44.751), sauf convention ou engagement contraires (*Cass. soc.*, 28 mai 2008, n° 06-46.009 P).

Un employeur ne peut donc être condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif que les démarches effectuées auprès de sociétés sous-traitantes pour reclasser le salarié étaient insuffisantes en raison des informations contenues dans les lettres qui leur étaient adressées, sans constater que ces entreprises appartenaient au même groupe que lui (*Cass. soc.*, 23 oct. 2012, n° 11-15.530 P).

◆ Recherche sur le territoire national

La recherche se limite aux seuls emplois disponibles situés sur le territoire national. Les

anciennes dispositions (*C. trav.*, art. L. 1233-4-1 ancien), qui offraient au salarié la faculté de demander à l'employeur de recevoir des offres de reclassement dans les établissements de l'entreprise ou du groupe situés à l'étranger, ont été supprimées par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (*JO* 23 sept.).

L'employeur n'est donc tenu de proposer des postes de reclassement que dans les établissements de l'entreprise ou du groupe situés sur le territoire national. Néanmoins, rien ne lui interdit d'organiser des reclassements internationaux, dès lors qu'il remplit son obligation de reclassement.

◆ Recherche au sein du groupe

La notion de groupe est identique à celle applicable pour l'appréciation du motif économique (*voir n° 1*). Cette précision est issue de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 (*JO* 21 déc.).

REMARQUE

Cette nouvelle définition légale du groupe de reclassement s'oppose à la jurisprudence qui, pour déterminer le groupe de reclassement, ne retenait que le critère déterminant « la permutabilité du personnel entre les entreprises rendue possible par l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation de celles-ci ». De ce fait, l'obligation de recherche de reclassement pouvait prendre effet dans un réseau de franchise alors que les entreprises concernées n'étaient pas liées capitalistiquement (*Cass. soc.*, 25 mai 2011, n° 10-14.897; *Cass. soc.*, 15 janv. 2014, n° 12-22.944; *Cass. soc.*, 19 févr. 2014, n° 12-22.709). Ce n'est désormais plus le cas.

Dans le cadre d'un groupe, l'employeur doit interroger les entreprises sur l'existence de postes vacants ou susceptibles d'être créés en leur indiquant les caractéristiques des emplois occupés par les salariés dont le licenciement est envisagé et relancer les sociétés qui ne lui répondent pas (*Cass. soc.*, 10 janv. 2006, n° 04-45.971).

Ne satisfait pas à son obligation de reclassement l'employeur qui se contente d'adresser des lettres à d'autres entreprises du groupe en leur demandant si elles disposent d'emplois vacants (*Cass. soc.*, 13 févr. 2008, n° 06-44.984; *Cass. soc.*, 31 mars 2009, n° 07-45.065; *Cass. soc.*, 13 janv. 2010, n° 08-41.446), ou se limite à adresser des lettres de prospection à des entreprises de la région datées du jour du licenciement (*Cass. soc.*, 5 juin 2012, n° 10-27.863).

La Cour de cassation reconnaît que l'employeur qui a, préalablement au licenciement, interrogé l'ensemble des sociétés du groupe sur l'existence de postes vacants ou susceptibles d'être créés,

et qui a reçu de chacune une réponse négative excluant toute possibilité de reclassement, a rempli son obligation de reclassement (*Cass. soc.*, 23 mai 2007, n° 06-41.401 ; *Cass. soc.*, 14 janv. 2009, n° 07-42.056).

Les recherches de postes disponibles dans les sociétés du groupe n'ont pas à être assorties du profil personnalisé des salariés concernés par le reclassement (*Cass. soc.*, 17 mars 2021, n° 19-11.114 P). Ainsi, la lettre de demande de recherche de postes de reclassement, qui comporte un tableau récapitulatif par département de l'entreprise, l'emploi occupé par les salariés à reclasser et le nombre de salariés concernés pour chacun de ces emplois, est suffisamment personnalisée (*Cass. soc.*, 1^{er} juill. 2020, n° 18-24.608).

À NOTER

Si la preuve de l'exécution de l'obligation de reclassement incombe à l'employeur (*voir plus haut* « Exécution de bonne foi »), il appartient au juge, en cas de contestation sur l'existence ou le périmètre du groupe de reclassement, de former sa conviction au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis par les parties, c'est-à-dire tant par l'employeur que par le salarié. Ainsi, si le juge constate, au vu des éléments qui lui sont soumis par les deux parties, qu'il n'est pas suffisamment établi que le périmètre de reclassement devait être limité à seulement 35 sociétés du groupe, comme retenu par l'employeur, il peut en déduire que ce dernier ne justifie pas du respect de son obligation de reclassement (*Cass. soc.*, 31 mars 2021, n° 19-17.300 P).

◆ Permutation entre les entreprises du groupe

La loi a repris une condition auparavant prévue par la jurisprudence (*Cass. soc.*, 7 oct. 1998, n° 96-42.812 P ; *Cass. soc.*, 7 avr. 2004, n° 01-42.882 P ; *Cass. soc.*, 25 oct. 2006, n° 04-48.583) : les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel. L'appartenance ou non à un même secteur d'activité importe peu (*Cass. soc.*, 13 déc. 2011, n° 10-21.745). Cette possibilité s'apprécie à la date où les licenciements sont envisagés (*Cass. soc.*, 8 juill. 2008, n° 06-45.564).

La permutation est impossible si les sociétés du groupe n'ont entre elles que des liens capitalistiques (*Cass. soc.*, 27 oct. 1998, n° 96-40.626 P ; *Cass. soc.*, 10 févr. 2009, n° 07-45.712), puisque la seule détention du capital d'une société par d'autres sociétés n'implique pas, en soi, la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de

tout ou partie de leur personnel (*Cass. soc.*, 22 janv. 2014, n° 12-21.681).

En revanche, la possibilité d'une permutation est établie si une proposition de reclassement a déjà été faite au salarié dans une autre société du groupe (*Cass. soc.*, 4 oct. 2011, n° 10-19.093).

□ UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

L'unité économique et sociale doit également être prise en compte comme périmètre de l'obligation, d'autant plus que l'article L. 1233-57-3 du Code du travail en tient compte pour l'appréciation des moyens mis en œuvre, dans le cadre de l'homologation par l'Administration du document de l'employeur sur le plan de sauvegarde de l'emploi.

À NOTER

En cas de licenciement d'un salarié protégé dans le cadre d'un PSE adopté par document unilatéral homologué, l'autorité administrative saisie de la demande d'autorisation du licenciement ne peut se prononcer sur le périmètre du groupe de reclassement déterminé par le PSE pour apprécier le respect de l'obligation de reclassement (*CE*, 22 juill. 2021, n° 427.004).

Nature de l'emploi proposé

□ DEUX POSSIBILITÉS

L'employeur doit proposer au salarié un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente ou, à défaut et sous réserve de l'accord exprès du salarié, un emploi d'une catégorie inférieure (*C. trav.*, art. L. 1233-4).

L'employeur doit proposer des postes disponibles et adaptés aux compétences du salarié (*Cass. soc.*, 28 janv. 2014, n° 12-19.175). Ainsi il ne peut proposer :

– un emploi pour lequel il n'est pas apte physiquement (*Cass. soc.*, 17 mai 2000, n° 98-40.595 P). Dès lors que l'employeur a connaissance du classement en invalidité de 2^e catégorie d'un salarié au moment d'engager la procédure de licenciement pour motif économique ou pendant son déroulement, il est tenu, après avoir fait procéder à une visite de reprise, de lui proposer une offre de reclassement qui tienne compte des préconisations du médecin du travail (*Cass. soc.*, 5 déc. 2012, n° 10-24.204 P). De même, si un salarié, victime d'un accident du travail, est déclaré provisoirement apte à l'issue de la visite de reprise,

L'employeur est tenu, au moment d'engager la procédure de licenciement pour motif économique ou pendant son déroulement, de faire procéder, à l'issue de la période d'aptitude provisoire, à une nouvelle visite médicale afin de prendre en compte les préconisations définitives du médecin du travail (*Cass. soc.*, 29 mai 2013, n° 12-15.313 P);

– un emploi non salarié (*Cass. soc.*, 31 mars 2009, n° 07-44.480 P).

REMARQUE

L'employeur n'est pas tenu de proposer au représentant du personnel des offres lui permettant de poursuivre ses fonctions représentatives (*CE*, 3 juill. 2013, n° 342.291).

❑ EMPLOI ÉQUIVALENT

Si le texte ne précise pas ce qu'il faut entendre par « emploi équivalent », on peut le définir comme un ensemble englobant la nature des tâches à accomplir, le niveau de responsabilité, de salaire ou encore de technicité.

La rémunération à prendre en compte est, précise l'Administration, la rémunération globale telle que définie à l'article L. 3221-3 du Code du travail, c'est-à-dire « le salaire ou le traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature » (*Circ. DGT n° 3*, 15 mars 2011, NOR: ETST1107754C).

❑ EMPLOI DE CATÉGORIE INFÉRIEURE

L'employeur est tenu de proposer à l'intéressé les emplois disponibles de catégorie inférieure sous réserve qu'il n'existe pas dans l'entreprise des emplois disponibles de la même catégorie (*Cass. soc.*, 27 oct. 1998, n° 96-42.843 P; *Cass. soc.*, 12 juill. 2006, n° 04-44.714; *Cass. soc.*, 8 juill. 2008, n° 06-45.564). Ainsi une cour d'appel ne saurait, pour juger qu'un établissement d'enseignement privé a respecté son obligation de reclassement avant de licencier un enseignant pour motif économique, retenir qu'il n'existait en son sein, à l'époque du licenciement, aucun emploi disponible et compatible avec les qualifications professionnelles de l'intéressé, sans rechercher si les emplois, de catégorie inférieure, de surveillants, maître de maison et cuisinier, qui avaient été pourvus, n'étaient pas adaptés aux capacités et aux aptitudes du salarié et s'ils lui avaient été proposés préalablement au licenciement (*Cass. soc.*, 17 janv. 2013, n° 11-26.238).

Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, le reclassement est d'abord recherché sur un poste équivalent à celui du salarié, dans l'entreprise, puis dans les autres sociétés du groupe. Ce n'est qu'à défaut d'emploi équivalent dans l'entreprise et dans le groupe que l'employeur peut proposer un reclassement sur un emploi de catégorie inférieure (*Cass. soc.*, 13 sept. 2006, n° 04-43.763).

❑ OBLIGATION ÉVENTUELLE DE FORMATION

L'employeur a l'obligation de proposer une formation pour adapter le salarié au nouvel emploi qu'il entend occuper (*Cass. soc.*, 6 juill. 1999, n° 96-45.665 P; *Cass. soc.*, 7 juill. 2004, n° 02-44.613; *Cass. soc.*, 31 oct. 2013, n° 12-15.021).

Cependant, le licenciement économique d'un salarié du fait de l'absence de possibilité de reclassement est justifié si l'employeur établit l'impossibilité d'affecter le salarié au poste disponible moyennant une simple formation d'adaptation à ce nouvel emploi (*Cass. soc.*, 28 mai 2008, n° 06-45.572 P; *Cass. soc.*, 7 juill. 2009, n° 08-40.414; *Cass. soc.*, 14 mars 2012, n° 10-26.613). En effet, 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, il ne peut lui être imposé d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut (*Cass. soc.*, 2 juill. 2014, n° 13-13.876 P; *Cass. soc.*, 20 janv. 2015, n° 13-25.613, *Cass. soc.*, 17 mars 2021, n° 19-11.114 P) ou une formation qualifiante débouchant sur une nouvelle qualification professionnelle (*Cass. soc.*, 11 janv. 2000, n° 97-41.255; *Cass. soc.*, 17 mai 2006, n° 04-43.022).

La formation envisagée ne peut donc qu'être légère et de courte durée, notamment en raison de la rapidité exigée pour enrayer les difficultés économiques auxquelles est confrontée l'entreprise (*Cass. soc.*, 7 juill. 1999, n° 97-42.194), ou du coût disproportionné que cette formation ferait peser sur un employeur déjà diminué économiquement. Ainsi l'employeur n'a pas à proposer au salarié les postes qui ne correspondent pas, compte tenu de leurs caractéristiques, à ses capacités et aptitudes professionnelles (*Cass. soc.*, 12 déc. 2013, n° 12-22.311). Néanmoins, si des reclassements sont envisagés sur des postes ne correspondant pas à la qualification des salariés, encore faut-il qu'une offre de formation sérieuse leur ait été faite (*Cass. soc.*, 7 juill. 2004, n° 02-44.613).

❑ NATURE DU CONTRAT PROPOSÉ

Le contrat proposé peut être :

– à durée déterminée. La Cour de cassation a, en effet, reconnu qu'un employeur ayant pourvu plusieurs postes de travail par des contrats à durée déterminée pour surcroît temporaire d'activité dans la période qui a immédiatement suivi le licenciement économique aurait dû les proposer à la salariée licenciée (*Cass. soc.*, 29 janv. 2002, n° 00-41.885).

Le Conseil d'État retient la même analyse : si l'entreprise appartient à un groupe, le document unilatéral établissant le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) doit mentionner les postes disponibles pour un reclassement dans les autres entreprises du groupe. La Haute Juridiction administrative précise qu'il est tenu d'identifier l'ensemble des postes disponibles, et ce quelle que soit la durée des contrats susceptibles d'être proposés pour pourvoir à ces postes (*CE*, 22 juill. 2021, n° 434.362) ;

– à temps partiel (*Cass. soc.*, 18 nov. 1998, n° 96-42.991 P ; *Cass. soc.*, 4 juill. 2000, n° 98-44.626).

❑ RECHERCHE DE RECLASSEMENT EN FONCTION DE LA VOLONTÉ DU SALARIÉ

L'employeur ne peut limiter ses recherches de reclassement et ses offres en fonction des réponses de ses salariés à un questionnaire préalable sur leurs vœux de mobilité géographique, en dehors de toute proposition concrète (*Cass. soc.*, 4 mars 2009, n° 07-42.381 P).

De même, l'absence de réponse à un questionnaire de mobilité ne vaut pas refus de mutation et ne dispense pas l'employeur d'adresser des offres précises, concrètes et personnalisées par écrit (*Cass. soc.*, 7 nov. 2007, n° 06-43.108).

L'employeur ne peut donc limiter ses offres en fonction de la volonté présumée du salarié de les refuser (*Cass. soc.*, 25 nov. 2009, n° 08-42.755 P ; *Cass. soc.*, 22 juin 2011, n° 09-73.035 ; *Cass. soc.*, 27 févr. 2013, n° 11-28.133).

Il ne peut pas se fonder sur le refus de la modification du contrat opposé par le salarié pour limiter ses offres de reclassement (*Cass. soc.*, 25 nov. 2009, n° 08-42.755 P). Il a été jugé que le refus d'une proposition de modification de contrat de travail pour motif économique ne dispense pas l'employeur de proposer le même poste au titre de l'obligation de reclassement (*Cass. soc.*, 30 sept. 2020, n° 19-12.146 ; *Cass. soc.*, 9 juin 2021, n° 20-15.061). Ainsi même si le salarié a refusé une modification de son contrat

de travail supprimant des heures de travail de nuit, l'employeur doit lui proposer dans le cadre de son obligation de reclassement les postes disponibles dans l'entreprise, fussent-ils de jour (*Cass. soc.*, 29 sept. 2009, n° 08-43.085).

En revanche, l'employeur est autorisé à limiter ses recherches en fonction du souhait exprimé par le salarié en réponse à une proposition de reclassement. Si, pour des raisons familiales, le salarié refuse un poste, l'employeur peut limiter ses nouvelles recherches de poste de reclassement au périmètre géographique résultant du souhait du salarié de ne pas s'éloigner de son domicile (*Cass. soc.*, 13 nov. 2008, n° 06-46.227 P). De même, après avoir formulé des offres concrètes, l'employeur peut tenir compte de la volonté exprimée par le salarié d'être licencié pour cesser les recherches (*CE*, 11 juill. 2012, n° 334.502).

REMARQUE

Cette position de la Cour de cassation a-t-elle vocation à être modifiée ? On peut le penser au regard de l'évolution de la jurisprudence relative aux recherches de reclassement d'un salarié déclaré inapte. En effet, la Cour de cassation a considéré que les souhaits émis par un salarié à l'aide d'un questionnaire transmis par l'employeur devaient être pris en compte, car les efforts de reclassement de l'employeur sont évalués par le juge au regard des propositions sérieuses faites dans les conditions légales, mais aussi au regard du comportement ou de la position du salarié (*Cass. soc.*, 22 mars 2018, n° 16-24.482).

Offres de reclassement

❑ BÉNÉFICIAIRES

Un même poste de reclassement peut être proposé à plusieurs salariés dont le licenciement est envisagé, sous réserve qu'ils aient une qualification comparable (*Cass. soc.*, 19 janv. 2011, n° 09-42.736).

