



## ACCUEIL

# Cours de droit du travail

🕒 mars 7, 2019 👤 cours-de-droit 📬 2) Cours droit du travail 💬 0

## Chateau Cheverny



Chateau (castle) Cheverny Valley, France.  
stockfreeimages.com

## LE DROIT DU TRAVAIL

Le **droit du travail** est une branche du droit social qui régit les relations entre les employeurs et les salariés sous la forme du contrat de travail. Le Droit du travail est une discipline née du droit civil, et qui s'en est détaché. On fait souvent référence à l'article 1134 du Code civil.

Le droit s'est scindé d'une autre discipline, qui est le droit de la sécurité sociale, qui est le droit de la protection.

## BIENVENUE

Le site est en cours de restructuration. Des fiches de cours ne sont plus disponibles mais elles reviendront dès que possible.




## LISTE DES COURS



Le droit du travail régit à la fois les relations individuelles du travail, et les relations collectives du travail. C'est une matière spécifique, une matière originale, au sein des autres disciplines juridiques.

### — Il l'est d'abord par son objet :

Le contrat de travail ne peut être considéré comme un contrat comme les autres : Le contrat de louage de service n'est pas un contrat de bail comme les autres contrats de bail.

|  |  |  |  |
|--|--|--|--|
|  |  |  |  |
|--|--|--|--|

Par ses caractères, le droit du travail s'est forgé historiquement comme un droit de protection du salarié, un droit unilatéral, droit qui visait au toujours mieux pour le salarié.

Il n'empêche que ce caractère, droit de protection, continue à être exact

### — Il l'est encore par ses sources :

Coexistent les sources traditionnelles du droit, les sources qui viennent de l'extérieur, les sources étatiques, ou supra-étatiques, les sources habituelles de chaque discipline juridique, coexistent des sources autonomes. Les sources autonomes que sont les conventions ou accords collectifs. Les normes d'entreprises, accords unilatéraux, règlements...



### LES AUTRES ARTICLES RELATIFS À CE SUJET

Le droit du travail : cours et fiches

La naissance et histoire du droit du travail

Les sources du droit du travail

Les conventions et accords collectifs de travail

Le règlement intérieur

Les engagements unilatéraux en droit du travail

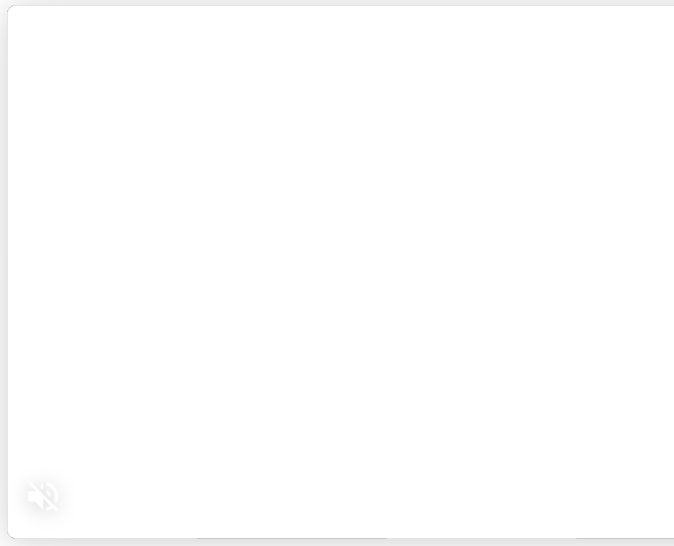
La hiérarchie des normes en droit du travail

Le Conseil des Prud'hommes

L'inspection du travail

Ces sources spécifiques ne se trouvent qu'en droit du travail. Par ses acteurs, les partenaires sociaux que sont les organisations professionnelles, syndicales de salariés ou organisations d'employeurs, puis il y a l'Etat.

Puis il y a des institutions spécialisées, étatiques comme le Conseil de Prud'hommes mais il y a aussi un corps administratif constitué par l'inspection du travail chargé de faire respecter les normes du travail.



Spécifique il l'est par son histoire, le droit du travail est le produit de luttes, de crises qui marquent les grandes étapes de son développement historique, inévitablement la règle du droit du travail traduit un rapport de force, et cette règle se transforme en fonction de l'évolution de la vie sociale.

Notre histoire des relations professionnelles est marquée par ses luttes, crises économiques, politiques ou sociales.

Matière dont l'importance économique, sociale ou politique est importante.

Le droit du travail est un instrument de l'action politique d'un gouvernement, se mêle donc ici le politique, l'économique et le social.

Le droit du travail est récent, l'expression n'a été généralisée que depuis un demi-siècle. L'appellation (législation industrielle) était trop étroite et trop large : Trop étroite car la discipline juridique ainsi qualifiée n'est pas seulement une législation. Trop large car le droit applicable aux activités industrielles déborde largement le seul droit du travail .

On a parfois aussi utilisé l'expression de droit ouvrier.

Le terme de droit du travail est sans doute préférable mais l'expression n'est pas dépourvu d'ambiguïté : Tout travail humain n'est pas régi par ce droit. Encore que l'une des idées qui est avancée par certains, peut être un jour il y a aura un socle commun qui constituera un droit du travail tout court. Voici le plan du cours de droit du travail :

**Voici le plan du cours de droit du travail sur [www.cours-de-droit.net](http://www.cours-de-droit.net) :**

- Chapitre 1 – L'objet du droit du travail
- Chapitre 2 – Développement historique du droit du travail
- Section 1 – L'avant droit du travail

Définition et critères du contrat de travail

Les difficultés d'application des critères du contrat de travail

Les méthodes de recrutement

Les clauses du contrat de travail (non concurrence, mobilité...)

Les contrats précaires

Le contrat de travail à temps partiel

Le contrat de travail intermittent

La rémunération : montant, composition, paiement du salaire...

Le temps de travail (durée légale et maximale)

Les modifications du contrat de travail

Le licenciement pour motif économique

Cours de droit du travail

- Paragraphe 1 – L'Ancien Régime
- Paragraphe 2 – La Révolution
- Paragraphe 3 – La période libérale
- Section 2 – La naissance du droit du travail
- Paragraphe 1 – Avant 1884
- Paragraphe 2 – A partir de 1884
- Section 3 – L'essor du droit du travail (1936 – à nos jours)
- Paragraphe 1 – La réformes de 1936
- A/ Les relations collectives
- B/ Les relations individuelles
- Paragraphe 2 – La IV République
- Paragraphe 3 – Sous la V République
- A/ La participation
- B/ Mai 68
- C/ La crise
- D/ Le changement
- 1) Les ordonnances
- 2) Les lois
- E/ La cohabitation de 1986 à 1988
- F/ La nouvelle alternance
- G/ La Deuxième cohabitation
- H/ 1997 – 3<sup>ème</sup> cohabitation
- I/ La droite revient.
- Chapitre 3 – Les sources du droit du travail
- *Section 1 – La détermination des sources du droit du travail*
- *Paragraphe 1 – La détermination des sources du droit du travail*
- A/ Les sources supranationales
- 1) Le droit international du travail.
- 2 ) Les sources européennes du travail
- – Le Conseil de l'Europe (CEDH)
- – L'Union Européenne.
- B.LA JURISPRUDENCE.
- PARAGRAPHE 2 : LES SOURCES SPECIFIQUES DU DROIT DU TRAVAIL : L'AUTONOMIE.
- I. LE DROIT NEGOCIÉ : LE STATUT COLLECTIF NÉGOCIÉ.
- LES CONDITIONS DE LA NEGOCIATION.
- Les acteurs de la négociations

- i. Seul un syndicat représentatif peut conclure un accord collectif.
- ii. Un seul syndicat, fut-il minoritaire, peut négocier (des lors qu'il est représentatif
- Les obligations de négocier
  - i. Au niveau de l'entreprise.
  - ii. Au niveau de la branche.
- LES EFFETS DES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS.
- Les effets dans le temps.
  - i. La révision
  - ii. La dénonciation.
  - iii. La mise en cause.
- Les effets quant aux personnes.
- SECTION 1 : LA PROCEDURE DE LICENCIEMENT.
- PARAGRAPHE 1 : LE CHAMPS D'APPLICATION DES REGLES DE PROCEDURE.
- PARAGRAPHE 2 : LES PHASES DE LA PROCEDURE.
- I. L'ENTRETIEN PREALABLE.
  - A. LA CONVOCATION.
  - B. LE DEROULEMENT DE L'ENTRETIEN.
- II. LA NOTIFICATION DE LICENCIEMENT.
  - A. DELAI DE REFLEXION.
  - B. LA LETTRE DE LICENCIEMENT.
    - 1. Les sanctions liées au licenciement irrégulier.
      - La lettre de licenciement
      - Ø Les sanctions en cas de non respect des règles de procédure
      - Les sanctions liées au licenciement irrégulier
      - ø Le salarié doit avoir en principe deux ans d'ancienneté et que l'entreprise est au moins 11 personnes.
      - Les sanctions en cas de motifs injustifiés
      - Ø La notion de cause réelle et sérieuse
      - Définition de la «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE»
      - L'approche exégétique
      - Les applications jurisprudentielles
      - ø Notion de faute grave et lourde st des notions que contrôle la Cour de cassation.
      - . Le contrôle de la notion par la Cour de cassation, ou absence de contrôle
- Revirement

- Le contrôle de la Cour de cassation
- Ø La preuve de la «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE»
- La charge de la preuve
- Le doute subsiste
- Ø Les sanctions d'un licenciement sans «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE»
- Les sanctions spécifiques de la loi de 1973
- Les autres sanctions
- CHAPITRE 2 : LE PARTICULARISME DES LICENCIEMENTS ECONOMIQUES.
- SECTION 1 : LA CAUSE ECONOMIQUE DE LICENCIEMENT :
- PARAGRAPHE 1 : LA NOTION LEGALE DE MOTIF ECONOMIQUE.
- PARAGRAPHE 2 : LA CAUSE RÉELLE ET SERIEUSE.
- I. L'OBLIGATION D'ASSURER LE RECLASSEMENT DU SALARIÉ.
- II. L'OBLIGATION D'ASSURER L'ADAPTATION DES SALARIÉS A L'EVOLUTION DE LEUR EMPLOI.
- SECTION II : LA PROCEDURE LEGALE DE LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE.
- PARAGRAPHE 1 : LES LICENCIEMENT INDIVIDUELS ET LES « PETITS » LICENCIEMENTS POUR MOTIF ECONOMIQUE.
- PARAGRAPHE 2 : LES « GRANDS LICENCIEMENTS POUR MOTIF ECONOMIQUE ».
- SOUS-PARAGRAPHE 1 : LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS DANS UNE ENTREPRISE DE MOINS DE 50 SALARIES.
- SOUS-PARAGRAPHE 2 : LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS DANS LES ENTREPRISES D'AU MOINS 50 SALARIÉS.

## Chapitre 1 – L'objet du droit du travail



Il peut être défini comme l'ensemble des règles juridiques applicables aux relations individuelles et collectives qui naissent entre les employeurs privés ou assimilés et ceux qui travaillent sous leur autorité.

On peut extraire trois expressions, trois termes permettant de fixer le domaine dans une première approche et ainsi que les limites du droit du travail :

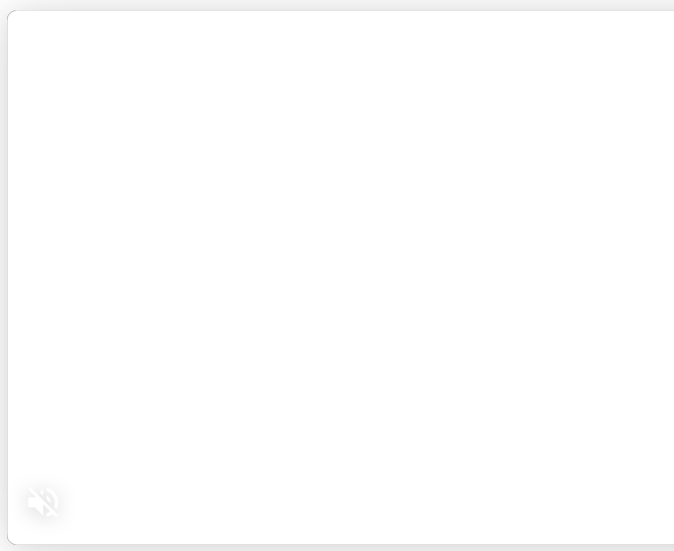
- Le droit du travail ne s'applique qu'aux travailleurs ne travaillant que sous l'autorité d'un employeur ;
- Le droit du travail ne concerne que le secteur privé ;
- Le droit du travail concerne à la fois les relations individuelles et les relations collectives du travail.

Le droit du travail ne s'applique qu'aux travailleurs subordonnés. Il ne concerne pas toutes les formes du travail, même si il y avait une tendance à promouvoir l'idée d'un socle commun à tout les travailleurs.

S'agit-il d'une dépendance économique ?

Le travail subordonné est effectué sous l'autorité de l'Etat et sous l'autorité d'autres personnes publiques. S'applique en principe le statut de la fonctions publiques, le fonctionnaire n'est pas soumis au droit du travail privé.

Il y a des EPA, SPIC...Mais pour l'essentiel, les travailleurs qui travaillent dans des entreprises industrielles et commerciales sont des salariés régis par le Code du Travail.



Différence entre les agents contractuels de droit public et les agents de droit privé : Un arrêt rendu par le Tribunal des Conflits le 25 mars 1996 « *Berkani* ».

Aide cuisinier de cantine : Est-il soumis au droit privé ou au droit public ? Agit-il devant le TA ou le Conseil des Prud'hommes.

Avec l'arrêt « *Berkani* », les choses sont claires, ce sont des agents de droit public donc le Tribunal Administratif est compétent.

Pourquoi les frontières ne sont pas toujours rigides ? Certaines règles transcendent la distinction droit privé/droit public ; il y a des normes sociales européennes qui s'appliquent aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé.

Dans le pur droit de la fonction publique, il y a des influences réciproques, certaines notions du droit privé qui nous viennent du droit public et il y a une certaine forme d'impérialisme du droit privé du travail qui tend à influencer le droit public du travail.

A propos des négociations collectives, elles n'existent pas dans le secteur public mais on le fait.

Le droit du travail gouverne aussi bien les relations individuelles que collectives. Désormais comme l'écrit un auteur, le droit du travail se préoccupe au moins autant des relations individuelles que des rapports collectifs. Autrement dit le droit du travail concerne les deux.

Les relations collectives sont aussi les acteurs des relations collectives comme les syndicats.

## Chapitre 2 – Développement historique du droit du travail

L'histoire du droit du travail ne se confond avec l'histoire du travail alors que le travail remonte aux origines de l'humanité. Il ne s'est développé qu'à une époque récente, il y a toujours eu un régime du travail mais le droit du travail n'a pas toujours existé.



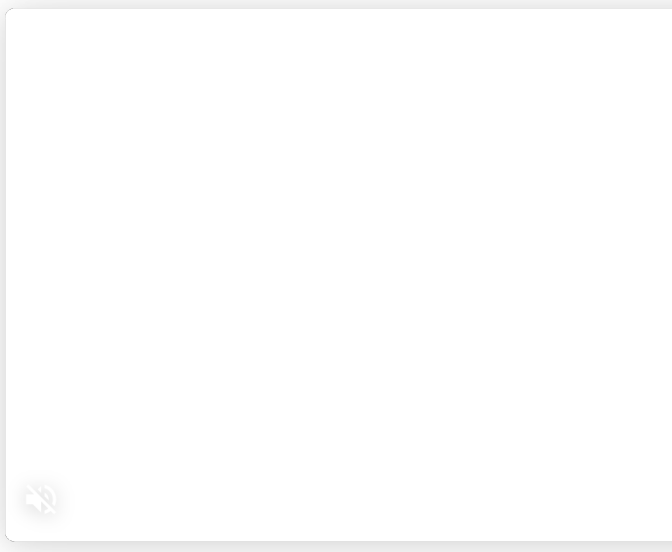
L'histoire du droit du travail est liée à l'histoire du mouvement ouvrier mais aussi à l'histoire tout court. Il y a ainsi des grandes dates qui vont jalonner l'histoire du droit du travail : 1884, 1936 avec le Front Populaire, la Libération, 1968, 1981-1982.

Il y a trois périodes : La période préhistorique tout d'abord.

A ces trois périodes correspond trois techniques juridiques : 1<sup>ère</sup> période : Contrat entre les personnes, 2<sup>ème</sup> période la loi intervient et enfin 3<sup>ème</sup> période les sources autonomes, les conventions collectives.

## Section 1 – L'avant droit du travail

C'est une vaste période qui s'étale de l'ancien Régime jusqu'au mi 19<sup>ème</sup> siècle. On peut subdiviser cette période en trois sous-période.



### Paragraphe 1 – L'Ancien Régime

L'ancienne France, l'ancien régime, l'ancien droit, a connu une sorte d'ébauche d'organisation collective du régime du travail du fait de la coexistence des corporations.

Les corporations élaboraient des statuts des règlements, des usages qui pour l'essentiel réglaient les relations de travail entre le maître et le compagnon et l'apprenti.

Ces corporations réglementaient les relations de travail.

Les compagnonnages se développaient par réaction du caractère de plus en plus en hiérarchique des corporations.

Ils ont joué un rôle de groupe de pression en s'efforçant d'imposer au maître les conditions du contrat individuel et ont joué un rôle certain dans la formation professionnelle de sorte que finalement dans l'Ancien Régime il n'y avait pas de droit du travail mais une sorte de régime du travail.

### Paragraphe 2 – La Révolution

Elle ne s'est pas préoccupée des problèmes liés au travail. La Révolution a été individualiste et libérale.

L'individualisme révolutionnaire nie l'existence d'intérêt collectif : La Loi Le Chapelier va abolir les corporations et va prohiber les coalitions (les grèves).

L'article 2 de la loi interdit aux ouvriers et compagnons de former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs.

Ce libéralisme révolutionnaire postule que toute homme puisse être en mesure (Décret D'Allarde) d'exercer librement toute activité professionnelle soit pour son compte soit pour le compte d'autrui.

En même temps le libéralisme révolutionnaire implique que l'Etat n'intervienne pas sous peine de porter atteinte à la liberté. Les hommes naissent libres et égaux, ils doivent être capables de contracter librement : C'est le non droit du travail.

Il est notable de constater que le Code civil de 1804 ne consacrait que deux articles à ce qu'il appelle le contrat de louage de services alors qu'il consacrait 67 articles aux contrats de louage de choses.

Cette idéologie révolutionnaire va se traduire par une dégradation extrême de la condition ouvrière pendant tout le 19<sup>ème</sup> siècle.

### **Paragraphe 3 – La période libérale**

C'est selon le mot d'un ancien procureur général de la Cour de cassation « *C'est la grande nuit du 19<sup>ème</sup> siècle* ». Cette nuit va être longue pendant une bonne partie du 19<sup>ème</sup> siècle, se traduisant par l'extrême misère de la classe ouvrière. Incroyable misère qui se traduisait par des manifestations bien connues des journées de 14 heures, 15 heures, le travail des enfants de moins de 8 ans, le logement dans des taudis, des salaires extrêmement bas qui étaient diminués par deux par les amendes.

Une discipline très forte...

Cette misère a eu des causes diverses dont des causes économiques, développement du machinisme, c'est l'exode rural avec la fin des solidarités familiales et rurales dans la campagne.

A cette misère économique s'ajoutait une grande défiance politique. La classe ouvrière était considérée comme une population suspecte, population dangereuse et les quelques réactions ouvrières ont été réprimées durement. Cette méfiance s'est manifestée juridiquement par une loi du 22 Germinal An XI, par la création du livret ouvrier.

## **Section 2 – La naissance du droit du travail**

Cette période s'entrouvre avec la première loi qui intéresse directement le droit du travail qui date de 1841. Cette date est bien symbolique car la réforme est modeste. Cette loi sur le travail des enfants dans les manufactures interdit le travail des enfants de moins de 8 ans, limite le travail à 8 heures des enfants de moins de 12 ans et 12 heures par jour pour les enfants de moins 16 ans.

Cette loi n'a jamais été appliquée car elle était considérée comme une atteinte à la liberté, ce serait la consécration du droit à la paresse.

Politiquement, les ouvriers sont de plus en plus nombreux et prennent conscience de leur nombre et donc de leur force.

Il y a aussi des facteurs idéologiques, développement des diverses doctrines socialistes, marxistes, les doctrines sociales de l'Eglise.

Et puis des facteurs économiques, accélération des facteurs industriels.

### **Paragraphe 1 – Avant 1884**

C'est une phase d'intervention limitée ponctuelle. Intervention timide car l'Etat est libéral. Il y a d'abord le programme ambitieux de la Révolution de 1848, limitation de la journée de travail à 10 heures, proclamation du droit au travail, création d'un Ministère du Travail.

Pour l'essentiel ces réformes furent éphémères. Ce programme ne fut guère suivi d'effet.

L'Empire libéral de Napoléon III. Il a été soucieux de se ménager la classe ouvrière qui prend de plus en plus d'importance et il adopte des mesures qu'on oublie parfois qui vont déboucher sur la reconnaissance des syndicats en 1884. Ce n'est pas simplement un fait anecdotique. Il accepte qu'une délégation ouvrière se rende à Londres pour observer les syndicats anglais (Trade Unions).

Sous l'influence d'Emile Ollivier, loi du 25 mai 1864, est supprimé le délit de coalition qui était réprimé pénalement.

Enfin, en 1867, un ami de Napoléon III fait publier au Moniteur par lequel il est déclaré que l'Empereur tolère officiellement les chambres syndicales. Il faut comprendre que les compagnonnages avaient continué à exister soit sous forme de société de secours mutuel, soit sous forme de société de résistance qui elles étaient secrètes. Tolérance qui allait déboucher sur la loi du 21 mars 1884 qui consacre la liberté syndicale.

### **Paragraphe 2 – A partir de 1884**

En 1892 est créée la fédération nationale des bourses du travail et puis première confédération qui réunit les chambres syndicales : Création de la CGT.

