

1156 L'administration et les crises

Laurent MARQUET DE VASSELLOT,
avocat associé, directeur général, CMS Francis
Lefebvre Avocats

Arnaud MARTINON,
professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)



Dans le tumulte de la crise sanitaire, économique et sociale, l'administration occupe une place essentielle. Gardienne des deniers de l'État, elle veille à ce que les indemnités ou allocations versées à l'occasion de l'activité partielle ne soient pas détournées de leur objet ; nombre d'agents sont mobilisés pour exercer un contrôle fort. Au cœur de la crise sanitaire, l'administration accompagne aussi la politique de prévention des risques et contrôle sa mise en œuvre. Dans le contexte de la crise économique et sociale, l'administration a (et aura) vocation à contrôler les plans de réduction des effectifs.

1. - **L'administration du travail.** - La DIRECCTE est morte... vive la DREETS. La raison de ce changement de dénomination est clairement exprimée par l'administration : conformément à la réforme de l'organisation territoriale de l'État, il s'agit d'élargir le champ de compétence de ces directions régionales pour y intégrer les missions portées hier par la Direction régionale de la cohésion sociale (DRCS)... Entrent désormais dans le périmètre de leur compétence : les missions en matière de développement de l'emploi, de développement et de sauvegarde des entreprises, de politique du travail, d'inspection du travail, de concurrence, de consommation et de répression des fraudes, de cohésion sociale, d'insertion sociale et professionnelle, de prévention et de lutte contre les exclusions... ! Un inventaire à la Prévert pour un drôle de défi dans une période déjà mouvementée pour une administration mobilisée par la crise sanitaire et celle, à caractère économique, qui s'annonce.
2. - **Les crises.** - Car l'administration présente la caractéristique d'être mobilisée sur tous les fronts lorsque survient une crise. Celle économique et celle financière, puisqu'il lui faudra recueillir de nombreuses informations, vérifier les procédures de licenciement et, pour les ruptures les plus graves, contrôler les plans de sauvegarde de l'emploi (notamment). La crise sanitaire aussi, la période récente ayant montré combien l'administration devait multiplier les efforts : participer à la confection des protocoles sanitaires et, surtout, veiller à leur mise en œuvre ; contribuer à la mise en place de l'activité partielle et lutter contre les malins qui, loin de s'appauvrir, souhaiteraient profiter de la crise sanitaire pour s'enrichir frauduleusement... Bref, il ne s'agit pas dans cette étude d'envisager l'une ou l'autre des crises, mais bien l'une et l'autre... au point d'ailleurs de les envisager conjointement : la crise sanitaire d'aujourd'hui est le déclencheur, mais sera aussi l'instrument de mesure, de la crise économique et de l'emploi de demain.
3. - **Le contrôle.** - Les temps du contrôle sont rarement des « *moments de plaisir* ». Il y a avec le contrôle l'angoisse de la sanction ; la crainte que l'administration du travail enquête, suspecte, interroge, reproche, enjoigne... et sanctionne. Contribuent à cette idée les dispositions du Code du travail relatives à l'inspection du travail, spécialement lorsqu'elles précisent que les agents de contrôle de l'inspection du travail « *sont (...) chargés, concurremment avec les officiers et agents de police judiciaire, de constater les infractions* » à la réglementation du travail ([C. trav., art. L. 8112-1](#)). Se limiter à cette mission de contrôle serait pourtant faire un mauvais procès à l'administration du travail ; celle-ci assume un rôle qui dépasse très largement la mission de contrôle et de sanction. Il est intéressant de constater que l'austérité des dispositions françaises tranche avec l'esprit de collaboration qui irrigue la prose de l'OIT : à côté du contrôle, figure notamment la mission « *de fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs et aux travailleurs sur les moyens les plus efficaces d'observer les dispositions légales* » [Note 2](#). La période de crise sanitaire a révélé l'ampleur des missions de l'administration : celle-ci collecte les informations (on ne compte plus les tableaux de bord et bilans de la DARES), conseille, préconise, éclaire (ou s'efforce d'éclairer) et contrôle.

4. - **Rôles de l'administration.** - Au-delà de la contemplation des efforts déployés par les agents, les missions dépendent très largement de la place occupée par l'administration. Celle-ci est parfois le payeur, celui qui distribue les allocations et les indemnités ; cette position conduit l'administration, gardienne des finances publiques, à un contrôle lourd ; la politique du « *quoi qu'il en coûte* » – que l'activité partielle incarne parfaitement – a pour corollaire la traque aux étourdis et aux fraudeurs. L'administration joue aussi le rôle de tiers : elle est celle qui régule, qui veille au respect tant des règles sanitaires que des règles « *sociales* ». L'administration est régulatrice en ce sens qu'elle s'efforce de trouver l'équilibre entre la santé et l'emploi, c'est-à-dire protéger la santé du salarié sans que l'objectif ne ruine la santé de l'entreprise et donc de l'emploi.

1. Le payeur

5. - **Activité partielle.** - Le Gouvernement a décidé de mobiliser massivement le dispositif de l'activité partielle pour limiter les conséquences de la crise sanitaire et économique, ce avec la volonté de favoriser autant qu'il est possible le maintien de l'emploi. Il a ainsi jugé nécessaire de mettre en place un plan de contrôle de grande ampleur de ce dispositif pour deux raisons principales : en premier lieu, en raison de l'investissement financier sans précédent et tout à fait considérable que représente le régime d'indemnisation (25 milliards d'euros portés à 31 milliards d'euros dans le troisième budget rectificatif pour 2020) ; en second lieu, parce que les demandes de recours à l'activité partielle ont fait l'objet, le plus souvent, d'une autorisation tacite, dans un court délai (48 heures) de sorte que dans la plupart des cas, les autorisations ont été délivrées sans aucun contrôle *a priori*. Un plan de contrôle ordonné se devait donc à l'évidence d'être mis en œuvre sous l'égide de l'administration. Ce plan, qui est à la mesure des enjeux, invite à analyser les éléments relatifs à l'exercice du contrôle par l'administration en tant que « *payeur* », c'est-à-dire ceux relatifs au plan de contrôle mis en place par le ministère du Travail et aux modalités des contrôles opérés (A), puis les sanctions encourues par les entreprises à l'issue des contrôles (B).

A. - L'exercice du contrôle

6. - L'exercice du contrôle permet de distinguer sa nature et ses modalités.

1° Le plan de contrôle mis en place par l'administration

a) Les objectifs du plan de contrôle

7. - Le plan de contrôle élaboré par l'administration s'articule autour d'un objectif principal et d'un objectif subsidiaire.

8. - **Objectif principal.** - L'objectif principal est la lutte contre la fraude. L'administration a dressé une typologie des fraudes le plus souvent constatées : le salarié est fictif, le salarié est en activité partielle et continue à travailler, notamment en télétravail, le salarié est en arrêt de maladie et perçoit le chômage partiel en plus de ses indemnités, la mise en activité partielle des salariés d'une entreprise se combine à l'utilisation de la sous-traitance ou de l'intérim pour prendre temporairement en charge l'activité normalement réalisée par les salariés, l'employeur déclare des congés payés ou des RTT en heures non travaillées, l'employeur déclare plus d'heures en activité partielle que d'heures effectivement chômées, l'employeur déclare des taux horaires supérieurs au taux réel, l'allocation reversée au salarié par l'employeur est inférieure au montant légal.

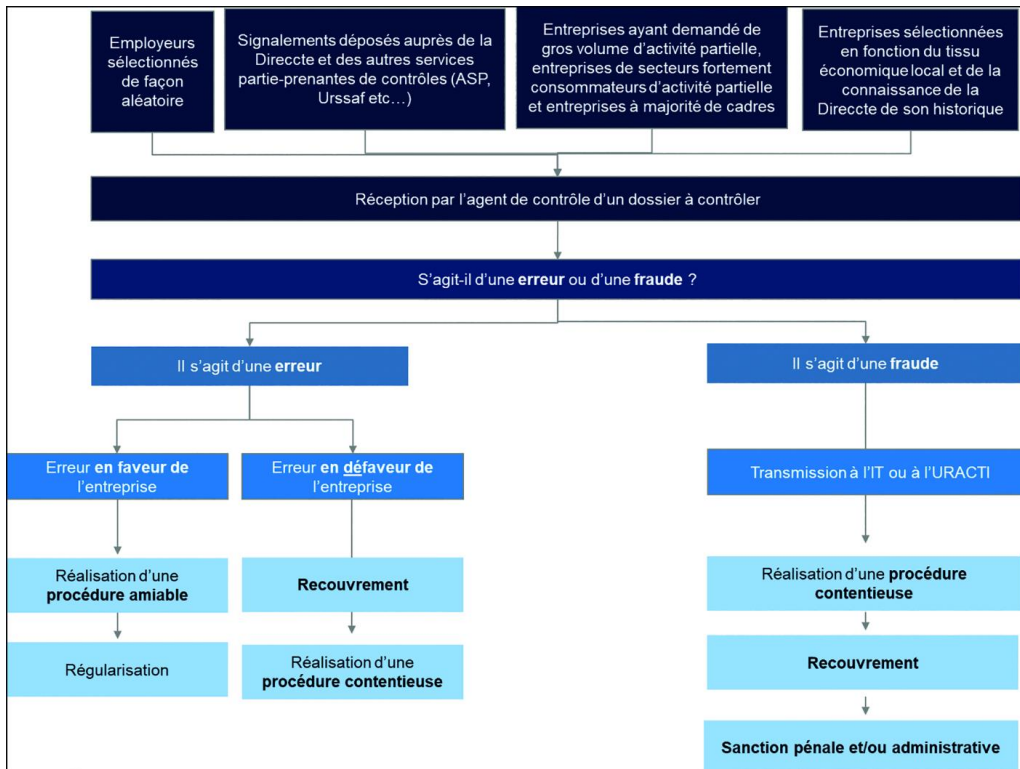
9. - **Objectif subsidiaire.** - À cet objectif principal s'ajoute un objectif subsidiaire. L'objectif subsidiaire est la régularisation des demandes d'indemnisation : les multiples modifications apportées dans l'urgence au régime de l'activité partielle (ouverture à de nouvelles catégories de salariés, précisions inédites sur les modalités de calcul, etc.) et l'afflux considérable des demandes formulées par des entreprises n'ayant auparavant jamais eu recours à ce dispositif ont inévitablement entraîné des erreurs dans les demandes d'indemnisation. Celles-ci ont pu conduire soit à une majoration, soit à une minoration des sommes versées aux entreprises. L'objectif du contrôle opéré par l'administration est simplement de permettre la régularisation des situations qui ont donné lieu, hors de toute fraude, à des erreurs. Il n'en reste pas moins vrai que l'ampleur du dispositif et le nombre de ses bénéficiaires ont conduit l'administration à identifier plus particulièrement des cibles de contrôle.