Les salariés dont l'emploi est menacé sont prioritaires pour occuper les emplois disponibles par rapport :

– aux salariés qui ne sont pas visés par le licenciement (*Cass. soc.*, 23 mars 2011, n° 10-10.039) ;
– aux candidatures extérieures à l'entreprise (*Cass. soc.*, 8 juill. 1998, n° 96-42.736 ; *Cass. soc.*, 7 avr. 2004, n° 01-44.191 P).

Lorsqu'une procédure de licenciement pour motif économique est engagée simultanément dans plusieurs entreprises d'un même groupe et si des salariés d'entreprises différentes se trouvent en concurrence sur des postes de reclassement disponibles dans l'une ou l'autre

entreprise du groupe, priorité est donnée, à qualification comparable, aux salariés de l'entreprise au sein de laquelle des postes se trouvent disponibles (Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-44.291 P).

❑ OFFRES ÉCRITES, PRÉCISES ET PERSONNALISÉES OU DIFFUSION D'UNE LISTE

L'employeur adresse des offres de reclassement de manière personnalisée ou communique la liste des offres disponibles aux salariés et, le cas échéant, l'actualisation de celle-ci, par tout moyen permettant de conférer date certaine (C. trav., art. D. 1233-2-1, I).

Les offres précisent (C. trav., art. D. 1233-2-1, II) :

- l'intitulé du poste et son descriptif,
- le nom de l'employeur,
- la nature du contrat de travail,
- la localisation du poste,
- le niveau de rémunération,
- la classification du poste.

Dans l'hypothèse où est diffusée une liste des offres de reclassement interne, celle-ci comprend les postes disponibles situés sur le territoire national dans l'entreprise et les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie (C. trav., art. D. 1233-2-1, III).

En vue de faire face à une situation où plusieurs salariés manifestent leur intérêt pour un même poste, la liste précise les critères de départage. Elle mentionne également le délai dont dispose le salarié pour présenter sa candidature écrite. Ce délai ne peut être inférieur à quinze jours francs à compter de la publication de la liste. Pour les entreprises en redressement ou liquidation judiciaire, ce délai minimum est ramené à quatre jours francs.

L'absence de candidature écrite du salarié à l'issue du délai mentionné sur la liste vaut refus des offres.

ATTENTION

L'employeur qui propose un poste de reclassement au titre de l'article L. 1233-4 du Code du travail en vue d'éviter le licenciement résultant de la suppression d'un emploi, n'est pas soumis au formalisme de l'article L. 1222-6 du Code du travail (proposition de modification du contrat de travail pour motif économique, voir n° 22 ; Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 17-12.746).

❑ ABSENCE DE PROPOSITION

L'employeur est libéré de son obligation de reclassement lorsque l'entreprise ou, s'il y a lieu, le groupe auquel elle appartient, ne comporte aucun emploi disponible en rapport avec les

compétences des salariés dont le licenciement est envisagé (Cass. soc., 18 mars 2014, n° 11-26.424 ; Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-13.876 P). Encore convient-il évidemment d'avoir entrepris les recherches nécessaires.

Si l'employeur justifie de l'absence de poste disponible, il ne peut lui être reproché de ne pas produire les demandes de reclassement adressées aux sociétés du groupe (Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-12.048 P), ou de ne pas démontrer avoir engagé des recherches sérieuses et loyales de reclassement (Cass. soc., 14 juin 2017, n° 16-16.001).

De même, il peut justifier que les postes n'ayant pas été proposés au salarié ne correspondaient pas, compte tenu de leurs caractéristiques, aux capacités et aptitudes professionnelles de celui-ci (Cass. soc., 12 déc. 2013, n° 12-22.311). Une cour d'appel ne saurait déduire l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements du défaut, dans le questionnaire de mobilité, de mentions relatives au délai de réflexion et à la portée d'une absence de réponse, alors qu'il lui appartenait d'apprécier le caractère sérieux des recherches de reclassement menées par l'employeur (Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 17-28.150 P).

❑ RÉPONSE DU SALARIÉ

◆ Délai

Les textes ne prévoient des délais de réponse opposables au salarié que dans l'hypothèse où est diffusée une liste des offres de reclassement interne. Comme indiqué précédemment, le délai de réponse ouvert au salarié est fixé par la liste et est au minimum de :

- quinze jours francs à compter de la publication de la liste ;
- quatre jours francs à compter de la publication de la liste pour les entreprises en redressement ou liquidation judiciaire.

En dehors de ce cas, aucun délai de réponse du salarié n'est fixé par la loi ou la jurisprudence. Si l'entreprise ne peut attendre indéfiniment la réponse du salarié, cette réponse ne saurait être exigée dans la précipitation et il convient de lui laisser un délai raisonnable pour lui permettre d'exercer son choix d'une façon libre et éclairée (CA Dijon, 22 mars 1994, SA *Toupargel c./ Gamaz*, n° 00001825/93).

A été jugé insuffisant le délai de quatre jours francs accordé à un salarié pour se prononcer sur des offres de reclassement qui engagent son avenir professionnel et financier (Cass. soc., 19 févr. 2014, n° 12-28.404).

Si l'employeur ne respecte pas le délai qu'il a proposé, il manque à son obligation de reclassement et le licenciement sera déclaré sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 24 avr. 2003, n° 01-42.131; *Cass. soc.*, 17 mai 2006, n° 04-43.365; *Cass. soc.*, 28 oct. 2009, n° 08-40.593).

◆ Réponse positive

► Poste dans la même entreprise

L'accord du salarié est, à des fins probatoires, écrit et matérialisé le plus souvent par un avenant au contrat de travail, en particulier dans l'hypothèse fréquente où le poste du salarié diffère de celui qu'il occupait. Si l'article L. 1233-4 du Code du travail ne requiert l'accord exprès du salarié que pour un reclassement sur un emploi d'une catégorie inférieure, il est toutefois indispensable de le demander systématiquement puisque le reclassement est « proposé » au salarié et que celui-ci ne prend effet que s'il est accepté par le salarié.

► Poste dans une entreprise du groupe

Dans cette hypothèse, l'employeur doit veiller à ce que le contrat de travail le liant au salarié soit rompu afin de ne pas être éventuellement considéré par la suite comme coemployeur ou employeur véritable.

Il peut être opportun de procéder à une convention tripartite portant novation du contrat de travail précisant les éventuelles clauses initiales maintenues et les conditions générales du transfert, notamment au regard des droits issus de l'ancienneté. À cet égard, l'accord de rupture qui permet au salarié de bénéficier de la continuité de son contrat à la faveur d'une mutation peut être valable (*Cass. soc.*, 5 mai 1998, n° 95-43.851 P).

◆ Réponse négative

Le salarié peut refuser les mesures de reclassement proposées par son employeur et ce dernier ne peut le licencier en raison de son refus délibéré de toute tentative de reclassement (*Cass. soc.*, 29 janv. 2003, n° 00-46.322 P).

Les offres de reclassement que peut faire l'employeur n'épuisent pas son obligation, dès lors qu'existent dans l'entreprise ou dans le groupe d'autres possibilités en rapport avec les aptitudes et les compétences du salarié. Ainsi un employeur qui n'apporte aucun élément permettant de connaître la situation des effectifs de l'entreprise, ne justifie pas d'une impossibilité de proposer au salarié d'autres postes que ceux offerts (*Cass. soc.*, 29 sept. 2009, n° 08-41.055).

Si l'employeur est tenu de proposer au salarié tous les postes qui sont disponibles en vue de son reclassement, il ne peut pour autant être exigé qu'il poursuive ses recherches lorsque le salarié renonce à l'emploi qu'il a accepté et effectivement occupé au titre du reclassement (*Cass. soc.*, 27 mai 2009, n° 08-40.104).

Lorsque toutes les possibilités de reclassement sont épuisées et que le salarié les a refusées, l'employeur doit prendre acte de son refus des postes qui lui ont été proposés et procéder à son licenciement pour motif économique. La lettre de notification du licenciement mentionne alors l'échec du reclassement pour cause de refus du salarié.

La seule mention de l'impossibilité de maintenir le poste de reclassement dans lequel le salarié a accepté d'être muté à la suite des difficultés économiques ne constitue pas une cause économique de licenciement (*Cass. soc.*, 9 oct. 2002, n° 00-44.868). ■

La transaction

96 Conclusion de la transaction

107 Rédaction d'un écrit

108 Conséquences de la transaction

112 Indemnité transactionnelle

116 Contestation de la transaction

La transaction consécutive à une rupture du contrat de travail est un contrat par lequel l'employeur et le salarié préviennent ou mettent fin, par des concessions réciproques, à toute contestation résultant de cette rupture. Elle est définie et régie par le Code civil.

Ainsi la transaction n'est pas un mode de rupture amiable du contrat de travail, mais un règlement amiable des conséquences d'une rupture déjà intervenue.

La transaction doit :

- intervenir après la rupture définitive du contrat : après réception par le salarié de la lettre de licenciement ou après notification de la démission ;
- comporter des concessions réciproques de la part de l'employeur et du salarié. Les concessions doivent être appréciables : ainsi l'indemnité transactionnelle doit être supérieure à celle à laquelle le salarié licencié aurait eu normalement droit ;
- reposer sur le consentement libre et éclairé des parties. Par exemple, le salarié ne doit pas subir de pression ou être trompé sur la portée réelle de son engagement.

CONCLUSION DE LA TRANSACTION

Définition

1 - CONTRAT RÉGLANT UN LITIGE

La transaction n'est pas un mode de rupture du contrat de travail. C'est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître (*C. civ.*, art. 2044 à 2052).

En effet, à l'occasion de la rupture du contrat de travail (licenciement, démission, mise à la retraite, etc.), peuvent survenir certaines difficultés ou contestations. Transiger est un moyen de les régler et d'y mettre un terme définitif.

Les contestations peuvent notamment porter sur :

- les conséquences pécuniaires de la rupture (salaires restants dus, congés payés, calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, etc.) ;
- la contrepartie financière de la clause de non-concurrence (*Cass. soc.*, 24 janv. 2007, n° 04-43.121) ;
- la légitimité du licenciement.

En revanche, elles ne peuvent porter sur l'imputabilité de la rupture du contrat ou sur la cause de la rupture (*Cass. soc.*, 16 juill. 1997, n° 94-42.283 P ; *Cass. soc.*, 14 juin 2000, n° 98-41.710). En effet, une transaction ne pouvant être valablement conclue qu'une

fois la rupture devenue définitive par la réception, par le salarié, de la lettre de licenciement, elle ne peut porter sur l'imputabilité de la rupture, laquelle conditionne l'existence de concessions réciproques (*Cass. soc.*, 21 mars 2000, n° 97-45.245).

La Cour de cassation a admis, dès 1953, la validité des transactions en droit du travail (*Cass. soc.*, 18 mai 1953, *Bull. civ. IV*, n° 379).

Le salarié et l'employeur ne peuvent remettre en cause la transaction, sauf si elle ne remplit pas les conditions de validité.

2 - DISTINCTION AVEC LA RUPTURE NÉGOCIÉE

◆ Deux actes juridiques distincts

Notion de rupture négociée

La rupture négociée correspond à la faculté pour l'employeur et le salarié de mettre fin par consentement mutuel au contrat de travail les unissant. Cette rupture du contrat de travail par accord des parties ne peut intervenir que dans les conditions légales relatives à la rupture conventionnelle individuelle (*Cass. soc.*, 15 oct. 2014, n° 11-22.251 P).

Notion de transaction

La transaction, quant à elle, se définit comme un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation en se faisant des concessions.

En présence d'un différend, elles peuvent conclure une transaction consécutive, selon les cas, à un licenciement ou à une démission. En effet, une transaction, si elle implique un désaccord entre les parties, ne peut pas avoir pour objet d'organiser la rupture d'un commun accord du contrat de travail et ne peut être valablement conclue qu'une fois la rupture devenue définitive (*Cass. soc.*, 5 oct. 1999, n° 97-43.561 ; *Cass. soc.*, 31 oct. 2000, n° 98-43.086 ; *Cass. soc.*, 5 déc. 2012, n° 11-15.471 P).

Bien qu'intervenant principalement à l'occasion d'une contestation relative à un licenciement, une transaction peut être signée en cours d'exécution du contrat de travail en raison d'un différend concernant l'exécution même du contrat (*Cass. soc.*, 10 mars 1998, n° 95-43.094 P).

◆ Transaction conclue après une rupture conventionnelle individuelle

Est-il possible de conclure une transaction postérieurement à une rupture conventionnelle individuelle ? La jurisprudence précise qu'un salarié et un employeur ayant signé une convention de rupture ne peuvent valablement conclure une transaction :

- d'une part, que si celle-ci intervient postérieurement à l'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative ou, s'agissant d'un salarié bénéficiant d'une protection, postérieurement à la notification aux parties de l'autorisation, par l'inspecteur du travail, de la rupture conventionnelle ;

- d'autre part, que si elle a pour objet de régler un différend relatif non à la rupture du contrat de travail mais à son exécution sur des éléments non compris dans la convention de rupture (*Cass. soc.*, 26 mars 2014, n° 12-21.136 P ; *Cass. soc.*, 25 mars 2015, n° 13-23.368 P ; *Cass. soc.*, 16 juin 2021, n° 19-26.083).

Dans le cadre d'une réponse ministérielle, François Rebsamen, alors ministre du Travail, avait entériné la position de la Cour de cassation, en précisant qu'« une transaction dont l'objet serait [...] de mettre fin à un litige lié à une rupture conventionnelle, ne peut intervenir sans remettre directement en cause l'accord des parties et donc la validité de la rupture elle-même [...]. Rupture conventionnelle et transaction ne sont compatibles que dans la mesure où elles ont des objets distincts » (*Rép. min. Ass. nat.*, n° 55914, JOAN 2 sept. 2014, p. 7472).

◆ Cas particulier de la transaction signée à la suite d'une démission

En l'absence de disposition légale sur la forme de la notification de la démission, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que le juge du fond estime que la transaction a été conclue postérieurement à la remise de la lettre de démission (*Cass. soc.*, 1^{er} déc. 2004, n° 02-46.341 P).

De plus, pour être valable, la démission doit procéder d'une volonté claire et non équivoque. À défaut, elle est nulle (*Cass. soc.*, 15 mars 2006, n° 03-45.875 P). La rupture s'analysera en un licenciement prononcé sans respect des formalités légales et la transaction conclue postérieurement sera nécessairement nulle.

Conditions de validité

3 - CONDITIONS CUMULATIVES

La transaction est valable, en l'absence de vice du consentement, si :

- il existe un litige ;
- elle est conclue une fois que la rupture du contrat de travail est définitive ;
- elle comporte des concessions réciproques.

4 - OBJET DE LA TRANSACTION

L'objet de la transaction est de régler les conséquences de la rupture ou bien un différend lié à l'exécution du contrat de travail.

Elle induit l'existence d'un litige effectif ou potentiel, trouvant son origine dans la cessation des relations de travail ou l'exécution du contrat, auquel les parties conviennent d'apporter un règlement dans le but d'éviter une procédure contentieuse.

◆ Conséquences de la rupture

La transaction est consécutive à la rupture du contrat de travail et ne saurait donc porter sur la question, en principe réglée, de son imputabilité.

Il s'agit de s'accorder sur les incidences financières de la cessation des relations contractuelles (*Cass. soc.*, 16 juill. 1997, n° 94-42.283 P).

Cette règle jurisprudentielle est logique : seule la détermination préalable de l'imputabilité de la rupture permet d'apprécier l'existence de concessions réciproques. C'est en effet sur la base de cette

imputabilité que se construisent les prétentions des parties.

Cela ne signifie pas que le salarié et l'employeur soient d'accord sur la responsabilité de la rupture puisqu'il existe généralement une contestation sur le motif invoqué par l'employeur, la qualification juridique de la rupture définissant l'imputabilité.

◆ Transaction limitant la liberté d'expression après la rupture

La Cour de cassation a jugé licite une transaction limitant la liberté d'expression pour assurer la protection de la réputation et des droits d'autrui, dès lors que ces restrictions sont justifiées et proportionnées au but recherché (*Cass. soc.*, 14 janv. 2014, n° 12-27.284 P).

En l'espèce, la transaction conclue entre un journaliste et une société de télévision était destinée à mettre fin à une intense polémique médiatique entretenue par le salarié après son licenciement, et de nature à nuire à la réputation de son employeur. Elle comportait l'engagement réciproque de cesser tout propos critique et dénigrant pendant une durée de 18 mois à l'encontre de personnes physiques et morales déterminées, et s'agissant de programmes déterminés. Ainsi la clause était limitée dans son objet et dans sa forme.