Pendant 25 ans, la CGT a connu un système de syndicalisme unique. Ce sont créés des syndicats chrétiens (CFTC en 1919). Mais depuis toute notre histoire syndicale est faite de divisions syndicales d'où le pluralisme syndical.

1921 il y a le communisme, 1917 la Révolution en Russie, 1921 les communistes minoritaires partent de la CGT pour créer la CGTU.

1936 : CGTU et CGT se retrouvent et fusionnent pour le temps de guerre car dès 1947 nouvelle scission au sein de la CGT et cette fois-ci les socialistes sont minoritaires : Ils créent FO. Cette scission en 1947 est encore très vivace dans les esprits des protagonistes.

1964 : On ne veut plus de la référence à la religion chrétienne, donc se crée la CFDT et la CFTC avec les chrétiens minoritaires.

A partir de 1884, les interventions de l'Etat sont de plus en plus nombreuses et sous la pression des syndicats réunis en confédération en 1895, de nombreux textes sont adoptés et

l'inspiration de cette législation est toujours la même : Limiter le pouvoir arbitraire des employeurs par des règles impératives venant lutter contre certains abus et venant protéger certains salariés. Tout les aspects de la vie du travail font peu à peu l'objet d'une certaine protection légale au point du reste de justifier en 1910 de décider la création d'un Code du Travail.

A ces nombreux textes concernent la durée du travail notamment avec un texte de 1906 avec le repos hebdomadaire (le dimanche), loi de 1919 sur la journée de 8 heures (mais jamais appliquée), quelques textes sur le licenciement abusif et puis on assiste à un embryon de Sécurité Sociale. C'est d'abord une loi de 1898 sur les accidents du travail : Dans la misère ouvrière il y a eu des accidents lié au machinisme. Et finalement la Cour de cassation avait découvert l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup>. La loi de 1898 permet la réparation des accidents du travail.

Loi de 1928 et 1932 sur les allocations familiales et sur l'assurance maladie : C'est encore un embryon de Sécurité Sociale. La loi de 1919 est la première loi qui vient régir les conventions collectives.

La conception du droit du travail reste individualiste, tout cet ensemble trouve sa cohérence dans la conception que l'on s'est fait du droit du travail. Autrement dit le droit du travail de l'époque c'est alors le droit des relations individuelles du travail, le droit qui naît du contrat de travail.

Le droit du travail est donc une législation du travail ce qui permet d'expliquer l'expression de « législation industrielle ». Les réformes de 36 traduisent une transformation de cette conception et marque le début de l'ère moderne, marque l'essor du droit du travail.

## **Section 3 – L'essor du droit du travail (1936 – à nos jours)**

1936 marque l'avènement de la démocratie industrielle. Au droit octroyé va succéder le droit négocié. Ce qui ne signifie pas que la loi perd toute signification. Il reste significatif que les textes qui vont être adoptés en 1936, ils ont été négocié par les représentants du patronat, de la CGT, et que c'est un accord collectif qui a été signé le 7 juin 1936 (Accords Matignon) qui renferment les germes des réformes qui vont intervenir.

1936 marque aussi l'importance des rapports collectifs. A l'intérieur de cette période on peut procéder à une subdivision en fonction des différents régimes.

### **Paragraphe 1 – La réformes de 1936**

Les textes ont été adoptés après les mouvements de grève de 36 et après les accords Matignon.

#### **A/ Les relations collectives**

Il y a plusieurs lois qui doivent être signalées : D'abord deux lois différentes du 14 juin 1936, loi sur les conventions collectives et les délégués ouvriers, lois du 24 juin 1936, qui deviendront les délégués du personnel ou représentants du personnel dans l'entreprise.

Lois sur les conventions collectives qui a eu un succès considérable. L'âge d'or n'a pas duré longtemps car la guerre a mis fin à cela.

Les deux textes ont eu un succès mais autant la loi de 36 marque la naissance des conventions collectives, autant l'arbitrage des conflits collectifs n'a pratiquement jamais eu de succès. Depuis d'autres textes se sont succédés.

## **B/ Les relations individuelles**

Ici l'interventionnisme est plus traditionnel : Loi du 20 juin 1936 ce sont les congés payés. Loi du 21 juin 1936 semaine de 40 heures, réforme de 1936.

### **Paragraphe 2 – La IV République**

Il y a la parenthèse de la guerre, le régime de Vichy, les syndicats sont interdits. Vichy se traduit par une idéologie corporatiste...

Si on met à partir cette parenthèse, la période qui va de la libération à 1950, peut être divisée en deux sous périodes :

→ Avant 1950, c'est une période dirigiste économique et sociale, on témoigne aussi de cet autoritarisme par une loi sur les conventions collectives : On peut négocier sous la dépendance des pouvoirs publics. De grandes réformes : L'organisation et la généralisation de la Sécurité Sociale qui va prendre son autonomie par rapport à la législation industrielle, c'est le développement des représentants du personnel. Une ordonnance du 22 février 1945 crée les Comités d'Entreprise.

Enfin c'est la reconnaissance dans le préambule de la constitution de 1946 dont on sait qu'il est repris par l'actuelle Constitution.

C'est la reconnaissance de la constitution de 1946 de droits sociaux nécessaires à notre temps, droit à la Sécu, droit au travail, droit syndical, droit de grève, droit pour les salariés de participer à la détermination de leurs conditions de travail. Beaucoup de droits revêtant une dimension sociale.

On peut marquer la césure en 1950.

→ Après 1950, loi de février 1950 relative sur la négociation collective, sur l'autonomie relative des partenaires sociaux. Désormais les salaires seront négociés entre partenaires sociaux sauf un salaire minimum : Création du SMIG qui deviendra le SMIC. Pendant cette période libérale, les textes sont peu nombreux car il y a une négociation collective active puisqu'il y a des conventions collectives. Il y a quelques

textes intervenant pour généraliser à tous les salariés des accords collectifs.

## Paragraphe 3 – Sous la V République

### A/ La participation

La participation facultative en 1959 (7 janvier 59) et puis la participation aux résultats d'entreprise depuis l'ordonnance du 17 août 1967. C'était une idée de De Gaulle. Cette participation aux résultats de l'entreprise s'accompagnait d'une participation des salariés à la gestion des entreprises. Ce projet n'a pas vu le jour car :

- Mai 68 a empêché ce projet
- Echec du référendum de 1969

### B/ Mai 68

Il marque assurément une étape importante parce que comme en 36 il y a eu un énorme mouvement de grève et finalement comme tout mouvement, ce mouvement a pris fin et on a négocié les accords de Grenelle. (Différent des accords Matignon). Il n'y a pas de textes signés. Il n'empêche que les accords ont été suivis d'effets. Des mesures importantes ont été prises au lendemain, certaines sous forme de décret pour raison de rapidité (Le SMIG a augmenté de 30%). Mais il fallait aussi modifier le SMIG. Donc la décision a été prise : Naissance du SMIC. On veut associer les salariés à la croissance. Loi du 2 janvier 1970.

Entre-temps les patrons avaient acceptés qu'une loi fût votée. Loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise. Des réformes proviennent de la loi mais aussi de très gros accords collectifs.

Accords sur la sécurité de l'emploi de 1969, accord sur la formation professionnelle qui sera entériné par quatre ou cinq loi, accord sur la mensualisation : Tout les salariés deviennent des salariés mensualisés. Puis en 1969, 70, 71, il y a encore la croissance, mais ensuite il y a la crise.

### C/ La crise

A partir de 1973, des années 74, des deux chocs pétroliers. On entre dans une période de croissance ralentie. Dès lors que nous sommes en crise, l'accent est mis sur la protection des salariés contre la paix de leur emploi. L'accès est mis sur la protection contre les licenciements.

→ Loi du 13 juillet 1973 : Loi sur les licenciements individuels. Cette loi qui marque la date de naissance d'un droit du licenciement en France, cette loi comporte deux grands volets, deux grandes réformes : D'abord on organise une procédure de licenciement qui est une garantie procédurale, entretien obligatoire, notification par lettre recommandée, possibilité de se faire assister. Loi qui comporte surtout un

deuxième volet : Le licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse de licenciement. En l'absence de cause sérieuse, c'est 6 mois de salaire au minimum.

→ Loi du 3 janvier 1975 adopté par un gouvernement dont le Premier Ministre était Chirac sur l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique.

La raison technique qui expliquait la loi est que nous sommes dans une période dans laquelle les licenciements économiques se multiplient : Il fallait prévoir une allocation chômage différente : 90% du salaire pendant un an. Il faut une autorisation administrative du licenciement.

## **D/ Le changement**

C'est l'après 10 mai 1981. Est rédigé le rapport Auroux qui prévoit des réformes et ce rapport n'était pas si révolutionnaire.

Il était à l'origine de ces réformes qui interviennent en 1982 : Les réformes prises rapidement par voie d'ordonnances (article 38C). Elles visent à permettre un meilleur partage du travail.

La deuxième vague par voie législative, les Lois Auroux qui interviennent au cours du 2<sup>nd</sup> semestre 1982.

### **1) Les ordonnances**

2 ordonnances du 5 février 1982 sur les contrats précaires : Une sur l'intérim et une sur les CDD. Ordonnance assez sévère.

Ordonnance du 16 janvier 1982 : Semaine de 39 heures et 5<sup>ème</sup> semaine de congés payés. Semaine hebdomadaire du travail de 39 heures. Il faut citer l'ordonnance du 23 mars 1982 : Abaissement de la retraite à 60 ans.

### **2) Les lois**

Les lois Auroux, 4 lois.

→ Loi relative aux libertés des travailleurs des entreprises, lois relatives au règlements intérieurs, sur le droit disciplinaire, loi qui prévoit le droit à l'expression directe des salariés (Groupes d'expression).

→ Loi du 28 octobre 1982 : Loi relative au développement des IRP.

→ Loi du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement pacifique des conflits collectifs du travail.

→ Loi du 23 décembre 1982 relative aux CHSCT (Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail).

## **E/ La cohabitation de 1986 à 1988**

La flexibilité avec la première cohabitation 1986-1988, flexibilité du droit en lui-même et flexibilité du contenu du droit du travail.

Flexibilité avec d'abord une ordonnance du 11 août 1986 : Assouplie le régime des contrats précaires qui deviennent des contrats atypiques.

Grande flexibilité avec l'abrogation de l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique. Autorisation par un gouvernement de droite à une époque où l'allocation supplémentaire d'attente n'existait plus. Le régime d'allocation du chômage pour les salariés licenciés pour raison économique est devenu identique.

Depuis cette loi du 19 juin 1987, loi sur l'aménagement du temps de travail et en particulier sur l'annualisation du temps de travail ce qui permet de travailler 43 heures pendant la moitié de l'année et 35 heures pendant le reste de l'année.

## **F/ La nouvelle alternance**

Le président Mitterrand est réélu (1988). Suivent un certain nombre de textes, adoptés jusqu'à la 2<sup>e</sup> mondiale :

Loi du 2 août 1989: sur le licenciement économique ; ne rétablit pas l'autorisation administrative de licenciement.

Loi du 12 juillet 1990 : redeviennent précaires (CDD)

Loi du 18 janvier 1991 : sur le conseiller du salarié, d'une entreprise (pour aider le salarié, s'il n'y a pas de représentant dans l'entreprise)

Loi du 31 décembre 1992 : sur les procédures de recrutement; généralise le principe de proportionnalité.

Loi portant DDOS (diverses dispositions d'ordre social) : amendement passe, et c'était quasiment rétablir l'autorisation administrative de licenciement (dont la portée a été diminuée lors de la navette législative), et c'est ce texte qui dit que en l'absence de plan social suffisant dans un grand licenciement pour motif économique, la procédure est nulle et de nul effet (Arrêts La Samaritaine).

## **G/ La Deuxième cohabitation**

Loi du 20 décembre 1993 : Nombreuses dispositions, notamment en matière d'aménagement du temps de travail (flexibilité).

Loi du 11 février 1994, dite Madelin qui s'efforce de lutter contre une pratique jurisprudentielle, contre les faux travailleurs indépendants. Pose une présomption de non salarié

La loi de juin 1996, loi de Robien : Sur la réduction du temps de travail négocié.

Loi expérimentale qui consacre un accord interprofessionnel du 31 octobre 1995,

## **H/ 1997 – 3<sup>ème</sup> cohabitation**



Le grand chantier est la loi sur les 35 heures.

Loi du 13 juin 1998, première des lois Aubry.

Loi du 19 janvier 2000 : Loi Aubry II, les 35 heures dans toutes les entreprises.

La loi de 2001 : sur l'épargne salariale, dite Loi Fabius

La loi dite de modernisation sociale : LMS, du 17 janvier 2001

: Contient beaucoup de dispositions sur le licenciement pour motif économique.

La loi sur le harcèlement moral dans les entreprises.

## I/ La droite revient.

### – 2002

**17 janvier**: loi de « modernisation sociale » définissant de façon plus restrictive le licenciement économique, instituant le recours à un médiateur et renforçant le contenu du plan social.

**20 août**: loi portant création d'un dispositif de soutien à l'emploi des jeunes en entreprise.

### – 2003

**4 janvier**: loi portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique.

**17 janvier**: loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

**21 août**: loi portant réforme des retraites.

**16 décembre**: loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité.

### – 2004

**4 mai**: loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

**30 juin**: loi relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées.

**30 juin**: loi modifiant la loi du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique et relative au recouvrement par les institutions gestionnaires du régime d'assurance chômage des prestations de solidarité versées entre le 1er janvier et le 1er juin 2004 aux travailleurs privés d'emploi dont les droits à l'allocation de retour à l'emploi ont été établis.

**9<sup>e</sup> décembre**: loi de simplification du droit autorisant le gouvernement à procéder par ordonnance à la recodification du droit du travail..

## – 2005

**18 janvier**: loi de programmation pour la cohésion sociale.

**14 février**: loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

**15 février**: début des travaux de remise à plat du code du travail, réécriture à droit constant.

**31 mars**: loi portant réforme du temps de travail dans l'entreprise.

**26 juillet**: loi habilitant le gouvernement à prendre par ordonnances des mesures d'urgence pour l'emploi.

**26 juillet**: loi relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

## – 2006

**28 mars**: loi relative au retour à l'emploi et sur les droits et devoirs des bénéficiaires des minima sociaux.

**28 mars**: loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

**31 mars**: loi pour l'égalité des chances.

**21 avril**: loi sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise.

**22 août**: décret relatif à la création de la direction générale du travail au ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement.

**30 décembre**: loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique.

## – 2007

**31 janvier**: loi de modernisation du dialogue social.

**2 mars**: création du conseil national de l'inspection du travail.

**12 mars**: ordonnance relative au code du travail (partie législative).

- 31 mai**: décret fixant les attributions du ministre du travail : la délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle passe sous l'autorité du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi.
- 21 août**: loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat fixant notamment l'expérimentation du revenu de solidarité active.
- 26 décembre**: suppression de la direction de la population et des migrations.

## – 2008

- 21 janvier**: ratification de l'ordonnance du 12 mars 2007 relative au code du travail.
- 18 février**: *loi relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi.*
- 7 mars**: décret relatif au code du travail (partie réglementaire).
- 16 avril**: loi relative à la journée de solidarité.
- 27 mai**: loi portant diverses dispositions d'adaptation communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
- 25 juin**: loi de modernisation du marché du travail.
- 1er août**: loi relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi.
- 20 août**: loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.
- 29 septembre**: décret relatif à l'organisation du service public de l'emploi
- 25 novembre**: décret relatif au conseil d'orientation sur les conditions de travail (COCT).
- 1er décembre**: loi généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion.
- 3 décembre**: loi en faveur des revenus du travail.
- 30 décembre**: fusion des services d'inspection du travail.

## – 2009

- 25 mars**: loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion.
- 30 mars**: décret portant diverses mesures en faveur des revenus du travail.

**12 mai:** loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

**21 juillet:** loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires .

**10 août:** loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires.

**10 novembre:** décret relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE).

**24 novembre:** loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

## – 2010

Retour de la DGEFP dans le giron du Ministère du Travail

**22 mars:** décret modifiant le décret du 18 mars 1997 portant création de la délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle.

**16 mai:** loi visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement.

**26 juin:** loi organique relative au Conseil économique, social et environnemental.

**5 juillet:** loi relative à la rénovation du dialogue social.

**15 octobre:** loi complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale.

**9 novembre:** loi portant réforme des retraites.

## – 2011

**27 janvier:** loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle.

**20 juillet:** loi relative à la médecine du travail.

**26 juillet:** loi pour le développement de l'alternance et des parcours professionnels.

**26 juillet:** loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales du handicap et portant

diverses dispositions relatives à la politique du handicap.

**20 octobre**: ordonnance portant transposition de la directive 2009/38/CE concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

## – 2012

**18 janvier**: accord national interprofessionnel relatif au chômage partiel.

**6 août**: loi relative au harcèlement sexuel.

**26 octobre**: loi portant création des emplois d'avenir.

## – 2013

**14 janvier**: accord national interprofessionnel relatif à un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

**1er mars**: loi portant création du contrat de génération.

**14 juin**: loi relative à la sécurisation de l'emploi.

# Chapitre 3 – Les sources du droit du travail

On distingue trois sources du droit du travail :

- les sources internationales
- les sources nationales
- les sources professionnelles

## *Section 1 – La détermination des sources du droit du travail*

### *Paragraphe 1 – La détermination des sources du droit du travail*

#### **A/ Les sources supranationales**

Les sources internationales du droit du travail français sont les conventions internationales issues de l'Organisation Internationale du Travail, les conventions du Conseil de l'Europe, et le Droit Communautaire.

## 1) Le droit international du travail.

**Il existe de très nombreux traités bilatéraux entre la France et d'autres états, peuvent intéresser le droit du travail, qui intéressent le droit social ;** leur objet est en général relativement limité dans le droit social il s'agit de déterminer les conditions d'immigration des ressortissant du pays signataire, et leur accès au travail et à la sécurité sociale calquée sur celle des français.

**L'OIT (l'Organisation Internationale du Travail) a été créée en 1919 dans le cadre de la Société des Nations par le traité de Versailles, et a été rattaché à l'ONU en 1946.** La structure tripartite de l'OIT : au sein de la conférence générale, qui est en quelque sorte le parlement, qui réunit des représentants syndicaux, et patronaux, se réunit au mois de juin tous les ans, prend des décisions au 2/3. Cette structure tripartite se retrouve dans le BIT ; constitue le secrétariat permanent de la direction.

Les états membres ont adopté une résolution de principes sur le droit fondamental du travail, qui constitue le socle du droit universel du travail. Énonce quatre libertés et droits fondamentaux : La liberté d'association (la liberté syndicale), l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants, relation de la discrimination en matière d'emploi. Mais les normes de l'OIT sont souvent des standards sociaux minimaux, pour parvenir à un consensus, une sorte d'accord par le bas, et à permettre le maximum de ratification de la part des états membres.

**La ratification des conventions par la France n'implique pas en général une modification du droit interne,** car celui-ci est déjà plus protecteur que la norme minimale internationale. Peu d'occasions d'invoquer le droit de l'OIT devant les juridictions internes. On ne sait pas si ces normes sont d'application directe : il y a plus de 180 conventions qui ont été adoptées (la France en a ratifié 140 à peu près)

Avec la loi du 9 mai 2001, une difficulté s'est posée, à propos des conventions OIT, qui illustrent un conflit entre les normes internationales du travail et les normes européennes du travail. Entre une convention numéro 89 qui prohibe le travail de nuit des femmes, sauf certaines dérogation limitées ; et une directive européenne du 9 février 1976, sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. En 1987, le gouvernement, par la loi Seguin du 18 @ 1987, lorsqu'il a ajouté un @a 3 relatif au travail de nuit des femmes sauf.. Le gouvernement a repris mot pour mot la convention de l'OIT. **Arrêt « Stockel » du 25 juillet 1991, qui a jugé que la directive européenne sur l'égalité de travail entre les hommes et les femmes était suffisamment précise pour que la France s'engage dans la Convention 89.** La France a alors dénoncé la Convention 89 de l'OIT (s'est retirée de cette convention).

## 2) Les sources européennes du travail

Il y a deux Europe : celle du Conseil de l'Europe (1950), et puis celle de la CE (Bruxelles, Luxembourg, Strasbourg).

## – Le Conseil de l'Europe (CEDH)

Depuis l'effondrement de l'URSS, le nombre de membres du Conseil de l'Europe s'est considérablement accru. Il y a une charte sociale européenne qui est adoptée, ayant un objet social, mais qui ne crée des obligations qu'à l'égard des états, la Convention Européenne des Droits de l'Homme, signée à Rome en 1950, et ratifiée par la France en 1974. L'article 4 sur la prohibition du travail forcé, et Article 11 sur la liberté syndicale, sont les seuls Article sur des droits sociaux.

Pourtant ce texte joue un rôle important ; il permet à tout individu (particulier), qui a épuisé tous les recours internes, de saisir la CEDH (Strasbourg). En pratique, l'influence des arrêts de la CEDH. Deux arrêts de 1981 et 1982 (même affaire), qui ont condamné l'Angleterre à payer à des cheminots britanniques, pour avoir licencié des cheminots qui n'étaient plus syndiqués. L'article 11 de la CEDH. De même ont été invoqué à plusieurs reprises l'article 14 sur le principe de non discrétion. Et l'article 10 sur le droit à la liberté d'expression. De même est fréquemment invoqué l'article 6 par 1 sur le droit à un procès impartial, équitable.

Dans le même temps, il est de plus en plus fréquent d'invoquer la CEDH dans le contentieux social interne, devant les juges français.

L'article 8 § 1 relatif à la protection de, la vie privée, familiale : Arrêt de la chambre sociale du 12 janvier 1999, a invoqué l'article 8 § 1, pour contrer la clause de mobilité.