b) Les cibles du plan de contrôle

10. - **Entreprises visées.** - L'administration a décidé dans le cadre de son contrôle d'apporter une attention particulière à certaines entreprises : entreprises ayant présenté des demandes d'indemnisation sur la base d'un taux horaire élevé, entreprises relevant de secteurs fortement consommateurs d'activité partielle (notamment le bâtiment et les travaux

publics), entreprises au sein desquelles les activités de services administratifs, de soutien et de conseil aux entreprises sont importantes, entreprises dont l'effectif est composé d'une majorité de cadres et dont l'activité est davantage susceptible d'être exercée en télétravail.

11. - **Contrôle aléatoire.** - Cependant, nonobstant les cibles ainsi identifiées, l'administration a fait une place à un contrôle aléatoire susceptible en conséquence de viser toutes les entreprises bénéficiaires. L'administration agit ainsi dans une logique d'égalité de traitement entre les entreprises ayant recours au dispositif de l'activité partielle. Enfin les DREETS ont clairement reçu pour instruction de traiter rapidement et systématiquement tout signalement de non-respect du dispositif d'activité émanant des salariés, des organisations syndicales ou des CSE. L'arbre de décision suivi par l'administration lors du processus de contrôle se présente alors ainsi [Note 3](#) :



2° Les modalités de contrôle

12. - L'on mesure le caractère organisé et méthodique du contrôle de l'administration en identifiant les agents susceptibles d'être mobilisés (a), les différents types de contrôle pouvant être opérés (b), les documents susceptibles d'être demandés par l'administration (c), et enfin en mesurant l'étendue de l'obligation de communication incombant aux entreprises (d).

a) Les agents susceptibles d'être mobilisés

13. - **Contrôleurs.** - Plusieurs agents sont susceptibles de procéder au contrôle : les agents de l'Agence de services et de paiement (ASP) pour les opérations de reversement des moins et trop-perçus, les agents en charge de l'activité partielle au sein des DREETS pour les opérations de contrôles sur pièces et de régularisation, les agents de l'inspection du travail, qui ont compétence pour constater les infractions de travail illégal que constituent les fraudes ou la fausse déclaration pour les opérations de contrôle sur le lieu de travail, étant rappelé que les agents de contrôle de l'inspection du travail compétents pour une entreprise ou un établissement sont ceux relevant de la section d'inspection dans la circonscription de laquelle est situé l'entreprise ou l'établissement. De surcroît, d'autres corps de contrôle comme les unités de contrôle à compétence régionale chargées de la lutte contre le travail illégal (URACTI), les inspecteurs des URSSAF dans le cadre de la lutte contre les fraudes aux cotisations sociales, le CODAF (comité départemental anti-fraude), le GOLTI (groupe opérationnel de lutte contre le travail illégal) ou encore les forces de police pour les délits d'escroquerie ou l'OCLTI (Office central de lutte contre le travail illégal) pour la lutte contre le travail dissimulé peuvent également être mobilisés.

b) Les différents types de contrôle

14. - **Panel.** - Le plan prévoit trois types de contrôle : la détection *a priori* grâce à un système informatique embarqué détectant les SIRET inactifs, les demandes multiples, les adresses mail frauduleuses, le contrôle sur pièces permettant de faire un examen du dossier et des documents nécessaires aux investigations, et enfin le contrôle sur place, permettant de réaliser un contrôle approfondi d'une situation par un examen sur dossier des documents nécessaires aux investigations.

15. - **Déroulement.** - Ces contrôles ont, à titre principal, lieu *a posteriori* sur les autorisations de recours à l'activité partielle et les demandes d'indemnisation et, à titre subsidiaire, se déroulent, *a priori*, au cours de la phase d'instruction des demandes d'activité partielle. Dans le cadre de ces contrôles, en cas de recherche d'une fraude à l'activité partielle, les agents de contrôle compétents peuvent procéder, avec le consentement des intéressés, à des auditions (employeur, salariés, représentants du personnel ou toute personne susceptible d'apporter des éléments utiles à leur mission) (C. trav., art. L. 8271-6-1). L'accès à l'information que mesure l'étendue du pouvoir d'investigation est évidemment essentiel.

c) Les documents objets du contrôle

16. - **Instruction.** - Les éléments objets du contrôle *a posteriori* sont les suivants [Note 4](#) :

Sujet	Type de fraude	Critères de ciblage	Moyens d'identification	Eléments de preuve/moyen de contrôle
Salarié fictif	L'employeur déclare un salarié fictif.	Tous secteurs	Signalement des IRP / absence de bulletins de salaires / croisements DSN	
	L'employeur embauche le salarié le place immédiatement en AP avec un salaire important et met fin au contrat avant la fin de la période d'essai	Tous secteurs	Plainte du salarié Alerte d'un IRP	Contrat de travail Fiche de paie Date de mise en AP Récurrence sur plusieurs salariés Lien de parenté Salaire plus important que la moyenne de la profession
Travail dissimulé	Travail dissimulé (le salarié a travaillé pendant l'AP chez son employeur) - peut se faire en télétravail	Entreprises à majorité de cadres / Sièges (cf télétravail) Peut toucher de nombreux secteurs (y.e. métiers de service)	Signalement du salarié Signalement des IRP Déclaration avec une répartition AP / Télétravail déséquilibrée (ex : 95% AP / 5% télétravail) suspecte d'embêlée	Demande des plannings arrêtés par l'employeur sur la période concernée Fiche de paie (pour contrôler les heures déclarées) Chiffre d'affaire Consultation des mails envoyés aux et par les salariés sur la période en AP Consultation des heures et durée de connexion des personnes à distance Relevés des téléphones portables professionnels
Congés / Maladie	Le salarié est en congé/arrêt maladie et perçoit ses indemnités pendant la période d'AP	Tous secteurs	Plainte du salarié Alerte d'un IRP Croisement de fichier avec la sécurité sociale	Fiche de paie
Sous-traitance/interim	Mise en AP des salariés et utilisation de la sous-traitance ou de l'interim français ou PSI pour prendre temporairement en charge l'activité normalement réalisée par les salariés	Secteurs industriels Secteur ferroviaire, aéronautique Etablissements non fermés	Continuité de la production Plainte d'un salarié Alerte d'un IRP	Existence d'un flux financier avec une entreprise de travail temporaire CDD ou contrat de mission Fiche de paie du salarié intérimaire ou en CDD Eléments de décompte de la durée du travail
Nombre d'heures	L'employeur déclare plus d'heures en AP que les heures effectivement chômées (y.e. cas des salariés au forfait avec risque gonflement des heures)	Pas de ciblage a priori toutefois peut concerner les principaux secteurs mobilisant l'AP (HCR et construction)	Comparaison bulletins de salaires / évolution masse salariale et échantillonnage Contrat de travail / DSN	
Gonflement des salaires	L'employeur déclare des taux horaires supérieurs au réel.	Tous secteurs	Plainte du salarié Alerte d'un IRP Niveau d'indemnisation important au regard de la moyenne du secteur	Fiche de paie (comparer avec les mois antérieurs à l'AP) Contrat de travail
Production de faux	Contrôle de la réalité de l'allocation reversée aux salariés par l'employeur (la fraude peut également se situer au niveau du versement de l'allocation par l'employeur au salarié, donc en bout de chaîne)	Tous secteurs	Bulletins de salaire	

17. - **Autres éléments.** - À ces éléments identifiés, on constate qu'en pratique, les agents sollicitent le plus souvent d'autres éléments tels que : le registre unique du personnel, le décompte des congés payés/RTT, la liste des salariés ayant exercé tout ou partie de leur activité en télétravail, les notes d'informations transmises aux salariés ou aux représentants

du personnel sur l'activité partielle, les notes d'informations transmises aux salariés ou aux représentants du personnel sur le télétravail, la liste des réunions organisées dans l'entreprise, les justificatifs détaillés précisant les effets de l'épidémie sur l'activité de l'entreprise ayant motivé le recours au dispositif, les accords collectifs applicables justifiant les éventuels calculs de taux majorés (heures supplémentaires, modulation, etc.). La pluralité et la variété des documents demandés par les agents ont ainsi conduit les entreprises à s'interroger sur l'étendue de l'obligation de réponse qui leur incombe en cas de contrôle.

d) L'étendue de l'obligation de communication de l'entreprise

18. - Trois questions doivent être posées afin de définir l'étendue de l'obligation de réponse de l'entreprise : quels sont les documents que l'employeur a l'obligation de communiquer ? Qui peut demander la communication de ces documents ? Et dans quel cadre l'employeur doit-il être amené à communiquer les documents ?