◆ Existence d'un litige

En tout état de cause, il faut relever l'existence d'un litige pour pouvoir transiger dans la mesure où la transaction constitue un mode de règlement de ce litige (*Cass. soc.*, 25 sept. 2007, n° 05-45.309). À défaut, elle est sans cause. En conséquence, le juge est tenu de vérifier la présence d'une contestation ou son éventualité. Ainsi, la mention « *Bon pour accord* » portée par un salarié sur une lettre de l'employeur lui offrant la résiliation de son contrat, moyennant un règlement forfaitaire, ne constitue pas une transaction. En l'absence de désaccord sur les droits respectifs des parties, il est impossible de trouver dans cette lettre la contrepartie des concessions acceptées par le salarié (*Cass. soc.*, 19 juin 1968, n° 67-40.269).

◆ Fraude à la loi

Une transaction encourt la nullité lorsqu'elle est destinée à réaliser une fraude à la loi. Tel est le cas lorsque la transaction :

– accompagne un licenciement économique, permettant au salarié de bénéficier de la convention

d'allocation spéciale du Fonds national de l'emploi (FNE), le salarié renonçant de son côté à percevoir l'indemnité conventionnelle de licenciement, alors que les conditions d'un licenciement économique ne sont pas réunies (*Cass. soc.*, 15 juill. 1998, n° 96-40.878 P) ;

– est signée par un salarié licencié pour motif personnel, alors que le réel motif est économique, pour éviter à son employeur de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi (*Cass. soc.*, 13 déc. 2006, n° 05-43.092 ; *Cass. soc.*, 10 nov. 2009, n° 08-43.805 P) ;

– a pour objet de renoncer au bénéfice d'un plan de sauvegarde de l'emploi (*Cass. soc.*, 20 nov. 2007, n° 06-41.410 P) ;

– est signée avec un salarié pendant un arrêt de travail consécutif à un accident de travail en dehors de toute faute grave du salarié (*Cass. soc.*, 13 juill. 2010, n° 09-40.984 P) ;

– a pour objet de faire renoncer le salarié à son action en reconnaissance d'une faute inexcusable. Toute convention contraire aux dispositions légales contenues dans le Code de la sécurité sociale en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles est nulle de plein droit (*Cass. 2^e civ.*, 1^{er} juin 2011, n° 10-20.178 P).

REMARQUE

La mise en œuvre d'un accord collectif, d'un accord atypique ou d'un engagement unilatéral de l'employeur dont les salariés tiennent leurs droits ne peut être subordonnée à la conclusion de contrats individuels de transaction (*Cass. soc.*, 12 juill. 2010, n° 08-40.821 P ; *Cass. soc.*, 15 oct. 2013, n° 12-22.911 P ; *Cass. soc.*, 5 juin 2019, n° 17-28.377 P).

5 - DATE DE CONCLUSION

◆ Transaction postérieure à la rupture du contrat

La transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive (*Cass. soc.*, 29 mai 1996, n° 92-45.115 P ; *Cass. soc.*, 13 janv. 1998, n° 95-41.592 P).

Elle ne peut être ni signée ni même négociée avant que la rupture ne soit intervenue (*Cass. soc.*, 4 avr. 2007, n° 05-42.856 ; *Cass. soc.*, 17 oct. 2007, n° 06-41.846).

En effet, le salarié doit connaître avec précision les motifs à l'origine de la rupture de son contrat de travail pour définir ses prétentions et pouvoir transiger. L'employeur qui entend conclure une transaction avec son salarié doit donc attendre la fin de la procédure de licenciement. Néanmoins, il n'est pas nécessaire d'attendre l'expiration du préavis pour transiger.

Ainsi une transaction ne peut valablement intervenir qu'après réception par le salarié de la lettre de licenciement envoyée dans les conditions requises par le Code du travail (*Cass. soc.*, 16 févr. 2012, n° 10-20.248; *Cass. soc.*, 25 sept. 2013, n° 12-21.577; *Cass. soc.*, 12 févr. 2020, n° 18-19.149).

ATTENTION

Si, selon le Code du travail, l'employeur envoie la lettre de licenciement par recommandé avec avis de réception (*C. trav.*, art. L. 1232-6), la Cour de cassation a admis que la notification du licenciement soit faite par d'autres moyens, tels que la remise en main propre contre décharge (*Cass. soc.*, 7 juill. 2010, n° 08-45.139). Le décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 (*JO 30 déc.*) établissant des modèles types de lettres de licenciement indique expressément, pour chacun des six modèles officiels, que la notification d'un licenciement peut se faire par lettre remise contre récépissé, c'est-à-dire par remise en main propre. Mais, dans ce cas, l'employeur se prive de toute possibilité de conclure une transaction. En effet, la lettre recommandée avec avis de réception demeure indispensable pour transiger (*Cass. soc.*, 10 oct. 2018, n° 17-10.066 P). Selon cette jurisprudence, la transaction conclue en l'absence de notification préalable du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est nulle.

Toutefois, une transaction peut valablement être conclue par un salarié licencié lorsqu'il a eu connaissance effective des motifs de la rupture par la réception de la lettre recommandée lui notifiant son licenciement, même lorsque l'effet de la rupture est différé du fait de la signature d'un contrat de sécurisation professionnelle (*Cass. soc.*, 31 mai 2011, n° 10-14.313 P: décision rendue à propos de l'adhésion à une CRP).

◆ Nullité de la transaction antérieure à la rupture

Toute transaction conclue au mépris de ces règles est frappée de nullité et ne produit aucun effet libératoire. Ainsi, est nulle la transaction :
– conclue en l'absence de notification préalable du licenciement par lettre recommandée avec avis de

Transaction et droit aux allocations chômage

La transaction ne constitue pas un mode de rupture du contrat de travail, mais vise à régler les différends s'élevant à l'occasion de cette rupture, prenant la forme d'un licenciement ou d'une démission.

C'est la forme prise par la rupture qui décidera de la situation du salarié face à l'assurance chômage. Si la transaction est consécutive à un licenciement, le salarié, involontairement privé d'emploi, a bien entendu droit aux prestations de chômage.

Selon la convention d'assurance chômage du 14 avril 2017, si l'employeur a versé des indemnités transactionnelles dont le montant ou les modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative (indemnités dites supralégales), l'indemnisation ne prend effet qu'à l'issue d'un différé d'indemnisation calculé en fonction des sommes perçues (*art. 21 du règlement général annexé à la convention du 14 avr. 2017 relative à l'assurance chômage*).

Ce différé ne fait perdre aucun droit à l'assurance chômage ni ne diminue la durée totale d'indemnisation. Il repousse uniquement le point de départ du versement de l'allocation chômage.

Le différé lié aux indemnités de rupture, appelé différé spécifique, est calculé comme suit :

Indemnités supralégales ÷ 95,8

Le différé spécifique d'indemnisation est plafonné à 150 jours calendaires. Cette durée maximale de différé spécifique est de 75 jours calendaires pour les salariés ayant perdu leur emploi à la suite d'un licenciement économique (*art. 21 § 2 du règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage; Circ. Unedic n° 2021-02, 19 janv. 2021 sur la valeur du diviseur de la formule de calcul du différé d'indemnisation spécifique à compter du 1^{er} janvier 2021*).

Le régime de l'assurance chômage a été réformé par les décrets n° 2019-796 et n° 2019-797 du 26 juillet 2019 (*JO 28 juill.*). Les dispositions applicables en matière de différé d'indemnisation résultent de l'article 21 de l'annexe A au décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019 modifié par décret n° 2021-346 du 30 mars 2021 (*JO 31 mars*). Pour ce qui est du différé lié au versement d'indemnités supralégales, il n'y a pas de changement par rapport aux règles précédemment applicables sous le régime de la convention de 2017.

À NOTER

Après différents reports de l'application du nouveau régime d'assurance chômage, notamment liés à la crise sanitaire, le premier ministre, Jean Castex a annoncé le 8 septembre 2021 que le nouveau dispositif serait appliqué progressivement entre le 1^{er} octobre et le 1^{er} décembre 2021.

réception (*Cass. soc.*, 18 févr. 2003, n° 00-42.948 P; *Cass. soc.*, 21 janv. 2015, n° 13-23.603; *Cass. soc.*, 10 oct. 2018, n° 17-10.066 P);

– qui porte la même date que la lettre de licenciement, laquelle est remise en main propre au salarié (*Cass. soc.*, 18 mai 1999, n° 97-40.686);

– signée le jour de la remise en main propre au salarié de sa lettre, bien que le salarié ait reçu préalablement une lettre recommandée avec avis de réception contenant une page blanche. En effet, ne constitue pas la notification d'un licenciement l'envoi d'une feuille blanche. Il ne peut y être suppléé par la remise en main propre au salarié d'une lettre (*Cass. soc.*, 24 janv. 2007, n° 05-42.135 P);

– signée alors que l'enveloppe devant contenir la notification du licenciement était vide (*Cass. soc.*, 31 mars 2016, n° 14-22.292);

– signée après l'envoi de la notification de licenciement par lettre recommandée avec avis de réception, mais avant que le salarié ne l'ait reçue (*Cass. soc.*, 14 juin 2006, n° 04-43.123 P);

– qui a été antidatée, l'employeur ne rapportant pas la preuve que la transaction a été conclue postérieurement au licenciement (*Cass. soc.*, 1^{er} juill. 2009, n° 08-43.179 P);

– discutée avant la notification du licenciement sans être modifiée par la suite, même si elle a été signée après le licenciement (*Cass. soc.*, 8 juin 2011, n° 09-43.221). *A contrario*, une simple proposition faite antérieurement à la notification de la rupture, sans contenu ni précision de la somme revenant au salarié, n'entraîne pas la nullité de la transaction conclue ensuite (*Cass. soc.*, 13 mai 2015, n° 14-10.116).

La nullité de la transaction conclue avant la notification du licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié (*Cass. soc.*, 6 avr. 2004, n° 02-41.630; *Cass. soc.*, 4 juill. 2007, n° 06-17.994). Elle ne peut être invoquée par l'employeur. Mais celui-ci reste recevable à invoquer la nullité d'une transaction pour des causes autres que celle tirée du moment de la conclusion de l'accord (*Cass. soc.*, 28 mai 2002, n° 99-43.852 P).

ATTENTION

Ces exigences relatives au moment de la conclusion de la transaction valent uniquement lorsque celle-ci a vocation à régler les conséquences de la rupture du contrat de travail. L'acte transactionnel faisant suite à un différend relatif à l'exécution du contrat n'obéit pas à des règles particulières.

6 - DÉLAI DE RÉFLEXION

Un véritable dialogue doit s'instaurer entre l'employeur et le salarié afin d'apprécier, en particulier, la mesure des concessions consenties. Ce dialogue implique qu'il soit accordé au salarié un délai de réflexion.

La Cour de cassation a rarement eu l'occasion de faire expressément référence à ce délai et les arrêts le mentionnant se révèlent finalement peu exigeants. Ils se contentent de relever que les juges du fond l'ont constaté (*Cass. soc.*, 19 mars 1991, n° 87-44.470).

En pratique, l'importance du délai de réflexion tend à varier selon la gravité des faits reprochés au salarié et son niveau de qualification.

La précipitation dont fait preuve l'employeur pour conclure un acte transactionnel avec son salarié peut générer un doute sur la réalité de son consentement. Ainsi, la simultanéité des deux actes, lettre de licenciement remise en main propre et transaction, permet d'établir que l'accord a été signé par le salarié sous pression morale et sans que lui soit laissé le moindre délai de réflexion (*CA Paris*, 5 févr. 1997, *Dr. ouvr.* 1997, p. 421).

En outre, la Cour de cassation a admis la validité d'une transaction au regard du délai de réflexion laissé au salarié, qui paraissait suffisamment long (*Cass. soc.*, 20 oct. 2015, n° 14-17.467). En l'espèce, concernant une transaction à la suite d'une démission, les discussions informelles par échanges de courriels au début du mois de février sur les modalités et le contenu de la transaction attestaient d'un délai important entre la rupture du contrat de travail et la conclusion de la transaction intervenue au début du mois d'avril.

7 - NÉCESSITÉ DE CONCESSIONS RÉCIPROQUES

La transaction est un contrat par lequel les parties mettent fin à une contestation en acceptant des concessions réciproques, quelle que soit leur importance relative (*Cass. soc.*, 22 nov. 1988, n° 87-13.522 P). À défaut, la transaction est nulle.

Jusqu'en 2016, cette condition de validité ne résultait pas de l'article 2044 du Code civil, mais d'une construction jurisprudentielle. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (*JO 19 nov.*), est venue consacrer cette jurisprudence puisque, désormais, les concessions

réciproques figurent expressément dans le texte (*Rapport Ass. nat.*, n° 3726, 6 mai 2016, p. 120 et s.). La jurisprudence antérieure reste par conséquent applicable.

Par « concession », il faut entendre renonciation à un droit, à un avantage ou à une demande (l'article 2048 du Code civil mentionne la renonciation « à tous droits, actions et prétentions »), les parties mettant en balance les avantages et les inconvénients des propositions.

Même si la Cour de cassation n'exige pas que les concessions soient d'égale importance, elle écarte l'existence de concessions réciproques lorsqu'elles sont de la part d'une des parties, en pratique l'employeur, jugées dérisoires.

8 - CONTRÔLE DE LA RÉALITÉ DES CONCESSIONS

◆ Compétence des juges du fond

Il appartient aux juges du fond de contrôler l'existence de concessions réciproques. Ainsi, ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui se borne à énoncer qu'une transaction est régulière en la forme et n'est entachée au fond d'aucun vice du consentement, sans rechercher l'existence de concessions réciproques (*Cass. soc.*, 25 oct. 1990, n° 87-40.407 P).

L'existence de concessions réciproques, qui conditionne la validité de la transaction, s'apprécie en fonction des prétentions des parties au moment de la signature de l'acte. Pour déterminer si ces concessions sont réelles, le juge a le pouvoir de restituer aux faits, tels qu'ils ont été énoncés par l'employeur dans la lettre de licenciement, leur véritable qualification (*Cass. soc.*, 6 janv. 2021, n° 18-26.109).

En pratique, le juge du fond doit oublier la compétence qu'il tiendrait de l'article L. 1235-1 du Code du travail en l'absence de transaction. En effet, il ne peut pas apprécier le bien-fondé des prétentions des parties, ce qui l'amènerait à examiner la légitimité du licenciement ou la gravité des faits fautifs allégués par l'employeur. Ainsi le juge ne peut, sans heurter l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, trancher le litige que la transaction avait pour objet de clore, en se livrant à un examen des éléments de fait et de preuve (*Cass. soc.*, 27 mai 2009, n° 08-41.084 ; *Cass. soc.*, 26 sept. 2012, n° 11-15.156 ; *Cass. soc.*, 26 janv. 2017, n° 15-29.233).

Par exemple, il ne peut déterminer le bien-fondé du motif du licenciement du salarié (*Cass. soc.*, 14 juin 2000, n° 97-45.065 P ; *Cass. soc.*, 17 mai 2017, n° 15-29.435) ou se prononcer sur la validité de l'acte transactionnel en recherchant, par l'examen des preuves, si les prétentions sont justifiées.

De même, dès lors que la lettre de licenciement est motivée par une faute grave, le juge ne peut apprécier le caractère dérisoire de la concession au regard du licenciement dont il ne lui appartient pas de vérifier le bien-fondé (*Cass. soc.*, 19 févr. 2014, n° 12-28.543). En l'espèce, la cour d'appel avait, à tort, déclaré nulle la transaction. Elle considérait que le versement au salarié d'une somme inférieure au montant de l'indemnité de licenciement à laquelle il aurait eu droit si la faute grave avait été écartée par le conseil de prud'hommes, constituait une concession dérisoire au regard de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise.

Dans une affaire similaire, les juges du fond ont considéré que la transaction était nulle, après avoir relevé que si la lettre de licenciement était motivée conformément aux exigences légales, en revanche, les faits, selon eux, avaient été sanctionnés trop tardivement pour constituer une faute grave. La somme allouée au salarié par la transaction ne représentait que la moitié des seules indemnités conventionnelles et de préavis et présentait, de ce fait, un caractère dérisoire. Les juges ont été sanctionnés par la Cour de cassation (*Cass. soc.*, 5 oct. 2016, n° 15-16.324).

Le juge ne peut pas non plus, sans heurter l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, trancher le litige que cette dernière avait pour objet de clore en se livrant à un examen des éléments de fait et de preuve pour déterminer le bien-fondé d'une demande en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (*Cass. soc.*, 18 sept. 2019, n° 18-19.693).