## – L'Union Européenne.

Née de 3 traités fondamentaux 1951, 1957. Un protocole sur la politique sociale européenne n'avait été signé que par 11 des douze états membres, la GB n'ayant pas voulu adhérer à l'époque. Les traités fondateurs sont à l'origine de diverses institutions, le Conseil Européen, le Conseil des Ministres, la Commission, le Parlement, et puis la CJCE. Même si le traité de Rome, dès l'origine, fait donner comme objectif social l'amélioration des conditions de vie, mais l'Europe Sociale, existe-t-elle ?

L'objectif premier a d'abord été économique (marché commun, intérieur, union économique et monétaire). On peut peut-être avoir une conception optimiste de l'épanouissement d'une Europe sociale. Le droit social communautaire constitue la meilleure garantie. Existence certains textes européens, dont la Charte sociale, adoptée en 1989 ; et la charte des Droits fondamentaux, adoptée à Nice (2000), qui ont des dispositions directement relatives au droit de travail.

Article 28 de la charte de Nice.

Droit communautaire résulte également du droit communautaire dérivé : le règlement, les directives. La Communauté Européenne a concrétisé le principe de la libre circulation des travailleurs. Mais implique également une égalité de traitement, sur le plan individuel et collectif. Les directives sont nombreuses : relatives à l'hygiène et sécurité, licenciement économique, maintien de contrat de travail

égalité professionnelle. Jurisprudence qui s'impose aux juridictions françaises, notamment la Cour de Cassation. L122-12 al 2, en cas de transfert d'entreprise, il y a maintien du contrat de travail.

Le protocole européen sur la politique sociale ouvre la voie: Désormais, lorsque la Commission veut intervenir en matière sociale, elle doit saisir les partenaires sociaux, qui peuvent se saisir eux-mêmes ; UNIX (employeurs privés) CEEP (entreprises privées)

### **Il y a 3 accords signés 1995, accords collectif européen sur le congés parental d'éducation.**

*Critique* : une certaine modernisation du Code du Travail serait nécessaire. *Autre critique* : fréquente modification des textes, aboutit à un phénomène de stratification. *Autre critique* : sur certaines pratiques législatives, dont les lois expérimentales- DDOS, DMOS (Divers Dispositions-Mesures d'Ordre Sociale), DDOSSS (Sanitaire, statutaire, et sociale).

Les rapports entre la loi et les conventions collectives ; rapports dialectiques, la loi venant souvent généraliser un avantage conféré à une majorité de salarié par des conventions collectives. Il y a de nombreux cas où une disposition législative, pour être mise en œuvre, d'un accord collectif (problème du temps de travail).

Autre observation sur le rôle du législateur et les partenaires sociaux : le principe de subsidiarité. Le législateur ne va intervenir que si les partenaires sociaux ne concluent pas leur accord, ou n'agissent pas. Idée de subsidiarité.

## **B.LA JURISPRUDENCE.**

On a à cet égard souligné un éclatement social entre les juridictions administratives, et les juridictions pénales, et les juridictions civiles (conseil des Prud'hommes, tribunal de Grande Instance). Ici, c'est de la jurisprudence de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation ; on reprochait il y a une quinzaine d'années à la jurisprudence un certain conservatisme : « la jurisprudence apparaît moins sociale que la loi ». Aujourd'hui le discours est presque inverse. À partir de la fin des années 80, la Chambre Sociale a opéré de grands revirements, nettement favorables aux salariés.

De nombreux reproches sont aujourd'hui adressés à la jurisprudence, qui sont parfois un peu excessifs. Certains juristes lui reprochent de prendre d'excessives libertés avec la loi, qui serait purement et simplement violée. Mais la critique devient parfois excessive.

Autre critique : qui vient de la part des chefs d'entreprise, qui reprochent à la jurisprudence certaines incertitudes, des revirements trop fréquents.

Les DRH sont sensibles aux incertitudes jurisprudentielles selon certains sondages.

C'est vrai qu'il y a à cet égard un certain risque pour les responsables d'entreprise.

Par ailleurs on reproche un certain activisme du juge : Il est vrai que la suppression de l'autorisation administrative du



licenciement à laisser au juge l'appréciation du licenciement. Les relations entre le juge et l'entreprise sont-elles devenues conflictuelles ?

A entendre certains propos, on pourrait le croire, bien entendu c'est normal que le juge soit critiqué mais devant le ton passionnel des avis exprimés, il convient de faire le point et d'analyser le phénomène.

## PARAGRAPHE 2 : LES SOURCES SPECIFIQUES DU DROIT DU TRAVAIL : L'AUTONOMIE. 1 LE DROIT NEGOCIÉ : LE STATUT COLLECTIF NÉGOCIÉ.

C'est en 1919 que pour la première fois la loi a reconnu une certaine valeur aux conventions collectives.

La loi du 24 juin 1936 marque une période importante pour les conventions collectives, son âge d'or ; seules les collectivités syndicales peuvent négocier. Mais, malheureusement, ceci n'a duré que 3 ans.

Au lendemain de la guerre, il y a une loi « repoussoir », du 23 décembre 1946, qui prévoit la possibilité de négocier les conventions collectives ; organise un contrôle administratif, une mainmise de l'Etat sur toutes les conventions collectives.

En 1950, loi du 11 février 1950 : qui permet le développement des conventions collectives, et pose 2 principes essentiels. Seule une organisation syndicale représentative peut négocier. Mais une organisation représentative seule, fut-elle minoritaire, peut valablement signer une convention, qui s'appliquera aux salariés. Cette loi est suivie de 2 lois : 13 juillet 1971, qui pose le principe du droit des travailleurs à la négociation collective. Mais ce droit n'a été concrétisé que par la loi du 13 novembre 1982 : la loi crée une obligation de négocier, dans l'entreprise ; la loi introduit l'accord dérogatoire.

**L'accord collectif de travail, la convention :** la loi fait l'article L132-2 du Code du Travail, qui dit que « la convention, ou l'accord collectif de travail, est un acte écrit à peine de nullité conclu entre d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés, reconnues représentatives au plan national [...], d'autre part une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement ». Ce texte permet de suite une observation : les conventions ou accords collectifs peuvent être négociés à plusieurs niveaux. On distingue ainsi plusieurs sortes d'accord en fonction du niveau de négociation : les accords interprofessionnels de France, les conventions ou accords de branche (signés dans une branche professionnelle), et ces conventions de branche peuvent être négociées eux-mêmes à différents niveaux géographiques (régional, départemental). Selon les branches professionnelles, le niveau de négociation varie (chimie-plutôt national ; métallurgie-plutôt régional).

Les accords d'entreprise, les accords d'établissement, qui ont connu un grand développement depuis 1982.

Article L132-1 du Code du Travail : la Convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des matières traitées à l'article L131-1 du Code du Travail, alors que l'accord collectif traite un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble.

### **Deux autres observations liminaires :**

#### **– Nature juridique de la convention ou accord collectif :**

Depuis longtemps, on a mis en évidence le dualisme de la convention, à la fois contrat, convention, accord, et règlement. Auteur italien : « Corps de contrat, âme de loi ». La convention collective demeure essentiellement contractuelle dans son processus d'élaboration. Il n'y a pas de convention collective sans à la base, un accord. En revanche, l'aspect réglementaire, de loi, tend à devenir prédominant lorsqu'il s'agit de déterminer les effets de la convention collective.

La convention collective va bénéficier à tous les salariés, qu'ils soient syndiqués ou non. La nature de la convention collective emporte certaines conséquences pratiques ; son caractère réglementaire fait qu'elle est traitée comme une loi par la Cour de Cassation, à un double égard : d'abord, concernant son interprétation. En matière de convention collectives, qui sont pourtant un contrat, la Cour de Cassation contrôle l'interprétation des juges du fond (deux arrêts de 1976 et 1988) ; la Cour de Cassation admet aussi qu'un pourvoi soit formé sur une disposition de la convention collective. Reste que son caractère de contrat ne disparaît pas ; ainsi, une convention collective peut être dénoncée unilatéralement même si elle a été étendue par un arrêté ministériel.

#### **– L'évolution et la diversification des formes des types de négociations.**

À une époque la négociation était à sens unique, visant à améliorer la situation des salariés. Article L132-4 du Code du Travail : la convention et l'accord collectif peuvent comporter des dispositions plus favorables que la loi publique générale. Ce type de négociation n'a pas disparu ; aujourd'hui les revendications ne sont plus unilatérales. On est souvent passé à une négociation de concession, de transaction, à une négociation donnant-donnant. Cette évolution de la pratique de la négociation pourra à court terme conduire à une remise en cause des négociations collectives. La loi de 1982 a concrétisé le droit à la négociation collective des salariés : est devenu un droit de la négociation collective, qui régit le processus devant conduire à la conclusion d'un accord.

### **1. LES CONDITIONS DE LA NEGOCIATION.**

#### **Les acteurs de la négociations**

Du côté patronal, la question du négociateur ne pose pas de problème important. Mais pour l'essentiel, c'est l'acteur de la négociation du côté salarié ou syndical qui pose problème

Deux principes, datant de 1950 et qui gouvernent ce droit : 1) seul un syndicat qui est représentatif peut valablement négocier et conclure un accord collectif. Les syndicats ont un quasi-monopole. 2) Un seul syndicat, fut-il minoritaire, des lors qu'il est représentatif, peut valablement négocier. Ces deux principes sont aujourd'hui vacillants.

## **Seul un syndicat représentatif peut conclure un accord collectif.**

### **La représentativité, prouvée ou présumée ?**

On sait que la notion de représentativité vient du droit international (traité de Versailles, 1919). Initialement, cette représentativité devait être prouvée en fonction du niveau. C'est encore vrai parfois, mais désormais la représentativité est souvent présumée irréfragablement.

Au niveau national, 5 grandes confédérations. La CFDT, CFTC, CGC, CGT, CGT-Force-Ouvrière. Tous les syndicats affiliés à l'une de ces 5 centrales représentatives au plan national sont présumés irréfragablement représentatifs. C'est une représentativité d'emprunt, qui peut se révéler fictive (la réside la fiction qui n'est pas acceptée aujourd'hui, qui est remise en cause).

La représentativité des syndicats qui ne sont pas représentatifs au niveau national, doivent souvent démontrer leur représentativité ; s'ils veulent négocier au niveau régional, doivent démontrer leur représentativité au niveau régional, et ainsi de suite.

**La loi fixe 5 critères : L133-2, fixés en 1950. 4 vrais critères** : les effectifs (nombre de syndiqués) et les cotisations (argent, qui montre l'indépendance face aux employeurs). Deux critères sont qualitatifs : indépendance vis-à-vis de l'employeur, et l'expérience et l'ancienneté. Si un syndicat a beaucoup d'expérience et d'ancienneté, on peut se contenter d'un plus faible nombre de syndiqués.

Mais si un critère est plus rempli, on peut être moins regardant sur les autres. On regarde aussi les résultats aux élections professionnelles.

### **L'acteur doit être un syndicat.**

Cette question ne pose pas tellement de problèmes. Les interlocuteurs existent, et sont souvent bien implantés. La difficulté concerne les entreprises : seul un délégué syndical peut valablement négocier. Il ne peut être désigné que dans les entreprises de 50 salariés au moins. Mais dans les petites entreprises un délégué de personnel peut être investi par un syndicat. Bien souvent dans les PME, même de plus de 50 personnes, il n'existera aucune implantation syndicale. Et il n'existera aucun délégué syndical susceptible de négocier.

L'employeur peut négocier avec les institutions représentatives du personnel (comité d'entreprise, etc.), simplement cet accord ne sera au mieux qu'un accord dit atypique, qui ne vaudra pas accord collectif. Depuis 5-6 ans, de tous cotés, des propositions visent à permettre la négociation avec d'autres acteurs que les délégués syndicaux (c'est possible dans des cas rares, exception).

Accord interprofessionnel, entériné par une loi du 12 novembre 1996, loi expérimentale pour 5 ans, qui avait prévu qu'on puisse négocier avec d'autres : salariés mandatés par syndicats, institutions représentatives du personnel.

2 lois dites Aubry de 1998 et 2000 ont repris 2 techniques : - le mandatement est repris ; un salarié est mandaté par un syndicat pour négocier un accord. -en l'absence de délégués syndicaux, la négociation a titre subsidiaire avec le comité d'entreprise dans certains domaines précisés par la loi ou les conventions de branche.

(De la négociation subsidiaire élue, peut-on en venir à une négociation concurrente ; est-il concevable d'habiliter le comité d'entreprise à négocier et conclure au même titre d'une organisation syndicale ? le débat existe)

### **Un seul syndicat, fut-il minoritaire, peut négocier (des lors qu'il est représentatif**

Sauf très rares exceptions, la règle est solidement établie en France. La convention ou l'accord collectif est valablement conclu des lors qu'au moins un syndicat représentatif y appose sa signature. Peu important que dans les faits il soit en réalité largement minoritaire.

La négociation d'entreprise connaît un essor remarquable, surtout que la classique négociation d'acquisition cède sa place à une négociation de substitution. Idée agitée en doctrine, mais aussi par les partenaires sociaux, d'une transposition dans notre droit de la négociation collective de la règle du jeu démocratique, de la loi de la majorité. Soit par la voie référendaire, soit celle consistant à exiger la signature d'une majorité de syndicats, ou la signature de syndicats majoritaires.

Les deux voies peuvent être combinées, cf. loi 19 janvier 2000 : la technique référendaire était pratiquement ignorée par le droit positif. En revanche, en marge de la loi, la technique a souvent été utilisée dans les entreprises, soit à initiative de l'employeur, soit à l'initiative d'une organisation syndicale, ou d'un comité d'entreprise. Plusieurs techniques de referendum ; le referendum confortatif, d'approbation d'une mesure prise par les salariés. Le referendum décisionnel, approbation ou non par la majorité des salariés.

Ce serait la mort de la négociation collective, car a « prendre ou a laisser ».

La loi du 19 janvier 2000 (2<sup>e</sup> loi Aubry) : admet pour une hypothèse précise, pour la conclusion d'accords aidés, donnant droit à des allègements sociaux lors du passage aux

35 heures. Lorsque l'accord d'entreprise de passage aux 35 heures est signé par une ou plusieurs organisation syndicales n'ayant pas obtenu la majorité des suffrages aux dernières élections professionnelles, l'accord ne peut donner lieu a des allégements, que si a la demande d'une des organisations signataires, elle est approuvée par la majorité des salariés (par referendum).

Dans le principe de l'efficacité d'un accord minoritaire, introduite a partir de 1982 : les 39 heures. Brèche qui a été élargie, en cas d'accords dits dérogatoires, qui peut être différent de ce que prévoit la loi. En nombre, au niveau des accords de branche, peuvent dans un délai bref, exercer un droit de veto, dit d'opposition, qui met à néant les accords signés par les syndicats : c'est une forme de majorité de refus.

On passa a une majorité d'assentiment, pour que l'accord soit valable, il faut qu'une majorité de syndicats soient signataires, qui fut repris par la loi du 19 janvier 2000 : l'accord d'entreprise doit être signé par une ou des organisation syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages lors des dernières élections au comité d'entreprise, et a défaut, si l'accord est minoritaire, il faudra un referendum. Il est permis d'augurer que le concept majoritaire en droit positif est promis a une croissance rapide, ce qui constituerait un bouleversement du système professionnel en France.

## **Les obligations de négociier**

Concrétisant le droit a la négociation collective, qui est proclamé solennellement dans la Constitution de 1946, la loi du 13 novembre 1982, complétée a de nombreuses reprises, notamment par la loi du 8 mai 2001, crée des obligations de négociier, aussi bien au niveau de l'entreprise et au niveau des branches.

### **Au niveau de l'entreprise.**

Cette obligation de négociier a été au départ accueillie avec beaucoup de réserve. Aujourd'hui, cette obligation est parfaitement rentrée dans les mœurs, les pratiques des entreprises. Cela conduit à un essor extraordinaire de la pratique des accords d'entreprise.

Selon l'article L132-27 du Code du Travail, dans les entreprise ou sont constitués une ou plusieurs section syndicales, l'employeur est tenu d'engager chaque année une négociation sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail, et la mise en place du temps partiel. Depuis, divers greffes ont eu lieu : loi du 9 mai 2001 : l'employeur doit tenir des négociations sur les objectifs permettant d'atteindre l'égalité professionnelle entre hommes et femmes. L'employeur perd son pouvoir de négociation unilatérale.

### **Au niveau de la branche.**

Article L132-7 du Code du Travail. Les organisations se réunissent au moins une fois par an pour négocier sur les salaires minimas, et au moins une fois tous les 5 ans, pour examiner la nécessité de réviser les classifications (ainsi que sur les formations professionnelles), etc.

## 1. LES EFFETS DES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS.

Pour avoir effet, doivent faire l'objet d'un dépôt auprès de la DDT (Direction Départemental de Travail), et du Conseil de Prud'hommes compétent, et doit être portés a la connaissance des salariés. Même si ces formalités ne sont pas exigées pour la validité de l'accord, elles conditionnent l'entrée en vigueur et l'opposabilité aux salariés.

La convention ou l'accord peuvent avoir une durée déterminée, ou une durée indéterminée. Le maximum de la durée déterminée est de 5 ans. La convention qui continue à produire ses effets après 5 ans devient une convention a durée indéterminée

### **Les effets dans le temps.**

Les accords et conventions peuvent être révisés, dénoncés, mis en cause.

### **La révision**

Le principe est celui de la liberté contractuelle ; Article L132-7 al 1. La loi du 31 décembre 1992 prévoit un certain nombre de dispositions pour combattre une jurisprudence et suppléer le silence des partenaires sociaux. Un accord est valablement révisé par une des organisation signataires de cet accord, ou adhérant a cet accord. Une affaire, dite Basirico, a fait l'effet d'une bombe. L'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation a jugé qu'un accord non signé par l'ensemble des signataires originaires, et l'ensemble des adhérents, ne pouvait être opposé aux salariés. En réalité, l'accord signé par certains syndicats était parfaitement valable. Et les salariés pouvaient se prévaloir des deux. Deux accords existaient. Était conféré un droit de veto a chaque organisation signataire ou adhérente qui entendait faire échec a chaque accord.

Par une loi DDOS du 31 décembre 1992 : le législateur est venu combattre cette jurisprudence discutée, en complétant l'article L132-7 : désormais, l'avenant se substitue de plein droit aux stipulations de l'accord modifié. L'avenant est opposable a l'ensemble des employeurs et salariés liés. Néanmoins, lorsque l'avenant de révision supprime ou réduit un ou plusieurs avantages individuels ou collectifs prévu dans l'accord antérieur, un droit de veto est conféré aux organisations syndicales majoritaires. Soit en nombre de voix aux élections professionnelles, soit en nombre de syndicats s'il s'agit d'un accord de branche.

### **La dénonciation.**

Le principe est que tout contrat a durée indéterminée peut être résilié par une des parties. L'accord ou convention collectif a durée indéterminée peut être dénoncé (résilié) unilatéralement, soit par l'employeur ou les organisations d'employeurs, soit par l'ensemble des syndicats signataires. Le principe est que la dénonciation ne peut être que globale, portant sur tout l'accord, et non partiel. Pourquoi ? Cela permettrait de menacer l'économie d'une convention collective. La règle initiale était que la convention dénoncée cessait de produire effet avec cette conséquence qu'il pouvait en résulter un vide conventionnel, dans tout un secteur professionnel.

La loi a, en 1971, et en 1982, s'est efforcée d'éviter un brutal vide conventionnel. Désormais, un préavis de 3 mois au moins est prévu. Et surtout, à défaut de nouveaux accords, se substituant à l'ancien accord dénoncé, l'accord dénoncé reste applicable pendant 12 mois, sauf clause prévoyant un délai supérieur. Passé ce délai de survie, et en l'absence de nouvelles conventions négociées, les salariés conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis en application de la convention. La notion d'avantage individuel acquis : seuls les avantages individuels sont conservés. A contrario, les avantages collectifs ne sont pas concernés. Ensuite, seuls sont concernés les avantages individuels acquis. Lors des débats de 1982, il s'agit de tous ceux dont ont déjà bénéficié avant la dénonciation, tels les congés d'ancienneté, et les primes d'ancienneté. La jurisprudence a précisé que cela correspond à un droit déjà ouvert, et non à un droit simplement éventuel.

### **iii. La mise en cause.**

Alors que depuis longtemps, en cas de transfert ou de cession d'entreprise, l'article 1165 du Code civil et le principe de l'effet relatif des conventions ont été écartés, les contrats de travail étant transmis impérativement au nouvel employeur, le cessionnaire de l'entreprise (acheteur de l'entreprise). Le dispositif conventionnel applicable dans l'entreprise cédée était pas transféré au nouvel employeur et ne lui était pas opposable.

Soucieux éviter un trop brusque changement de statut collectif, ainsi mis en cause en cas de transfert d'entreprise, le législateur a prévu en 78 et 81 une certaine survie provisoire de ce statut. Le souci du législateur était légitime. La méthode a été parfaitement maladroite ; alinéa 7 L132-8 du Code du Travail, est entièrement calqué sur le régime juridique de dénonciation. Or, les deux situations sont sensiblement différentes. Il peut déboucher sur un trop-plein conventionnel, le salarié transféré pouvant se prévaloir de l'ancien et nouveau statut. L'alinéa 7 de l'article L132-8 : en cas de mise en cause, une nouvelle négociation doit s'engager dans l'entreprise d'accueil, et à défaut d'accord de substitution qui n'est pas l'accord existant déjà, mais celui qui résulte de l'accord devant s'engager. Le statut collectif négocié à défaut d'accords de substitution dont bénéficiaient

les salariés transférés survit pendant un an, à l'issue duquel les salariés conserveront les avantages individuels acquis. Et alors que pendant cette période le nouvel employeur ne saurait refuser d'appliquer aux salariés transférés l'accord qui existait dans l'ancienne entreprise, les salariés transférés sont fondés à revendiquer le bénéfice aussi bien du statut conventionnel mis en cause, que du statut conventionnel applicable dans la nouvelle entreprise.