19. - **Documents dont la mise à disposition est obligatoire.** - En application de l'[article L. 8113-4 du Code du travail](#), certains documents rendus obligatoires doivent être présentés au cours des visites des agents de contrôle de l'inspection du travail. Il s'agit des accusés de réception de la déclaration préalable d'embauche (DPAE), du registre unique du personnel, des bulletins de paie, des documents concernant les décomptes et contrôles des temps de travail (affichage de l'horaire collectif ou décompte individuel de la durée du travail des salariés quand l'horaire n'est pas collectif) et de repos hebdomadaires (lorsque le repos n'est pas donné collectivement), des accords collectifs de travail.

20. - En outre, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 septembre 2018 [Note 5](#), les agents de contrôle de l'inspection du travail peuvent au cours de leurs visites obtenir, pour la recherche des infractions constitutives de travail illégal, communication de tout document comptable ou professionnel ou plus généralement tout autre élément d'information propre à faciliter l'accomplissement de leur mission. Ils peuvent en prendre copie immédiate, par tout moyen et sur tout support. En ce qui concerne la communication des données informatisées, ils ont accès aux logiciels et aux données stockées ainsi qu'à la restitution en clair des informations propres à faciliter l'accomplissement de leur mission. Ils peuvent en demander la transcription par tout traitement approprié en des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle (*C. trav., art. L. 8113-5-1*).

21. - Ainsi, au cours d'un contrôle sur place, les agents de contrôle de l'inspection du travail, peuvent, par exemple, exiger l'accès aux ordinateurs des salariés. Ils peuvent également solliciter la communication de documents permettant de justifier des heures réellement travaillées par les salariés (agendas, courriels, notes, plannings, etc.).

22. - **Destinataires des documents.** - Il résulte des [articles L. 8113-4 et L. 8113-5-1 du Code du travail](#) que la qualité de la personne qui fait la demande de communication doit être connue de l'employeur ce qui conditionne l'obligation de communication de l'employeur. Les agents de contrôle de l'inspection du travail peuvent obtenir communication de tout document de nature à faciliter l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal (comptable ou professionnel, par tout moyen et sur tout support). Peuvent également y avoir accès dans le cadre de la recherche des infractions constitutives de travail illégal, les agents des impôts et des douanes, les agents des organismes de sécurité sociale, les agents de police judiciaire. Ces agents sont habilités à exiger la communication des renseignements et documents utiles à l'accomplissement de leur mission (*C. trav., art L. 8271-6-2, L. 8271-1-2 et L. 8271-2*). En revanche les agents des services des DREETS en charge de l'activité partielle et les agents de l'ASP ne peuvent exiger que les pièces requises dans le cadre de la demande de recours à l'activité partielle et d'indemnisation.

23. - **Cadre de la communication des documents.** - La communication des documents ne peut se faire qu'à l'occasion d'une visite (*C. trav., art. L. 8113-4 et L. 8113-5-1*). À défaut de visite, l'employeur n'a aucune obligation de répondre favorablement à une demande de communication de documents par email ou par courrier. La communication de ces documents, dans le cadre des contrôles menés par l'inspection du travail, constitue un traitement de données personnelles licite, s'inscrivant dans le cadre des textes qui s'imposent à l'employeur, de sorte que celui-ci ne peut se soustraire à son obligation de communiquer au nom de la protection des données personnelles [Note 6](#).

24. - Au regard du cadre et des modalités des contrôles, il faut naturellement s'interroger sur les sanctions encourues par les entreprises.

B. - L'issue du contrôle : les sanctions

25. - Les sanctions susceptibles d'être infligées à l'entreprise sont variées ; leur addition oblige à s'interroger sur leur articulation.

1° Panel des sanctions

26. - **Déroulement du contrôle.** - S'agissant du panel, on laissera de côté l'ensemble des sanctions qui pourraient être prononcées à l'occasion du contrôle : infraction liée à la non présentation des livres, registres et documents obligatoires (*C. trav., art. R. 8114-2*) ; délit d'obstacle au contrôle de l'inspecteur du travail (*C. trav., art. L. 8114-1*)... Aussi graves soient-elles, ces infractions ne présentent pas de spécificités concernant l'activité partielle.

27. - **Sanctions civiles et sociales.** - En revanche, les sanctions encourues à l'issue du contrôle, c'est-à-dire lorsque l'irrégularité est constatée, méritent quelques mots. Les entreprises s'exposent à une farandole de condamnations civiles qui pourraient être prononcées par les juridictions prud'homales : des rappels de salaire correspondant à la différence entre l'indemnisation perçue au titre de l'activité partielle et la rémunération normalement due ; des dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail ; des dommages et intérêts pour préjudice moral ; le cas échéant l'indemnité forfaitaire de 6 mois de salaire pour travail dissimulé (si l'employeur a déclaré un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli). Par ailleurs, les entreprises pourraient faire l'objet de redressements de la part de l'URSSAF, avec pénalités et majorations sur les heures déclarées en activité partielle mais en réalité travaillées (par conséquent intégralement soumises à cotisations et contributions sociales).

28. - **Sanctions administratives.** - Du côté des sanctions administratives, l'on constate logiquement que l'intention de l'employeur modifie considérablement leur régime : il y a les sanctions de l'erreur et il y a celles de la fraude.

29. - **Sanctions de l'erreur.** - En cas de bonne foi de l'employeur, plusieurs sanctions administratives sont envisageables [Note 7](#) : 1°) au titre de l'article L. 242-1 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA), l'administration peut retirer la décision d'autorisation (*CRPA, art. L. 242-1*), dans un délai de quatre mois, lorsque l'autorisation de la demande d'activité partielle s'avère illégale (par exemple, l'autorisation accordée à une structure non éligible à l'activité partielle) ; la conséquence du retrait est la nullité de toutes les demandes d'indemnisation prises en application de la décision retirée et donc le remboursement par l'employeur des sommes déjà perçues sur le fondement de l'autorisation qui lui a été retirée ; 2°) le retrait de la décision administrative d'indemnisation (sans condition de délai) (*CRPA, art. L. 242-2*) lorsque les conditions mises à l'octroi de l'aide à l'activité partielle n'ont pas été respectées ; 3°) la régularisation des demandes d'indemnisation payées, dans un sens favorable (conduisant au versement d'un complément) ou défavorable à l'entreprise (conduisant au recouvrement d'un indu), soit de manière volontaire de la part de l'entreprise dans le cas de la mise en œuvre du droit à l'erreur (*CRPA, art. L. 123-1*), soit par la voie d'une procédure autoritaire de reversement.

30. - **Exigences.** - Quelle que soit la sanction, deux observations doivent être formulées : d'abord, sur la régularité de la procédure administrative, la demande de régularisation de la DREETS doit comporter la nature de la prestation et le montant des sommes réclamées, ainsi que le motif de la réclamation et la période sur laquelle porte la récupération [Note 8](#) ; ensuite s'agissant de la modulation de la sanction, ici comme ailleurs l'administration conserve une marge d'appréciation puisqu'elle peut renoncer à la demande de tout ou partie du remboursement s'il apparaît que ce dernier « est incompatible avec la situation économique et financière de l'entreprise » (*C. trav., art. R. 5122-10*).

31. - **Sanctions de la fraude.** - Le panier des sanctions s'alourdit naturellement lorsque l'administration constate la fraude. Deux articles du Code du travail sont mobilisables : - le premier, l'article L. 5124-1, sanctionne pénalement le fait de bénéficier ou de tenter de bénéficier frauduleusement des allocations au titre de l'activité partielle, ainsi que le fait de les faire obtenir frauduleusement ou de tenter de les faire obtenir frauduleusement (ce qui élargit potentiellement le cercle des fraudeurs puisque cela inclut aussi par exemple les comptables ou les conseils) [Note 9](#) ; - le second, l'article L. 8211-1, inscrit la fraude aux allocations dans le périmètre du travail illégal. Ce rattachement est lourd de conséquences pour l'employeur-délinquant car il appelle le jeu du régime du travail illégal.

32. - **Sanctions administratives et pénales.** - Ainsi, en cas de détection d'une fraude avérée, les agents en charge du contrôle dressent un procès-verbal pouvant conduire : soit à l'application d'une sanction administrative en cas de fraude constatée par procès-verbal [Note 10](#) ; soit à la condamnation de sanctions pénales au titre des chefs de travail illégal [Note 11](#), et dans les cas les plus graves et si les éléments constitutifs sont réunis, du chef d'escroquerie [Note 12](#). Puisqu'il est question de travail illégal, surgit une autre spécificité : alors qu'en règle générale, pour l'inspection du travail, la sanction administrative est exclusive de la sanction pénale [Note 13](#), en cas de travail illégal, les deux types de sanctions peuvent se cumuler [Note 14](#). Se pose ainsi la question de l'articulation des sanctions administratives et pénales.

2° Articulation des sanctions

33. - **Spécificités.** - Il existe ainsi deux différences essentielles par rapport au régime de droit commun des sanctions administratives : celles-ci sont prononcées sur la base d'un procès-verbal relevant une des infractions constitutives de travail illégal ; elles sont prononcées « sans préjudice des poursuites judiciaires qui peuvent être engagées », c'est-à-dire

sans préjudice des sanctions pénales. Le cumul des sanctions pénales et administratives est donc possible en la matière... Possible dans le texte, ce cumul est-il régulier ?