Lorsque l'employeur n'a fait aucune concession et que, par conséquent, l'acte est frappé de nullité, le juge recouvre sa faculté d'apprécier la légitimité du licenciement. Il peut condamner l'employeur à verser au salarié les indemnités dues au titre de la rupture, y compris le cas échéant des dommages-intérêts pour licenciement infondé (*Cass. soc.*, 9 janv. 1996, n° 92-41.921).

◆ Nature des concessions

Les juges du fond doivent préciser dans leur décision la nature des concessions consenties par

l'employeur et le salarié afin que la Cour de cassation puisse exercer son contrôle sur leur réalité (Cass. soc., 19 déc. 1990, n° 88-44.087; Cass. soc., 5 janv. 1994, n° 89-40.961 P; Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-68.415).

Les concessions consenties par l'employeur et le salarié peuvent porter sur tous les droits ou prétentions qu'ils pourraient revendiquer et auxquels ils renoncent afin de mettre un terme au différend qui les oppose.

Prétentions

Dans le cadre d'un licenciement, le salarié abandonne son droit de contester le bien-fondé de son licenciement. En contrepartie, il perçoit une indemnisation.

De son côté, l'employeur peut renoncer à se prévaloir de la faute grave reprochée au salarié, faute en principe privative des indemnités de rupture, mais qu'il va accepter de verser, généralement pour partie, à titre transactionnel. Le salarié accepte alors de ne pas contester la qualification de faute grave retenue à son encontre, et plus largement la légitimité de la rupture de son contrat de travail devant le juge prud'homal.

Ainsi, constitue la base d'une transaction valable :

– l'abandon par le salarié d'un droit éventuel à des dommages-intérêts en échange de la renonciation par l'employeur à se prévaloir de la faute grave reprochée au salarié (Cass. soc., 5 févr. 1992, n° 88-41.777; Cass. soc., 10 nov. 1992, n° 89-43.890);

– la renonciation par l'employeur à l'exercice d'une action civile en réparation des agissements délictueux commis par le salarié en échange de la réduction de l'indemnité conventionnelle de licenciement normalement due au salarié en proportion du préjudice subi par la société (Cass. soc., 20 mai 1998, n° 96-41.246).

Droits

En principe, les parties ne peuvent par avance renoncer au droit de se prévaloir des règles d'ordre public relatives à la rupture du contrat (C. trav., art. L. 1231-4). Toutefois cette disposition ne les empêche pas de renoncer à des droits déjà nés (la rupture du lien contractuel les ayant fait naître).

Le salarié peut abandonner son indemnité de congés payés ou de licenciement (Cass. soc., 26 mai 1988, n° 85-42.951 P), une partie de son indemnité compensatrice de préavis ou encore, une fois la rupture

prononcée, renoncer au bénéfice de la convention collective applicable dans l'entreprise.

Finalement, toutes les concessions sont envisageables, sous réserve de ne pas heurter les dispositions d'ordre public (par exemple: renoncer à se prévaloir du Smic en acceptant une rémunération inférieure ou encore, pour un représentant du personnel, renoncer à son statut protecteur).

REMARQUE

Il est possible de prévoir dans la transaction une clause de non-concurrence alors même que le contrat de travail n'en contenait pas. La contrepartie financière n'est pas obligatoire lorsque cette clause est la concession du salarié en contrepartie de celles de l'employeur (Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-40.252).

◆ Réciprocité des concessions

Concessions exprimées lors de la conclusion de la transaction

Le juge se place à la date de la signature de la transaction pour se livrer à cet examen.

L'exigence de concessions réciproques s'apprécie en fonction des prétentions respectives des parties exprimées lors de la conclusion de la transaction, et non en fonction de la réalité des droits de l'employeur et du salarié (Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 05-43.414; Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 09-68.134; Cass. soc., 13 mai 2015, n° 13-26.368).

Qualification des faits

Le juge doit donner leur exacte qualification aux faits et actes litigieux.

Il peut se saisir des faits invoqués lors de la signature de la transaction et justifiant la rupture, en leur restituant, le cas échéant, leur véritable qualification juridique. C'est sur la base de cette qualification que les juges apprécient la réalité des concessions consenties (Cass. soc., 18 janv. 2012, n° 10-11.742; Cass. soc., 6 janv. 2021, n° 18-26.109).

Ainsi une transaction est nulle si la faute reprochée au salarié ne constitue pas une faute grave comme le prétendait l'employeur puisque, dans la lettre de licenciement, il n'était reproché au premier qu'un manque de compétence (Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-40.448 P). En effet, il n'y a pas concession de la part de l'employeur qui a cru à tort que les motifs à l'origine de la rupture pouvaient recevoir la qualification de faute grave et avaient donc vocation à priver le salarié de ses

indemnités de rupture. En revanche, il n'y aurait pas eu nullité de la transaction s'il avait accordé au salarié à titre transactionnel des indemnités d'un montant supérieur aux traditionnelles indemnités de rupture, indemnités auxquelles il avait droit en l'absence de faute grave.

Motivation de la lettre de licenciement

La juridiction appelée à statuer sur la validité d'une transaction réglant les conséquences d'un licenciement n'a pas à se prononcer sur la réalité et le sérieux du ou des motifs énoncés dans la lettre de licenciement (*Cass. soc.*, 24 févr. 2004, n° 01-46.897; *Cass. soc.*, 29 nov. 2006, n° 05-43.414, *Cass. soc.*, 16 sept. 2009, n° 08-42.273). Admettre le contraire reviendrait à permettre au juge de connaître fictivement d'un contentieux auquel les parties ont entendu mettre fin en concluant une transaction, ce qui porterait atteinte à l'autorité de la chose jugée.

Néanmoins le juge doit, pour apprécier si des concessions réciproques ont été faites et si celles de l'employeur ne sont pas dérisoires, vérifier que la lettre de licenciement est motivée conformément aux exigences légales (*Cass. soc.*, 23 janv. 2001, n° 98-41.992 P; *Cass. soc.*, 7 févr. 2007, n° 05-41.623; *Cass. soc.*, 7 mars 2012, n° 10-14.502).

L'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 (*JO 21 déc.*), complétée par le décret n° 2017-1702 du 15 décembre 2017 (*JO 17 déc.*) a créé la possibilité pour l'employeur de préciser les motifs énoncés dans la lettre de licenciement après la notification de celui-ci (*C. trav.*, art. L. 1235-2; *C. trav.*, art. R. 1233-2-2). Le juge doit également prendre en compte les éléments éventuellement ajoutés par l'employeur après la notification, pour vérifier si la lettre de licenciement est suffisamment motivée. En effet, le texte indique que la lettre de licenciement, précisée le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement.

À défaut d'une motivation suffisante, le licenciement était, jusqu'à l'ordonnance du 20 décembre 2017, jugé sans cause réelle et sérieuse.

L'article L. 1235-2 du Code du travail prévoit désormais que si le salarié n'a pas effectué de demande de précisions auprès de l'employeur, l'irrégularité tirée de l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas à elle seule le licenciement de cause réelle et sérieuse. Cette irrégularité ouvre droit à une indemnisation d'un mois de salaire maximum.

Cette modification devrait avoir des conséquences sur la jurisprudence en matière de transaction. En effet, cette dernière retenait traditionnellement que lorsque la lettre n'était pas motivée ou insuffisamment motivée, le licenciement était sans cause réelle et sérieuse. Conséquence : la transaction réglant les conséquences du licenciement était également invalidée. Ainsi, par exemple, la transaction réglant les conséquences d'un licenciement motivé par « un problème de collaboration avec le supérieur hiérarchique » – motif imprécis équivalant à un défaut de motif – est jugée invalide (*Cass. soc.*, 23 janv. 2001, n° 98-41.992 P).

Dans cette situation, en application de l'article L. 1235-2 tel qu'issu de l'ordonnance du 20 décembre 2017, le licenciement ne serait pas toujours sans cause réelle et sérieuse et donc la transaction ne devrait plus être systématiquement annulée. En effet, si le salarié n'a pas effectué de demande de précisions des motifs, l'irrégularité tirée de l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas à elle seule le licenciement de cause réelle et sérieuse.

REMARQUE

Ces dispositions sont applicables aux licenciements prononcés depuis le 18 décembre 2017 (postérieurement à la date de publication du décret d'application de l'article L. 1235-2; *D. n° 2017-1702, 15 déc. 2017, JO 17 déc.*)

Si l'employeur invoque dans la lettre de licenciement des faits constitutifs d'une faute grave, c'est en fonction de cette qualification que seront appréciées les prétentions des parties. Mais les juges exerçant aussi un contrôle de la qualification juridique des faits mentionnés dans la lettre de licenciement, celle retenue par l'employeur peut être remise en cause à la lumière de la définition jurisprudentielle de la faute grave.

En pratique, le juge peut requalifier les motifs de licenciement et :

– écarter l'existence d'une faute grave si l'employeur a laissé le salarié exécuter son préavis, ou si les faits allégués à l'encontre du salarié ne sont pas constitutifs d'une faute. Ainsi le licenciement fondé sur une insuffisance professionnelle ne peut caractériser la faute grave du salarié. À défaut de faute grave, l'employeur, en versant uniquement une indemnité forfaitaire, n'a pas consenti une véritable concession dans la mesure où le salarié pouvait prétendre aux indemnités de rupture d'un montant supérieur à

l'indemnité transactionnelle (*Cass. soc.*, 6 avr. 1999, n° 96-43.467 P);

De même ne peut constituer une faute grave ou une cause réelle et sérieuse de licenciement, les absences injustifiées d'une salariée en congé parental d'éducation (*Cass. soc.*, 13 déc. 2007, n° 06-46.302 P).

– relever que le licenciement prononcé pour motif économique durant une période de suspension du contrat de travail consécutive à un accident du travail est nul. Dans la lettre de licenciement, l'employeur se bornait à invoquer un motif économique sans mentionner le ou les motifs non liés à l'accident pour lesquels il se trouvait dans l'impossibilité de maintenir le contrat. L'octroi au salarié d'une indemnité équivalente à quatre mois de salaire ne pouvait être regardé comme une concession véritable de la part de l'employeur (*Cass. soc.*, 26 avr. 2007, n° 06-40.718 P).

EN RÉSUMÉ

Le juge s'assure que les faits contenus dans la lettre de licenciement sont susceptibles d'être qualifiés de faute grave ou de fonder une cause réelle et sérieuse de licenciement. Pour cela, le juge :

- contrôle d'abord l'existence même des motifs dans la lettre de licenciement, et éventuellement dans la lettre précisant les motifs, et leur identité avec ceux invoqués par l'employeur au cours de la procédure;
- puis s'assure que les faits contenus dans la lettre de licenciement, et éventuellement dans la lettre de précision des motifs, sont susceptibles de caractériser une faute grave ou une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Son contrôle s'arrête là. Il ne peut examiner les faits reprochés pour apprécier le bien-fondé du licenciement.

◆ Inégalité des concessions

Si l'existence de concessions réciproques constitue une condition de validité de la transaction, cela n'implique pas que les sacrifices consentis par l'employeur et le salarié soient d'égale importance : « constitue une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil un accord qui a pour objet de mettre fin à un différend s'étant élevé entre les parties et qui comporte des concessions réciproques, quelle que soit leur importance relative » (*Cass. soc.*, 13 mai 1992, n° 89-40.844 P).

À NOTER

Cette jurisprudence, en pratique défavorable aux salariés, trouvait son fondement dans l'article 2052 du Code civil qui disposait que les transactions

ne pouvaient pas être attaquées pour lésion, la lésion consistant en un déséquilibre des prestations dans les contrats synallagmatiques.

Toutefois les concessions inconsistantes ou dérisoires étaient rejetées. Cet article a été réécrit par la loi du 18 novembre 2016 (*L. n° 2016-1547*) qui a supprimé toute référence à la notion de lésion. Il prévoit désormais simplement que « la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ». Cela ne devrait toutefois rien changer. En effet, le rapport de l'Assemblée nationale préparatoire à cette loi précise que cette suppression visait à apporter une clarification car ces dispositions sont redondantes avec celles de l'article 1168 du Code civil telles qu'issues de l'ordonnance du 10 février 2016 (*Ord. n° 2016-131, JO 11 févr.* : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement »; *Rapport Ass. nat.*, n° 3726, 6 mai 2016, p. 120 et s.).

La Cour de cassation exige que la concession soit « appréciable ». Ainsi, ne consent pas de concession l'employeur qui :

- verse une somme transactionnelle de 2 287 euros (15 000 francs) à un salarié refusant ses nouveaux horaires (*Cass. soc.*, 19 févr. 1997, n° 95-41.207 P);
- verse une indemnité transactionnelle inférieure à l'indemnité de préavis (*Cass. soc.*, 24 mars 2010, n° 08-70.463; *Cass. soc.*, 18 janv. 2012, n° 10-11.742) ou à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 3 avr. 2013, n° 11-28.812) à laquelle le salarié paraît prétendre;
- verse une indemnité transactionnelle d'un montant inférieur à un mois de salaire, ne verse pas d'indemnité compensatrice de préavis, alors que la lettre de licenciement ne mentionnait pas que le licenciement avait été prononcé pour faute grave (*Cass. soc.*, 25 juin 2014, n° 13-11.036);
- accepte de financer une opération d'*outplacement* à hauteur de 3 050 euros (20 000 francs), alors que celle-ci est financée pour la plus grande partie par la réduction du préavis et qu'elle vise à le dispenser de son obligation de reclassement (*Cass. soc.*, 27 janv. 1998, n° 95-40.295);
- verse une indemnité conventionnelle d'un montant dérisoire de 915 euros (6 000 francs) contre l'engagement du salarié de ne pas concurrencer l'entreprise et de ne pas contester la rupture du contrat (*Cass. soc.*, 18 mai 1999, n° 96-44.628 P);
- verse une indemnité forfaitaire transactionnelle présentant un caractère dérisoire (*Cass. soc.*, 15 mai 2008, n° 07-40.576; *Cass. soc.*, 18 janv. 2012, n° 09-72.916; *Cass. soc.*, 19 juin 2013, n° 12-12.941);

– renonce à un dépôt de plainte pour vol d'une boîte de paracétamol et à l'indemnisation du préjudice subi, à charge pour le salarié, privé de toute indemnité, de ne pas contester son licenciement (*Cass. soc.*, 13 oct. 2011, n° 09-71.829).

En revanche, dans le cadre d'une transaction conclue entre un employeur et son salarié ayant 20 ans d'ancienneté, n'est pas considéré comme une concession dérisoire le financement par l'employeur d'une prestation d'*outplacement* et le versement d'une indemnité forfaitaire de 29 000 euros couvrant à la fois l'indemnité de licenciement et les dommages-intérêts dus au salarié (*Cass. soc.*, 13 janv. 2009, n° 07-42.354).

9 - CONSENTEMENT DES PARTIES

◆ Consentement non vicié

Conformément au droit commun des contrats, la transaction suppose l'existence d'un consentement non vicié (*C. civ.*, art. 1128).

L'erreur, le dol (c'est-à-dire les manœuvres et les mensonges ayant conduit au consentement de l'autre partie) et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes (*C. civ.*, art. 1130).

Il appartient au salarié d'apporter la preuve qu'un vice a été de nature à affecter son consentement (*Cass. soc.*, 14 mars 2001, n° 99-40.925).

◆ Dol ou violence

Les juges doivent tout d'abord vérifier :

– l'existence même du consentement des parties à la transaction. Ainsi, n'a pas donné son consentement le salarié qui, ne sachant pas lire le français, n'a pas compris la signification et la portée du document signé. L'absence de consentement rend nulle la transaction (*Cass. soc.*, 14 janv. 1997, n° 95-40.363 ; *CA Metz*, 26 mai 2008, n° 04-4480 ; *RJS* 12/08, n° 1259) ;

En revanche, il n'y a ni défaut ni vice du consentement lorsque la transaction a été signée par un salarié éprouvant des difficultés pour écrire le français, mais qui a disposé d'un long délai pour prendre conseil avant de signer l'acte, n'étant pas totalement illettré et dépourvu de compréhension de cette langue (*Cass. soc.*, 23 nov. 2011, n° 10-11.277).

– que le consentement est intègre. Ce n'est pas le cas de celui obtenu par dol ou violence. Pour emporter la nullité, le dol doit être déterminant.

La Cour de cassation retient la stricte définition du dol de droit commun pour écarter l'action en nullité formée par l'employeur. Elle fait généralement preuve de plus de souplesse lorsque les manœuvres dolosives sont invoquées par le salarié, prenant acte sans le dire de l'inégalité de fait entre les parties.

REMARQUE

Ne justifie pas d'un vice de consentement le salarié qui se prévaut d'un certificat médical attestant qu'il était, à l'époque de la transaction, suivi pour des troubles psychiques graves liés à un stress professionnel, ainsi que d'un avis du médecin du travail l'ayant déclaré temporairement inapte à son poste. En effet, l'état dépressif de l'intéressé n'était pas de nature à altérer ses facultés intellectuelles, et spécialement sa faculté de comprendre et de mesurer tant l'importance que la portée de la transaction (*CA Nancy*, 19 nov. 2008, n° 06-1854 ; *RJS* 3/09, n° 304).