Les effets dans le temps : un arrêt discutable 22 juin 1993, maladresse législative ; il y a un préavis pour dénoncer les . La Cour de Cassation a décidé que le délai de 3 mois était applicable. L132-8 alinéa 7, l'évènement qui va entraîner la mise en cause résulte notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission, ou d'un changement d'activité. La jurisprudence a rajouté qu'il peut y avoir mise en cause en cas de changement de siège social de l'entreprise. On verra qu'en cas de cession d'entreprise, les solutions, qui sont alors purement jurisprudentielles sont différentes par rapport au statut social non négocié

### **Les effets quant aux personnes.**

La question est de savoir qui peut se prévaloir d'une convention ou un accord collectif. Double observation : d'abord pour distinguer deux sortes de dispositions dans un accord collectif. D'abord la partie obligatoire ou contractuelle, puis la partie législative ou réglementaire

### **L'effet obligatoire de l'accord collectif.**

Double nature de l'accord collectif : Contrat/avec effets réglementaires. La convention peut créer des droits et des obligations au profit et à la charge des seuls signataires ou adhérents ultérieurs à cette convention. Selon l'article 135-3, les signataires sont tenus d'exécuter loyalement la convention qu'ils ont signée. Seules les organisations signataires peuvent prétendre participer à certains organismes créés par la convention ou par les accords collectifs.

Arrêt du 20 novembre 1991 : si la participation aux organismes paritaires ou aux institutions ou un accord collectif est réservé au seul syndicat signataire, en revanche, les dispositions à caractère normatif visant à améliorer les institutions représentatives du personnel sont applicables de plein droit à tous les salariés et syndicats sans distinction. Même solution dans arrêt CEGELEC du 29 mai 2001, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les signataires et les autres.

### **L'applicabilité d'une convention ou d'un accord collectif.**

Dans les autres pays, les avantages des conventions sont réservés aux seuls membres du syndicat unique. En France,



c'est par l'employeur qu'il convient juridiquement de transiter pour déterminer si une ou plusieurs conventions sont applicables dans une entreprise donnée. La convention, si elle est applicable, s'applique à tous les salariés de l'entreprise, qu'ils soient syndiqués ou non à tous les syndicats qui ont signé la Convention. La filiation syndicale est aussi indifférente, ainsi que sa qualification professionnelle. Arrêt du 4 mai 1999, que la convention collective du notariat s'applique à tout salarié travaillant dans un office notarial, y compris la femme de ménage. Seule est prise en considération l'activité d'entreprise, et en cas de pluralité d'activités, c'est la ppale que l'on retient.

S'il existe des établissements distincts, ayant des activités différentes, alors il y a un contentieux abondant ; distinction entre accessoire et principal, et activités nettement différentes. Dans la dernière, le problème ne se pose pas, on applique chaque convention respectivement aux activités auxquelles elles reviennent. Entre l'accessoire et le principal, on applique les conventions relatives à l'activité principale.

La jurisprudence montre qu'assez souvent, sont mentionnées une Convention erronée, soit dans le contrat de travail du salarié, soit dans le bulletin de paye. Dans ce cas, le salarié peut se prévaloir des deux conventions.

Il arrivera qu'un employeur qui ne relève d'aucune convention collective, que néanmoins l'employeur de donner une couverture conventionnelle à ses salariés, applique une convention à laquelle il n'est pas juridiquement tenu d'appliquer. Cette application peut être à l'origine d'un usage d'entreprise.

## LE DROIT UNILATERAL LE STATUT COLLECTIF NON NEGOCIÉ .

### LES ENGAGEMENTS UNILATERAUX.

La plupart sont des normes d'entreprise, c'est un même régime juridique qui leur est applicable.

Les « recommandations patronales » désignent les décisions prises par 1 ou plusieurs organisations patronales en cas d'échec des négociations collectives. Ou alors interviennent à la fin d'une grève, et adressent des recommandations à ses adhérents. La jurisprudence était hésitante du caractère obligatoire de ces recommandations. Le problème a été résolu à la suite de la grève des chauffeurs routiers de 1996, et d'un échec des négociations ; l'UFT et l'UNOSTRA (organisations patronales) avaient recommandé d'accorder à certains chauffeurs routiers une prime. Certains des adhérents ont refusé : Arrêt de la Chambre Sociale du 29 juin 1999, qui clarifie que ces recommandations sont obligatoires (droit prétorien).

Au sein de l'entreprise, à côté du statut collectif négocié, coexistent désormais un statut collectif non négocié,

homogène pour

## **Diversité des normes.**

Se compose des usages, accords atypiques, et engagements unilatéraux. Les usages sont eux-mêmes ambivalents. Il existe des usages professionnels, il existe aussi des usages géographiques, qui s'apparentent aux coutumes ; la loi y renvoie parfois (conventions collectives et usages).

Cette première catégorie d'usage est en voie de disparition.

Par contre, l'usage d'entreprise : il faut une pratique générale, constance, et fixe. Usages qui naissent souvent de décisions unilatérales du chef d'entreprise. Ces usages ont des sources diverses ; le plus souvent, crée des avantages individuels, les primes diverses. Ces usages peuvent aussi générer des avantages collectifs. Quant à l'existence même de l'usage, problème de la preuve de l'usage. Puis se pose également le problème de l'éventuelle contractualisation des usages.

Arrêt IBM du 2 mai 2001 : la remise au salarié lors de son embauche d'un fascicule ou sont décrits les engagements unilatéraux n'a pas pour effet de contractualiser les points décrits

## **Les accords atypiques.**

Au sein du comité d'entreprise. Sera souvent qualifié d'engagement unilatéral, est obligatoire et opposable au chef d'entreprise. Il a été jugé que les salariés peuvent se prévaloir de cette norme qui est obligatoire. Mais ce n'est pas un véritable accord collectif ; là où la loi exige un accord collectif, un accord atypique ne saurait suffire.

La Cour de Cassation dit que ces avantages continuent à valoir comme engagements unilatéraux

Même si les accords atypique et les engagements unilatéraux ont de légère différence, c'est bien un régime juridique uniforme qui leur est appliqué.

## **L'UNITÉ DU REGIME JURIDIQUE.**

Il faudra pour que la dénonciation soit efficace, respecter certaines règles, qui sont purement jurisprudentielles (créatrice de droit). Il faut un préavis suffisant pour permettre d'éventuelles négociations et être notifié outre aux représentants du personnel, à tous les salariés individuellement. La Cour de Cassation a dit que le délai de préavis n'est pas celui de 3 mois (L132-8); c'est un préavis suffisant. En revanche, si la dénonciation est régulière, depuis arrêt Deschamps (1988), elle est opposable à l'ensemble des salariés concernés, qui ne peuvent prétendre à la poursuite du contrat de travail. Les salariés ne peuvent que prendre acte de la disparition de telle ou telle prime. Il y a un cas où l'usage va disparaître sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait

négociation ; hypothèse où il y a négociation d'un accord d'entreprise qui fait disparaître une norme supérieure.

S'observe également en cas de cession d'entreprise. Unicité du régime en cas de transfert de l'entreprise ; la jurisprudence depuis un arrêt du 23 sept 1992, décide que cette norme est transmise automatiquement, quitte aux nouveaux employeurs de les dénoncer selon les formes.

Il faut distinguer cette hypothèse de la transmission des usages, à la mise en cause de la loi.

## LE REGLEMENT INTERIEUR.

Il faut des règles générales, impersonnelles, et abstraites. Il est possible de déterminer par avance des règles s'appliquant à la vie de l'entreprise.

Jusqu'à la loi du 4 août 1982 (1<sup>e</sup> loi Auroux), longtemps soustrait à tout auteur, il a perpétué « l'absolutisme patronal du 19<sup>e</sup> siècle. ». Mais il a été aussi une source d'abus, que la jurisprudence, tant que le Conseil d'Etat, et que la Cour de Cassation s'est efforcé de combattre. Arrêt Société Quovadis, qui interdisait aux salariés de se marier entre eux, et d'autres arrêts

Les critiques étaient anonymes ; du reste, en 1978 a été constitué une commission présidée par le professeur Jean Rivero. A chargé cette commission de préparer une commission de réforme. Mais c'est la première des lois dite Auroux qui a introduit la réforme.

### **élaboration du règlement intérieur.**

Est obligatoire dans les établissements où sont employés 20 salariés et plus. Règlement intérieur : selon l'article L122-24, « est un document écrit selon lequel l'employeur fixe [...] ». Est affirmé le pouvoir réglementaire du chef d'entreprise. Pouvoir unilatéral du chef d'entreprise ; il était pourtant discuté. Ne pourrait-on pas en faire un accord collectif ? En réalité, tant les organisations patronales et syndicales étaient hostiles à transformer le règlement en accord collectif. Par ailleurs, les syndicats ne voulaient pas négocier sur la discipline. Le règlement est demeuré un document unilatéral. Les institutions représentatives n'ont pas eu un pouvoir de codécision avec l'employeur, mais elles ne sont pas pour autant exclues de son élaboration ; le règlement ne peut être introduit après avoir été présenté pour avis aux représentants du personnel (mais ce n'est qu'un simple avis). Cet avis sera transmis à l'inspecteur du travail. Les formalités de publicité et dépôt n'ont pas été modifiées (affichage à place convenable, facilement accessible).

En revanche la loi de 1982 apporte une innovation : Procédure de soumission aux délégués du personnel, cette procédure est aussi applicable pour toutes les notes de service générales et impersonnelles.

## **Le contenu du règlement intérieur**

L'apport de la loi du 4 août 1982 est le plus important. Avant 1982, le règlement intérieur était fourre-tout, surtout à époque où la négociation d'entreprise n'existait pas. Mais aussi des dispositions plus favorables aux salariés. En toute occurrence la réglementation était insuffisante.

### **Un contenu exclusif.**

Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement. L'idée est que tout ce qui est négociable relève de la négociation collective. Le règlement intérieur se trouve ainsi comme purgé du négociable, pour ne laisser subsister que ce qui n'est pas négociable. L'employeur fixe exclusivement la réglementation en matière d'hygiène et la sécurité. Ensuite les règles permanentes relatives à la discipline, avec les sanctions que peut prendre l'employeur, et les droits de la défense. Si il existe des domaines qui ne relèvent ni de l'hygiène et de la sécurité, dans certains cas l'appréciation peut être plus délicate (tenue vestimentaire, etc.). S'il existe des zones d'ombre, il existe des questions qui sont du domaine de la discipline (ponctualité, pointage, taux d'alcoolémie).

### **Le contenu prohibé.**

Le législateur édicte certaines prohibitions ; deux sont très générales. La 3<sup>e</sup> est nouvelle, et est à l'origine d'un double principe, qui s'est depuis généralisé : le principe de proportionnalité.

Article 122-35 : il ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail selon le sexe, âge, handicap, origine...

Une précision par la loi de 1992, à l'article L120-2 du Code du Travail : selon l'alinéa 1 de cet Article 122-35, il ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives, des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

### **Le contrôle du règlement intérieur**

Le fait soit de l'inspecteur de travail, soit éventuellement des juges.

### **Le contrôle de l'inspecteur de travail.**

Article L122-37 : Il peut à tout moment exiger le retrait ou la modification des dispositions contraires aux Article L122-34, etc....

Le contrôle est administratif et est effectué par l'inspecteur dont la décision est susceptible d'un recours hiérarchique devant le directeur régional du travail. Contrôle de proportionnalité. L'inspecteur peut à tout moment contrôler. Il

peut intervenir à l'occasion de la rédaction initiale du règlement ; et à l'occasion d'une modification ; il pourra faire disparaître des clauses qu'il n'avait pas fait disparaître auparavant.

Le Conseil de Prud'hommes (qui ne peut pas annuler un règlement), peut seulement examiner la légalité du règlement. Dans ce cas, le secrétariat adresse une copie de la décision du Conseil de Prud'hommes à l'inspecteur du travail.

R152-4 : L'entreprise qui ne donnerait pas suite à une demande de l'inspecteur du travail commettrait une infraction pénale.

### **Les juridictions.**

Soit juridiction administrative : Conseil d'Etat, où il y a un abondant contentieux (nombreux arrêts).

Les juridictions judiciaires : d'abord le Conseil de Prud'hommes, qui peut être compétent à l'occasion d'un litige disciplinaire. Et même s'il ne peut pas annuler une clause, en revanche l'article L122-37, il peut envoyer une copie du jugement à l'inspecteur du travail, qui peut exiger le retrait de la disposition.

Tribunal de grande instance : peut-il être saisi ? La Chambre Sociale de la Cour de Cassation décide que oui, arrêt 16 décembre 1992, si la juridiction administrative n'a pas eu à se prononcer. Il appartient aux juges de se prononcer sur la validité de ces clauses ; mais pas sur celles sur lesquelles l'autorité administrative s'est prononcée.

#### **1. La nature juridique du contrôle intérieur**

Arrêt de 1992, qui faisait suite à une autre décision « Unigrain » du 25 sept 1991, et par cet arrêt la Chambre Sociale se prononce sur la nature juridique du règlement intérieur. Il faut reprendre les termes de cet arrêt : « le règlement intérieur dans l'établissement est obligatoire et par lequel l'employeur fixe exclusivement les [...] attendu que le règlement intérieur s'impose à tous les membres du personnel comme le chef d'entreprise et constitue un acte réglementaire de droit privé ».

#### **1. Le règlement intérieur constitue un acte réglementaire de droit privé.**

La Chambre Sociale de la Cour de Cassation prend ainsi position sur la nature juridique du règlement intérieur, sur le fondement de son caractère obligatoire, et tranche un vieux débat sur le fondement du caractère obligatoire. De fait, si le caractère obligatoire au moins pour les salariés n'a jamais été discuté ; en revanche le fondement de caractère obligatoire l'a été.

#### **Deux thèses ont été soutenues.**

La 1<sup>ère</sup> thèse était la thèse contractuelle, selon laquelle la force obligatoire du règlement intérieur dériverait d'une adhésion implicite du salarié au règlement intérieur. Dans cette thèse le règlement intérieur serait un

appendice du contrat de travail auquel il emprunterait sa force de travail. C'est être ce qui explique que l'on parle a tort des stipulations (notion du contrat) du règlement intérieur Cette thèse a été contrecarrée par plusieurs jurisprudences : le règlement intérieur est opposable a tous les salariés, même si celui-ci est entré en vigueur après la conclusion du contrat de travail. Une autre jurisprudence a énoncé que le règlement intérieur s'impose non seulement aux salariés de l'entreprise, mais également a toutes les personnes qui travaillent sur le site de l'entreprise.

**2<sup>e</sup> thèse avec deux variantes** : thèse réglementaire Une première variante correspond à la thèse institutionnelle, et dériverait de la vocation naturelle des groupements et institutions à se constituer de règles juridique internes. Une seconde variante résulte de ce qui est une délégation étatique de compétence normative. L'employeur personne privée est investi d'une parcelle de pouvoir réglementaire La loi prévoit que le chef d'entreprise est investi d'une sorte de pouvoir réglementaire délégué. Deux arrêt de 1991 et 1992 : actes réglementaires de droit privé.

## **1 Le règlement intérieur s'impose à tous les salariés comme a l'employeur.**

C'est l'idée que l'auteur de la règle est lié même par la règle qu'il a fait: arrêt Chambre Sociale 17 décembre 1997. Cette thèse conduit à considérer une vieille jurisprudence qui avait jugé que même si la mise a pied (exclusion temporaire d'un salarié) n'avait pas été mentionnée dans le règlement intérieur, il s'agissait d'un droit pour l'employeur. Aujourd'hui, si ce n'est pas mentionné dans le règlement intérieur, il ne pourra pas l'utiliser ; libre a lui de procéder a une modification du règlement

## **SECTION 2 : L'ARTICULATION DES NORMES DANS LE DROIT DU TRAVAIL.**

Image classique empruntée à Kelsen, avec sa pyramide: Article 54 et 55 de la Constitution. Cette image est un peu brouillée, du fait de certaines sources de normes dans le droit du travail, même si le principe de hiérarchique est celui de l'ordre public absolu ne sont pas mis à l'écart, domine en droit public l'ordre public social, et parallèlement est apparu l'ordre public dit dérogatoire

### **PARAGRAPHE 1 : LE PRINCIPE HIERARCHIQUE.**

Le principe hiérarchique trouve essentiellement a s'appliquer en 2 hypothèses en droit du travail : la première est liée a l'existence des lois à inderogabilité absolue, qui relèvent d'un droit public absolu. Et la seconde, qui concerne les normes professionnelles, les normes spécifiques du droit du travail. Combinent principe hiérarchique et principe chronologique.

## **1. L'ORDRE PUBLIC ABSOLU.**

Met en conflit une norme, et un contrat professionnel.  
« L'autonomie collective trouve une première limite sous la forme de loi d'ordre public, auquel il est interdit de déroger », même si la disposition contractuelle est plus favorable. On ne peut transgresser la norme ni dans un sens favorable, ou défavorable au salarié : c'est l'ordre public absolu. C'est l'article 6 du Code civil : avec arrêt du 10 juillet 2001, selon lequel on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Art. 132-4 du Code du Travail : ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements.

La difficulté sera de dessiner le cercle de noyau dur de l'ordre public absolu. On ne peut pas déroger aux règles de compétence de l'inspecteur du travail... de même sont prohibés par les ordonnances de décembre 1958 et janvier 1959 les clauses d'indexation des salaire sur le coût de la vie ; l'impérativité est ici absolue. Dans d'autres cas la solution est plus délicate : au demeurant le mouvement de la jurisprudence n'est pas linéaire et on a pu observer les flux et reflux de l'ordre public absolu. Par exemple, la jurisprudence refuse aux délégués du personnel dans une entreprise de se prêter entre eux des heures de délégation De même, toujours en matière de représentation des salariés , la loi du 20 décembre 1993 dite Giraud a offert a la jurisprudence l'occasion d'apporter des précisions : les délégués du personnel de l'entreprise seront élus tous les 2 ans. Par ailleurs, dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à 200 personnes, le chef d'entreprise a la faculté de décider qu'il y aura une délégation unique de personnel.

Arrêt du 8 novembre 1994 de la Chambre Sociale, qui lisant l'article L423-16, casse le jugement d'un tribunal qui décidait élections de salariés annuelles, même si elles étaient plus favorables, parce que c'est une loi d'ordre public absolu. Elle utilise ce terme pour la première fois ; avant, purement doctrinal.

Arrêt du 14 décembre 1995 : dans lequel la Cour de Cassation a propos de la délégation unique de personnels prévu par la loi de 1993, s'efforce de combiner ordre public social, et ordre public absolu.

## **1 LA COMBINAISON DU PRINCIPE HIERARCHIQUE ET D'UN PRINCIPE CHRONOLOGIQUE.**

Au sens du professeur, il n'existe pas de hiérarchie entre les conventions et accords collectifs de niveau différents Même si cette idée de principe hiérarchique continue être présente chez les négociateurs. Historiquement, perdue dans la mentalité des négociateurs du niveau professionnel ou interprofessionnel. Comme écrit un auteur, les relations de conventions entre elles sont dominées par un principe, les conventions contractées à différents niveau sont juridiquement égales. En revanche, ce qui est sur, c'est qu'il existe des rapports hiérarchiques entre le statut négocié et le

statut collectif non négocié Or, en cas de conflit entre un accord collectif et un usage, ou un règlement intérieur, il faut associer hiérarchie et chronologie pour résoudre le concours de normes, le conflit de sources. S'il n'est pas douteux qu'un usage postérieur a un accord collectif antérieur peut être défavorable que l'accord antérieur (et inversement) ; en revanche, la question se pose de savoir si un accord d'entreprise moins favorable qu'un usage ou un engagement unilatéral ultérieur, l'emporte sur l'usage. La solution a été donnée par 2 arrêts du 25 janvier 1995, et du 9 juillet 1996 : un véritable accord collectif entraîne en principe la disparition de l'usage d'entreprise antérieur ayant le même objet, sans qu'il soit besoin de respecter les règles de la dénonciation

## **PARAGRAPHE 2 : LE PRINCIPE DE FAVEUR ET L'ORDRE PUBLIC SOCIAL.**

L'ordre public en droit du travail est très généralement un ordre public dit social, c'est à dire un ordre public minimum, planché. Qui fixe une norme plancher, et c'est « l'image de la maison conventionnelle, parfois a plusieurs étages, que les partenaires sociaux peuvent construire au dessus du plancher légal en accordant des avantages supérieurs au salariés ». Si toute norme inférieure doit respecter le minimum fixé par la norme supérieure, en revanche, elle peut y déroger en apportant des améliorations. C'est le principe de la dérogabilité « in melius » (en mieux). C'est le principe fondamental selon lequel doit être appliqué aux salariés la règle la plus favorable. C'est le principe de faveur. Lorsqu'il y a concours entre deux normes, c'est la norme la plus favorable qui doit s'appliquer (régime de faveur).

On peut également contester que l'ordre public social constitue un véritable ordre public.

Sinon coexistent avec l'ordre public social en droit du travail, un droit du travail dérogatoire (ou supplétif), la dérogation traditionnellement in melius, peut parfois, si la loi l'autorise, être parfois une dérogation in peius (en moins bien). Pourraient en résulter un certain nombre de conséquence.

## **L'EXPOSÉ DE LA REGLE DE FAVEUR.**

### **1. L’AFFIRMATION D’UN PRINCIPE GENERALISÉ.**

Doit l'emporter la norme qui apparaît comme la plus favorable au salarié. Article L132-4, selon lequel la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. On peut citer aussi l'article L135-2 du Code du Travail, qui dispose que lorsque l'employeur est lié par les clauses d'une convention ou accord collectif, celles-ci s'appliquent au contrat du travail sauf dispositions plus favorable dans le contrat de travail.



Non cumul des avantages concurrents : Assemblée plénière 18 mars 1988. Attendu qu'en cas de concours de convention collective, les avantages ayant le même objet ou la même cause, ne peuvent se cumuler les plus favorables d'entre pouvant seuls être cumulés.

Décision du 5 juillet 1989 : constitue un principe fondamental du droit du travail le principe de la règle de faveur.