34. - **Débat.** - La crise sanitaire, l'activité partielle en particulier, et la sanction de la fraude pourraient faire rejaillir un débat bien connu, qui anime notamment la matière fiscale. D'un côté, des textes internationaux qui interdisent le cumul de sanctions [Note 15](#) et une Cour européenne qui assimile volontiers la sanction administrative à une sanction pénale (s'agissant de manquements boursiers) [Note 16](#). De l'autre, des juridictions françaises qui demeurent accrochées à la différence de nature, estimant que les procédures sont complémentaires, ouvrant la voie à un cumul de sanctions. Ce fut clairement la position de la Cour de cassation en 2010 qui posait la règle suivante : « *le principe selon lequel une même personne ne peut pas être punie deux fois pour le même fait ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives* » [Note 17](#) ; c'est aussi, dans des termes différents, la position du Conseil constitutionnel pour qui « *le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts* » [Note 18](#).

35. - **Cumul ?.** - Faut-il nourrir quelque espoir et attendre des juges français qu'ils s'alignent sur la position européenne ? Certes, l'on pourrait considérer que l'une et l'autre des sanctions sont déclenchées par un constat réalisé par les mêmes agents (l'inspection du travail). Mais il ne faudrait pas être trop optimiste : la différence de nature des sanctions, de corps de règles et de voies procédurales contribue à dissocier les sanctions pénales et administratives, et donc conduit à admettre leur cumul.

36. - **Du payeur au régulateur.** - En conclusion, on peut comprendre que l'État-payeur lutte contre l'attribution d'aides publiques au profit des fraudeurs à l'activité partielle en temps de crise. Cette rigueur ne doit pas étonner dès lors que l'administration veille à la légitimité de la promesse des allocations et indemnités que l'État distribue. Il faut souhaiter que le payeur contrôle... et contrôle avec force. La position est très différente lorsque l'administration emprunte une autre voie, celle de la régulation.

2. Le régulateur

37. - L'administration placée dans un rôle de régulateur révèle à l'évidence une ambition et un positionnement tout à fait différent. L'administration veille à la régulation des relations sociales et économiques. Cela implique pour elle, dans un contexte de crise sanitaire, de concourir à préserver la santé du citoyen, spécialement de celui qui travaille... c'est-à-dire du salarié (A). La régulation est aussi celle des relations économiques et de l'emploi. La crise sanitaire introduit nécessairement la menace d'une crise économique : l'administration doit aussi veiller à la santé de l'entreprise (B).

A. - La santé du salarié

38. - **Politique de prévention du risque.** - Le rôle de l'administration en période de crise au regard de l'objectif de prévention du risque est triple : l'administration accompagne la politique de prévention du risque (1°), elle contrôle la mise en œuvre de cette dernière (2°) et sanctionne son non-respect (3°).

1° L'administration et l'accompagnement de la politique de prévention du risque

39. - **Normes et non-normes.** - Le rôle premier de l'administration dans le cadre des mesures devant être prises pour assurer la santé et la sécurité des salariés face à l'épidémie est celui d'accompagner les entreprises. La situation de crise a engendré une prolifération de règles adoptées par le législateur ou prises par la voie d'ordonnances ou de dispositions à caractère réglementaire. Le ministère du Travail a pour sa part, ce depuis le début de la crise il y a plus d'un an, diffusé des dizaines de fiches conseil, supports thématiques, ou questions/réponses. L'administration du travail a ainsi tenu un rôle majeur dans la communication aux entreprises de toutes les informations utiles telles celles relatives aux modalités de mise en œuvre des mesures de prévention, ce dans un contexte normatif exubérant. Force est aussi de constater qu'elle a été amenée à élaborer elle-même un dispositif de prévention. Son rôle dans l'élaboration de la norme est à cet égard d'autant plus significatif que certaines des mesures présentées comme essentielles en matière de prévention, telles par exemple celles relatives au port du masque ou au recours au télétravail, ne procèdent pas de la loi mais précisément de simples recommandations édictées par le ministère du Travail.

40. - **Télétravail.** - Le régime du télétravail en période de pandémie constitue une remarquable illustration du rôle dévolu à l'administration par les pouvoirs publics dans le cadre de la crise actuelle.

41. - **Instructions.** - Le recours au télétravail a systématiquement été présenté comme un sujet essentiel à la maîtrise de l'épidémie : « *Le contexte sanitaire actuel, qui se caractérise par un niveau toujours plus élevé de circulation de la Covid-19*

et des différents variants rend nécessaire de renforcer notre mobilisation pour assurer la mise en œuvre des mesures sanitaires décidées par le Président de la République et le Premier Ministre. Dans ce contexte le recours au télétravail fait partie des mesures dont nous devons pleinement nous saisir pour limiter autant que possible les risques de contamination, notamment aux abords et aux accès du lieu de travail, lors de la pause méridienne ou encore dans les transports. Les règles fixées dans le protocole national applicable en entreprise et la circulaire du Premier ministre du 5 février 2021 prévoient que le télétravail doit être la règle pour toutes les activités qui le permettent » [Note 19](#). Cette règle est souvent présentée comme procédant d'un constat. Selon les informations relayées par le ministère du Travail : « Parmi les outils à la disposition des entreprises pour participer la lutte contre le virus, le télétravail, qui réduit jusqu'à 30 % le risque de contamination quand il est exercé intégralement, reste la règle pour toutes les activités qui le permettent » [Note 20](#). Pour autant, le principe du recours obligatoire au télétravail, lorsqu'il est possible, érigé de façon réitérée en forme de règle impérative n'a fait l'objet d'aucune mesure législative ou réglementaire. Pour mémoire, l'instruction ministérielle du 3 novembre 2020 indiquait déjà le « recours au télétravail qui n'est pas une option, mais une obligation pour toutes les activités qui sont réalisables à distance » [Note 21](#).

42. - **Protocole.** - C'est au demeurant ce que rappelait régulièrement le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19. Selon en effet ce protocole : « Le télétravail est un mode d'organisation de l'entreprise qui participe activement à la démarche de prévention du risque d'infection au SARS-CoV-2 et permet de limiter les interactions sociales aux abords des lieux de travail et sur les trajets domicile travail ». Et le protocole de poursuivre : « Dans les circonstances exceptionnelles actuelles, liées à la menace de l'épidémie, il doit être la règle pour l'ensemble des activités qui le permettent. Dans ce cadre, le temps de travail effectué en télétravail est porté à 100 % pour les salariés qui peuvent effectuer l'ensemble de leurs tâches à distance. Dans les autres cas, l'organisation du travail doit permettre de réduire les déplacements domicile-travail et d'aménager le temps de présence en entreprise pour l'exécution des tâches qui ne peuvent être réalisées en télétravail et pour réduire les interactions sociales ». Le protocole actualisé le 23 mars 2021 avait tôt renforcé les obligations des entreprises s'agissant du recours au télétravail dans les 16 départements concernés par les nouvelles restrictions sanitaires. Aux termes de ce protocole, il était demandé aux employeurs de définir un plan d'actions pour réduire au maximum le temps de présence sur site des salariés qui peuvent télétravailler. Le protocole précise qu'en cas de contrôle, les actions mises en œuvre devront être présentées à l'inspection du travail.

43. - **Et la loi ?** - En dépit du rôle toujours plus important qui est prêté au télétravail (le télétravail « doit être la règle pour l'ensemble des activités qui le permettent ») le principe du recours à celui-ci ne procède donc pas de la loi mais du protocole national élaboré par l'administration. Cela est d'autant plus surprenant que le processus législatif avait été très largement sollicité durant toute la crise, et aurait pu l'être sur ce sujet présenté comme majeur. Le processus d'habilitation à légiférer par la voie d'ordonnances que le Gouvernement a largement mobilisé aurait en effet pu être utilisé tout autant qu'aurait pu être sollicité le pouvoir réglementaire.

44. - En effet [l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique](#) permettait au Premier ministre « en tant que de besoin, de prendre par décret toutes autres mesures réglementaires limitant la liberté d'entreprendre, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire mentionnée à l'article L. 3131-12 du présent code ». Cela est encore plus paradoxal si l'on souligne que le Code du travail comprend par ailleurs des dispositions qui permettent à l'employeur de recourir au télétravail quand il met en place une organisation du travail s'imposant aux salariés lorsque des circonstances exceptionnelles procédant notamment d'une menace de pandémie le justifient. [L'article L. 1222-11 du Code du travail](#) dispose en effet : « En cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés ». Il est intéressant de préciser que cette disposition a été introduite dans le Code du travail non pas dans le cadre de la crise actuelle mais antérieurement lors de la crise sanitaire née du virus H1N1 [Note 22](#). À juste titre le ministère du Travail devait d'ailleurs confirmer le caractère obligatoire, par application de la loi, du télétravail pour le salarié, ce dans son questions/réponses : « mon employeur peut-il m'imposer le télétravail ? OUI. [L'article L. 1222-11 du Code du travail](#) mentionne le risque épidémique comme pouvant justifier le recours au télétravail sans l'accord du salarié. La mise en œuvre du télétravail dans ce cadre ne nécessite aucun formalisme particulier ». Ainsi la loi permet expressément à l'employeur d'imposer aux salariés un mode d'organisation du travail conduisant au télétravail, mais aucune disposition légale n'impose expressément à un employeur de recourir au télétravail y compris en cas de circonstances exceptionnelles résultant d'une pandémie, circonstances évidemment réunies dans le cadre de la crise actuelle.