◆ Erreur de droit ou lésion

Depuis la loi du 18 novembre 2016 (*L. n° 2016-1547*), l'article 2052 du Code civil ne renvoie plus ni à l'erreur de droit ni à la lésion, dans le cadre des dispositions propres à la transaction. Dès lors, il convient de se reporter aux dispositions de droit commun des contrats prévues, s'agissant de l'erreur, aux articles 1130 à 1136 du Code civil, et pour ce qui est de la lésion, à l'article 1168 du Code civil.

En pratique, cela ne devrait pas avoir de conséquences car les définitions de ces deux notions n'ont pas été remaniées par ces modifications. Dès lors, la transaction ne devrait toujours pas pouvoir être attaquée en cas d'erreur de droit ou de lésion.

On entend par « erreur de droit » une méprise portant sur l'existence et le sens d'une norme ou sur la qualification juridique d'un fait ou d'un acte.

Ainsi est valable la transaction, malgré l'erreur des parties sur l'interprétation d'une convention collective. La transaction prévoyait le versement d'une indemnité inférieure à celle conventionnellement prévue (*Cass. soc.*, 18 mars 1986, n° 83-41.846 P).

Cependant, lorsque l'erreur porte sur l'objet même de la contestation, la validité de la transaction s'en trouve affectée (*Cass. soc.*, 24 nov. 1998, n° 95-43.523 P). En l'espèce, les parties qui avaient conclu une transaction croyaient à tort que seule l'indemnité légale de licenciement était due au sala-

rié. Elles ignoraient l'une et l'autre que l'indemnité conventionnelle de licenciement était due au salarié licencié pour inaptitude physique, depuis le revirement jurisprudentiel intervenu en 1990. La cour d'appel n'avait pas accueilli la demande de nullité du salarié au motif que la méconnaissance d'une jurisprudence constitue une erreur de droit et n'est donc pas recevable pour une transaction. Mais la Cour de cassation a pris le parti de parler d'une erreur sur l'objet même de la contestation pour, au contraire, juger nul l'acte transactionnel. Toutefois, il demeure assez difficile de déterminer la réelle qualification de l'erreur dans le cas présent et de mesurer la portée de cette décision (voir A. Jeammaud, « Retour sur une transaction en quête de stabilité », *Dr. soc.* 1999, p. 351).

L'erreur sur des droits incertains n'est en revanche pas de nature à invalider une transaction (*Cass. soc.*, 4 févr. 2015, n° 13-28.855). Il s'agit, par exemple, d'indemnités qui auraient pu être accordées par le juge.

La lésion, qui correspond au préjudice résultant pour l'une des parties de la différence de valeur entre les concessions et prestations réciproques, n'est pas non plus cause de nullité de la transaction.

Ainsi la transaction comportant des concessions réciproques est valable, quelle que soit leur importance relative (*Cass. soc.*, 13 mai 1992, n° 89-40.844 P).

Reste que la Cour de cassation conclut à l'absence de concession lorsque l'engagement financier est dérisoire.

10 - CAS DES SALARIÉS PROTÉGÉS

◆ Transaction après le licenciement

Un salarié protégé peut signer avec son employeur une transaction destinée à régler les conséquences pécuniaires d'une démission ou d'un licenciement (*Cass. crim.*, 4 févr. 1992, n° 90-82.330 P; *Cass. soc.*, 10 janv. 1995, n° 90-42.943).

Pour être valable, la transaction doit être conclue avec l'employeur une fois la notification de licenciement reçue, après obtention de l'autorisation administrative (*Cass. soc.*, 16 mars 2005, n° 02-45.293 P; *Cass. soc.*, 30 juin 2015, n° 13-28.437; *Cass. soc.*, 3 mars 2021, n° 19-20.265).

Est valable la transaction par laquelle l'ancien salarié, dont l'autorisation de licenciement a été annulée, renonce à demander sa réintégration, moyennant le

versement d'une somme par l'employeur (*Cass. soc.*, 5 févr. 2002, n° 99-45.861 P).

Si les salariés investis de fonctions représentatives bénéficient d'une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun, elle ne s'applique que lors de la rupture du contrat.

Une fois le licenciement notifié, en revanche, ils peuvent, comme tout salarié, conclure avec l'employeur une transaction pour régler les conséquences pécuniaires de la rupture de leur contrat.

Après l'annulation de l'autorisation de licenciement, si le salarié protégé n'a pas été réintégré malgré sa demande, la transaction « portant sur son futur licenciement après prochaine réintégration » est nulle. En effet, le salarié protégé et l'employeur ne peuvent renoncer à la procédure particulière qui impose pour le licenciement l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail (*Cass. crim.*, 31 janv. 2006, n° 05-83.089).

Par ailleurs, la transaction avec un salarié protégé peut porter sur un litige relatif à l'exécution du contrat, tel que celui relatif à un rappel de salaire et à la modification du contrat de travail (*Cass. soc.*, 29 janv. 2013, n° 11-23.743).

◆ Transaction avant le licenciement

Est nulle la transaction conclue entre l'employeur et le salarié protégé avant la notification de son licenciement prononcé après autorisation de l'autorité administrative (*Cass. soc.*, 10 juill. 2002, n° 00-40.301 P).

En outre, le salarié protégé, tout comme l'employeur, ne peut prendre l'engagement, dans une transaction, de ne pas contester la décision administrative autorisant son licenciement (*CE*, 2 févr. 1996, n° 152.406).

L'employeur peut invoquer la nullité de la transaction signée avec le salarié protégé avant la notification de son licenciement et obtenir la restitution de l'indemnité transactionnelle (*Cass. soc.*, 16 mars 2005, n° 02-45.293 P).

◆ Effet à l'égard de l'Administration

La conclusion d'une transaction ne constitue pas une cause justificative de l'infraction constituée par le défaut d'autorisation préalable à la rupture du contrat de travail du salarié protégé (*Cass. crim.*, 19 oct. 1993, n° 91-85.795). L'Administration peut poursuivre l'employeur pour délit d'entrave.

RÉDACTION D'UN ÉCRIT

11 - PREUVE DE LA TRANSACTION

◆ Moyen de preuve

En application de l'article 2044 du Code civil, la transaction est un contrat qui doit être rédigé par écrit. Toutefois les juges ne considèrent pas l'écrit comme une condition de validité de la transaction, mais comme un moyen de preuve (*Cass. soc.*, 18 mars 1986, n° 83-41.846 P; *Cass. soc.*, 9 avr. 1996, n° 93-42.254).

L'absence d'écrit n'affectant pas la validité d'une transaction, les moyens de preuve admis afin d'en établir l'existence sont déterminés par les articles 1358 et suivants du Code civil. La preuve d'un acte juridique appelle en principe un écrit, un acte sous seing privé comportant les signatures des parties s'engageant.

Cependant, la preuve par témoin ou par présomption est admise s'il existe un commencement de preuve par écrit. L'article 1362 du Code civil définit cette notion comme un acte écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué.

Il appartient à celui qui se prévaut de la transaction d'en rapporter la preuve. Ainsi l'employeur, qui ne peut produire un contrat écrit de transaction, mais qui entend se prévaloir de l'existence d'un tel acte, doit verser aux débats un commencement de preuve par écrit (*Cass. soc.*, 29 mars 2012, n° 11-11.319). Le juge peut former sa conviction au vu d'un écrit émanant du salarié et de l'ensemble des éléments de preuve, en particulier des témoignages.

À défaut de commencement de preuve par écrit, les autres moyens de preuve, fussent-ils pertinents, ne sont pas admissibles et ne sont donc pas examinés par le juge.

Les juges ont, par exemple, admis l'existence d'une transaction en cas d'acceptation sans réserve d'un chèque par le salarié, confirmée par des attestations établissant l'existence de pourparlers (*Cass. soc.*, 9 mars 1978, n° 76-40.308 P; *CA Paris*, 22^e ch., 12 janv. 1993, *JCP éd. E* 1993, *pan.*, p. 646).

En revanche, l'encaissement par le salarié de l'indemnité transactionnelle n'est pas de nature, à lui seul, à caractériser de sa part une volonté claire et non équivoque de renoncer à contester la validité de la transaction (*Cass. soc.*, 9 mai 2001, n° 98-44.579 P).

◆ Écrit conseillé

En pratique, la rédaction d'un écrit est très fortement conseillée.

Eu égard à la gravité de ce contrat qui emporte l'abandon définitif de certains droits, il paraît normal et souhaitable que le salarié connaisse avec précision les termes de son engagement et l'ampleur des concessions faites par l'employeur.

L'acte doit alors être établi « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct » et « chaque original doit contenir le nombre des originaux qui ont été faits » (*C. civ.*, art. 1375). Toutefois, la transaction rédigée par écrit est valable bien que ne figurent ni la mention « lu et approuvé », ni la mention « bon pour accord », ni l'indication du nombre d'exemplaires signés (*Cass. soc.*, 19 mars 1991, n° 87-44.470).

L'acte doit être signé par l'employeur et le salarié, ce qui constitue la preuve de leur consentement.

◆ Transaction conclue au cours d'une instance prud'homale

La transaction intervenue au cours de la phase contentieuse d'un procès prud'homal est constatée dans un procès-verbal de conciliation, revêtu de la force probante, même s'il n'est pas signé par les parties. La transaction intervenant pendant la conciliation, sans la présence du juge cette fois, entraîne le désistement de l'affaire (*Cass. soc.*, 4 mars 1992, n° 88-44.543 P).

Le juge se borne alors à la constater en exigeant seulement la signature de l'employeur et du salarié.

Dans un arrêt du 28 mars 2000, la Cour de cassation semble estimer que lorsque l'accord est passé devant le juge et que celui-ci intervient pour signaler aux parties quels sont leurs droits, celles-ci peuvent alors conclure un accord qui échappe aux règles de la transaction, les concessions pouvant notamment être absentes de l'accord (*Cass. soc.*, 28 mars 2000, n° 97-42.419 P). En effet, en cas de conciliation prévue par l'article R. 1454-11 du Code du travail, des extraits du procès-verbal, qui mentionnent s'il y a lieu l'exécution immédiate totale ou partielle de l'accord intervenu, peuvent être délivrés. Ils valent titre exécutoire.

La conciliation, préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation et

d'orientation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles.

En conséquence, cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs. En l'espèce, il n'en allait pas ainsi : le salarié n'avait obtenu en contrepartie de son désistement que des sommes qui lui étaient dues, les juges conciliateurs n'avaient donc pas rempli leur office, en sorte que l'accord constaté par le procès-verbal de conciliation était nul.

Le rapport de la Cour de cassation de l'année 2000 signalait que l'accord n'avait pas été annulé pour défaut de concessions réciproques, mais parce que les juges n'avaient pas exécuté leurs obligations.

12 - SIGNATAIRES DE L'ACCORD

La transaction est signée par l'employeur et le salarié. Des tiers ayant participé à son élaboration, par exemple en qualité de médiateurs, peuvent également la signer.

L'employeur peut se faire représenter pour la conclusion d'une transaction (Cass. soc., 1^{er} déc. 1982, n° 80-41.399). En l'espèce, la représentation ainsi que l'habilitation à signer étaient mentionnées dans le procès-verbal de transaction. La jurisprudence l'a, par exemple, admis pour le directeur des ressources humaines (Cass. soc., 12 juill. 1995, n° 93-46.734) ou le directeur administratif et financier (Cass. soc., 12 janv. 2010, n° 08-44.321 P). Peu importe que cette personne n'ait pas eu mandat exprès pour signer la transaction et ait excédé ses pouvoirs, si le salarié a pu légitimement croire que sa signature pouvait engager l'employeur. Le salarié peut aussi se faire représenter par toute personne munie d'un mandat exprès (Cass. soc., 15 janv. 1997, n° 94-40.955).

ATTENTION

La transmission au salarié pour acceptation au nom de l'employeur d'un acte de transaction « précis et complet » constitue une offre engageant l'employeur (Cass. soc., 14 déc. 1995, n° 92-44.496).

CONSEQUENCES

DE LA TRANSACTION

À l'égard des parties

13 - EFFET LIBÉRATOIRE DE LA TRANSACTION

« La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet » (C. civ., art. 2052).

Le salarié et l'employeur ne pouvant remettre en cause la transaction les unissant, elle constitue une fin de non-recevoir d'une action en justice (Cass. soc., 7 juin 1989, n° 86-43.012 P). Les éventuelles demandes d'indemnités ou de dommages-intérêts du salarié qui conteste le bien-fondé de la rupture de son contrat de travail sont inévitablement déclarées irrecevables (Cass. soc., 6 déc. 1994, n° 91-42.160 P).

Dès lors qu'elle a été valablement conclue, la transaction devient définitive et, sous réserve que les parties en aient respecté les termes, ses dispositions ne peuvent être remises en cause.

REMARQUE

Un salarié ne peut invoquer le principe d'égalité de traitement pour remettre en cause les droits et les avantages d'une transaction revêtue de l'autorité de la chose jugée et dont il ne conteste pas la validité (Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 10-21.119 P).

Le juge ne peut trancher le différend que la transaction a pour objet de clore en se livrant à l'examen des éléments de fait et de preuve (Cass. soc., 21 mai 1997, n° 95-45.038 P; Cass. soc., 24 févr. 2004, n° 01-46.897). Mais pour apprécier les concessions, il peut vérifier l'existence du motif de licenciement ou de sa motivation dans la lettre (Cass. soc., 27 févr. 1996, n° 92-44.997; Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-40.448 P), et requalifier les faits (Cass. soc., 27 févr. 1996, n° 92-44.997; Cass. soc., 23 janv. 2001, n° 98-41.992 P).

Il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés de prononcer, sauf dispositions expresses l'y autorisant, la nullité d'un contrat. Le juge saisi en référé ne peut donc prononcer la nullité d'une transaction (Cass. soc., 14 mars 2006, n° 04-48.322 P).

En revanche, si la transaction ne satisfait pas aux conditions de validité requises par la loi et la juris-

prudence, sa nullité peut être invoquée (*Cass. soc.*, 24 oct. 2000, n° 98-41.192 P).

REMARQUE

Le paiement d'une prime d'objectifs et d'une indemnité de rupture prévues par la transaction est garanti par le régime de garantie des salaires (l'AGS). Ces sommes ne constituent pas un nouvel engagement de l'employeur se substituant à ses obligations anciennes mais résultent, tant dans leur principe que dans leur montant, des stipulations du contrat de travail. Ainsi les sommes en cause gardent leur nature de créances dues en exécution du contrat de travail (*Cass. soc.*, 3 avr. 2001, n° 99-42.183 P). Si l'accord transactionnel homologué par le juge prud'homal ne procède pas d'une fraude, l'AGS est tenue de le garantir (*Cass. soc.*, 25 janv. 2006, n° 03-45.444 P).

14 - TRANSACTION CONCLUE HORS RUPTURE DU CONTRAT

Si la plupart des transactions sont conclues postérieurement à la rupture, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient conclues pendant l'exécution du contrat pour mettre fin à un différend existant.

Par exemple, dès lors qu'aux termes de la transaction signée avec l'employeur, le salarié déclare « renoncer à toute prétention, réclamation, action ou instance de quelque nature que ce soit à l'encontre de l'employeur pouvant avoir pour cause le paiement d'une prime de production », qu'il s'engage à « n'intenter aucune instance ou action, d'aucune nature que ce soit », et renonce « irrévocablement à toute réclamation au titre de ladite prime », le juge ne peut pas condamner l'employeur au paiement de cette prime pour la période postérieure à la transaction (*Cass. soc.*, 23 sept. 2020, n° 18-19.684).

En revanche, la renonciation du salarié à ses droits nés ou à naître et à toute instance relative à l'exécution du contrat de travail ne rend pas irrecevable une demande portant sur des faits survenus pendant la période d'exécution du contrat de travail, mais postérieure à la transaction et dont le fondement est donc né postérieurement à cette transaction (*Cass. soc.*, 16 oct. 2019, n° 18-18.287 P).

15 - ACTION PRUD'HOMALE POSSIBLE

La transaction n'entraîne pas renonciation à toute action prud'homale. Le salarié peut intenter une

action qui n'a pas de lien direct avec la rupture proprement dite du contrat de travail à l'origine du différend.

En effet, les transactions :

- se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu (*C. civ.*, art. 2048) ;

- ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé (*C. civ.*, art. 2049). La transaction ne porte que sur les éléments qui ont fait l'objet d'un différend entre l'employeur et le salarié (*Cass. soc.*, 30 janv. 1996, n° 92-45.226 ; *Cass. soc.*, 2 déc. 2009, n° 08-41.665 P ; *Cass. soc.*, 5 mai 2010, n° 08-44.085).