Erigé en règle générale, qui fixe le concours de la convention ou de l'accord collectif, avec toutes les autres sources du droit de travail. Sa mise en œuvre peut être plus délicate.

## **LA MISE EN ŒUVRE DE LA REGLE DE FAVEUR.**

Arrêt 17 juillet 1996 Cour de Cassation : le principe est que la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation globale, avantage par avantage. Deux directives :

**La comparaison doit être globale.**

Posé en 1962 : Pour l'ensemble des salariés, l'intérêt à prendre en compte est celui de la collectivité, et non celui du salarié pris en compte isolément.

La règle a parfois été discutée, notamment lorsqu'une des normes en concours est une loi. (Arrêt du 19 juin 2001 : pour la comparaison, il est fait référence à la situation particulière de la salariée ; ce doit être du aux circonstances de fait).

**La comparaison doit être analytique.**

Il faut comparer les avantages qui ont les mêmes objets et les mêmes causes. La mise à l'écart des autres comparaisons ne doit pas procéder à un découpage analytique fin ; ce sont des ensembles d'avantages qu'il faut comparer, qui doivent être mis en balance. L'exemple le plus simple est celui des congés payés.

Comme on l'a observé, le développement de la négociation donnant-donnant implique un mode de comparaison entre les avantages plus globalisant que la comparaison analytique. Arrêt du 19 février 1997.

## **L'EXCEPTION A L'ORDRE PUBLIC SOCAL : L'ORDRE PUBLIC DEROGATOIRE.**

**Ce n'est pas la seule exception à ce principe. Il y a d'autres exceptions, l'ordre public absolu.**

Les deux textes de 1982 (16 janvier, et 13 novembre) ont ouvert le chemin d'accords dérogatoires non plus in meius, mais d'accords dérogatoires in peius. Les partenaires sociaux ne sont plus forcés de construire au-dessus du plancher légal, peuvent construire de véritables galeries en dessous ou

à côté. Pour l'instant, seulement par rapport à la durée et l'aménagement du temps de travail.

Un accord peut prévoir, déroger à la loi, une clause moins favorable, ou en tout cas différente. On devrait parler d'ordre public supplétif. C'est aussi l'idée de subsidiarité sociale.

### **Une loi peut prévoir la possibilité d'accords dérogatoires**

CE 27 juillet 2001 : Le Conseil d'Etat érige le principe de faveur en principe de droit. Au-dessous des lois, mais au-dessus des décrets : valeur supra-décrétale.

Jugement de Tribunal de Grande Instance du 14 mai 2002 : attendu que l'accord d'entreprise ne peut, en application de L132-4 lequel est d'ordre public, contenir de dispositions moins favorables aux salariés que l'accord de branche, il a seulement la faculté de compléter par des dispositions nouvelles et améliorer.

## **CHAPITRE 4 : LES ORGANES DE CONTROLE DU DROIT DU TRAVAIL.**

Les sanctions pénales en cas de non-respect sont assez rarement respectées. Il y a des formes d'inaffectivités du droit du travail.

La spécificité du droit du travail joint à ce risque d'inaffectivités implique un contrôle spécifique confié à des organes spécifiques ; c'est le rôle des conseils de prud'hommes, ou administratif avec les inspecteurs de travail.

### **SECTION 1 : LE CONTROLE JUDICIAIRE : LE CONSEIL DE PRUD'HOMMES.**

Même s'il est vrai que le contentieux prud'homal est de loin le plus important, il y a bien d'autres juridictions qui jouent un rôle en droit du travail. Les juridictions pénales, parce que nombre de dispositions du droit du travail sont sanctionnées pénalement. Des juridictions civiles : le Tribunal de Grande Instance, compétent pour tous les litiges (grève...). Le Tribunal d'Instance, car une grande partie du contentieux électoral professionnel relève de son ressort.

Il n'existe de juridiction spécifique qu'en 1<sup>er</sup> instance.

Premier conseil de prud'hommes créé par une loi à Lyon en 1806. Puis en 1844 à Paris : le conseil de Prud'hommes devient avant tout une juridiction du travail. Lois de 1904 et 1907 : généralisation professionnelle, que par des textes datant de 1979 et 1982.

#### **PARAGRAPHE 1 : L'ORGANISATION DU CONSEIL DE PRUD'HOMMES.**

#### **UNE JURIDICTION ELUE ET PARITAIRE.**

C'est une juridiction composée uniquement de juges élus par les salariés d'une part, par les employeurs d'autre part, même si parmi les conseillers prud'homaux employeurs, votent parfois certains salariés cadres de direction.

A une époque jusqu'en 1982, a existé un système de l'échevinage : un conseiller salarié, un conseiller employeur, et un conseiller spécialisé en droit.

Le renouvellement intégral de tous les juges prud'homaux se fait tous les 5 ans. L'électorat est très large : tous les salariés et employeurs au-dessus de 16 ans, sans distinction de nationalité, avec les demandeurs d'emplois et les retraités. Les juges doivent être français et doivent avoir plus de 21 ans.

Juridiction paritaire : part égale de conseillers salariés et employeurs. Ce paritarisme emporte certaines conséquences : au moins 40 membres élus Il y a 20 conseillers salariés et 20 conseillers employeurs.

Présidence et vice-présidence successive : un an président salarié et VP employeur, un an l'inverse.

Quand il y a partage de voix, on recourt à un magistrat professionnel, le juge départiteur.

## **UNE INSTITUTION GENERALISÉE.**

Au départ, n'étaient pas généralisés : le tribunal d'instance était compétent Aujourd'hui, au moins 1 tribunal de prud'hommes dans le ressort de chaque Tribunal de Grande Instance.

La généralisation a aussi été professionnelle. Désormais, les Conseils des Prud'hommes comportent 5 sections : de l'industrie, du commerce et du service, de l'agriculture, et les activités diverses (artistes, femmes de ménages, etc.). Et puis la section de l'encadrement. Chaque section comporte au moins 8 membres. Ces sections sont parfois subdivisées en chambres, parfois nombreuses.

### **III. LE STATUT DES CONSEILLERS PRUDHOMMAUX.**

Le statut des conseillers : tous les conseillers salariés bénéficient d'une protection contre le licenciement calquée sur la protection des représentants syndicaux, il faut une autorisation administrative. Il y a donc principe du maintien intégral du salaire.

#### **PARAGRAPHE 2 : LA COMPETENCE DU CONSEIL DE PRUD'HOMMES.**

Ce sont des juridictions d'attributions, ne peuvent connaître des litiges que dont la loi ou le règlement leur a expressément attribué la compétence.

Le Conseil des Prud'hommes ne peut connaître que des litiges individuels du contrat de travail. C'est une compétence exclusive. Sont exclus les litiges collectifs.

Compétence très large du Conseil des Prud'hommes ; comme ces matières représentent l'essentiel du contentieux

du droit de travail, le Conseil des Prud'hommes apparaît comme le juge du droit du travail.

Le Conseil des Prud'hommes compétent est celui dans le ressort du lieu de travail. Ou même du lieu où l'engagement a été contracté. Ou du lieu où l'employeur est établi. Ces règles de compétence sont d'ordre public (toute clause contraire à ceci serait réputée non-écrite).

### **PARAGRAPHE 3 : LE FONCTIONNEMENT DU CONSEIL DE PRUD'HOMMES.**

Double mission : concilier les parties et trancher le litige.

Le bureau de conciliation, composé de deux membres (paritaire) ; et un bureau de jugement de 4 personnes (2 salariés et 2 employeurs). Tous les litiges sont portés devant le bureau de conciliation (même si celle-ci n'est pas fréquente).

S'il n'y a pas conciliation, on va devant le bureau de jugement, qui rend un jugement, qui est en principe susceptible d'appel devant la chambre sociale de la Cour d'Appel. Le taux du ressort en matière prudhomme varie d'année en année Décret de 2001 : 3720 euros pour être susceptible d'appel, sinon 1<sup>er</sup> et dernier ressort.

Le problème d'encombrement des juridictions (jusqu'à 8 mois ou plus).

## **SECTION 2 : LE CONTROLE ADMINISTRATIF : L'INSPECTION DU TRAVAIL.**

Les inspecteurs du travail remontent à un texte de 1874. Mais n'a été organisé qu'au début du siècle. Il faut souligner les attributions des inspecteurs du travail.

### **PARAGRAPHE 1 : LES ATTRIBUTIONS.**

Chargé d'une mission traditionnelle du respect du droit du travail. Il exerce en outre bien d'autres fonctions.

#### **1. MISSION DE CONTROLE.**

L611-1 du Code du Travail : les inspecteurs du travail sont chargés à l'application des dispositions du Code du Travail, et des lois et règlements, etc. Mission qui s'étend au contrôle du règlement intérieur.

#### **1. LES AUTRES MISSIONS.**

Il exerce une mission de conciliation, même dans les litiges individuels ou collectifs. Il exerce aussi un rôle de conseil auprès des salariés, et même auprès des chefs d'entreprise.

L'inspecteur du travail est souvent investi d'un pouvoir particulier de décision ; parfois lorsqu'il est chargé de trancher certains litiges, par exemple en matière d'opérations préélectorales. Encore lorsque l'inspecteur de travail est amené à délivrer certaines autorisations, et parmi celles-ci

l'autorisation de licenciement des représentants du personnel. Il peut aussi vérifier en matière de temps de travail.

## **PARAGRAPHE 2 : LES MOYENS D'ACTION.**

Pouvoir d'investigation, d'inspection. L'employeur est tenu de lui faire parvenir un certain nombre de documents (certains registres). Les inspecteurs du travail disposent d'un droit de visite, dans tous les établissements où ils ont compétence. Ils peuvent l'exercer même inopinément.

Il peut mettre en demeure le chef d'entreprise à réaliser certaines choses ; il peut dresser un PV qui sera envoyé au ministère public. Il peut saisir même le juge des référés, qui pourra même fermer temporairement l'entreprise.

## **TITRE 1 :**

# **LA NAISSANCE DE LA RELATION DE TRAVAIL.**

Le professeur aurait pu parler du déroulement du contrat de travail. Mais l'utilisation de l'expression « relation de travail », ne doit pas être interprétée comme antinomique du contrat de travail. L'idée a parfois été soutenue que d'un modèle contractuel, on serait passé à une théorie institutionnelle du contrat de travail, dans lequel la conclusion du contrat de travail déclencherait un statut préétabli résultant des lois et règlements, et accords et conventions collectives applicables.

## **SOUS-TITRE 1 : L'EXISTENCE DU CONTRAT DE TRAVAIL.**

Le Code civil de 1804 consacrait 2 articles au contrat de louage de service (1780 du Code civil) ; le contrat de louage de choses comportait 76 articles. L'expression de louage de service est aujourd'hui désuète ; juridiquement aussi. L'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1963 sur les licenciements, dispose que dans le Code de travail, est substitué le terme contrat de travail au terme louage de service.

## **CHAPITRE 1 : LA NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL.**

On chercherait vainement dans le Code de travail ou Civil une définition du contrat de travail ; il n'y a pas de définition légale du contrat de travail, c'est le juge qui a dégagé les critères du contrat de travail.

C'est en réalité le juge qui a dégagé les critères du contrat de travail ; malgré l'importance de l'apport jurisprudentiel, demeurent des difficultés résolues par le législateur, ou par la jurisprudence.

L'état est de loin sans doute le premier employeur ; sont soumis au statut de la fonction publique. Même si le droit de

la fonction publique s'inspire du droit du travail privé. Juridiquement, le terme de salarié est réservé au secteur privé.

Le personnel des EPIC sont régis par le droit privé du travail. Ces entreprises sont souvent des entreprises à statut. Il s'applique cumulativement avec les règles du droit du travail. Ce qui pose parfois le problème de savoir quelle est la disposition la plus avantageuse. Une difficulté résolue par l'arrêt Berkani, qui concernait les non fonctionnaires établissements public : il s'agit de contrat de droit public, quelle que soit la nature et conditions d'emploi de ces auxiliaires et contractuels.

## **SECTION 1 : LES CRITERES DU CONTRAT DE TRAVAIL.**

La loi n'en donne pas de définition, c'est donc la jurisprudence qui s'est efforcée de dégager les critères du contrat de travail, en fonction des circonstances de fait. Ceci étant, le juge n'est pas lié par la qualification donnée par les parties a leur contrat ; ce sont les éléments de fait qui sont déterminants.

Définition donnée par la jurisprudence, par la Cour de Cassation dans un arrêt de 1954 : « il y a un contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre moyennant rémunération ».

Définition : Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne s'engage moyennant rémunération à fournir une prestation de travail au profit d'une autre personne sous la subordination de laquelle elle se place.

Dans toutes ces définitions, 3 éléments : –fourniture d'une prestation de travail, –moyennant une rémunération –sous la direction d'une autre personne, l'employeur.

Si les deux premiers élément sont nécessaires pour le contrat du travail, ne sont pas suffisants pour distinguer le contrat du travail d'autres contrats. En réalité, le critère déterminant c'est l'existence du lien de subordination.

### **PARAGRAPHE 1 : LES ELEMENTS LIÉS AUX OBLIGATIONS RECIPROQUES DES PARTIES (TRAVAIL ET REMUNERATION) : ELEMENTS NECESSAIRES MAIS NON SUFFISANTS.**

L'artisan maçon n'est pas le salarié du maître de l'ouvrage. Le notaire n'est pas salarié de son client. Le versement d'une rémunération, quel que soit son mode, ne suffit pas à caractériser son mode de paiement. Les obligations réciproques des parties au contrat de travail ne sont pas des critères positifs du contrat de travail ; en revanche, négativement, la réunion de ces deux éléments est nécessaire.

### **LA REUNION NECESSAIRE DES DEUX ELEMENTS.**

En leur absence, la qualification de contrat de travail est exclue.

## 1. FAUTE DE TRAVAIL...

Faute de travail fourni personnellement par une personne, celle-ci ne saurait être considérée comme salariée.

« Faute de travail » : est-ce qu'un conseiller pour une société qui a une rémunération forfaitaire annuelle, est-ce un véritable travail ? La jurisprudence a estimé qu'aucun contrat de travail ne la liait à la société (pas d'heures fixes, objectifs du travail très vagues).

Faute de travail à finalité matérielle : la jurisprudence a périodiquement à connaître du lien unissant un ministre du culte à sa communauté confessionnelle : arrêt du 18 janvier 1993 par exemple. Des lors qu'on est loin de la finalité religieuse, le principe peut être écarté : professeur de théologie.

Faute de travail fourni personnellement : lorsque le prétendu salarié peut se faire remplacer, ou bien lorsque ce prétendu salarié peut lui même embaucher des salariés pour effectuer le travail demandé, il n'y a pas contrat de travail. La jurisprudence a estimé que le fait d'employer un ou plusieurs aides de travail est exclusif du contrat de travail.

## 1. FAUTE DE REMUNERATION...

Il n'y a pas de contrat de travail. L'activité exercée sans rémunération, des lors qu'on ne démontre pas une fraude, est exclusive d'un contrat de travail. Il n'y a pas de contrat de travail à titre gratuit. Ainsi, il n'y a pas de contrat de travail en principe en cas d'assistance bénévole, en cas d'assistance amicale ou familiale. Ou en cas d'entre aide agricole.

Il y a malgré tout un certain nombre de difficultés.

Il y a nombre d'association humanitaires, caritatives, et il y a pas mal de contentieux sur un certain nombre de cas qui concerne aussi bien les compagnons d'Emmaüs (indemnisation forfaitaire tous les mois), les accompagnateurs de la Croix-Rouge.

La question peut être posée pour le conjoint qui collabore à l'activité de son époux et son épouse : L784-1 du Code du Travail : sont applicables au conjoints du chef d'entreprise salariés de l'entreprise. Des lors qu'un conjoint exerce une activité à titre professionnelle, et perçoit une rémunération, est présumé conjoint salarié. Arrêt 6 novembre 2001 : la Cour de Cassation n'a pas cherché à savoir s'il y avait lien de subordination.

Faute de rémunération, peu importe le mode de rémunération, peut être une rémunération en nature, lorsque l'avantage en nature prend la forme d'une mise à disposition du logement : exemple du gardien d'immeuble (concierge).

Mais peuvent demeurer des difficultés. On peut se demander si l'on se trouve dans certains cas en présence d'un locataire s'acquittant de son loyer en fourniture de prestations en nature, ou un salarié rémunéré en nature ?

## LES ENSEIGNEMENTS DE CES DEUX CRITERES NEGATIFS. 2 LES CARACTERES DU CONTRAT DE TRAVAIL.

**Est nécessairement un contrat à titre onéreux. Il n'y a pas de contrat de travail à titre gratuit. Mais on peut souligner 3 autres caractères :**

**1-Le contrat de travail est un contrat synallagmatique**, dans la mesure où les parties contractantes sont réciproquement la cause l'une de l'autre. Le salarié a droit à une rémunération, et inversement l'employeur rémunère le salarié parce qu'il travaille. Cette double interdépendance appelle quelques remarques : ce n'est pas tant la prestation de travail même qui justifie corrélativement la rémunération que le fait du salarié être à la disposition de son employeur pour effectuer le travail fixé. Exemple : le salarié qui ne peut pas travailler parce que l'établissement est occupé par les grévistes, a droit à son salaire, car il est à la disposition pour travailler. On a pu dire qu'il existe un salaire d'inactivité. Dans les faits, depuis les années 77 et 78, le salarié malade a droit pendant la durée de son absence à une indemnité versée par l'employeur. En pratique, les conventions collectives prévoient que tout salarié malade pendant un certain temps aura l'intégralité de son salaire, et l'employeur se fera rembourser la moitié par la caisse d'assurance maladie.

En sens inverse, il y a un certain durcissement du contrat synallagmatique. Pour le chômage technique ou partiel ; dans ce cas, le salarié ne peut prétendre à son salaire, il a droit à une indemnité de chômage partiel. Si l'employeur ne fait pas les démarches pour ceci, le salarié n'aura pas droit à l'indemnité de chômage partiel, il aura droit à l'intégralité de son salaire, car l'employeur a commis une faute. Désormais, depuis les arrêts du 10 juillet 2002, les clauses de non concurrence ne sont valables que s'il y a une contrepartie.

**2-Exécution successive** : en cas de nullité ou résolution du contrat de travail, les prestations des salariés sont insusceptibles de répétition. À supposer que la nullité soit prononcée, la résolution à nullité n'opère pas de manière rétroactive.

**3-Contrat conclu intuitu personae** : en considération de la personne. L'observation ne se vérifie pleinement que du côté des salariés. Ce caractère personnaliste explique par exemple que le salarié ne puisse pas se faire remplacer par quelqu'un d'autre. Cela explique aussi que le contrat est intransmissible à cause de mort. Du côté de l'employeur, le contrat est aussi intuitu personae ; lors du recrutement, l'employeur choisit le salarié. Ce caractère peut être battu en brèche par la suite. Article L122-12 al 2 du Code de Travail, qui dit qu'en cas de changement d'employeur, les contrats de travail des salariés sont transférés au nouvel employeur. Il y a



une sorte de transfert automatique mécanique du contrat de travail.

## 1. CRITERES : DES ELEMENTS DE PREUVE.

Ce sont des éléments de fait qui viennent conforter l'existence d'un lien de subordination. Le fait de travailler, de fournir une prestation de travail au profit d'une seule personne est un éléments souvent pris en considération par la jurisprudence : c'est un élément qui fait présumer l'idée de participation a l'entreprise d'autrui. L'exclusivité fait habituellement présumer l'existence d'un lien de subordination.

Par ailleurs, le mode de rémunération, même si une rémunération a la tâche ne sont pas exclusives d'un contrat de travail, est souvent un indice que la fixité et que la régularité d'une rémunération fait présumer l'existence d'un contrat de travail : « Constituent de forts indices de ce que le travail est effectuée sous la direction et le contrôle direct de la personne qui rémunère ».

### PARAGRAPHE 2 : LE LIEN DE SUBORDINATION DE CES DEUX CRITERES NEGATIFS.

Ce qui caractérise le contrat de travail, c'est que le salarié effectue son travail sous la rémunération d'une autre personne ; c'est un critère jurisprudentiel. Le législateur confirme ce critère Exemple d'une loi du 31 décembre 1990 reformant les professions judiciaire et juridiques ; l'avocat n'est soumis à un lien de subordination envers son employeur que pour la détermination à ses conditions de travail.

Selon une jurisprudence constante, ce rapport de subordination constitue le facteur essentiel « que le salariat soit lié a une certaine subordination, c'est une évidence ; mais quelle subordination ? ».

#### 6 séries d'observations :

**1-Economique ou juridique ?** La réponse est simple parce que la jurisprudence a toujours décidé que cette subordination était juridique ; par la possibilité de l'employeur de donner des directives, instructions, etc.

A plusieurs reprises, une partie de la doctrine a souhaité que soit substituée à cette idée de subordination juridique, l'idée de subordination économique. L'idée est que l'infériorité caractéristique du salarié vient de ce qu'il a besoin pour vivre du travail que lui fournit l'employeur, et du salaire qu'il lui verse. Initialement, il s'agissait d'étendre le bénéfice du droit social a certains salariés sous-protégés (salariés a domicile...). Plus récemment, l'idée a été reprise en fonction de nouvelles situation économiques, avec le développement de la sous-traitance. La généralisation de contrats de distribution exclusive, les contrats d'intégration en agriculture, et les nouvelles formes de travail (télématiques, à domicile...). Ces nouvelles situations économiques généralisées manifestent une nouvelle dépendance.

Pour le sous-traitant, il n'y a pas de dépendance juridique, seulement économique. Arrêt de 1931 de la Cour de Cassation, qui a rejeté la subordination économique. La Cour de Cassation a de nouveau manifesté son hostilité au critère de dépendance économique, ce critère étant beaucoup trop extensif et imprécis. Certains auteurs ont parfois pris prétexte de certains arrêts disant que la jurisprudence allait évoluer : Arrêt de la Chambre criminelle du 29 octobre 1985, on a pu observer que ce critère aurait pu orienter le juge vers la qualification du contrat de travail. La Cour d'Appel, dans un arrêt cassé du 19 décembre 2000, la dépendance économique ne suffit pas à caractériser le lien de subordination.