45. - **Conseil d'État.** - Le recours au télétravail ne procéderait donc que de recommandations édictées par l'administration et serait ainsi tributaire du seul accompagnement de celle-ci dans le cadre de la mise en œuvre des politiques publiques ? C'est ce que la Haute Juridiction administrative a pu être amenée à juger à l'occasion de plusieurs des dernières ordonnances rendues au cours de cette période de crise [Note 23](#) : « Le protocole dont la suspension est demandée constitue un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 en rappelant les obligations qui existent en vertu du code du travail ». C'est à l'évidence un paradoxe : le principe du recours au télétravail, présenté de façon constante et réitérée comme une mesure essentielle pour éviter la propagation du virus et diminuer le risque ne procède pas de la loi mais

d'un texte administratif dépourvu de toute valeur légale ou réglementaire. Cette situation originale a pu donner lieu à de sérieuses critiques stigmatisant « *une dérive normativiste du ministère du travail* » [Note 24](#) ou mettant en exergue « *le petit droit covidien* » [Note 25](#).

46. - L'ordonnance du Conseil d'État du 17 décembre 2020 [Note 26](#) a clairement précisé la situation de droit en résultant : « *Si certains des termes du protocole sont formulés en termes impératifs, en particulier en ce qu'il est indiqué que « Dans les circonstances exceptionnelles actuelles, liées à la menace de l'épidémie, le télétravail doit être la règle pour l'ensemble des salariés qui le permettent. Dans ce cadre, le temps de travail effectif effectué en télétravail est porté à 100 % pour les salariés qui peuvent effectuer l'ensemble de leurs tâches à distance » le protocole a pour seul objet d'accompagner les employeurs dans leur obligation d'assurer la sécurité et la santé de leurs salariés au vu des connaissances scientifiques sur les modes de transmission du SARS-CoV-2 et n'a pas vocation à se substituer à l'employeur dans l'évaluation des risques et la mise en place des mesures de prévention adéquate dans l'entreprise... ; qu'il lui incombe dans ce cadre d'évaluer les risques et de mettre en œuvre des actions et moyens de prévention adaptés ; que la mise en place du télétravail pour les activités qui le permettent participe des mesures pouvant être prises par l'employeur dans ce cadre* » [Note 27](#).

47. - **Obligation pour l'employeur ?** - En d'autres termes, le protocole n'a pas pour effet d'imposer aux entreprises le télétravail. Celles-ci conservent le pouvoir d'évaluer les risques et de mettre en œuvre les mesures de prévention et d'organisation (dont celles relatives au télétravail) qu'elles jugent les plus adaptées pour assurer la sécurité de leurs salariés. Sur l'employeur pèse en effet l'obligation légale de sécurité résultant de l'[article L. 4121-1 du Code du travail](#) : « *L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent : 1° Des actions de prévention des risques professionnels, y compris ceux mentionnés à l'article L. 4161-1 ; 2° Des actions d'information et de formation ; 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes* ». L'employeur doit donc évaluer les risques, prendre toutes les mesures utiles et notamment mettre en œuvre une organisation de l'entreprise et des activités qui protègent la santé des salariés. Quelle que soit la pertinence du débat sur la force normative des règles sur lesquelles l'administration communique, et notamment le protocole national, nul ne peut à cet égard contester, ne serait-ce que par la diffusion de l'information, que l'administration a tenu un rôle majeur dans l'accompagnement des entreprises pour la mise en œuvre des politiques publiques de prévention des risques. Toute autre cependant, dans ce contexte, est la question du contrôle de l'application des règles.

2° L'administration et le contrôle de la mise en œuvre de la politique de prévention du risque

48. - **Instruction 18 mars 2021**. - L'inspection du travail a été fortement mobilisée durant la crise sanitaire réalisant 64 000 interventions. Depuis janvier 2021, plus de 23 000 contrôles ont été réalisés au cours desquels les mesures de prévention en matière de lutte contre le risque de contamination au Covid-19 ont été rappelées. Un contrôle du recours au télétravail, sujet présenté comme essentiel à la maîtrise de l'épidémie, a évidemment été opéré. Par instruction relative au télétravail en date du 18 mars 2021 [Note 28](#), le ministre de l'Intérieur, le ministre du Travail de l'Emploi et de l'Insertion, et le ministre de la Transformation et de la Fonction publique appelant à une mobilisation nouvelle pour le recours au télétravail exposaient : « *Les règles fixées dans le protocole national applicable en entreprise et la circulaire du Premier ministre du 5 février 2021 prévoit que le télétravail doit être la règle pour toutes les activités qui le permettent (...). Dans les départements qui ont été placés en surveillance renforcée, nous vous demandons de mettre en place un plan d'action visant à renforcer l'effectivité du recours au télétravail et permettre la pleine application des règles fixées en la matière. Ce plan d'action pourra notamment prévoir, pour le secteur privé, des contacts plus systématiques avec les entreprises qui peuvent avoir recours au télétravail et des actions de sensibilisation à destination du grand public, des partenaires sociaux et des chambres de commerce. Vous pourrez vous appuyer sur les services des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation du travail et de l'emploi (DREETS) qui sont fortement mobilisés sur la mise en œuvre du télétravail à la fois en accompagnement, mais aussi en contrôle. Nous savons pouvoir compter sur votre mobilisation sur ce sujet essentiel à la maîtrise de l'épidémie* ».

49. - **Mise en demeure**. - Du contrôle, en cas de manquement, résulte naturellement la mise en œuvre du régime de la mise en demeure. L'instruction du 3 novembre 2020 [Note 29](#) indiquait déjà : « *Comme dans l'ensemble des interventions, dans les situations de risque avéré et de non-respect des principes généraux de prévention, l'agent de contrôle utilisera l'outil juridique le plus approprié et le cas échéant une mise en demeure du DREETS pourra être notifiée à l'employeur sur son rapport* ». L'instruction du 3 février 2021 [Note 30](#) précisait pour sa part : « *En tant que de besoin, les outils juridiques coercitifs tels que notamment la mise en demeure du DREETS ou le référé judiciaire pourront être mobilisés. Les agents pourront utilement se référer à la fiche DGT n° 2020-27 relative aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail dans la mise en œuvre du télétravail. Cette fiche propose un modèle de mise en demeure DREETS* ». Ainsi, l'instruction du 25 mars 2021 [Note 31](#), s'inscrivant dans le prolongement des précédentes et tenant notamment compte de l'élargissement de l'obligation pour les entreprises de mettre en place un plan d'action relatif au télétravail, indiquait que « *les agents de contrôle interviendront selon les modalités d'intervention habituelles, par le moyen d'observations mais, si la défaillance constatée dans les mesures de prévention est de nature à créer une situation dangereuse pour les*

travailleurs, ils pourront saisir le DIRECCTE afin qu'il mette l'employeur en demeure de respecter les principes généraux de prévention ».

50. - **Compétence.** - Le régime de la mise en demeure figure à l'[article L. 4721-1 du Code du travail](#) aux termes duquel : « Le directeur régional de l'économie, de l'emploi et des solidarités, sur le rapport de l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L. 8112-1 constatant une situation dangereuse, peut mettre en demeure l'employeur de prendre toutes mesures utiles pour y remédier, si ce constat résulte : 1° D'un non-respect par l'employeur des principes généraux de prévention prévus par les articles L. 4121-1 à L. 4121-5 et L. 4522-1 (...) ». Ainsi le DREETS a compétence pour mettre en demeure l'employeur de prendre toutes les mesures utiles pour remédier à la situation dans un certain délai. 452 mises en demeure ont été notifiées depuis le début de la crise sanitaire (la direction générale du travail indique que les mises en demeure sont suivies d'effet dans 90 % des cas). Si, à l'expiration de ce délai, l'agent de contrôle de l'inspection du travail constate que la situation dangereuse n'a pas cessé, il peut, en application de l'[article L. 4721-2 du Code du travail](#) dresser un procès-verbal à l'employeur, qui encourt une amende de 3 750 €, en vertu de l'article L. 4741-3 du même code.

51. - **Conseil d'État.** - Le Conseil d'État a consacré, dans son ordonnance du 17 décembre 2020, la parfaite adéquation selon lui de cette procédure à la mise en œuvre du protocole : « De la même façon, l'instruction relative aux orientations et aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail, adressé le 3 novembre 2020 par le directeur général du travail, rappelle la nécessité pour l'employeur d'évaluer les risques et de mettre en œuvre les moyens de prévention adaptés, en vertu des articles 4121-1 et suivants du code du travail. C'est sur ce seul fondement légal que peuvent être prononcées les mises en demeure adressées par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ». Reste à apprécier la portée des sanctions susceptibles de résulter de la méconnaissance des règles de prévention du risque.