En cas de doute sur la portée de la transaction, il appartient aux juges de rechercher l'intention des parties.

Dès lors qu'elle n'entre pas dans l'objet de la transaction, est valable la demande du salarié :

- de dommages-intérêts pour rupture abusive ;
- de dommages-intérêts pour non-affiliation à un régime de retraite complémentaire. En l'espèce, la transaction portait sur un régime conventionnel de retraite. Toutefois, l'employeur ne justifiant pas avoir délivré l'information aux salariés de l'existence d'une caisse de retraite complémentaire avant la signature de la transaction, la salariée ne pouvait pas transiger sur des droits dont elle n'avait pas connaissance (*Cass. soc.*, 23 sept. 2015, n° 14-15.311).

En outre, la transaction qui fait état d'un litige sur la rupture du contrat de travail, sans plus de précision, n'empêche pas le salarié d'introduire ultérieurement une action en reconnaissance d'une discrimination dans le déroulement de carrière (*Cass. soc.*, 24 avr. 2013, n° 11-15.204 P).

16 - CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

Dès lors qu'elle n'entraîne pas dans l'objet de la transaction, était considérée comme valable la demande du salarié en paiement de l'indemnité compensatrice de non-concurrence prévue par le contrat de travail. En effet, la jurisprudence estimait que les clauses contractuelles destinées à trouver application postérieurement à la rupture du contrat n'étaient pas,

sauf dispositions expresses contraires, affectées par la transaction intervenue entre les parties pour régler les conséquences d'un licenciement (*Cass. soc.*, 5 avr. 2006, n° 03-47.802; *Cass. soc.*, 9 janv. 2008, n° 06-45.984; *Cass. soc.*, 18 janv. 2012, n° 10-14.974). Toutefois, la chambre sociale de la Cour de cassation a finalement jugé que les obligations réciproques des parties au titre d'une clause de non-concurrence sont comprises dans l'objet de la transaction par laquelle ces parties déclarent être remplies de tous leurs droits, mettre fin à tout différend né ou à naître et renoncer à toute action sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail (*Cass. soc.*, 17 févr. 2021, n° 19-20.635 P). Cette décision semble constituer un revirement par rapport à la précédente jurisprudence, présentée ci-dessus, et s'inscrire dans un mouvement jurisprudentiel qui admet de plus en plus que la transaction éteint tous types de demandes et que les clauses rédigées en des termes généraux sont libératoires pour l'employeur (comme, par exemple, *Cass. soc.*, 11 janv. 2017, n° 15-20.040 P; voir ci-après la partie « *Objet général de la transaction* »).

Toutefois, malgré cette nouvelle décision, il convient sans doute à l'avenir, lors de la rupture du contrat de travail, de continuer à vérifier systématiquement l'intégralité du contrat de travail (y compris ses avenants successifs) du collaborateur concerné, pour vérifier son contenu et notamment les dispositions relatives à la clause de non-concurrence. Dans l'attente de décisions confirmant cette nouvelle jurisprudence, la solution de prudence pourrait consister pour l'employeur à aborder spécifiquement la question de la clause de non-concurrence dans la lettre de licenciement, pour lever toute obligation qui pourrait exister si tel est son souhait, ou à évoquer expressément son sort au sein de la transaction éventuellement conclue.

17 - VOLONTÉ DES PARTIES

Tout dépend de la volonté des parties exprimée avec plus ou moins de précision et de transparence.

◆ **Objet général de la transaction**

Il est assez fréquent que les parties :

- usent, dans l'acte transactionnel, de formules larges comme « tout litige susceptible de découler de l'exécution et de la rupture du contrat de travail » ;
- ou évoquent le versement d'une somme globale « à titre de transaction » (*Cass. soc.*, 29 mai 1986, n° 83-44.746) ;

– ou émettent leur volonté de régler « définitivement tous les comptes sans exception ni réserve pouvant exister entre elles » (*Cass. soc.*, 25 sept. 1990, n° 88-12.942).

Dans un arrêt du 4 juillet 1997, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a donné effet à la formule très générale utilisée dans une transaction. En effet, selon elle, le salarié renonçait à « toutes réclamations de quelque nature qu'elles soient à l'encontre de la partie défenderesse relatives tant à l'exécution qu'à la rupture de son contrat de travail ». L'Assemblée plénière en a déduit que la prime d'intéressement était incluse dans la transaction, peu important qu'elle ait été conclue à l'occasion d'un litige portant sur le dédit de la clause de non-concurrence (*Cass. ass. plén.*, 4 juill. 1997, n° 93-43.375 P).

La conséquence de cet arrêt était donc que, rédigée en termes généraux, la transaction constitue une fin de non-recevoir pour toute action prud'homale, même si le salarié, en réalité, n'a pas pensé renoncer à l'ensemble de ses droits en prenant sa décision.

Dans un arrêt de 2014, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est, pour la première fois, alignée sur la position de l'Assemblée plénière, en donnant tous ses effets à une transaction rédigée en des termes très généraux. Elle a ainsi relevé qu'aux termes de la transaction, le salarié avait déclaré n'avoir plus rien à réclamer à l'employeur à « quelque titre que ce soit et pour quelque cause que ce soit, tant en raison de l'exécution que de la rupture du contrat de travail ». C'est donc à raison que les juges du fond ont retenu que le salarié ne pouvait pas prétendre au paiement de sommes à titre de dommages-intérêts pour perte de salaires et d'une indemnité compensatrice de préavis (*Cass. soc.*, 5 nov. 2014, n° 13-18.984 P).

Depuis cet arrêt, la chambre sociale a rendu plusieurs autres décisions dans le même sens, confirmant la modification de sa jurisprudence. Il a ainsi été jugé que :

- dès lors qu'aux termes de la transaction, chaque salarié déclarait être rempli de tous ses droits et ne plus avoir aucun chef de grief quelconque à l'encontre de la société du fait de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail, le salarié ne peut par la suite formuler une demande d'indemnisation du préjudice d'anxiété lié à son exposition à l'amiante (*Cass. soc.*, 11 janv. 2017, n° 15-20.040 P; *Cass. soc.*, 21 févr. 2017, n° 15-28.376) ; dans le même sens voir *Cass. soc.*, 6 oct. 2017, n° 16-23.891) ;

– ne peut demander le versement d'une rente de retraite supplémentaire le salarié ayant signé une transaction dans laquelle il déclarait avoir reçu toutes les sommes auxquelles il pouvait ou pourrait éventuellement prétendre au titre de ses relations de droit ou de fait existant ou ayant existé avec la société. Selon cette transaction, il renonçait à toute réclamation de quelque nature que ce soit, née ou à naître, ainsi qu'à toute somme ou forme de rémunération ou d'indemnisation auxquelles il pourrait éventuellement prétendre à quelque titre et pour quelque cause que ce soit du fait notamment du droit commun, des dispositions de la convention collective, de son contrat de travail et/ou de ses avenants et/ou tout autre accord, ou promesse et/ou découlant de tout autre rapport de fait et de droit (*Cass. soc.*, 30 mai 2018, n° 16-25.426 P; dans le même sens, *Cass. soc.*, 22 juin 2017, n° 16-13.447);

– ne peut demander le versement de sommes correspondant à la capitalisation de la rente invalidité complémentaire qu'il aurait dû percevoir, le salarié qui, aux termes de la transaction, s'était déclaré, en contrepartie de la somme reçue, entièrement rempli de ses droits. Il avait ainsi renoncé à toute autre prétention en nature ou en argent relative tant à l'exécution qu'à la rupture de son contrat de travail et avait également renoncé à exercer une action quelconque, directe ou indirecte, à l'encontre de la société à la suite de son activité professionnelle en son sein (*Cass. soc.*, 19 juin 2019, n° 18-13.269);

– le salarié ne peut demander à son ancien employeur le versement d'une somme provisionnelle au titre de la prise en charge des frais et honoraires de justice s'inscrivant dans le cadre d'un contentieux né à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, dès lors qu'il était inscrit dans la transaction que le salarié était entièrement rempli de ses droits actuels et futurs du fait tant de l'exécution que de la cessation de son contrat de travail à quelque titre et pour quelque cause que ce soit (*Cass. soc.*, 27 mai 2020, n° 18-21.425);

– ne peut poursuivre l'action en justice engagée avant son licenciement portant sur un rappel d'heures supplémentaires, le salarié qui a conclu une transaction à la suite de son licenciement « réglant définitivement les comptes, sans exception ni réserve, pouvant exister entre les parties ». Le salarié avait ainsi renoncé à tout droit, action, indemnité de quelque nature que ce soit qui résulterait de l'exécution ou

de la cessation de son contrat de travail (*Cass. soc.*, 31 janv. 2018, n° 16-20.508).

Dans un souci de sécurité juridique, il reste toutefois conseillé de lister l'ensemble des droits auxquels le salarié renonce dans la transaction.

◆ Droits et obligations applicables après la rupture du contrat

Sauf stipulation contraire, les droits ou obligations destinés à trouver application postérieurement à la rupture du contrat de travail ne sont pas affectés par la transaction destinée à régler les conséquences d'un licenciement. Il en est ainsi de la priorité de réembauche qui constitue un droit futur éventuel (*Cass. soc.*, 29 nov. 2000, n° 98-43.518; *Cass. soc.*, 8 juin 2005, n° 03-42.419; *Cass. soc.*, 28 févr. 2006, n° 03-47.860).

Concernant cette priorité de réembauche, il a toutefois été jugé que la transaction stipulant qu'elle règle « irrévocablement tout litige lié à l'exécution et à la rupture du contrat de travail en dehors de l'application des autres mesures du dispositif d'accompagnement social » du licenciement économique, et que les parties déclarent « renoncer à tenter ou poursuivre toute instance ou action de quelque nature que ce soit dont la cause ou l'origine aurait trait au contrat de travail, à son exécution ou à sa rupture », a acquis, à la date de sa signature, l'autorité de la chose jugée. Elle fait donc obstacle aux demandes du salarié relatives au non-respect par l'employeur de ses obligations de reclassement et de réembauche, ainsi que de ses obligations découlant du plan de sauvegarde de l'emploi (*Cass. soc.*, 20 févr. 2019, n° 17-19.676 P).

À l'égard des tiers

18 - TRANSACTION INOPPOSABLE AUX AUTRES SALARIÉS

« La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux » (*C. civ.*, art. 2051).

En pratique, lorsque l'employeur conclut avec un salarié un acte transactionnel et qu'il a le même litige avec plusieurs de ses anciens salariés, ces derniers ne sauraient exiger la conclusion d'une transaction au contenu similaire, ni même l'invoquer à titre de moyen de défense. Le principe d'égalité de traitement

ne peut pas non plus être invoqué par un salarié pour revendiquer les droits et avantages d'une transaction conclue par l'employeur avec d'autres salariés (*Cass. soc.*, 12 mai 2021, n° 20-10.796 P).

De son côté, l'employeur ne peut exiger d'eux la conclusion d'une transaction, ce qui heurterait le principe de l'autonomie de la volonté et ses corollaires. De même, il ne peut invoquer le contenu de la transaction dans ses conclusions à l'occasion d'un litige les opposant.

19 - POSSIBILITÉ D'INVOQUER LA RENONCIATION À UN DROIT

Si l'effet relatif des contrats interdit aux tiers de se prévaloir de l'autorité d'une transaction à laquelle ils ne sont pas intervenus, ces mêmes tiers peuvent néanmoins invoquer la renonciation à un droit que referme la transaction (*voir par ex.*: *Cass. soc.*, 22 sept. 2016, n° 14-24.358; *Cass. soc.*, 25 sept. 2013, n° 12-17.863).

En l'espèce, des salariés ont renoncé expressément, dans la transaction conclue avec la société cédante, à toute demande indemnitaire relative à leur licenciement. Plus tard, ils ont engagé une action contre le cessionnaire pour être reconnus créanciers de cette société au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette action ne peut aboutir en présence de la renonciation à leurs droits dont le cessionnaire, non signataire de la transaction, était fondé à se prévaloir.

De même, la transaction signée avec l'ancien employeur peut faire échec à la réintégration chez le repreneur (*Cass. soc.*, 20 nov. 2013, n° 10-28.582 P).

Dans cette affaire, un salarié protégé a, par l'effet d'une transaction, renoncé à remettre en cause son licenciement. La société qui a repris une partie des contrats de travail dans le cadre de la liquidation judiciaire de l'employeur, était fondée à se prévaloir de cette renonciation pour s'opposer à la demande de réintégration formée à son encontre par l'intéressé.

En revanche, lorsque le contrat de travail d'un salarié se poursuit avec le cessionnaire conformément à l'article L. 1224-1 du Code du travail, la signature d'une transaction entre le salarié et le cédant, relative à l'indemnisation du licenciement, ne fait pas obstacle à l'action en justice du salarié contre le cessionnaire, à la suite de la rupture de sa période

d'essai (*Cass. soc.*, 25 sept. 2013, n° 12-20.256 P). En effet, le cessionnaire ne peut imposer une période d'essai au salarié transféré ou repris. En l'espèce, l'intéressé a demandé la requalification de la rupture de sa période d'essai en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Néanmoins, un salarié ne pouvant obtenir deux fois réparation du même préjudice, il convient de déduire des sommes mises à la charge du cessionnaire celles que le salarié a déjà obtenues du cédant dans le cadre de la transaction afférente au licenciement.

A contrario, en l'absence de tout transfert d'une entité économique autonome, et donc d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la transaction conclue entre les salariés et le cessionnaire, à la suite des licenciements dont ce dernier avait pris l'initiative, pour éviter toute contestation portant sur l'exécution ou la rupture des contrats de travail, n'emporte pas renonciation des salariés à toute action en contestation des conditions dans lesquelles leur premier employeur avait mis un terme à la relation contractuelle (*Cass. soc.*, 10 juin 2015, n° 13-27.144 P).

De même, lorsqu'une transaction est signée entre une société cliente de l'employeur et un salarié, ne comportant pas de renonciation du salarié à son droit de réclamer des créances salariales à l'encontre de son employeur, tiers à la convention, ce dernier ne peut pas se prévaloir de l'exception de transaction (*Cass. soc.*, 22 nov. 2017, n° 16-16.084).

INDEMNITÉ TRANSACTIONNELLE

20 - MONTANT

Le montant de l'indemnité transactionnelle est fixé par les parties, selon le risque de condamnation encouru en cas de contentieux.

Or, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (*JO 23 sept.*) a institué un barème d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il s'applique aux litiges nés de licenciements notifiés postérieurement à la publication de l'ordonnance, soit après le 23 septembre 2017. Désormais, le juge doit respecter ce barème qui fixe à la fois un plancher et un plafond d'indemnisation, exprimés en mois de salaire brut, en fonction de

l'ancienneté du salarié en années complètes (*C. trav., art. L. 1235-3*). Sous réserve de respecter le barème, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour fixer le montant de l'indemnité en fonction du préjudice subi par le salarié.

Ce barème a nécessairement une incidence dans la négociation de l'indemnité transactionnelle. Désormais, l'employeur a tout intérêt à proposer au salarié une somme au moins équivalente, voire supérieure, à celle prévue par celui-ci.

À NOTER

Le barème d'indemnisation n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une nullité afférente à (*C. trav., art. L. 1235-3-1*):

- la violation d'une liberté fondamentale;
- des faits de harcèlement moral ou sexuel;
- un licenciement discriminatoire (*C. trav., art. L. 1132-4 et art. L. 1134-4*);
- un licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (*C. trav., art. L. 1144-3*), ou à une dénonciation de crimes et délits;
- un licenciement d'un salarié protégé (*C. trav., art. L. 2411-1 et art. L. 2412-1*) en raison de l'exercice de son mandat;
- un licenciement d'un salarié en méconnaissance des protections spécifiques attachées à la grossesse, la maternité, la paternité, l'adoption et l'éducation des enfants, et aux personnes victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (*C. trav., art. L. 1225-71 et art. L. 1226-13*).

Dans ces hypothèses, lorsque le salarié ne demande pas sa réintégration ou que celle-ci est impossible, le juge octroie au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

21 - NATURE DE L'INDEMNITÉ

Elle peut être globale et intégrer l'indemnité compensatrice de préavis ou de congés payés. Selon les situations, on peut considérer qu'elle a la nature d'un salaire ou d'une indemnité.

À NOTER

Dès lors qu'une partie des sommes versées à l'occasion d'une transaction a la nature de salaire, l'employeur a l'obligation d'établir un bulletin de paie faisant apparaître le détail de ces sommes (*Cass. soc., 16 juin 1998, n° 96-41.768 P*).