**2-La relativité de la notion de subordination :** la relativité doit être d'emblée soulignée selon la place dans la hiérarchie au sein de l'entreprise du salarié. Selon la situation hiérarchique, il est clair que la notion de subordination ne se conçoit pas de la même manière pour un ouvrier, employé, ou cadre de chef de service. De même, la notion de subordination ne se conçoit pas de la même manière selon la profession du salarié (le lien de subordination ne se conçoit pas de la même façon pour un maçon et pour un artiste). Il y a nécessairement une plus grande relativité de lien de subordination.

**3-On a assisté à une généralisation professionnelle du salariat :** il fut un temps où une subordination était conçue comme incompatible avec l'exercice de certaines professions dites libérales. La question a été particulièrement posée pour les médecins ; on faisait valoir que la nécessaire indépendance des médecins dans le diagnostic était inconciliable avec la dépendance juridique qu'implique le contrat de travail. La jurisprudence n'en a pas moins permis l'exercice de la médecine dans le cadre d'une dépendance juridique. L'indépendance technique n'exclut pas la subordination juridique dans l'exercice de la médecine, il y a compatibilité entre les deux.

Le problème s'est posé pour d'autres professeurs, interprètes, traducteurs, etc. on a utilisé le terme de collaboration ; la Cour de Cassation a souvent cassé cette qualification donnée par les parties au contrat.

**4-Comment va-t-on trouver l'indice de l'existence du lien de subordination ?** La Cour de Cassation le définit comme l'accomplissement du travail dans le cadre d'un service organisé. La subordination juridique est démontrée par l'accomplissement du travail dans le cadre de service organisé. Circonstances de lieu aussi ; ou même selon un itinéraire déterminé, ou une zone déterminée. Circonstance de temps : impossibilité pour l'intéressé de définir ses heures de travail. La mise à disposition de travail, de fournitures, etc....

**5-Plusieurs arrêts récents marquant une notion d'unification du travailleur, et qui marque le retour à un critère commun,** et nuance le rôle du

critère du service organisé qui n'est pas le critère du contrat de travail, mais un simple indice du lien de subordination. Dans plusieurs arrêts : arrêt Société Générale du 13 novembre 1996.

Attendu que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution, et de sanctionner les manquements de son subordonné. Attendu que le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail. Le service organisé peut être un indice, mais ne se substitue pas au critère qui demeure le lien de subordination.

**6-L'Arrêt Labanne. L'arrêt est cassé par la Cour de Cassation**, qui considère qu'il y a un état de subordination (par le chauffeur de taxi) ; certains auteurs ont parlé de mosaïque du contrat de travail. Pour autant, l'arrêt de principe reste l'arrêt Société Générale

## SECTION 2 : LES DIFFICULTÉS D'APPLICATION DES CRITERES.

JM Ray : « Si 9 salariés sur 10 sont titulaires d'un bon vieux contrat de travail classique, il y a aussi des hypothèses où il y a une difficulté pour appliquer les critères du contrat de travail ».

### PARAGRAPHE 1 : LE CONTOURNEMENT (L'EVITEMENT DE LA QUALIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL).

Le juge n'est pas lié par la qualification des parties au contrat.

### LES VRAIS ET LES FAUX STAGES.

Chambre Sociale 3 octobre 1991 : un élève dans un établissement n'est pas lié par un contrat de travail à l'entreprise dans laquelle il travaille.

Il y a la jurisprudence qui est née de différents plans pour l'emploi. On a créé diverses formules, aujourd'hui sous forme de contrat.

Divers abus par le détournement de leur but, le stagiaire ne recevant aucune formation, et occupant tout à fait normalement un emploi ; ce n'est pas un SIVP (stage d'insertion dans la vie professionnelle), c'est un véritable contrat de travail à durée indéterminée

Les contrats spéciaux abandonnent la formule de stage, et utilisent la formule de contrat d'insertion, de qualification, etc. 18/12/92 : un contrat de qualification ne peut être dénommé ainsi que si l'employeur assure une véritable formation.

## **LES VRAIS ET LES FAUX ARTISANS (INDEPENDANTS)**

Depuis un certain nombre années, tant l'administration du travail que les juges s'efforcent d'attirer l'attention, de démasquer ce qu'on appelle les faux artisans. Ces faux travailleurs indépendants : pseudo-commerçants, pseudo-artisans, etc. La fraude au départ s'est observée dans le domaine du bâtiment, pour éviter certains risques. Certains employeurs du secteur du bâtiment ont demandé à leurs salariés de s'inscrire comme travailleurs indépendants ; la jurisprudence n'a pas été dupe. La loi a à un moment essayé de réagir. La jurisprudence dans plusieurs arrêts a requalifié ces prétendus contrats d'entreprise et les a requalifiés en contrat de travail : arrêt Guégan, de la Chambre criminelle de 1985.

Contrat de sous-traitance s'est développé pour contourner des règles : tout d'abord pénales (l'employeur est pénalement et civilement responsable de ses salariés). Réaction du législateur : loi dite Madelin, du 11 février 1994. Loi qui s'efforce de lutter contre certains abus de la jurisprudence dans sa démarche de démasquer les abus des employeurs, ou des faux employeurs. L123 du Code du Travail, désormais abrogé, les personnes physiques inscrites au registre des commerce, etc. sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail ; abrogé par la 2<sup>e</sup> loi Aubry en 2000.

### **PARAGRAPHE 2 : LE CUMUL D'ACTIVITÉ. LE CUMUL D'ACTIVITES SANS MANDAT SOCIAL.**

On peut regrouper en différentes catégories, selon que les travailleurs en cause sont principalement salariés.

#### **1. LES ACTIVITES ACCESSOIRES D'UN SALARIÉ.**

Aucun principe de portée générale ne s'oppose en droit du travail au cumul d'emploi, si ceux-ci sont pratiquement compatibles. C'est aussi l'idée qui est évoquée assez souvent de pluriactivité. Rien ne s'oppose au cumul d'emploi ; il y a malgré tout une limite légale, et une limite de fait. La limite légale est l'article 324-2 et 324-3 : il y a des durées maximales de travail dans la semaine (48 heures, par mois, et 44 heure par mois).

#### **1. LES ACTIVITES SALARIÉES ACCESSOIRES D'UN NON SALARIÉ.**

Il peut arriver qu'un fonctionnaire (professeur...), arrêt Assemblée Plénière 20 décembre 1996, soit détaché avec un poste dans le secteur privé. Quoique fonctionnaire, cette personne exerce en tant que directeur, une activité salariée.

Le professionnel indépendant : il peut avoir une activité salariée (conférencier, par exemple). Il n'est pas exclu qu'un notaire exerce une activité salariée d'enseignement.

## **LE CUMUL D'UN CONTRAT DE TRAVAIL ET D'UN MANDAT SOCIAL.**

Il faut d'abord présenter les termes du problème. D'abord, la question ne concerne que le salarié qui est désigné par la suite mandataire social. En sens inverse, un mandataire social ne peut pas être salarié. Arrêt du 4 mars 1997 : la jurisprudence admet la validité du contrat de travail d'un salarié engagé par la société mère pour exercer des fonctions de mandataire social dans une filiale : cette personne reste salariée.

Un directeur des ressources humaines est désigné comme mandataire social, puis comme président d'une filiale. Que devient dans ce cas le contrat de travail de cette personne désignée comme mandataire social? Est-il possible de cumuler les deux ?

Les difficultés naissent de principes contradictoires : a la fois pour la rupture et l'exercice des fonctions.

Pour la rupture, le principe est celui de la révocabilité ad nutum (on démissionne un administrateur ou président). Pour la rupture du contrat de travail, il faut une cause sérieuse. Et pour l'exercice des fonctions : le salarié est par définition dépendant, alors que le mandataire social est son propre maître, est indépendant

Les réponses ont changé : le cumul du contrat de travail et du mandat social a toujours été admis a une double condition : - que les deux fonctions salarié/mandataire social soient distinctes, et compatibles –que persiste le lien de subordination pour exécution du travail salarié.

Bien souvent, le cumul des fonctions n'est pas permis (on ne peut pas être PDG, et directeur commercial du groupe, car on ne peut être subordonné a même). Si le cumul n'est pas possible, que devient le contrat de travail ? Pendant longtemps, la jurisprudence a estimé que le contrat de travail disparaissait.

Désormais, depuis un arrêt du 12 décembre 1990, les solutions sont inversées. Le principe est que s'il n'y a pas cumul des activités, le contrat de travail se trouve seulement suspendu, mis en parenthèse. A supposer qu'on écarte la condition de la suspension, il faut une promesse de réembauchage.

### **III. LE LIEN DE SUBORDINATION A L'EPREUVE DES NOUVELLES FORMES DE TRAVAIL.**

Souligne l'apparition d'un ordre technologique. Le lien de subordination est affecté par les NTIC (nouvelles techniques de l'information et de la communication). Ca entraîne un certain nombre de conséquences.

Télétravail : est-ce qu'une personne qui travaille au domicile est salariée, ou free-lance (travailleur indépendant). Il y a des cas simples de télétravailleurs à mi-temps. Et puis les cas de télétravailleurs tout le temps. Il peut y avoir parfois des difficultés

A propos d'une jurisprudence récente : Abram c/ Zurich Assurance Chambre Sociale 2 octobre 2001. Accord cadre européen : 4<sup>e</sup> date du 16 juillet 2002, et concerne le télétravail. Il pose notamment le principe d'une identité entre les télétravailleurs et les salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise, ils doivent avoir les mêmes droits. C'est la première fois qu'un accord européen prévoit qu'une directive sera transposée par des conventions collectives nationales (négociation collective).

Telegardiennage, teledisponibilité.

## 1. LES CORRECTIONS LEGALES.

Le législateur est intervenu pour élargir le bénéfice de la situation du salarié à de nouvelles catégories. Cette difficulté à appliquer le droit du travail à certaines catégories de travailleurs, qui correspondaient mal aux critères stricts du droit du travail, mais dont la protection était nécessaire. Extension légale du contrat de travail, ou tout simplement on dit que le Code du travail s'applique. Le législateur est intervenu pour permettre l'exercice de ses fonctions dans le cadre du salariat.

### 1. LES EXTENSIONS LEGALES.

La loi utilise deux techniques pour étendre le champ d'application du droit du travail, tantôt parce que la qualification n'est pas trop discutable, mais est susceptible de faire naître un certain nombre d'obligations. C'est une activité salariée. Tantôt parce que ce serait trop malmenager les critères de contrat de travail. On se borne à dire que la législation du travail est applicable à ces personnes. Et donc des travailleurs présumés.

#### 1 Les travailleurs présumés

- Les artistes du spectacle et les mannequins :

Ils sont présumés titulaires d'un contrat de travail. C'est une présomption forte (mais pas irréfragable), sauf si on démontre que l'artiste se comporte comme l'entrepreneur du spectacle. Particularisme pour les mannequins, avec leurs agences qui sont proches des entreprises de travail temporaire.

- Les journalistes professionnels :

Il y a une présomption simple de contrat de travail. Parce que l'on peut admettre la preuve contraire. Particularisme : les journalistes bénéficient d'une clause de confiance.

- Les VRP (voyageurs représentants placés) :

Des lors que le VRP remplit cette condition, la présomption de contrat de travail est très forte, quasiment irréfragable. Cependant, on est très loin du contrat de travail. On n'est pas très loin des agents commerciaux des mandataires.

Notamment le fait que le VRP ne touche pas une indemnité de licenciement, mais une indemnité de clientèle, qui ressemble à l'indemnité d'éviction d'un commerçant lorsqu'est terminé son bail commercial.

## 2. **Les travailleurs réputés bénéficiaires de la législation du travail.**

N'existe pas en France la para-subordination.

Pour les travailleurs a domicile, souvent ceux-ci étaient d'anciens vrais artisans, et qui finalement n'ont travaillé. Les textes ont prévu au début du 20<sup>e</sup> s, que pour le travailleur à domicile, le droit du travail lui était applicable (sans dire que c'était un contrat de travail).

L'autre catégorie, les gérants de magasins a succursale multiple : texte du Code du Travail L781-1, qui dit que les dispositions du code dont la profession. Aujourd'hui concerne d'autres catégories de travailleurs. On a fait application dans une série arrêts, du 4 décembre 2001, pour les franchisés. Les franchisés se sont vu appliquer le droit du travail, sans qu'il y ait de lien de subordination, peu importe l'existence ou pas de ce lien.

Cela vaut également pour les conjoints : des lors qu'ils participent a l'activité de leurs conjoints, et qu'ils ont une rémunération minimale (SMIC), doivent bénéficier de la législation du travail, sans que l'on ait à démontrer la présence d'un lien de subordination.

Il y a donc du droit du travail sans contrat de travail, et sans lien de subordination.

## 1 **LES AUTORISATIONS LEGALES.**

Loi 30 juin 1977 : n'a pas qualité de salarié celui qui exerce la profession d'avocat ; la présente disposition est interprétative et d'ordre public.

Puis, lutte entre les nouveaux avocats, et les avocats traditionnels (plaidants) ; finalement, on a admis que les avocats puissent exercer leur profession comme salariés. Les notaires se sont sentis exclus. Depuis la loi du 31 décembre 1990 : on peut être avocat ou notaire en tant qu'avocat ou notaire salarié. Ce qui n'exclut pas un certain particularisme.

Les avocats comme les notaires salariés peuvent invoquer une clause de conscience, s'ils peuvent demander à être déchargés d'une mission qu'ils estimeraient contraire à leur mission. Ils peuvent invoquer cette clause de conscience.

Le licenciement : pour les notaires, d'abord une chambre de conciliation devant la Chambre des notaires (puis Prud'hommes). Pour les avocats, la compétence du conseil des PH est écartée. L'avocat se pourvoit auprès du batelier de l'ordre des avocats.

# CHAPITRE 2 : LES PARTIES AU CONTRAT DE TRAVAIL : LA DETERMINATION DE L'EMPLOYEUR.

Dans de nombreux cas, il y a dissociation entre chef d'entreprise et employeur. Il y a d'autres formes de dissociation beaucoup plus délicates entre les personnes chargées du recrutement, la personne qui rémunère, l'utilisateur du salarié. Ces dissociations vont se produire lorsqu'il y a mise à disposition d'un salarié qui travaillera pour quelqu'un d'autre. Parfois, cette mise à disposition des salariés est organisée par la loi, comme par le biais des entreprises de travail temporaire. Parfois, ce peut être favorisé par la loi.

## SECTION 1 : LES MISES A DISPOSITION DE PERSONNEL ENVISAGÉES PAR LA LOI

### PARAGRAPHE 1 : LES MISES A DISPOSITION ILLICITES, LES PRETS DE MAIN D'ŒUVRE PROHIBÉS.

Ils le sont depuis la révolution de 1848 ; Louis Blanc disait qu' « il faut éviter qu'entre le patron et l'ouvrier, se glissent des rapaces intermédiaires qui fassent descendre les salaires au niveau de la faim ».

#### **Sont permis :**

-Toute opération a but lucratif de fourniture ou de prêt de main d'œuvre (entreprise de travail temporaire).

Arrêt Chambre Sociale 9 juin 1993 : le prêt de main d'œuvre n'est pas prohibé lorsqu'il n'est que la conséquence nécessaire de la transmission d'un savoir-faire ou de la mise en œuvre d'une technicité qui relève de la spécificité propre de la société prêteuse.

### PARAGRAPHE 2 : LES MISES A DISPOSITION DE PERSONNEL LICITES.

Dans certains cas, ces mises à disposition sont autorisées, avec un certain contrôle. Dans certains cas la loi a favorisé ces mises a disposition, pour les diverses politiques a l'emploi qui se sont succédées.

## LES MISES A DISPOSITION AUTORISÉES.

C'est la technique du travail temporaire ; l'intérim. Vient de l'Outre-Atlantique. Cette pratique s'explique pour plusieurs raisons, qui justifient qu'existent ces entreprises. Le travail temporaire a sa justification ; en même temps, le travail temporaire comporte des risques, des dangers. A bien des égards, qu'il y ait un double marché du travail. Une



extériorisation excessive du travail. De fait, il y a un certain nombre d'abus qui ont été constatés. Le législateur est intervenu en 1972, 1<sup>e</sup> loi : depuis ce texte, la règle est la même, un travailleur temporaire ne peut servir qu'à remplir un poste non durable. Depuis les textes qui se sont succédés, les contrats a durée déterminée sont soumis au même régime juridique.

Opération triangulaire : l'entreprise de travail temporaire, qui embauche un salarié, qui va le rémunérer (l'employeur est l'entreprise de travail temporaire), et l'entreprise va réaliser un contrat de mise a disposition pour l'autre entreprise. Activité exclusive, activité qui doit faire l'objet d'une garantie financière. Il y a un certain contrôle opéré par l'administration du travail.

## **LES MISES A DISPOSITION FAVORISÉES DANS LE CADRE DE LA POLITIQUE DE L'EMPLOI.**

L'idée est de permettre à des employeurs qui gèrent une PME, de créer ensemble une association qui aura pour fonction d'embaucher les salariés qui seront mis à disposition alternativement et successivement de ces employeurs. L'employeur est l'association.

Les association intermédiaires : loi de 1987 (modifiée à plusieurs reprises). C'est une association agréée par état pour un an renouvelable. Elle a pour objet d'embaucher des personnes dépourvues d'emploi et avec des difficultés de réinsertion, pour les mettre, a titre onéreux, à disposition des personnes physiques ou morales pour des « petits boulots ».

## **SECTION 2 : LES MISES A DISPOSITION NON ENVISAGEES PAR LA LOI : LA DETERMINATION DE L'EMPLOYEUR DANS LES GROUPES DE SOCIETES.**

En cas de détachement d'un travailleur auprès d'une autre entreprise, mutation/affectation nouvelle au sein d'une nouvelle entreprise, au sein d'ensembles de sociétés ayant des liens commerciaux entre-elle. L'observation de la pratique montre des situations très diverses. La loi ne dit rien ; la jurisprudence a du résoudre les problèmes.

Dans le cas de détachement de courte durée ; le salarié reste salarié de la société mère, et parfois ce détachement dure dans le temps, au point de manifester un transfert, une mutation, et parfois ce sera manifestée contractuellement. Les diverses situations sont très variées, de sorte que la jurisprudence a du faire preuve de pragmatisme dans la recherche de solutions.

Un amendement (L122-14-8) qui a été adopté de manière très anecdotique, au moment de la 1<sup>ère</sup> loi sur le licenciement. Lorsqu'un travailleur est licencié à une filiale à l'étranger la société mère doit le rapatrier et lui donner un nouvel emploi. Ici, dans un cas très particulier, on a une obligation de réintégration. Le salarié cumulera la durée de plusieurs contrats. La jurisprudence va souvent utiliser des solutions s'inspirant de ce texte. D'abord, la jurisprudence a assez généralement utilisé la technique du reclassement obligatoire pour la société mère. Par ailleurs, la jurisprudence considère parfois que l'ancienneté acquise dans une société filiale est conservée lorsque le salarié revient dans la société mère. Arrêt 11 juillet 2000 : salarié employé comme cadre international a pour employeur les diverses sociétés appartenant au groupe. Le groupe n'a pas la personnalité morale ; on peut parler de co-employeur et d'employeur unique.

## **SOUS-TITRE II : LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL.**

Article L121-1.

Le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun : consentement, capacité, cause licite, et objet certain.

**CAPACITÉ** : Il y a les problèmes des salariés mineurs (- de 18 ans) ; ce salarié qui n'a pas la capacité de contracter, ne devrait pas pouvoir contracter. Pour le contrat d'apprentissage, le contrat est signé aussi par le représentant légal. Mais il y a une tendance à considérer que l'on s'émancipe par le travail (sorte d'usage).

Problème : il y a le cas des promesses de contrat. Est-ce rupture d'un contrat existant, ou rupture de promesse de contrat, rupture abusive avec D et I.

Dans une décision récente, quand on rompt avant l'échéance le CDD, le salarié a droit au moins au salaire qu'il aurait perçu pendant toute la durée du CDD.

**LES VICES DU CONSENTEMENT** : Très rarement retenue, souvent invoquée. Exemple d'un arrêt du 5 octobre 1994 : le dol n'est pas retenu pour un CV rédigé à la main par quelqu'un d'autre.

En réalité, si l'on veut mettre en évidence le particularisme du contrat de travail, il faut le confronter aux grands principes du droit de ct: l'autonomie de volonté (auto nomos- propre norme). Il y a aussi le principe du consensualisme, le contrat se forme solo consensu.

## **CHAPITRE 1 : LA LIBERTÉ DE CONTRACTER.**

### **SECTION 1 : LA LIBERTÉ DE CONTRACTER OU DE NE PAS CONTRACTER.**

Du cote du salarié, 2 observations : le droit pour un chômeur de bénéficier des indemnités versées par les ASSEDIC est subordonné à certaines conditions, qui traduisent l'idée que si chacun a le droit au travail, chacun a aussi le devoir de travailler s'il veut continuer à être pris en charge par la collectivité.

Le cumul de même emploi et pension de vieillesse n'est pas possible ; mais rien n'empêche de travailler pour une entreprise à d'autres fonctions.

S'agissant de l'employeur, la liberté de ne pas contracter a toujours été entière. Mais pas sa liberté d'embaucher ; ordonnance 24 mai 1945, on avait subordonné l'embauche à une autorisation administratif d'embauche. Désormais, elle n'est exigée que dans certains cas exceptionnels, en particulier dans le cas d'un licenciement économique, et que certains des salariés ont bénéficié de financements assurés par l'État (préretraites) ; dans ce cas, puisque état a aidé à financer, toute nouvelle embauche peut être subordonnée à l'accord préalable de l'autorité administrative compétente.