3° L'administration et la sanction du non-respect de la politique de prévention du risque

52. - **Sanction.** - Dans son instruction du 3 novembre 2020 [Note 32](#), l'administration indiquait que le télétravail « n'est pas une option mais une obligation pour toutes les activités qui sont réalisables à distance ». L'on doit évidemment se poser la question de la sanction du non-respect de ce qui en l'espèce est présenté comme une obligation. De cette question naissent des interrogations sur le régime des procès-verbaux, celui des amendes administratives, et enfin celui du référé judiciaire.

a) Les procès-verbaux

53. - **Procès-verbal (non).** - Le non-respect de l'obligation de recourir au télétravail ne peut donner lieu à l'établissement d'un procès-verbal. L'inspecteur du travail qui constate qu'un employeur n'a pas eu recours au télétravail dans une situation où manifestement l'organisation et la nature des activités le permettraient ne peut dresser procès-verbal en vue de la transmission au procureur de la République. En effet, selon l'[article L. 8113-7 du Code du travail](#), le procès-verbal a pour objet de constater des infractions ce qui suppose une incrimination pénale qu'aucun texte spécifique ne vient ici caractériser. Le protocole national constitue, on l'a vu, un ensemble de recommandations pour la déclinaison de l'obligation de sécurité à laquelle l'employeur est tenu. L'absence de mise en œuvre des principes de prévention des risques dont le recours effectif au télétravail lorsque qu'il est possible dans l'entreprise ne peut être en tant que telle pénalement sanctionnée.

54. - **Obligation de sécurité.** - De l'[article L. 4121-1 du Code du travail](#) procède l'obligation générale de sécurité de l'employeur dans le cadre des principes généraux de prévention. Si cet article fonde l'obligation de sécurité, force est néanmoins d'admettre que son non-respect, en tant que tel, n'est pas sanctionné. En effet, le non-respect par l'employeur des prescriptions de l'[article L. 4121-1 du Code du travail](#) n'est pas pénalement sanctionné. Si le non-respect de nombre de dispositions de la partie IV du Code du travail fait l'objet de sanctions pénales, tel n'est pas le cas des prescriptions de l'[article L. 4121-1 du Code du travail](#). Il s'en déduit, en l'absence de sanction pénales prévues par le Code du travail en cas de méconnaissance des prescriptions de l'article L. 4121-1 que l'inspecteur du travail ne peut dresser un procès-verbal. Exprimé plus simplement, l'inspecteur qui à l'occasion d'un contrôle dans l'entreprise constaterait la présence massive de salariés dans un établissement et l'absence manifeste de toute mesure d'organisation qui permettrait le recours au télétravail, alors même que les activités exercées le permettraient, ne peut dresser un procès-verbal [Note 33](#).

55. - **Atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique d'un salarié.** - Cependant, la méconnaissance des principes de prévention peut conduire le juge pénal à condamner l'employeur sur le fondement des dispositions du Code pénal relatives, notamment, à l'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique d'un salarié.

b) L'amende administrative

56. - **Sanction administrative (non).** - Le non-respect de l'obligation de recourir au télétravail ne peut donner lieu à une sanction administrative. En effet, les dispositions légales permettant à l'autorité administrative sur rapport de l'agent de contrôle de l'inspection du travail de prononcer à l'encontre de l'employeur une amende définissent un périmètre limitatif des situations dans lesquelles ces sanctions administratives peuvent être prononcées (à titre d'exemple l'article L. 8115-1 du Code du travail prévoit que les manquements aux dispositions relatives aux durées maximales du travail, aux repos, à l'établissement d'un décompte de la durée du travail, à la détermination du salaire minimum de croissance, etc. sont dans ce champ). Ainsi, plus généralement, la méconnaissance des prescriptions de l'[article L. 4121-1 du Code du travail](#) ne permet pas à l'administration du travail de prononcer une amende.

c) Le référé judiciaire

57. - **Principe : référé judiciaire (non).** - Le non-respect de l'obligation de recourir au télétravail ne peut davantage donner lieu à un référé judiciaire. Le référé judiciaire est régi par l'[article L. 4732-1 du Code du travail](#) aux termes duquel : « *Indépendamment de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 4721-5, l'inspecteur du travail saisit le juge judiciaire statuant en référé pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser le risque, telles que la mise hors service, l'immobilisation, la saisie des matériels, machines, dispositifs, produits ou autres, lorsqu'il constate un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur résultant de l'inobservation des dispositions suivantes de la présente partie ainsi que les textes pris pour leur application : 1° Titres Ier, III et IV et chapitre III du titre V du livre Ier (...)* ». Le titre II relatif aux principes généraux de prévention et notamment les [articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail](#) apparaissent exclus du champ de cette procédure qui est conçue pour remédier à un risque d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur du fait de la violation de dispositions spécifiques en matière de sécurité, telles que celles tenant notamment aux équipements de travail, aux moyens de protection, à la prévention de certains risques d'exposition. Le référé judiciaire ne semble donc pas pouvoir trouver sa place en cas de non-respect du principe du recours au télétravail.

58. - **Instruction 25 mars 2021.** - Pour autant, l'instruction du 25 mars 2021 [Note 34](#) indiquait que « *dans les cas les plus graves et dès lors qu'il existe un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique des salariés, l'agent de contrôle pourra saisir le tribunal judiciaire statuant en référé pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser le risque (art. L. 4732-2 du code du travail)* ».

59. - **Exception : référé et droit d'alerte du CSE.** - Une situation semblerait néanmoins permettre à l'inspection du travail de recourir au référé judiciaire en cas de non-recours au télétravail dans une situation où manifestement l'organisation et la nature des activités le permettraient, celle d'un droit d'alerte exprimé par les membres du comité social et économique en application de l'[article L. 4131-2 du Code du travail](#) aux termes duquel : « *Le représentant du personnel au comité social et économique, qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur selon la procédure prévue au premier alinéa de l'article L. 4132-2* ». Rappelons que, dans le cadre de l'expression d'une alerte sur un « *danger grave et imminent* » par un ou plusieurs membres du comité social et économique, l'employeur doit procéder immédiatement à une enquête avec le représentant ayant signalé le danger, puis prendre les mesures nécessaires pour y remédier ([C. trav., art. L. 4132-2](#)). En cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, le comité social et économique doit être réuni dans les 24 heures. L'employeur en informe immédiatement l'agent de contrôle de l'inspection du travail ([C. trav., art. L. 4132-3](#)). À défaut d'accord entre l'employeur et la majorité du comité social et économique sur les mesures à prendre et leurs conditions d'exécution, l'inspection du travail est saisie immédiatement par l'employeur. Dans ce cadre, elle met en œuvre soit l'une des procédures de mise en demeure prévues à l'[article L. 4721-1 du Code du travail](#), soit la procédure de référé prévue aux articles L. 4732-1 et L. 4732-2 du même code ([C. trav., art. L. 4132-4](#)). On ne peut ainsi exclure la mise en œuvre d'une procédure de référé à l'initiative de l'administration du travail mais cela dans des situations probablement très exceptionnelles soumises à un droit d'alerte exprimé par les élus.

60. - **Conclusion.** - En conclusion, l'on peut affirmer que le rôle de l'administration est réel pour informer, accompagner, contrôler lorsqu'elle en a les moyens. En revanche, l'absence de fondement légal à l'obligation affirmée de mettre en œuvre le télétravail lorsque celui-ci est possible ne permet pas l'exercice immédiat d'un pouvoir de sanction. En réalité le protocole a pour seul objet d'accompagner les employeurs dans leur obligation d'assurer la sécurité et la santé des salariés au vu des connaissances scientifiques sur les modes de transmission du virus et n'a pas vocation à se substituer à l'employeur dans l'évaluation des risques et la mise en place dans l'entreprise des mesures de prévention adaptées. Il incombe à l'entreprise d'évaluer les risques et de mettre en œuvre des actions et moyens de prévention utiles. Cette situation est à l'image des enjeux que révèle cette crise sans précédent plaçant l'entreprise, comme l'ensemble des acteurs et parties prenantes face à ses responsabilités. La situation commande en effet la recherche permanente d'équilibres entre des impératifs contradictoires nés des exigences de santé publique et des impératifs que nécessite la vie de l'entreprise voire sa performance économique qui elle-même conditionne l'emploi. Au demeurant, sur ce dernier point, la santé de l'entreprise est bien un champ dans lequel l'administration est particulièrement susceptible d'agir durant cette période de crise.

B. - La santé de l'entreprise

61. - **Des crises complémentaires.** - Prédiction, menace, angoisse, anticipation... Avec le thème de la santé de l'entreprise, l'on pourrait croire que l'on quitte la crise sanitaire pour aborder une autre crise : celle économique et sociale que l'on devine. Il ne s'agit pas de deux thèmes étanches, mais bien de deux sujets totalement complémentaires : la crise sanitaire sera la cause de la crise économique ; les effets de la crise économique sur l'emploi devraient (devront) être analysés dans le contexte si particulier et inédit de la crise sanitaire.

1° Le champ du contrôle de l'administration

62. - **Instruments.** - Exemple significatif de cette relation si particulière des deux types de crise : l'activité partielle dont la cause est la crise sanitaire et dont elle constitue un remède contre la crise économique. Au-delà de la vertu de cet instrument [Note 35](#), l'on voit bien le rôle tout à fait particulier de l'État (spécialement de l'administration) pour réguler le marché du travail. À côté de l'activité partielle, il existe trois domaines dans lesquels l'administration devrait jouer un rôle majeur.