22 - RÉGIME SOCIAL

◆ Transaction consécutive à une démission

Dans le cadre d'une transaction consécutive à une démission, l'indemnité transactionnelle est soumise en principe (sauf en cas d'indemnisation d'un préjudice, voir ci-dessous) aux cotisations sociales, à la CSG et à la CRDS dans les conditions de droit commun.

◆ Transaction liée aux contraintes de l'activité professionnelle

Lorsque la transaction est conclue hors rupture, en cours d'exécution du contrat de travail, les indemnités transactionnelles rémunérant des contraintes liées à l'activité sont assujetties aux cotisations et contributions sociales. Ainsi, par exemple, les sommes versées en exécution de la transaction qui visent à indemniser le temps accordé en contrepartie du temps d'habillage, de déshabillage et de passation des consignes constituent un élément de rémunération versé en contrepartie ou à l'occasion du travail, de sorte qu'elles entrent dans l'assiette des cotisations et contributions dues par l'employeur (*Cass. 2^e civ., 19 janv. 2017, n° 16-11.472*). Il en va de même pour des indemnités transactionnelles versées pour indemniser un jeudi de l'Ascension qui n'avait été ni payé ni récupéré, ainsi que le temps passé à retirer la dotation habillement conformément à la convention collective applicable. Ces sommes sont des éléments de rémunération soumis à cotisations, et non des dommages-intérêts destinés à réparer un préjudice (*Cass. 2^e civ., 28 nov. 2019, n° 18-22.807 P*).

À l'inverse, pourraient être exclues de l'assiette des cotisations l'indemnité transactionnelle ayant pour objet de dédommager le salarié d'un préjudice subi par lui sous réserve d'apporter la preuve de la nature de dommages-intérêts des sommes versées (*Cass. 2^e civ., 22 oct. 2020, n° 19-21.932*).

◆ Transaction consécutive à un licenciement

Selon le Bulletin officiel de la Sécurité sociale (BOSS), qui est opposable aux Urssaf depuis le 1^{er} avril 2021, l'indemnité transactionnelle peut être exonérée de cotisations pour sa fraction représentative d'une indemnité elle-même susceptible d'être exonérée (*BOSS, Indemnités de rupture, chap. 10, sect. 1 : Indemnités prévues dans le cadre d'une transaction, n° 1670 et s.*). Cela signifie que l'indemnité transactionnelle faisant suite à un licenciement est exclue

de l'assiette des cotisations au même titre que les indemnités de licenciement dans les limites prévues par l'article 80 duodecies du Code général des impôts à hauteur maximum de deux fois le plafond annuel de la Sécurité sociale (Pass, soit 82 272 euros au 1^{er} janvier 2021).

En cas de versement à la fois d'une indemnité de licenciement et d'une indemnité transactionnelle, il est fait masse des indemnités et les limites d'exonération prévues par l'article 80 duodecies du code précité s'appliquent au montant global des indemnités perçues au titre de la rupture du contrat de travail. Dans le cas particulier d'un salarié licencié qui ne peut bénéficier d'aucune indemnité de licenciement, il est admis que l'indemnité versée au salarié dans le cadre d'une transaction et destinée à éviter tout contentieux peut être exonérée de cotisations de sécurité sociale dans les conditions et limites applicables à l'indemnité de licenciement hors PSE (*BOSS, Indemnités de rupture, chap. 10, sect. 1, n° 1710*). Là encore, le global des indemnités bénéficie d'une exclusion de l'assiette des cotisations de sécurité sociale limitée à la fraction non imposable de l'indemnité de licenciement et, dans tous les cas, à hauteur maximum de deux fois le Pass.

En dehors des indemnités pouvant être exclues de l'assiette des cotisations et contributions sociales dans les conditions prévues par la loi, une somme représentative de dommages-intérêts indemnifiant un préjudice (moral ou personnel) autre que la perte de salaire peut dans certains cas être exclue de l'assiette des cotisations, lorsque l'employeur apporte la preuve qu'elle concourt, pour tout ou partie de son montant, à l'indemnisation d'un préjudice résultant de la rupture du contrat de travail du salarié. Il en va ainsi lorsqu'une décision de justice constate la réalité de ce préjudice et considère que les sommes versées constituent des dommages-intérêts (*BOSS, Indemnités de rupture, chap. 10, sect. 1, n° 1720; voir par exemple, Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-10.325 P, n° 16-16.683, n° 17-11.336 P*). L'employeur doit rapporter la preuve que ces sommes concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice (*Cass. 2^e civ., 22 oct. 2020, n° 19-21.932*).

Dans tous les cas, lorsque la totalité des indemnités liées à la rupture, indemnité transactionnelle incluse, correspond à un montant supérieur à 10 Pass, les sommes sont intégralement soumises à cotisations et contributions sociales (dès le premier euro).

◆ CSG et CRDS

Les indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail ne sont exonérées de CSG et de CRDS que dans la limite du montant le plus faible entre l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement et le seuil de deux fois le Pass.

Au-delà du montant le plus faible de ces deux seuils, l'indemnité transactionnelle est donc soumise à CSG et CRDS.

Là encore, les textes prévoient que les indemnités liées à la rupture du contrat de travail supérieures à 10 fois le Pass sont intégralement soumises à la CSG et à la CRDS.

23 - RÉGIME FISCAL

◆ Transaction suite à une démission ou résultant d'une contrainte liée à l'activité professionnelle

L'indemnité transactionnelle suite à une démission ou lors de l'exécution du contrat en vue de rémunérer des contraintes liées à l'activité professionnelle est soumise en principe à l'impôt sur le revenu dans les conditions de droit commun (sauf à démontrer, preuve à l'appui, la nature indemnitaire des sommes accordées au salarié).

◆ Transaction consécutive à un licenciement

L'indemnité transactionnelle n'est pas listée à l'article 80 duodecies du Code général des impôts qui fixe les indemnités pouvant être exonérées d'impôt sur le revenu. Le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution le paragraphe 1 de l'article 80 duodecies du CGI mais a émis une réserve (*Cons. const., 20 sept. 2013, n° 2013-340 QPC*). En effet, selon cette décision, le bénéfice des exonérations par cet article du Code général des impôts ne peut varier selon que l'indemnité a été allouée en vertu d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une transaction. Dès lors, en cas de transaction, il appartient à l'Administration, ou au juge de l'impôt lorsqu'il est saisi, de rechercher la qualification à donner aux sommes objet de la transaction (*CE, 30 janv. 2019, n° 414.136*).

À cet égard, les sommes perçues par un salarié en exécution d'une transaction conclue avec son employeur ne sont susceptibles d'être regardées comme des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse que s'il résulte de l'instruction que

la rupture des relations de travail est assimilable à un tel licenciement. Dans ce cas, l'indemnité accordée au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse est exonérée. La détermination par le juge de la nature de l'indemnité se fait au vu de l'instruction. La circonstance que l'indemnité a été versée en vertu d'une transaction ne suffit pas, à elle seule, pour la rendre nécessairement imposable. Il incombe au juge de l'impôt d'apprécier, conformément à la jurisprudence établie du juge du travail et au vu de l'instruction, si le licenciement à l'origine de l'indemnité transactionnelle est manifestement dépourvu de cause réelle et sérieuse et, dans l'affirmative, si les sommes versées correspondent en tout ou partie à une indemnisation au titre d'un tel licenciement (*CE, 3^e et 8^e ch. réunies, 5 juill. 2018, n° 401.157; voir aussi CE, 13 mars 2019, n° 408.498*).

Si l'indemnité est assimilée à une indemnisation au titre d'un licenciement, elle sera soumise au régime de cette dernière en ce qui concerne les règles d'imposition. L'indemnité transactionnelle sera alors exonérée en deçà des limites fiscales.

Les indemnités sont exonérées d'impôt, dans les conditions prévues à l'article 80 duodecimes du Code général des impôts, à hauteur du plus élevé des montants suivants :

- soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi ;
- soit le double de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture du contrat de travail ou 50 % du montant total des indemnités versées (hors élément de salaire), si ce seuil est supérieur.

Ces deux derniers seuils sont retenus dans la limite maximale de six fois le montant du Pass en vigueur à la date du versement (*CGI, art. 80 duodecimes, I, 3°*). Pour apprécier cette limite, il faut faire masse de l'ensemble des indemnités de rupture versées.

À NOTER

Si une transaction prévoit expressément que le salarié accepte de « faire son affaire personnelle » de l'imposition des sommes perçues au titre de la transaction, ce dernier ne peut pas, à la suite de son redressement fiscal sur ces sommes, solliciter une indemnisation de la part de l'employeur. Et ce, même si l'employeur est à l'origine de l'erreur de calcul dans la décomposition des sommes versées ayant donné lieu au redressement fiscal (*Cass. soc., 16 juin 2021, n° 20-13.256*).

Transaction conclue après une rupture conventionnelle

En principe, les sommes versées au titre d'une transaction après une rupture conventionnelle entrent dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale, d'autant plus que ni l'article L. 242-1 alinéa 1 du Code de la sécurité sociale ni l'article 80 duodecimes du Code général des impôts ne prévoient d'exonération des sommes versées à raison de l'exécution du contrat. Or nous l'avons précédemment évoqué (*voir n° 2 de ce Point spécial*), la transaction ne peut intervenir après la rupture conventionnelle que si elle a pour objet de régler un différend à l'exécution du contrat, et sur des éléments non compris dans la convention de rupture. Dans un arrêt du 22 octobre 2020 (*Cass. 2^e civ., 22 oct. 2020, n° 19-21.932*), la Cour de cassation semble laisser entendre qu'une exclusion de l'assiette des cotisations de sécurité sociale pourrait être possible dans le cas où la société rapporterait la preuve que la somme litigieuse compensait un préjudice (ce qui n'était pas le cas en l'espèce). Dans l'attente de nouvelles décisions, il convient de rester très prudent sur le sens à donner à cet arrêt.

Sur le plan fiscal, lorsqu'a été conclue et homologuée une convention de rupture, cette rupture conventionnelle, exclusive du licenciement et de la démission, fait en principe obstacle à ce que l'indemnité allouée au salarié par une transaction intervenant ultérieurement puisse être regardée comme une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et exonérée d'impôt sur le revenu à ce titre. Toutefois, un arrêt du Conseil d'État du 21 juin 2021 (*n° 438.532*) apporte une précision intéressante. La remise au salarié d'un exemplaire de la convention de rupture étant nécessaire à la fois pour que chacune des parties puisse demander l'homologation de la convention, et pour garantir le libre consentement du salarié, en lui permettant d'exercer ensuite son droit de rétractation en connaissance de cause, il en déduit qu'à défaut d'une telle remise, la convention de rupture conventionnelle est nulle et produit par conséquent les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans cette situation, l'indemnité transactionnelle est alors exonérée d'impôt.

◆ Transaction conclue dans le cadre d'une conciliation prud'homale

Aux termes de l'article 80 duodecimes du CGI, ne constituent pas une rémunération imposable les indemnités prévues par l'accord conclu en bureau de conciliation telles que mentionnées à l'article

L. 1235-1 du Code du travail. Cependant, l'Administration fiscale précise que l'exonération d'impôt ne s'applique que dans la limite du montant prévu par le barème d'indemnisation fixé à l'article D. 1235-21 du Code du travail en fonction de l'ancienneté du salarié (*voir en ce sens, BOI-RSA-CHAMP-20-40-10-30-20140307*).

De même, l'indemnité forfaitaire de conciliation prud'homale conforme au barème fixé par l'article D. 1235-21 du Code du travail n'est pas soumise au forfait social car elle est totalement exonérée de cotisations, de CSG et de CRDS (*voir BOSS, Indemnités de rupture, chap. 10, sect. 2, n° 1840 et s.*).

Lorsque d'autres indemnités sont également versées au salarié, l'indemnité n'est exonérée de cotisations que si son montant ajouté à d'autres indemnités liées à la rupture du contrat de travail, ne dépasse pas le seuil d'exonération fixé à deux Pass.

◆ Transaction consécutive à une mise à la retraite

L'indemnité transactionnelle emprunte le même régime fiscal que l'indemnité de mise à la retraite. Elle est donc non imposable dans la limite la plus favorable entre :

- soit le montant de l'indemnité de mise à la retraite prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi ;
- soit deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture de son contrat de travail ou 50 % du montant total des indemnités versées (hors élément de salaire), si ce seuil est supérieur.

Ces deux derniers seuils sont retenus dans la limite maximale de cinq fois le montant du Pass en vigueur à la date du versement (*CGI, art. 80 duodecies, 1, 4°*).

L'indemnité transactionnelle est également exonérée de cotisations de sécurité sociale pour sa partie non imposable dans la limite de deux Pass. Les indemnités supérieures à dix Pass sont assujetties aux cotisations dès le 1^{er} euro.

Comme précédemment, si d'autres indemnités sont versées au salarié à cette occasion, il faut apprécier les limites d'exonération précédentes en faisant masse des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail du salarié, soit l'indemnité de mise à la retraite et l'indemnité transactionnelle.

CONTESTATION

DE LA TRANSACTION

24 - NON-RESPECT DE LA TRANSACTION

Les litiges relatifs à la transaction sont portés devant le conseil de prud'hommes, dans la mesure où la transaction se rattache au contrat de travail (*Cass. soc., 13 mars 2007, n° 05-13.169*). Cette action est ouverte même si le protocole a été constaté par le bureau de conciliation (*Cass. soc., 29 sept. 2010, n° 09-42.084 P*).

Si l'une des parties à la transaction n'exécute pas les obligations en découlant, l'autre contractant peut demander son exécution forcée en application de l'article 1228 du Code civil. Elle peut également demander au juge qu'il prononce sa résolution (*C. civ., art. 1217, 1227 et 1228*).

La chambre sociale de la Cour de cassation a par exemple jugé que l'inexécution partielle des termes d'une transaction peut constituer un manquement suffisamment grave à l'une des obligations déterminantes de la transaction et justifier sa résolution. En l'espèce, la transaction prévoyait notamment que l'employeur devait proposer la conclusion d'un contrat de sous-traitance au salarié avec lequel il avait transigé mais n'avait pas tenu cette promesse (*Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-22.503*).

Pour la première chambre civile de la Cour de cassation, le non-respect de la promesse de l'employeur d'obtenir la reprise de relations contractuelles entre le salarié, en qualité de travailleur indépendant, et d'autres sociétés du groupe ne peut être sanctionné par la résolution de la transaction mais par l'octroi de dommages-intérêts (*Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2018, n° 15-21.244*).

La résolution de la transaction a pour effet :

- de restituer au créancier, en principe le salarié, ses droits primitifs. Dès lors que la cour d'appel constate que l'employeur a contraint le salarié à cesser ses fonctions, c'est à bon droit qu'elle décide que la rupture du contrat résulte d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'employeur n'ayant justifié d'aucun grief autre que celui qui a déjà donné lieu à une mise à pied (*Cass. soc., 7 juin 1989, n° 86-43.012 P*) ;
- le versement d'une somme contractuellement prévue au titre d'une clause pénale. En effet, les parties ont la faculté d'inclure dans la transaction une clause pénale (*C. civ., art. 1231-5*). Une telle clause

incite les parties à s'exécuter, puisqu'à défaut, celle qui manque à son obligation est tenue de verser à l'autre la somme contractuellement arrêtée. Le juge a la possibilité de modérer la somme constitutive d'une peine privée dès lors qu'elle apparaît comme excessive ou dérisoire (*C. civ., art. 1231-5*);

– la restitution de l'indemnité transactionnelle consécutive à l'annulation de la transaction. En effet, lorsqu'un contrat nul a été exécuté, les parties doivent être remises en l'état dans lequel elles se trouvaient avant cette exécution, quelle que soit la nature de la nullité encourue. Par conséquent, le juge qui a constaté la nullité de la transaction ne peut refuser d'ordonner la restitution des sommes qui ont été versées en exécution de cette transaction (*Cass. soc., 22 mars 2016, n° 14-17.926*). Toutefois, la Cour de cassation réserve l'hypothèse d'une cause immorale qui frapperait le licenciement et ferait obstacle à la restitution de l'indemnité transactionnelle (*Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-43.805 P*).

25 - ANNULATION EN CAS DE VICE DU CONSENTEMENT

Indépendamment de la nullité relative qu'elle encourt lorsqu'elle est conclue avant la notification du licenciement et dont le salarié est seul à pouvoir se prévaloir, la transaction peut aussi être annulée à la demande de l'une ou l'autre des parties.

C'est notamment le cas s'il y a erreur sur la personne ou sur l'objet de la contestation, ainsi que dans tous les cas de dol ou violence (*Cass. soc., 23 janv. 2008, n° 06-45.856*).

L'existence d'un vice du consentement doit être établie par la partie qui s'en prévaut.