En revanche, si l'autorisation administrative n'est pas nécessaire, une déclaration administrative auprès des services de protection social est nécessaire

## SECTION 2 : LA LIBERTÉ DU RECRUTEMENT.

Loi du 31 décembre 1992 relative au recrutement et liberté individuelle. Cette liberté doit être étudiée avec la liberté du recrutement, et liberté de choix. Ces libertés peuvent être plus ou moins affectées.

### PARAGRAPHE 1 : LE LIBRE CHOIX DU CONTRACTANT.

Il y a des limitations directes, et des limitations indirectes.

1. **LES LIMITATIONS DIRECTES.**
2. **LES INTERDICTIONS.**

Il est interdit d'embaucher et de faire travailler des enfants non libérés de l'obligation scolaire. De même il est interdit d'embaucher un étranger non ressortissant de l'UE sans que cet étranger dispose des autorisations requises (nullité et sanctions pénales).

Si on embauche un salarié en violation d'une obligation de non concurrence (violation contractuelle).

1. **LES OBLIGATIONS.**

Il faut distinguer les obligations d'emploi, des priorités de réembauchage.

### **Les obligations d'emploi.**

Concernent les travailleurs handicapés ou mutilés de guerre. Loi du 10 juillet 1987 : 6% des effectifs salariés sont obligatoirement des travailleurs handicapés. Pour ceux qui ne peuvent en employer, se traduit par un versement d'argent à un fond destiné aux handicapés.

## 2. **Les priorités de réembauchage.**

Pour un certain poste à pourvoir, l'employeur doit le proposer en priorité au salarié qui bénéficie d'une priorité d'embauchage ou de réembauchage. Cette priorité existait lorsqu'existait feu le service national. Pour la mère de famille qui a résilié son contrat de travail pour bénéficier du congé post-natal ; les mères de famille ont le droit de bénéficier des priorités de réembauchage. Concerne les salariés licenciés pour motifs économiques, qui vont bénéficier d'une priorité de réembauchage.

Une autre priorité qui n'est pas une priorité de réembauchage, sont les salariés qui sont employés à temps plein, et qui souhaitent un travail à temps complet, ou inversement, il bénéficie d'une priorité pour occuper ce poste.

## **LES LIMITATIONS INDIRECTES : LE PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION.**

Principe de non discrimination, préambule de 1946. Loi de 1956 et 1983, Egalité des sexes, etc.

Texte qui précise dans quels cas le choix du sexe sera déterminant : artistes, mannequins.

Loi du 31 décembre 1992, Article L122-45 du Code du Travail : aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, en raison de son sexe, origine, ethnie, opinions politiques, activités syndicales ou mutualistes, religion.

Article 225-1 du Code Pénal : constitue une discrimination toute distinction faite entre les personnes pour [etc.].

## **PARAGRAPHE 2 : LES METHODES DE RECRUTEMENT ET DE SELECTION.**

Il y a une réglementation sur la publicité des offres : les offres ne peuvent être en principe que par voie de presse. La encore les nouvelles pratiques de l'information font qu'elles ne passent pas par la presse.

Cabinets de recrutements, qui ont pullulé, et qui se sont spécialisés : on peut se demander si ces cabinets de recrutement ne sont pas en contradiction avec les bureaux de placement payants. La loi est en retard sur la réalité.

Sur les procédés de sélection, il y a bien des méthodes qui sont contestables : analyse psychologique, graphologique, etc. la loi est intervenue, Loi du 31 décembre 1992 : comporte une disposition générale, « nul ne peut apporter au droit des personnes et aux libertés individuelles et collectives des

restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherchés. Il faut que les informations demandées soient pertinentes, et ne doivent avoir comme finalité que sa capacité à occuper l'emploi ou ses capacités professionnelles.

## **CHAPITRE II : LA LIBERTÉ DE DETERMINER LE CONTENU DU CONTRAT.**

Pour l'essentiel, le contrat de travail demeure un contrat adhésion ; mais moins grave, car encadré par les lois et règlements, et surtout les conventions et accords collectifs. On a souligné le déclin du contrat de travail. Aujourd'hui, on en souligne l'actualité, on se réjouit de cette nouvelle vitalité du contrat. Cela se signifie par l'insertion dans ces contrats de clauses, fréquentes et variées, sollicitées pour élargir la sphère de subordination (Clause de secret, de non concurrence, de mobilité géographique, de mobilité professionnelle, etc.).

### **SECTION 1 : VERS UN PRINCIPE GENERALISÉ D'ILLECEITÉ DES CLAUSES DITES DE VARIATION OU DE REVISION.**

La Cour de Cassation subordonne la validité de ces clauses à la constatation que cette clause est bien nécessaire à la défense de l'intérêt légitime de l'entreprise. On applique aussi le principe de proportionnalité. Ces clauses sont très encadrées des leur formation, et des leur mise en œuvre. Peut-on encore, dans le contrat initial, prévoir des clauses par lesquelles le salarié consent par avance a certaines modifications de son contrat. On a souvent prévu des clauses qui prévoiraient que, par avance, le salarié consentirait à certaines modifications du socle de son contrat (éléments fondamentaux) ; la Chambre Sociale de la Cour de Cassation, avec un arrêt 27 février 2001, puis du 2 juillet 2002, fait marche arrière et accepte ces clauses.

#### **PARAGRAPHE 1 : L'INEFFICACITÉ DE CERTAINES CLAUSES PARTICULIERES DE VARIATION.**

2 types de clauses : d'abord, la clause qui prévoit le possible passage d'un contrat a temps complet en contrat a temps partiel. Chambre Sociale : 'peu important que cette modification ait été ou non prévue dans le contrat de travail'. Les clauses d'objectif ou de rémunération : Chambre Sociale 14 novembre 2000. Philippe Vaquet : « la Chambre Sociale renonce à tirer quelque conséquence que ce soit du

caractère unilatéral ou contractuel de l'objectif ». Vaut pour les cas où l'employeur se réserverait le droit de modifier unilatéralement les mécanismes du contrat.

## **PARAGRAPHE 2 : L'INEFFICACITÉ GENERALISÉE DES CLAUSES DE VARIATION.**

Barrière est franchie par Arrêt du 30 mai 2000: la Chambre Sociale utilise une formule plus générale qui pouvait permettre à l'époque d'y voir un arrêt de principe condamnant les clauses dites de révision « Attendu que la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier en toute ou partie le contrat de travail, est nul comme contraire aux dispositions de l'article 1134 al2, le salarié ne pouvant valablement renoncer au droit qu'il tient de la loi. Arrêt comporte une condamnation générale des clauses discrétionnaires : cela correspond à l'arrêt du 2 juillet 2002. Ce qui est condamné en réalité ce sont les clauses de variation discrétionnaire.

## **PARAGRAPHE 3 : L'OBJECTIVATION DES CLAUSES DE VARIATION.**

Dans l'arrêt du 2 juillet 2002, le texte n'est pas invoqué. Mais il est présent, même s'il est sous-jacent. Ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et ne fait pas descendre les minimas légaux et conventionnels. Mais l'arrêt du 27 février 2001 condamne les clauses discrétionnaires qui mettent le salarié à la discrétion de l'employeur.

## **SECTION 2: LES CLAUSES RELATIVES A LA PERIODE D'ESSAI.**

### **PARAGRAPHE 1 : L'EXISTENCE DE LA PERIODE D'ESSAI.**

Le point de départ, l'existence même d'une période ne se discute pas. C'est en principe tout à fait licite. En revanche peut se poser le problème de la preuve de l'existence de la période d'essai. Accessoirement peut se poser la question de la licéité de la période d'essai.

#### **A/ La preuve de la période d'essai**

Si la convention collective prévoit qu'un essai pourra être prévu pour le salarié et que le contrat de travail prévoit expressément que le salarié aura cette période d'essai. Les conventions prévoient qu'il pourra y avoir une période d'essai pour telle catégorie de travailleur, lorsque la convention se borne à prévoir qu'une période d'essai pourra être prévue dans le contrat de travail, si celui-ci ne prévoit rien, alors en principe il importe peu que le contrat rappelle l'existence de la période d'essai. Il faut que le salarié ait été mis à même de connaître l'existence de la convention collective.

On trouvera le même problème pour les clauses de non concurrence.

Ce problème se pose dans plusieurs cas : D'abord problème du renouvellement de la période d'essai.

Une période d'essai peut être renouvelée encore faut-il s'il y a renouvellement on signale au salarié avant l'échéance de la période d'essai. Il y a eu des abus, la jurisprudence s'est insurgée, et aujourd'hui les abus sont moins fréquents car le plus souvent les conventions collectives prévoient la possibilité ou non et la durée du renouvellement. De sorte que le contentieux porte assez fréquemment sur la procédure : Est-ce qu'on a prévenu en temps utile le salarié ? Avant l'issue de la première période d'essai ?

Mais, le problème de la licéité se pose essentiellement en cas de modification de la situation du salarié. On peut envisager plusieurs hypothèses : Ce peut être un salarié promu avec de nouvelles fonctions : Est-ce qu'on peut alors insérer à ce moment là une nouvelle période d'essai ? Il ne fait pas l'affaire, est-ce qu'on peut rompre le contrat sans avoir à respecter les règles du licenciement. La jurisprudence l'a admis mais la tendance est à considérer que si le salarié dans ces nouvelles fonctions ne parvient pas à assumer cette fonction, il doit retrouver ses anciennes fonctions.

— Arrêt du 25 avril 2001 de la Cour de cassation.

La jurisprudence n'a pas encore dit qu'on pouvait prévoir une véritable période d'essai.

Autre hypothèse : C'est un nouveau type de contrat : On était en CDD, et on est engagé sous CDI avec une période d'essai de trois mois. Là c'est simple de résilier le contrat. Il y a eu des fraude, arrêt du 9 juin 1988. Un livreur de pizzas a eu deux CDD successifs, on l'embauche en CDI. L'objet même du contrat ne correspondait pas à la fonction.

Arrêt du 2 décembre 1997 : Il y a un CDD de six mois, la durée de ce contrat se déduit d'une éventuelle période d'essai.

Autre hypothèse : Hypothèse d'un nouveau contrat : Cela correspond à un arrêt du 9 octobre 1996 : Un salarié tait employé depuis 15 ans, il est licencié pour motif économique et quelques mois plus tard il est réembauché avec une période d'essai pour les mêmes fonctions : Cela est abusif.

## **Paragraphe 2 – La durée de la période d'essai**

La loi est discrète, la durée n'est prévue que pour certains salariés, par exemple, pour les VRP, la durée maximum est de trois mois, elle est limitée pour les contrats précaires et les contrat de travail intérimaire. Dans ces cas là, le CDD peut comporter une période d'essai à défaut d'usage ou de dispositions conventionnelles, cette période d'essai ne peut excéder 1 jour par semaine dans la limite de deux semaines lorsque la durée du CDD est au plus de 6 mois.

Hypothèse où on a fait un CDD pour 6 et 2 jours : Ca permet d'avoir une période d'essai de 1 mois, mais la jurisprudence a débusqué la fraude : Arrêt du 10 décembre 1980.

En l'absence de dispositions légales, ce sont les conventions collectives ou le contrat qui fixent une durée. S'il n'y a pas de convention collective, le contrat de travail fait ce qu'il veut. Mais la jurisprudence contrôle les abus.

Dans toutes ces hypothèses, la Cour de cassation contrôle la durée de la période d'essai au regard de la durée du CDD. Il peut y avoir donc licenciement sans cause réelle et sérieuse. Plus ou moins insensiblement on passe de l'abus de droit à la fraude à la loi lorsqu'on fixe une période d'essai de trois mois, alors qu'on sait que le magasin ferme avant.

### **Sur le calcul du délai :**

•— Il y a certaines entreprises qui ont cherché à retarder le point de départ de l'essai en disant qu'il y a une période probatoire avant la période d'essai, ou un stage. La Cour de cassation dans un arrêt du 25 février 1997, la période d'essai doit se situer au commencement de l'exécution du contrat de travail, les parties ne peuvent en différer le début.

— L'autre difficulté sur calcul concerne la suspension éventuelle de la période d'essai. Le principe est que la suspension du contrat quel qu'en soit la cause, maladie, grève..., a également pour effet de suspendre cette période d'essai. Autrement dit il faut que l'employeur puisse apprécier les capacités de la personne

### **Paragraphe 3 – La rupture de la période d'essai**

En cas de rupture d'un contrat, ni les règles sur le licenciement, ni les règles sur la démission ne sont applicables. Il n'y a pas de licenciement au sens strict. Les règles sur le licenciement ne sont pas applicable même si l'abus n'est pas très loin.

### **A/ Un droit de rupture en liberté**

Ce n'est pas un licenciement, autrement dit les règles du licenciement ne sont pas applicables : Article L122-4 du Code du travail. Les règles procédurales et substantielles ne s'appliquent pas, il n'y a pas de préavis ou d'indemnité de licenciement même si parfois les conventions collectives prévoient pour les cadres un délai de préavis à partir d'un certain temps après l'exécution du contrat de travail. Ce même le principe est que les dispositions spéciales protectrices contre le licenciement ne sont pas applicables : Les victimes d'accident du travail, les salariés protégés, les représentants du personnel. Toutes ces règles qui protègent spécialement certaines personnes ne sont pas en principe sauf abus applicables lorsque la rupture intervient en période d'essai.

Mais l'abus n'est pas très loin, il peut être abusif. C'est là une jurisprudence traditionnelle. Dès lors qu'on démontre que le motif n'a rien à voir avec l'appréciation des compétences professionnelles, bien la rupture peut être abusive donnant lieu à des dommages et intérêts. On passe insensiblement de l'abus à la fraude à la loi : Ainsi lorsqu'on utilise un CDI avec période d'essai pour pourvoir un poste destiné à disparaître. Si on met un CDD, on ne peut pas le rompre avant l'échéance du terme sauf faute grave.

Dans ce cas là cette fraude peut être débusquée. Encore faut-il démontrer cet abus ou cette fraude.



## **Section 2 – Les clauses renforçant la subordination des salariés**

Ces clauses sont en principe valables même si de plus en plus elles sont dans une sorte de liberté surveillée, les conditions posées sont de plus en plus strictes et c'est vrai de beaucoup de clauses. Par ailleurs en aval, la mise en œuvre de ces clauses est également surveillée. Autrement dit en aval on va surveiller s'il n'y a pas de détournement de pouvoir. En amont on va poser des conditions de plus en plus strictes. C'est vrai des clauses de mobilité, des clauses de dédit formation, des clauses de non concurrence.

### **Paragraphe 1 – La clause de mobilité**

Ce sont les clauses de mobilité géographique. Les clauses de mobilité dans les contrats des cadres sont fréquentes.

Clauses de mobilité professionnelle : On est affecté à telle fonction mais on est tenu de suivre tel stage de formation pour effectuer telle autre tâche.

Ces clauses ont un objet en pratique licite mais leur mise en œuvre peut être abusive.

#### **A/ Elles sont licites**

Spécialement les clauses de mobilité géographique. L'intérêt est d'éviter qu'il y ait modification du contrat de travail. Dès lors qu'il y a modification du socle contractuel et notamment du lieu de travail, dès lors que la modification n'est pas dans le même secteur géographique, c'est une modification du contrat et il faut l'agrément du salarié. S'il y a une clause de mobilité prévue par avance, le salarié accepte ses modifications : C'est une clause de variation. Après la l'arrêt du 27 février 2001, est-ce que la clause de mobilité est toujours valable ?

Un arrêt du 28 février 2001 dit qu'elles restent valables à condition néanmoins qu'elles soient bien justifiées par la défense des intérêts légitimes de l'entreprise.

Il faut que ces clauses soient proportionnées aux buts recherchés : Article L120-2 du Code du travail.

#### **B/ La mise en œuvre des clauses de mobilité**

La jurisprudence débusque la légèreté blâmable. La mise en œuvre ne doit pas être abusive.

Par ailleurs bien souvent les conventions collectives qui ont prises en compte leur validité prévoient souvent un délai de prévenance, prévoient qu'en cas de mise en œuvre l'employeur devra prendre en charge les frais de déménagement, les frais d'hôtel, d'installation. Souvent la jurisprudence même en l'absence de conventions fait de même.

Par ailleurs, les juges vont rechercher le détournement de pouvoir : Pourquoi demande ton à tel salarié plutôt qu'à un autre ?

L'appréciation est objective, on ne tient pas compte de la situation subjective. Dans la mise en œuvre, il y a parfois une prise en compte de la situation subjective : Arrêt du 18 mai 1999 : Salarié à qui on demandait de se déplacer et qui se trouvait dans une situation familiale critique. La Cour de cassation est sensible.

## PARAGRAPHE 2 : LES CLAUSES DE DEDIT FORMATION.

Montre la volonté des employeurs de fidéliser les employés et les rentabiliser efforts particuliers de formation.

Ex. Si le salarié démissionne dans un délai raisonnable, il sera tenu de rembourser une partie du coût de la formation qu'il a suivie.

Ces clauses sont valables mais a un certain nombre de conditions : le contentieux, notamment au niveau de la Cour d'Appel est abondant : 4, 5 arrêts sur ces clauses.

Principe de licéité posé notamment dans un arrêt de 1991. Cela porte atteinte à la liberté d'ordre public, de démissionner pour le salarié. C'est peut être contraire à l'obligation de formation qui pèse sur l'employeur, arrêt du 25 février 1992 : L'employeur tenu exécuter de bonne foi le contrat de travail a le devoir d'assurer l'adaptation du salarié à leur emploi.

Reprise de ce principe dans l'article L132-2 al1 : loi Aubry.

Malgré cela, ces clauses sont valables, à quelques conditions. Arrêt du 21 mai 2002 : les clauses de dédit formation sont licites si elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi, si le montant de l'indemnité de dédit est proportionné aux frais de formation engagés par l'employeur, et si elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner. On trouve dans cette décision un rappel des différentes conditions posées de façon isolée dans différents arrêts

C'est une liberté encadrée, il faut une véritable formation. Cela concerne souvent des stages pour s'adapter à piloter différents types d'avions.

Mise en œuvre. La jurisprudence s'efforce d'assurer un certain équilibre : d'abord, elle suit certaines clauses des conventions collectives. Les clauses de ces accords ont souvent prévu que le montant du dédit sera réduit en fonction du temps pendant lequel on aura respecté le contrat de l'employeur.

Les clauses pénales peuvent être réduites si elles sont excessives ; mais si c'est le coût de la formation, elle n'est pas manifestement excessive (la Cour de Cassation balance sur ce point). Article 1231 du Code civil : concerne aussi les clauses pénales

La clause va-t-elle jouer quelle que soit la nature de la rupture du contrat de travail ? A l'origine, seulement pour démission. Le licenciement pour cause sérieuse ou pas serait le critère distinctif, mais ce n'est pas encore sur.

## **PARAGRAPHE 3 : LES CLAUSES DE NON CONCURRENCE.**

Après le contrat de travail, normalement, le salarié recouvre sa pleine et entière liberté. C'est bien pour éviter certains risques que les employeurs font figurer pour la période post-contrat des clauses de non concurrence dans le contrat du salarié.

Or les clauses de non concurrence sont valables, mais à des conditions de plus en plus strictes. Il faut s'interroger sur les conditions de validité, avant de voir les conséquences en cas d'illicéité.

### **LA VALIDITÉ DES CLAUSES DE NON CONCURRENCE.**

#### **2. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ.**

Une jurisprudence traditionnelle exigeait qu'elle soit triplement limitée : dans le temps, dans l'espace, et limitée quant à l'activité interdite.

Si l'activité prohibée est très précise, elle peut être plus fortement limitée dans l'espace et dans le temps ; l'inverse est vrai aussi. Tout ceci pour ne pas empêcher au salarié d'exercer ses compétences professionnelles.

Depuis, double évolution jurisprudentielle : arrêt du 14 mai 1992 : « la clause de non concurrence était pas indispensable à la protection de l'entreprise, la CA [...] » il faut que cela porte atteinte aux intérêts de l'entreprise (dans ce cas, laveur de vitre).

Arrêt du 24 octobre 1995 : mêmes exigences. On retrouve aussi le principe de proportionnalité, doit être proportionnelle au but recherché.

Quelle est la cause de l'obligation de non concurrence ? Certains auteurs ont dit que c'est l'ensemble du contrat.

Les conventions collectives prévoient souvent une contrepartie financière élevée. Autres conditions : est-ce qu'une contrepartie financière n'est pas nécessaire ? Le pas est franchi avec deux arrêts du 10 juillet 2002, Article L120-2, principe de proportionnalité : « une clause de non concurrence n'est limitée que si indispensable pour la protection de l'entreprise, limitée dans le temps et l'espace, tient compte des spécificités de l'emploi du salarié, et comporte l'obligation de l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière ».

### **LES CONSÉQUENCES DE LA NON-VALIDITÉ DE LA CLAUSE.**

C'est une nullité de protection du salarié ; c'est la nullité relative qui va s'appliquer. L'employeur ne saurait invoquer même la nullité de la clause, cette action lui est fermée. Mais le salarié peut avoir intérêt à ne pas agir ; car touche plus, avec contrepartie financière

Est-ce que le juge peut réduire le domaine de la clause de non concurrence ? Peut-il s'autoconférer un pouvoir de réfection du contrat. Arrêt 24 mars 1998 : la Cour de Cassation l'a admis un peu timidement. Arrêt 18 sept 2002 : la Cour de Cassation l'admet nettement, « le juge en présence d'une clause de non concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause empêche le salarié de (travailler selon sa formation), le juge peut en restreindre l'application en limitant l'effet dans le temps et l'espace ».

## **LES CLAUSES ACCESSOIRES A LA CLAUSE DE NON CONCURRENCE.**

La clause de non concurrence est classiquement assortie d'une clause pénale ; si le salarié ne la respecte pas, il devra acquitter un montant forfaitaire, des D et I.

Cette clause pénale pourra éventuellement être réduite par le juge sur le fondement de l'article 1150 du Code civil.