63. - **RCH.** - La rupture conventionnelle homologuée n'a certainement pas été conçue pour gérer les sureffectifs dans l'entreprise ; l'administration y veille à l'occasion de son contrôle : au lendemain de la loi de modernisation du marché du travail, la direction générale du travail s'était empressée de rappeler que la rupture conventionnelle ne devait pas constituer une voie de contournement des garanties du licenciement pour motif économique [Note 36](#) ; par ailleurs, les juges ont intégré les ruptures conventionnelles dans les seuils de déclenchement des procédures de licenciement pour motif économique [Note 37](#). Malgré ces précautions, trois observations s'imposent. D'abord, une constatation car il y a la « parole » des chiffres : si l'on compare ceux de décembre 2019 à ceux de juillet 2020 (c'est-à-dire avant et après le commencement du confinement), l'augmentation est vertigineuse puisque le nombre de demandes est passé d'environ 42 586 à 53 757 [Note 38](#), soit une augmentation de 26 %. Ensuite, dans les petites entreprises – voire les TPE – la rupture conventionnelle homologuée sera un moyen commode de gérer « paisiblement » la chaîne des crises : le désastre économique tellement caricatural créé par la crise sanitaire pourrait conduire l'employeur et le salarié à faire le triste constat que la poursuite du contrat de travail (et parfois de l'entreprise) est impossible ; la rupture conventionnelle homologuée demeure un remède consensuel et immédiat. Enfin, la dernière observation est une prédiction, lorsque viendra le temps du contrôle à l'occasion de l'homologation, l'on peut aussi imaginer l'embarras de l'administration : pour ce mode de rupture comme pour d'autres, l'on ne peut imaginer que le regard de la DREETS sera désincarné, c'est-à-dire déconnecté de la situation inédite provoquée par la crise.

64. - **RCC.** - Le contrôle de l'administration peut aussi porter sur les ruptures conventionnelles collectives. Le sujet est tout autre puisque ce mode s'inscrit dans un contexte différent ; son caractère collectif en fait nécessairement un instrument de gestion des effectifs de l'entreprise. Faut-il rappeler l'inscription des RCC dans un contexte économique délicat : Renault [Note 39](#), Airbus Helicopters [Note 40](#), EuroDisney [Note 41](#)... Nombre d'entreprises s'efforcent de gérer l'imprévisible en puisant dans l'outil de la rupture conventionnelle collective. S'il fallait se convaincre de l'utilité de l'outil dans un contexte si particulier, il suffit de renvoyer aux objectifs et contextes clairement affichés dans ces accords : - Thales ambitionne de faire « *face à cette situation exceptionnelle, anticiper les sujets d'adaptation et de transformation du groupe et être en capacité de faire face à la reprise des activités aéronautiques* » [Note 42](#) ; - Eurodisney constate que « *les conséquences de la crise liée à l'épidémie de la COVID 19 ont profondément affecté l'activité de la société EURO DISNEY que ce soit en termes de résultat d'exploitation et de revenus, du fait d'une clientèle essentiellement française et locale. Les prévisions pour l'année 2021 laissent également présager une année dégradée tant en termes de prévisions de chiffres d'affaires que de résultat d'exploitation* » [Note 43](#).

65. - **PSE.** - Enfin le contrôle trouvera naturellement vocation à s'exprimer dans le cadre des licenciements collectifs pour motif économique, plus précisément ceux assortis d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Ici plus qu'ailleurs, l'administration tient un rôle majeur. Celui de vigie lorsqu'elle est destinataire des informations relatives au licenciement collectif délivrées par l'employeur quel que soit le nombre de salariés de l'entreprise ; celui de contrôleur lorsque pèse l'obligation sur l'employeur d'élaborer un PSE. Dans ce contexte, les chiffres de la DARES sont encore éloquentes ; la comparaison de ceux de 2019 et de 2020 est édifiante [Note 44](#). Si l'on compare le nombre de ruptures envisagées dans le cadre de PSE sur la même période (c'est-à-dire du 1er mars au 6 décembre), l'on observe une déflagration : le chiffre augmente de 27 707 ruptures envisagées à 76 113... en somme, les chiffres déjà peu réjouissants à la veille de la crise sanitaire, ont quasiment triplé en 1 année. Autres données importantes : début décembre 2020, sur 338 procédures validées ou homologuées par l'administration, les ruptures représentaient en moyenne [Note 45](#) 36 % des effectifs des entreprises concernées... La croissance malheureuse des chiffres ne devrait pas s'affaiblir : viendra nécessairement le temps où la respiration artificielle de l'activité partielle cessera.

2° La mesure du contrôle de l'administration

66. - **Prédictions.** - Il est trop tôt pour présenter une analyse objective du contrôle exercé par l'administration. Mais il n'est pas interdit de formuler quelques prédictions à partir d'éléments objectifs.

67. - **L'engagement.** - Au premier rang de ces éléments figurent les engagements pris antérieurement par l'employeur. Ainsi un PSE pourrait succéder à un accord de rupture conventionnelle collective, en dépit des engagements pris de maintenir l'emploi. On se souvient que : 1°) la RCC exclut les licenciements pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois ([C. trav., art. L. 1237-19](#)) ; 2°) l'administration, à l'occasion de la validation d'un accord RCC, doit notamment contrôler la réalité de cette exclusion ([C. trav., art. L. 1237-19-3](#)) ; 3°) il est fréquent que les partenaires sociaux inscrivent cette interdiction dans leurs accords [Note 46](#)... Les termes de l'accord Eurodisney sont significatifs : Euro Disney « *s'engage ainsi à ne procéder à aucun licenciement pour motif économique sur le périmètre de l'UES jusqu'en janvier 2023 (...)* », et ajoute qu'il « *est rappelé qu'aucune mesure d'incitation ou de pression de quelque nature qu'elle soit ne sera tolérée notamment de la part de l'encadrement* » [Note 47](#). Le contrôle exercé par l'administration pourrait aussi être influencé par l'existence d'accords conclus précédemment au titre de l'activité partielle de longue durée. De tels accords doivent être assortis également d'engagements de maintien de l'emploi [Note 48](#).

68. - Il faut toutefois s'interroger sur la mesure du contrôle exercé par l'administration lorsque l'accord lui-même adoucit la force de son engagement. Quel regard sera porté par la DREETS dans une situation comparable à celle d'Air France, c'est-à-dire lorsque l'accord prend soin de stipuler d'une part une clause de revoyure en cas de dégradation de la situation économique de l'entreprise [Note 49](#), d'autre part une clause de suspension de l'engagement de maintien de l'emploi en cas de cessation d'activité [Note 50](#) ? Les précautions prises par les parties à l'accord collectif devraient résonner lorsque viendra le temps du contrôle du PSE.

69. - **Le pragmatisme.** - Un second élément objectif permet d'imaginer le contrôle de l'administration : le pragmatisme : celui que l'on constate dans le contentieux administratif des PSE depuis la loi de sécurisation de l'emploi de 2013, que la doctrine ne cesse de relever [Note 51](#) et que le Conseil d'État assume clairement [Note 52](#). Cette qualité pourrait résonner lorsque retentiront les sirènes des « *PSE covidien*s » : la violence, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité de la crise sanitaire rejailliront sans doute à l'occasion du contrôle du plan de reclassement. Déjà à l'œuvre hors période de crise sanitaire, le pragmatisme pourrait conduire l'administration à une certaine compréhension dans la lecture de la situation économique de l'entreprise en période de crise, notamment des moyens disponibles pour assumer ses obligations de reclassement.

70. - **Conclusion.** - Entre le contrôle de l'administration et celui du juge judiciaire, il n'y a pas seulement une différence d'objet. Il y a aussi la temporalité. Le contrôle de l'administration est un contrôle de l'immédiat, à un moment où le contrôleur a une représentation concrète de la réalité et de l'ampleur de l'épidémie. Le contrôle du juge judiciaire, amené demain à se prononcer sur le respect par l'employeur de son obligation de sécurité ou sur la réalité des difficultés économiques consécutives à l'épidémie, est une appréciation différée, c'est-à-dire à un moment où (nous l'espérons) l'épidémie se sera essoufflée, en un temps où le souvenir de la crise sanitaire se sera un peu effacé... Souhaitons que la mémoire du juge demain ne flanche pas.

[Note 1](#) cette étude est issue de l'intervention des auteurs au colloque organisé le 2 avril 2021, sous la présidence de Pierre Romain et de Laurence Pécaut-Rivolier, par le Laboratoire de droit social de l'université Panthéon-Assas (Paris II), sur le thème « Les crises et le droit du travail ».

[Note 2](#) Conv. OIT, 1947, n° 87, art. 3, sur l'inspection du travail.

[Note 3](#) Instr. 14 mai 2020, relative au déploiement du plan de contrôle a posteriori sur l'activité partielle dans le cadre de la crise du Covid-19.

[Note 4](#) Instr. 14 mai 2020, relative au déploiement du plan de contrôle a posteriori sur l'activité partielle dans le cadre de la crise du Covid-19.

[Note 5](#) L. n° 2018-771, 5 sept. 2018.

[Note 6](#) Règl. (UE) 2016/679, art. 6, 1. e, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD) : « Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie : (...) e) le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ». – L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 5, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : « Un traitement de données à caractère personnel n'est licite que si, et dans la mesure où, il remplit au moins une des conditions suivantes : (...) 5° Le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ».

[Note 7](#) Instr. 5 mai 2020, relative au déploiement du plan de contrôle a posteriori sur l'activité partielle dans le cadre de la crise du Covid-19.

[Note 8](#) En revanche, l'autorité administrative n'est pas tenue d'indiquer dans cette décision les éléments servant au calcul du montant de l'indu : V. en ce sens, [CE, 8 juill. 2019, n° 420732](#) : à propos de la décision de récupération des sommes indûment versées au titre de l'allocation du RSA.