◆ Erreur sur la personne ou sur l'objet

Les décisions annulant une transaction pour erreur sur la personne sont rares, bien que cela soit envisageable compte tenu d'éventuelles difficultés pour déterminer l'identité de l'employeur, notamment dans les groupes de sociétés.

Il y a erreur sur l'objet lorsque les parties n'ont pu prévoir une des conséquences de la rupture du contrat de travail. Ainsi, est nulle la transaction conclue par les parties sur la croyance commune que le salarié licencié pour inaptitude ne pouvait prétendre qu'à l'indemnité légale de licenciement, alors qu'une jurisprudence récente lui aurait per-

mis de prétendre à l'indemnité conventionnelle. L'erreur commise portait sur l'objet même de la contestation, en sorte qu'elle affectait la validité de la transaction (*Cass. soc., 24 nov. 1998, n° 95-43.523 P*).

Cette erreur sur l'objet ne saurait être confondue avec l'erreur portant sur l'étendue de la contestation. C'est vainement qu'un salarié prétendrait s'être mépris sur la gravité des faits qui lui sont reprochés.

◆ Dol

Manœuvres dolosives déterminantes dans la conclusion de la transaction

Le dol, s'il est établi, entraîne l'annulation de la transaction. Il consiste le plus souvent en des informations erronées fournies par l'employeur, sur la base desquelles le salarié a donné son consentement.

Afin de retenir l'existence d'un dol, les juges tiennent généralement compte de la place du salarié dans la hiérarchie de l'entreprise (un ouvrier face à un dirigeant largement entouré de conseils). À l'inverse, un employeur peut plus difficilement se prévaloir d'une manœuvre dolosive en vue d'obtenir la nullité de la transaction.

Ainsi, a été jugé que l'engagement contractuel du salarié de renoncer, à titre transactionnel, à toute action contre son employeur, ne peut avoir pour effet de le priver de la possibilité d'invoquer les manœuvres dolosives dont il se plaint d'avoir été la victime lors des actes préparatoires à la conclusion de la transaction.

En l'espèce, l'employeur avait affirmé que la majoration de l'indemnité conventionnelle de licenciement n'était pas imposable, et c'était compte tenu de cette information erronée que le salarié avait signé la transaction (*Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-44.294 P*).

Il y a également manœuvre dolosive de la part de l'employeur lorsqu'il laisse espérer à un salarié un règlement très rapide de ses indemnités en cas de transaction, alors qu'il n'a cessé, en réalité, de multiplier les attermolements, de présenter des calculs confus et qu'il a exigé un accord immédiat pour lui faire un versement. Le salarié, au chômage depuis plusieurs mois, avait, face à une telle attitude, été contraint à renoncer sans contrepartie à une fraction de ses demandes (*Cass. soc., 19 mars 1980, n° 78-40.213 P*).

REMARQUE

Les tribunaux s'appuient parfois sur l'existence de manœuvres dolosives ou de pressions morales exercées par l'employeur pour en déduire l'absence de concessions réciproques et ainsi conclure à la nullité de la transaction (*Cass. soc.*, 11 oct. 1990, n° 87-40.949 P).

Manœuvres dolosives sans effet sur la transaction

Le fait pour un salarié, lors de la signature d'une transaction, d'avoir caché les agissements délictueux dont il s'était rendu coupable avant son licenciement (faux et usage de faux, abus de confiance) n'entraîne pas pour autant la nullité de la transaction (*Cass. soc.*, 9 juill. 2003, n° 01-42.730). En effet, il apparaît dans cette affaire que la réticence dolosive imputée à l'intéressé n'était pas de nature à avoir une incidence sur la rupture et, par conséquent, sur la validité de la transaction.

Dans une autre affaire, des faits de corruption antérieurs à la rupture du contrat de travail ne sont pas déterminants dans la conclusion de la transaction, même si l'employeur n'aurait pas transigé avec le salarié dans les termes retenus s'il avait eu connaissance de tels faits. En effet, l'intention de tromper l'employeur n'est pas établie (*Cass. soc.*, 14 oct. 2009, n° 08-42.206).

◆ **Violence**

La violence, vice du consentement, consiste en une crainte qu'inspire une contrainte physique ou morale, exercée sur la volonté d'une des parties pour l'amener à s'engager.

La violence ne se présument pas, il appartient au salarié, le cas échéant, de rapporter la preuve qu'il

a subi des pressions importantes l'ayant conduit à transiger (*Cass. soc.*, 4 mars 1992, n° 88-44.543 P; *Cass. soc.*, 8 mars 1995, n° 93-41.699).

La seule menace d'un licenciement ne saurait entraîner l'annulation de la transaction.

Les tribunaux refusant d'examiner le caractère réel et sérieux de la rupture du contrat de travail, la transaction n'est pas nulle au motif que l'employeur aurait exercé une pression morale illégitime sur le salarié en lui reprochant à tort la commission d'actes fautifs graves.

Toutefois l'acte transactionnel pourrait être annulé sur le terrain de l'absence de concessions réciproques, à l'occasion de l'examen des prétentions respectives des parties.

Si la jurisprudence, par ailleurs, prend assez facilement en compte l'état de subordination du salarié pour requalifier en licenciement une démission donnée sous la pression de l'employeur, elle se montre beaucoup plus réticente pour remettre en cause à partir des mêmes motifs une transaction en se retranchant derrière une conception « civiliste » des vices du consentement.

Les exemples jurisprudentiels d'annulation pour violence restent peu nombreux. Ainsi, exerce une violence morale illégitime l'employeur qui menace de porter plainte contre un salarié pour un vol qu'il aurait commis, avec l'intention de le contraindre à conclure une transaction désavantageuse (*CA Paris*, 18^e ch., 10 sept. 1991, *Edet c./Sté nouvelle Vaires Charbon*, n° 32284/91).

La transaction peut également être annulée en raison d'un harcèlement moral ayant pour effet de vicier le consentement extorqué au salarié (*CA Grenoble*, 22 nov. 2010, n° 10-00.365). ■

30^e édition
*Comprendre simplement
le droit du travail
d'aujourd'hui*

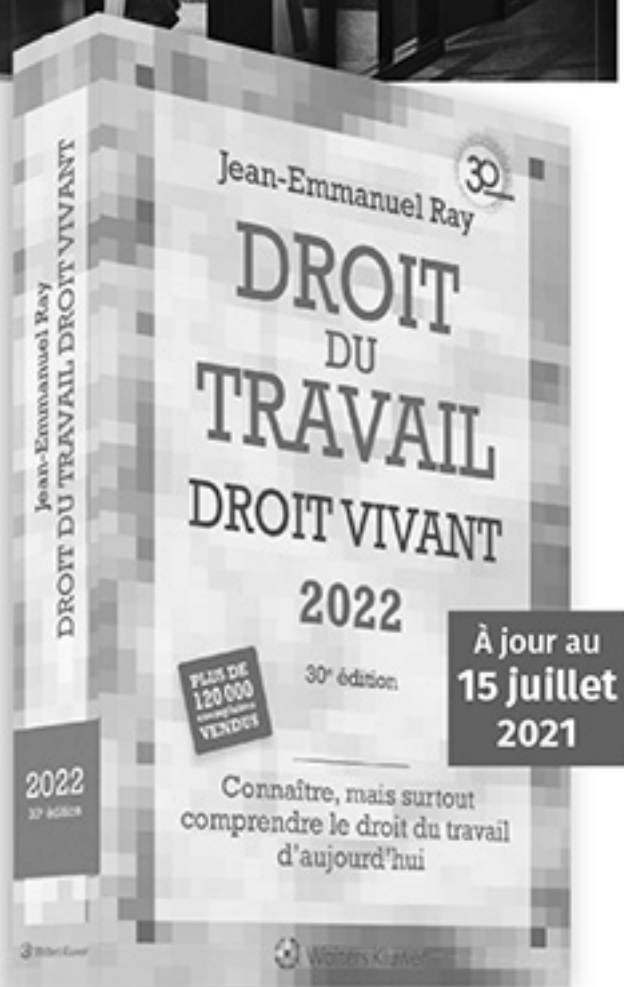
Plus de 120 000 exemplaires vendus !

Dans un style vivant, avec de multiples exemples concrets, l'auteur vous invite à suivre la vie professionnelle d'un salarié.

Accessible au non-spécialiste, cette 30^{ème} édition veut faire connaître, mais surtout comprendre de l'intérieur, cette matière passionnante qu'est le droit du travail d'aujourd'hui.

Consacré à la relation individuelle (embauche, exécution, ruptures) puis aux rapports collectifs de travail, cet ouvrage intègre les derniers textes légaux et les évolutions jurisprudentielles les plus récentes, notamment :

- Le télétravail
- La rupture d'essai, le forfait-jours
- Le harcèlement managérial, l'astreinte sur portable
- La rupture conventionnelle homologuée, la démission
- Le rôle du CSE en cas de licenciements économiques...



COMMANDEZ EN LIGNE
OU CHEZ VOTRE LIBRAIRE HABITUEL
www.wkf.fr

Le licenciement économique I

- A**
- ABSENCE DE REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL 60, 73, 90 et s.
 - ACCORD DE MÉTHODE 31, 62, 75, 77
 - ACCORD MAJORITAIRE 44, 47, 75, 88, 99
 - ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE p. 24, 23
 - ACTION EN JUSTICE D'UN SYNDICAT 25, 34, 99
 - ADMINISTRATION (rôle de l')
 - licenciement d'au moins 10 salariés 65, 67, 69, 70, 77, 78, 83, 84, 87, 88, 89, 93
 - licenciement de 2 à 9 salariés 61
 - licenciement des représentants du personnel 97
 - licenciement individuel 57
 - plan de sauvegarde de l'emploi 78, 93
 - ANCIENNETÉ 45, 46, 47
 - APPRÉCIATION
 - du caractère individuel ou collectif du licenciement 37 et s.
 - du motif économique 12, 17, 26
- C**
- CALENDRIERS DE PROCÉDURE p. 79 et s.
 - CATÉGORIES PROFESSIONNELLES 47, 52, 58, 64, 75, 77, 88, 93
 - CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE 10 et s., 24 et s., 50, 56
 - CESSATION D'ACTIVITÉ 15
 - CHAMP D'APPLICATION 3 et s.
 - CHANTIER 7
 - CHARGE DE FAMILLE 45, 46
 - CHOIX DES SALARIÉS LICENCIÉS 42 et s.
 - COEMPLOI 15
 - COMITÉ D'ENTREPRISE EUROPÉEN 34
 - COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE
 - attributions économiques générales 28
 - compétences selon la taille de l'entreprise 29, 30
 - consultation 28 et s., 45, 53, 58, 59, 77, 79, 85
 - licenciement d'au moins 10 salariés 77, 79, 80, 85
 - licenciement de 2 à 9 salariés 58, 59
 - licenciement des représentants du personnel 97
 - licenciement individuel 53
 - ordre des licenciements 45
 - COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE CENTRAL 31, 33, 77, 81, 83, 85
 - COMPÉTENCE DU JUGE 24, 77, 98, p. 77, 99, 100
 - COMPRESSION DES EFFECTIFS (projet de) 28, 30, 53, 59, 62, 77
 - CONGÉ DE MOBILITÉ 1, 3, 5, 6
 - CONGÉ DE RECLASSEMENT 55, 56, 58, 59, 64, 66, 68, 72, 73, 75, 85, 88, 89, 92
 - CONSEIL D'ENTREPRISE 35, 75
 - CONTENTIEUX 24 et s., 98 et s.
 - CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE 4, 18
 - CONTRAT DE SÉCURISATION PROFESSIONNELLE 2, 42, 54, 55, 56, 58, 59, 64, 66, 68, 72, 73, 75, 88, 89, 92, 94
 - CRITÈRES D'ORDRE DES LICENCIEMENTS 42 et s., 90, 99, 100
- D**
- DATE D'APPRÉCIATION
 - du motif du licenciement 12, 26
 - du volume du licenciement 38
 - DÉCÈS DE L'EMPLOYEUR 15
 - DÉFINITION 1 et s.
 - DÉPART
 - à la retraite de l'employeur 15
 - négocié 38
 - volontaire 38
 - DIFFICULTÉS ÉCONOMIQUES 12, 56
 - DOCUMENT UNILATÉRAL DE L'EMPLOYEUR 47, 74, 76, 86, 88
 - DREETS p. 48
- E – G**
- ENTRETIEN PRÉALABLE
 - licenciement d'au moins 10 salariés 63
 - licenciement de 2 à 9 salariés 61
 - licenciement des représentants du personnel 97
 - licenciement individuel 54, 55
 - EXPERT 31, 66, 75, 77, 79, 81, 82
 - GROUPE 1, 12, 14, 15, 26
- I – L**
- INFORMATION
 - de l'Administration 57, 61, 65, 67, 69, 78, 83, 87, 93
 - du personnel 36, 50, 88
 - INJONCTION (demande d') 75, 77, 81, 84
 - LETTRE DE LICENCIEMENT 2, 26, 56, p. 45, 72, 95
 - LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS
 - notion 38 et s.
 - procédure 62 et s., p. 51, p. 52, p. 60, p. 61, p. 73, p. 74
 - LICENCIEMENT DE 2 À 9 SALARIÉS
 - notion 38 et s.
 - procédure 58 et s., p. 49
 - LICENCIEMENT DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL 96 et s.
 - LICENCIEMENT INDIVIDUEL
 - notion 38 et s.
 - procédure 51 et s., p. 44
 - LICENCIEMENT POUR FIN DE CHANTIER OU D'OPÉRATION 7
 - LICENCIEMENTS SUCCESSIFS 40
- M – N**
- MISSION À L'EXPORTATION 8
 - MODÈLE DE LETTRE DE LICENCIEMENT p. 45
 - MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL 1, 21 et s., p. 24, 38, 43
 - MOTIF PERSONNEL (coexistence avec un motif économique) 2
 - MOTIFS DU LICENCIEMENT 10 et s.
 - MUTATION TECHNOLOGIQUE 13, 56, 97
 - NOMBRE DE LICENCIEMENTS 38 et s.
 - NOTIFICATION
 - des licenciements aux salariés 56, 72, 89, 95
 - du projet de licenciement à l'Administration 57, 61, 67, 87, 93
- O – P**
- ORDRE DES LICENCIEMENTS 42 et s.
 - PLAN
 - de départ volontaire 42
 - de sauvegarde de l'emploi 38, 45, 47, 84, 99, p. 77
 - PREUVE 14, 25
 - PRIORITÉ DE RÉEMBAUCHE 27, 56, 72
 - PROCÈS-VERBAL DE CARENCE 60, 73, 93

R – S

RECLASSEMENT DU SALARIÉ 1, 2, 26
 RÉORGANISATION DE L'ENTREPRISE
 14, 56, 64, 77, 97, 99
 REQUALIFICATION
 (du licenciement) 2
 RESTRUCTURATION (projet de)
 28, 30, 31, 32
 RUPTURE CONVENTIONNELLE
 – collective 6, 38, p. 51
 – individuelle 3, 38
 SAUVEGARDE DE LA COMPÉTITIVITÉ
 DE L'ENTREPRISE 1, 14
 SOUS-TRAITANCE 19, 32
 SUPPRESSION D'EMPLOI 16 et s.
 SYNDICAT 25, 31, 74, 75, 97, 99

T – V

TABLEAUX CHRONOLOGIQUES
 DES PROCÉDURES p. 79 et s.
 TRANSFORMATION D'EMPLOI 20
 UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE
 31, 41, 48, 54
 VOLUME DU LICENCIEMENT 37 et s.

POINT SPÉCIAL :

LA TRANSACTION

A – C

ANNULATION 5, 25
 CHÔMAGE p. 99
 CLAUSE DE NON-CONCURRENCE 1, 8, 16
 CONCESSIONS 1, 7 et s., 25
 CONCLUSION (date de) 5, 14
 CONDITIONS DE VALIDITÉ 3 et s.
 CONSENTEMENT 9, 25
 CONSÉQUENCES 13 et s.
 CONTESTATION 24 et s.

D – L

DÉFINITION 1
 DÉLAI DE RÉFLEXION 6
 DÉMISSION 2, 22, 23
 DOL 9, 25
 FISCALITÉ 23

INDEMNITÉ TRANSACTIONNELLE

8, 11, 20 et s.

LETTRE DE LICENCIEMENT 5, 8

O – R

OBJET 4
 PREUVE 11
 RÉGIME SOCIAL 22
 RUPTURE CONVENTIONNELLE
 INDIVIDUELLE 2, p. 115

S – V

SALARIÉ PROTÉGÉ 10, 20
 SIGNATAIRES 12
 TIERS (à la transaction) 18 et s.
 VICE DU CONSENTEMENT 3, 9, 25
 VOLONTÉ DES PARTIES 17

Zoom : L'obligation préalable de reclassement du salarié p. 85



9 782371 482074