[Note 9](#) C. trav., art. L. 5124-1 : « Sauf constitution éventuelle du délit d'escroquerie, défini et sanctionné à l'article 313-1, au 5° de l'article 313-2 et à l'article 313-3 du code pénal, le fait de bénéficier ou de tenter de bénéficier frauduleusement des allocations

[mentionnées aux articles L. 5122-1 et L. 5123-2 du présent code est puni des peines prévues à l'article 441-6 du code pénal. Le fait de faire obtenir frauduleusement ou de tenter de faire obtenir frauduleusement ces allocations est puni de la même peine ».](#)

[Note 10](#) C. trav., art. L. 8272-1 : qui peut prendre plusieurs formes : exclusion pour une période maximale de 5 ans de l'accès à certaines aides publiques (en matière d'emploi, de formation professionnelle) dont l'aide demandée au titre de l'activité partielle ; remboursement des aides accordées dans les 12 mois précédant l'établissement du procès-verbal (C. trav., art. L. 8272-1).

[Note 11](#) Peines pouvant aller jusqu'à 2 ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende, montant porté à 150 000 € pour les personnes morales (C. trav., art. L. 8211-1 et L. 5124-1. – C. pén., art. 441-6).

[Note 12](#) C. pén., art. 313-1 : étant précisé que la fraude étant commise au préjudice de l'État et de l'Unédic, les peines sont aggravées et sont portées à 7 ans d'emprisonnement et à 750 000 € d'amende pour les personnes physiques et 3 750 000 € pour les personnes morales (C. pén., art. 313-2-5°).

[Note 13](#) C. trav., art. L. 8113-7. « Lorsqu'il constate des infractions pour lesquelles une amende administrative est prévue au titre V du livre VII de la quatrième partie ou à l'article L. 8115-1, l'agent de contrôle de l'inspection du travail peut, lorsqu'il n'a pas dressé un procès-verbal à l'attention du procureur de la République, adresser un rapport à l'autorité administrative compétente, dans le cadre de la procédure prévue au chapitre V du présent titre ».

[Note 14](#) C. trav., art. L. 8172-1 : La « décision de refus [de l'autorité administrative des aides publiques] est prise sans préjudice des poursuites judiciaires qui peuvent être engagées (...) ».

[Note 15](#) Conv. EDH, protocole additionnel n° 7, art. 4. – Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 déc. 1966, art. 14.7.

[Note 16](#) CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10. Grande Stevens. – V. toutefois pour une approche plus nuancée : [CEDH, 4 oct. 2016, n° 21563/12](#) : [Dr. pén. 2016, comm. 181](#). – [CEDH, 15 nov. 2016, n° 24130/11 et 29758/11](#) : [Dr. pén. 2017, comm. 14](#).

[Note 17](#) Cass. ass. plén., 8 juill. 2010, n° 10-10.965.

[Note 18](#) Cons. const., 30 mars 2017, n° 2016-621 QPC, concernant l'emploi de travailleurs étrangers en situation irrégulière. – V. aussi : Cons. const., 8 oct. 2014, n° 2014-418 QPC : D. 2014, p. 2001, en matière fiscale.

[Note 19](#) V. récemment : Instr. n° INTK2106627J, 18 mars 2021, relative au télétravail.

[Note 20](#) Min. Trav., communiqué de presse, 23 mars 2021.

[Note 21](#) Instr. 3 nov. 2020 relative aux orientations et aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail (SIT) dans le cadre du confinement entré en vigueur le 30 octobre 2020.

[Note 22](#) L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

[Note 23](#) CE, ord. réf., 19 oct. 2020, n° 444809 : [Jurisdata n° 2020-017919](#). – CE, ord. réf., 17 déc. 2020, n° 446797 : [JurisData n° 2020-021754](#)

[Note 24](#) G. Loiseau, À propos de la force normative du protocole national en entreprise : [JCP S 2020, act. 450](#).

[Note 25](#) G. Loiseau et A. Martinon, Le petit droit covidien : BJT oct. 2020, n° 114d5, p. 1.

[Note 26](#) CE, ord. réf., 17 déc. 2020, n° 446797.

[Note 27](#) CE, ord. réf., 17 déc. 2020, n° 446797.

[Note 28](#) Instr. min. n° INTK2106627J, 18 mars 2021.

[Note 29](#) Instr. DGT 3 nov. 2020, relative aux orientations et aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail (SIT) dans le cadre du confinement entré en vigueur le 30 octobre 2020.

[Note 30](#) Instr. DGT 3 févr. 2021, relative aux orientations et aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail (SIT) dans le cadre des mesures renforcées contre le Covid-19.

[Note 31](#) Instr. 25 mars 2021, relative aux orientations et aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail (SIT) dans le cadre des mesures renforcées de lutte contre le Covid-19.

[Note 32](#) Instr. 3 nov. 2020, relative aux orientations et aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail (SIT) dans le cadre du confinement entré en vigueur le 30 octobre 2020.

[Note 33](#) O. Duthelliet de Lamothe, Quelles sanctions en l'absence de télétravail : SSL 2021, n° 1946.

[Note 34](#) Instr. 25 mars 2021, relative aux orientations et aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail (SIT) dans le cadre des mesures renforcées de lutte contre le Covid-19.

[Note 35](#) V. supra.

[Note 36](#) Circ. DGT n° 2009-04, 17 mars 2009 : [JCP S 2009, 1144](#). – Instr. DGT n° 02, 23 mars 2010 : BOMT 2010/4, 30 avr. 2010 ; [JCP S 2010, act. 205](#) ; JCP E 2010, act. 198, obs. G. Notté.

[Note 37](#) Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581 : Bull. civ. V, n° 70 ; [JCP S 2011, 1200](#), note F. Favennec-Héry ; RJS 2011, p. 347, note G. Couturier ; RDT 2011, p. 244, note F. Géa ; RDT 2011, p. 226, note J.-M. Béraud ; RDT 2011, p. 226, rapp. J.-M. Béraud ; RDT 2011, p. 244, obs. F. Géa. – V. G. Loiseau, Les ruptures conventionnelles pour motif économique : Dr. soc. 2011, p. 681.

[Note 38](#) DARES <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/donnees/les-ruptures-conventionnelles>

[Note 39](#) Accord Renault, 11 déc. 2020.

[Note 40](#) Accord, 8 févr. 2021 : Liaisons soc. Europe 2021, n° 7.

[Note 41](#) Accord, 8 janv. 2021 : Liaisons soc. 2021, n° 18248.

[Note 42](#) Accord préc.

[Note 43](#) Accord préc.

[Note 44](#) DARES, Tableau de bord. Situation sur le marché du travail durant la crise sanitaire, 8 déc. 2020 : https://dares.travail-emploi.gouv.fr/sites/default/files/8b36e8e4c450b3a481f2a8cacabbfafd/Dares_tdb_marche-travail_crise-sanitaire_8%20décembre.pdf.

[Note 45](#) C'est une moyenne car la DARES prend soin de préciser que certains PSE portaient sur les ruptures de la totalité des effectifs.

[Note 46](#) V. not. : Accord Renault, 11 déc. 2020, qui stipule que « la direction de la société Renault Trucks SAS s'engage à ne procéder à aucune suppression de poste dans le cadre d'un projet de réorganisation impliquant un licenciement collectif pour motif économique, un PSE, une RCC ou un PDV, jusqu'au 30 juin 2022. ». – Accord Airbus Helicopters, préc., qui précise que « le présent accord collectif de rupture conventionnelle collective exclut tout licenciement pour motif économique pour suppression d'emploi sur les postes concernés pendant la durée de son application, et en tout état de cause pendant un délai de 12 mois à compter de la validation du présent accord par la DIRECCTE ».

[Note 47](#) Accord préc.

[Note 48](#) L. n° 2020-734, 17 juin 2020, art. 53.

[Note 49](#) *Accord Air France*, 23 déc. 2020, art. 5. « Durant la période d'application de l'accord, si la situation économique d'Air France se dégradait les parties signataires conviennent alors de se réunir pour partager le constat de la situation et étudier la mise en œuvre de dispositif(s) additionnel(s), afin de préserver l'emploi personnels au sol Air France sur la base de recours unique à des départs volontaires ».

[Note 50](#) *Accord Air France*, *ibid.*, « Néanmoins, si Air France se retrouvait dans une situation économique ne permettant plus la poursuite de son activité les engagements souscrits en matière de maintien de l'emploi du personnel au sol au sein d'Air France, visés au présent article, ne pourraient plus être respectés ».

[Note 51](#) H. Nasom-Tissandier, *L'appréciation des PSE par le juge administratif ou la quête de l'efficacité* : RJS 2018, p. 185, qui considère que le Conseil d'État « fait le choix de solutions claires, efficaces et pragmatiques, respectueuses autant que possible de la lettre des textes, et à même de réaliser le souhait du législateur de réduire le contentieux des PSE ». – O. Dutheillet de Lamothe, *Le contentieux des licenciements économiques devant le Conseil d'État (2013-2020)* : BJT 2020, n° 11, p. 38, selon lequel il existe « une différence de culture entre le juge judiciaire et le juge administratif : le juge judiciaire est souvent formaliste (toute irrégularité de procédure entraîne une annulation) et n'hésite pas, en ce qui concerne les juges du fond, à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise ; le juge administratif est beaucoup plus pragmatique, procède à un contrôle global de la procédure et du contenu du plan, et fait preuve d'une certaine déférence vis-à-vis des décisions économiques du chef d'entreprise ».

[Note 52](#) Dans le communiqué qui accompagne l'affaire Darty ([CE, 7 déc. 2015, n° 383856](#)), le Conseil d'État prend soin de préciser que par ces décisions, il « confirme (...) son approche pragmatique des obligations de l'employeur et de l'administration en matière de PSE ».