(Les autres clauses étaient les clauses prévoyant une contrepartie financière ; si elles existent, elles continuent à exister. Aujourd'hui, désormais, la contrepartie est une condition de validité de la clause, elle est généralisée)

Dans la mesure où la contrepartie coûte cher ; les entrepreneurs peuvent-ils renoncer unilatéralement à la contrepartie et à la clause de non concurrence ? La jurisprudence a répondu que non. Arrêt du 17 février 1993 : pas de renonciation unilatérale en présence d'une contrepartie unilatérale Sauf si on a prévu dans le contrat que l'employeur pourra, lors de la rupture du contrat, renoncer unilatéralement ; cette clause, la jurisprudence la regarde comme valable.

## **CHAPITRE III : CONSENSUALISME ET FORMALISME DANS LA FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL.**

Consensualisme : Principe que le contrat se forme du seul consentement, solo consensu, les parties sont libres de le constater par écrit

Formalisme : impose certaines formes, rites ; ce sont les contrats dits solennels. Le principe est que domine ici le consensualisme, même si le contrat de travail est souvent déterminé par écrit.

Ici, formalisme différent du formalisme habituel : pas de nullité, mais requalification (plus favorable au salarié).

### **SECTION 1 : LES SOLUTIONS TRADITIONNELLES.**

Il y a ici le droit et la pratique.

#### **PARAGRAPHE 1 : LE DROIT.**

C'est le principe du consensualisme qui résulte de l'article L121-1 du Code du Travail : « le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun ». C'est immédiatement aux principes du consensualisme que ce texte se réfère ; « il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter ».

Il y a quelques exceptions traditionnelles à ceci, ou à peine de nullité il faut un écrit : un contrat d'engagement maritime, pour constater un contrat d'apprentissage. À part cela, le principe est que le contrat de travail peut être constaté.

En pratique, pour des raisons évidentes de preuve, mais aussi de contenu, le contrat de travail sera constaté par écrit ; bien souvent il ne s'agira que d'une lettre d'embauche. L'employeur envoie une lettre en double, et demande au salarié de lui renvoyer la lettre (bien souvent on aura d'autres clauses).

À supposer qu'il n'y ait pas écrit, ce ne sera pas une clause de nullité. Il faudra prouver la qualification retenue lors de l'embauche, salaire, etc. À propos du contrat verbal, arrêt du 10 juillet 2002 : un sportif professionnel qui se prévalait d'un CDD, et l'employeur disait que c'était un CDI parce que non écrit. La Cour de Cassation a dit que seul le salarié peut requalifier le contrat, et pas l'employeur.

## **PARAGRAPHE 2 : LA PRATIQUE.**

Le nouveau formalisme : dérive du droit interne, mais aussi du droit communautaire. La législation interne, ce que l'on observe c'est que tous les contrats qui ne sont pas des contrats typiques, à durée indéterminée, et à temps complet, sont aujourd'hui soumis à un formalisme qui se traduit par l'exigence d'un écrit. Il y a des mentions exigées, et souvent des mentions en très grand nombre. La sanction lorsque fait défaut écrit n'est pas la nullité, c'est la requalification en un contrat typique. On va requalifier le contrat à temps partiel en contrat à temps complet, avec cette différence que s'agissant des contrats à durée déterminée, la présomption est une présomption irréfragable, le contrat est réputé à durée indéterminée. Alors que pour le contrat à temps partiel, le contrat sera présumé être un contrat à temps complet, mais l'employeur pourra rapporter la preuve contraire.

Le droit communautaire : directive du 30 juin 1993 qui impose de porter à la connaissance du salarié les éléments essentiels du contrat de travail. Notre droit n'a que très imparfaitement transposé cette directive, selon le professeur.

## **SOUS-TITRE 3 : LA TYPOLOGIE DES CONTRATS DE TRAVAIL.**

À côté du contrat type, qui est le CDI, existent d'autres contrats temporaires à durée déterminée ; contrat de formation, d'orientation. Contrat type, de droit commun. La loi le dit clairement : Article 121-5 du Code du Travail : le contrat est fixé sans durée. L'al 1<sup>er</sup> de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 12 juillet

1990 précise les conditions auxquelles il peut être dérogé au contrat a durée indéterminée

Le contrat type n'est pas seulement le contrat a durée indéterminée ; c'est aussi le contrat a durée indéterminée a temps complet.

## CHAPITRE 1 : LES CONTRATS PRECAIRES.

Contrats déterminés et contrat de travail temporaire.

Contrat de travail précaire en 1982 ; différenciés (86), puis par la loi du 12 juillet 1990 à nouveau contrat de travail précaire

1<sup>e</sup> observation liminaire : la pratique qui a évolué. Ces contrats sont dits précaires car ne garantissent pas une stabilité de l'emploi, ce pourquoi ils sont regardés avec une certaine défaveur par les législateurs successifs. Mais a s'en tenir a l'essentiel, infériorité du CDD par rapport au CDI n'est pas si évidente.

A une époque, on mettait l'accent sur la fragilité du CDI, qui peut être résilié unilatéralement, alors que le CDD ne peut être rompu unilatéralement avant l'arrivée du terme. On insistait sur la garantie de stabilité

Si la perspective s'est aujourd'hui complètement inversée pour 2 raisons. La première raison, c'est la conséquence du développement récent des règles protectrices du salarié en cas de rupture du contrat a durée indéterminée ; il faut une cause réelle et sérieuse de licenciement, sauf a s'exposer a des indemnités fortes.

La seconde raison, tient a la modification des pratiques : jusque dans les années 70, le CDI était peu pratiqué, et était plutôt réservé a des emplois hiérarchiquement élevés, et pour des durées longues. Arrêt Chambre Sociale 1<sup>er</sup> juillet 1985 : CDD de 20 ans. Clauses de stabilité des emplois. On ne peut pas rompre le contrat sans faute grave.

A partir des années 70, les pratiques changent radicalement ; le CDD est fréquemment utilisé, mais pour des contrats de faible qualification et de durée courte. Va se développer le travail temporaire. Progressivement, le CDD est devenu un moyen d'obtenir de la main d'œuvre sous-qualifiée, de permettre une flexibilité d'emploi, et de donner aux entreprises un relent d'emploi.

2<sup>e</sup> observation : la jurisprudence, soucieuse de protéger le salarié, n'a pas hésité à requalifier, disqualifier, certains contrats qualifiés de CDD. 1<sup>e</sup> démarche part de l'essence même du CDD ; d'une part il doit comporter un terme, d'autre part il ne peut pas prendre fin avant échéance du terme. De sorte que si le contrat prévoit une faculté de résiliation unilatérale, les 2 caractères ne sont pas remplis, et on requalifie le contrat en CDI. Seul le salarié peut agir en requalification.

2<sup>e</sup> démarche de la jurisprudence : lorsqu'il y a eu des contrats, la jurisprudence s'est efforcée de lutter contre certains abus, de renouveler des CDD plusieurs fois de suite :

en requalifiant l'ensemble des contrats successifs en CDI, même si chaque contrat successif était vu comme un CDD. Arrêt du 2 février 1994 : pour un employé qui avait été employé pendant plus de 20 ans.

Malgré tout, la jurisprudence a été impuissante à lutter contre tous les abus. De sorte que le législateur a dû intervenir. Loi de 1972 pour les contrats de travail temporaire, puis en 1979 premier texte sur les CDD. Puis on a assisté à des reflux d'une réglementation C'est une ordonnance du 11 août 1986, puis loi du 12 juillet 1990.

La loi de 1990 est encore intacte : malgré ces flux et reflux, on remarque 2 grandes tendances. Au-delà des contingences politiques et réactions juridiques. On a assisté à une certaine constance dans certains principes. Un principe demeure qui veut qu'un contrat précaire ne peut être conclu que pour exécution d'une tâche précise et temporaire, et que d'autre part, qu'il ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement un emploi permanent de l'entreprise.

En dépit des divergences politiques, il y a un certain consensus. Il faut permettre aux entreprises une certaine flexibilité.

Et aussi le rapprochement entre le régime juridique des CDD et le régime juridique des contrats de travail temporaire : le contenu des articles du Code du Travail sont essentiellement les mêmes. Le contrat de travail temporaire établit une opération triangulaire.

## **SECTION 1 : LE RECOURS AU CONTRAT PRECAIRE.**

La durée des contrats doit avoir les formes imposées.

### **PARAGRAPHE 1 : LES CAS DE RECOURS AUX CONTRATS PRECAIRES.**

Le CDD, quel que soit le motif, ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet, de pourvoir durablement à un emploi lié à une activité normale et permanente de l'entreprise (L122-1 al1). L'alinéa 2 ajoute que le contrat de travail, comme le CTT, ne peut être utilisé que pour exécution d'une tâche précise et temporaire.

L122-3 : en aucun cas un CDD ou un CTT ne peut être conclu pour remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu par suite d'un conflit collectif.

## **LES CAS DE RECOURS AUTORISÉS.**

La loi du 12 juillet 1990 prévoit 3 grands cas de recours autorisés. Article L122-1-1 CDD, L124-2-1 CDT.

En cas de remplacement d'un salarié, c'est le cas le plus typique ; mais si on remplace quelqu'un qui n'est pas un salarié, ne vaut pas, arrêt 26 mars 2002.

Chambre Sociale 10 juillet 2001 : on attendait d'embaucher quelqu'un à durée indéterminée. Le contrat est requalifié en CDI. ( ?)

Accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise. Si l'accroissement temporaire se reproduit régulièrement, on

prend certains risques de requalification.

Et puis les cas pour lesquels il y a un régime juridique dérogatoire ; c'est les emplois à caractère saisonnier, les usages. « Pour pourvoir aux emplois à caractère saisonnier », (mais par exemple un salon annuel n'est pas un emploi saisonnier) « ou dans certains secteurs définis par décrets ou il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI ».

2 observations à propos de ces contrats d'usage : les exploitations forestière, déménagement, spectacles, hôtellerie, audiovisuel, enseignement. Encore faut-il que ces emplois soient de nature temporaire. Exemple dans l'audiovisuel.

## 1. CAS DE RECOURS INTERDITS.

En cas de conflit collectif, pour remplacer les travailleurs. Il est interdit d'utiliser des emplois précaires sans formation pour des métiers dangereux.

Il est interdit de recourir à des emplois précaires si l'entreprise a eu recours à des licenciements pour motifs économiques dans moins de 6 mois.

Cette interdiction ne s'applique qu'au poste concerné par le ou les licenciements économiques. Elle est écartée si le contrat n'excède pas 3 mois. Arrêt 12 février 1997.

3<sup>e</sup> interdiction : le délai de carence. Signifie qu'à l'issue d'un CDD, on ne peut embaucher la même personne pour le même poste, avant l'expiration d'un délai de carence, d'une durée équivalente d'un tiers de la mission. Ce délai de carence était porté à la moitié de la durée du 1<sup>er</sup> contrat, si le contrat est inférieur à 14 jours. Loi du 17 janvier 2002.

### Paragraphe 2 – La durée des contrats précaires A/ La durée initiale

Le principe posé par la loi est que le contrat précaire (article L122-1-2) doit comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion du contrat mais comme souvent les principes comportent des exceptions.

#### 1) Une durée précise

Une durée précise qui est courte même si le législateur peut prévoir des durées plus longues, c'est le cas du plan emploi-jeune, où les contrats à durée déterminée avaient en principe une durée de 5 ans. Mais le système a été changé.

Pour le reste c'est une durée limitée, exagérément à six mois par l'ordonnance du 5 février 1982. Durée accrue avec l'ordonnance du 11 août 1986, on passe à 24 mois, et puis la durée ramenée à 18 mois avec la loi du 12 juillet 1990.

#### Deux séries d'observations :

- — Parfois cette durée maximum est diminuée et parfois augmentée.

- Cette durée maximum ne vaut pas pour tous les types de contrats.

- Elle est ramenée à 9 mois en cas d'attente de l'entrée en service effectif d'un salarié en contrat à durée indéterminée : Simplement la personne n'est pas libre tout de suite. Dans l'hypothèse de travaux urgents nécessaires pour des considérations de sécurité.



Cette durée est augmentée dans deux cas :

- 24 mois en cas de départ définitif d'un salarié précédant la suppression de ce poste.
  - Lorsque le contrat est exécuté à l'étranger, ou en cas de commande exceptionnelle à l'exportation. Dans ce cas la durée minimale est de 6 mois.
- \*— Cette durée maximale de 18 mois est inapplicable dans le cas où le contrat est conclu au titre du 3° de l'article L122-1-1, c'est-à-dire des contrats d'usage. Ca concerne notamment les footballeurs, les sportifs professionnels.

## 2) Les exceptions

Lorsque le contrat est conclu pour remplacer un salarié absent il peut être conclu sans durée précise, peut ne pas comporter de terme précis mais dans ce cas, il doit être conclu pour une durée minimale. En l'absence de durée minimale, le contrat est susceptible d'être requalifié en contrat à durée indéterminée : Sociale 29 octobre 1996. En pratique si l'absence risque très longue, vaut mieux engager un contrat à durée indéterminée.

## B/ Le renouvellement

La loi ne l'interdit pas mais traditionnellement, ce renouvellement est soumis à certaines conditions :

D'abord un seul renouvellement est possible, ensuite la durée totale du contrat ne peut excéder la durée maximale autorisée par la loi (18 mois). Le principe est que normalement les conditions du renouvellement doivent être déterminées par le contrat, mais ici il suffit de prévoir un avenant au contrat avant la fin du contrat initial.

Si le contrat de travail se poursuit après l'échéance du terme, le contrat est automatiquement requalifié en contrat à durée indéterminée. Mais rien n'empêche de remplacer un salarié sur des postes différents.

## Paragraphe 3 – Les formes des contrats précaires

La loi pose l'exigence d'un écrit, à défaut il est réputé conclu pour une durée indéterminée : Article L122-3-1 du Code du travail.

Le contrat doit indiquer le motif du recours au contrat à durée déterminée. La loi prévoit que le contrat doit prévoir un certain nombre de mentions obligatoires. Il y en a beaucoup et selon la loi de 1990, la forme ici joue au service du fond : On veut qu'il y ait un principe d'assimilation entre le salarié en contrat à durée déterminée et le salarié en contrat à durée indéterminée.

## Section 2 – Le régime juridique des contrats précaires

Il faut examiner la situation des salariés, les droits des salariés avant d'examiner l'extinction du contrat à durée déterminée.

### Paragraphe 1 – Le statut des salariés

D'abord il existe un principe d'assimilation entre les contrat à durée déterminée et les contrat à durée indéterminée.

## **1.A) Le principe de l'égalité des droits**

Déjà le rapport Auroux l'expliquer bien. C'est l'idée de limiter un salariat à deux vitesses, et l'article L122-3-3 nous dit que sauf dispositions législatives expresses, les dispositions légales et conventionnelles et celles résultant des usages, s'appliquent également au salarié lié par un contrat à durée déterminée.

Il faut que la convention collective soit indiquée dans le contrat et la rémunération ne doit pas être inférieure à un salarié de l'entreprise en contrat à durée indéterminée pour le même poste et même qualification.

## **1.B) La protection contre les accidents du travail**

C'est la protection physique des salariés précaires, l'employeur doit établir une liste des postes de travail présentant des risques pour la santé ou la sécurité du salarié sous contrat précaire. Il doit lui assurer une formation renforcée.

### **Paragraphe 2 – L'extinction des contrats précaires**

#### **A/ L'extinction à l'échéance du terme**

Il ne peut être résilié unilatéralement sauf période d'essai. Le principe est l'extinction à l'échéance du terme de sorte que la rupture anticipée est normalement impossible.

Le principe est clair : C'est l'extinction du contrat à l'échéance du terme.

Si la relation de travail se poursuit, le salarié peut demander la requalification automatique en contrat à durée indéterminée de plein droit. Si le contrat du salarié est suspendu pour maladie ou accident, cela n'empêche pas l'échéance du terme.

En pratique, bien souvent la relation de travail doit se poursuivre, de sorte qu'on a souvent utilisé les contrats précaires comme une sorte de pré-embauche. Le législateur fait en sorte de ne pas empêcher cette pratique.

Le principe est l'extinction du contrat mais on a voulu tenir compte de la situation précaire d'où la création de l'indemnité de précarité de l'emploi. L'accord interprofessionnel parle d'indemnité de fin de contrat. Le montant de cette indemnité est aujourd'hui identique qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée ou d'un CTT depuis la loi du 17 janvier 2002, il est de 10% de l'ensemble de la rémunération perçus pendant la durée du contrat ou pendant la durée de la mission. Cette indemnité n'est pas due dans quelques cas : CES, de même pour les contrats durée déterminée spéciaux dans le cadre de la formation. Si le salarié refuse un contrat à durée indéterminée, il n'aura pas d'indemnité de précarité.

#### **B/ La rupture anticipée**

##### **1) La rupture fautive**

Le contrat à durée déterminée ne peut être résilié avant l'échéance du terme.

Le principe est donc que la rupture qui interviendrait avant est une rupture fautive, les conséquences ne sont pas les mêmes selon que la

rupture émane de l'employeur ou du salarié.

En cas de contrat à durée déterminée, si c'est l'employeur qui résilie sans raison et bien le salarié peut exiger l'intégralité des salaires qu'il aurait perçu jusqu'à l'échéance du terme.

S'il y a rupture anticipée par le salarié, depuis la loi du 17 janvier 2002, elle n'est pas toujours fautive, si le contrat à durée déterminée rompt le contrat avant l'échéance car embauché en contrat à durée indéterminée ailleurs alors sa rupture n'est pas fautive. Pour le reste s'il y a rupture fautive, il pourra être condamné à des dommages et intérêts. Il n'y a donc pas identité.

Dans le cas du CTT, ici on a une opération triangulaire, quelque fois c'est l'entreprise qui rompt le contrat. C'est gênant de condamner un entreprise de travail temporaire à payer. Elle devra payer si dans délai de trois jours elle ne présente pas au salarié une mission similaire.

Sauf accord des parties le contrat ne peut être rompu que pour faute grave ou force majeure.

Faute grave : On n'applique pas les règles du licenciement il concerne que le contrat à durée indéterminée. Il faudra respecter la procédure relative aux sanction disciplinaires. En ce qui concerne la notion de faute grave, c'est une faute liée à la personne, l'insuffisance de rendement, l'incompétence n'est pas un motif disciplinaire.

Force majeure : Elle est entendue très strictement et que la notion de force majeure n'a qu'un rôle extrêmement résiduelle.

## **Section 3 – Les sanctions en cas de non respect des règles régissant les contrats précaires**

### **Paragraphe 1 – Les sanctions pénales**

Elles ont été étendues à tout les cas de conditions de formation du contrat à durée déterminée. Les peines ont été augmentées.

3500 € en cas d'infraction et 7000 € en cas de récidive.

Par ailleurs, désormais les syndicats peuvent exercer toutes les actions, même pénales ouvertes aux salariés en cas de violation des règles sur le contrat à durée déterminée ou le CTT. Il suffit simplement que le salarié ne s'y oppose pas.

### **Paragraphe 2 – Les sanctions civiles**

Ce n'est pas la nullité, c'est la requalification. La jurisprudence avait déjà utilisé ce procédé, requalification interprétation : Le juge redonne au contrat sa véritable nature. Avec les textes sur le contrat à durée déterminée, la requalification est une requalification sanction mais désormais on doit bien admettre que coexistent deux types d'actions en requalification : L'action en requalification en interprétation et l'action en requalification sanction.

— Cette requalification sanction joue aussi bien en cas de violation des règles sur le contrat à durée déterminée qu'en cas de violation des règles sur le contrat à durée indéterminée. Lorsqu'il – requalification seule la nature du contrat change.

— La requalification a pour effet essentiel de faire jouer les règles sur le contrat à durée indéterminée et les règles sur le licenciement. A

priori c'est plus intéressant pour le salarié de faire requalifier son contrat mais pas sûr à cause de l'ancienneté. Donc parfois c'est plus intéressant au salarié de rester en contrat à durée indéterminée. La solution est la rupture du contrat, d'encaisser l'indemnité de précarité et ensuite demander la requalification. Arrêt du 9 mai 2001, Chambre Sociale. Dans tous les arrêts la Cour de cassation dit que seul le salarié peut demander la requalification. Arrêt du 10 juillet 2002 qui le dit très clairement. Avant la loi de 1990, on distinguait la violation des règles de forme (présomption réfragable en contrat à durée indéterminée), violation des règles de fond (présomption irréfragable). A présent la sanction est la requalification, c'est une présomption irréfragable.

— L'action devant le conseil des Prud'hommes dure longtemps, mais l'article L122-3-13 prévoit une procédure d'urgence. Le juge doit statuer dans un délai d'un mois et il n'y a pas ici de conciliation préalable : On passe directement devant le bureau de jugement : Il doit d'office ordonner le versement de l'indemnité équivalent à un mois de salaire.

## CHAPITRE II : LES CONTRATS A TEMPS PARTIEL.

En 1993, feu le contrat de travail intermittent est supprimé, et est remplacé par un temps partiel.

Puis la loi du 19 janvier 2000 (Aubry 2), ressuscite le contrat de travail intermittent. Dans le code du travail, le travail à temps partiel et intermittent constituent 2 paragraphes.

### SECTION 1 : LE CONTRAT DE TRAVAIL A TEMPS PARTIEL PROPREMENT DIT.

A longtemps été pratiqué dans le silence de la loi ; depuis 73, le contrat de travail à temps partiel a fait l'objet d'une dizaine de textes, plus des accords (notamment un accord cadre européen, qui a été transposé par une directive), sollicitude du législateur a propos du contrat à temps partiel. Plusieurs considérations expliquent que l'on cherche tout à la fois à limiter le recours au temps de travail partiel, ou du moins on cherche à l'encadrer ; et en même temps, des considérations qui ont pour objectif d'encourager le temps de travail à temps partiel.

Le salarié risque être marginalisé dans les entreprises. Surtout un salarié à temps partiel, peut devenir un salarié précaire, ou un demi-salarié. Le travail à temps partiel, en même temps, recourt à une certaine demande ; peut développer la pluriactivité, etc.

Les législateurs successifs ont ainsi cherché soit à favoriser ce type de travail, soit à l'encadrer.

#### PARAGRAPHE 1 : LE RECOURS AU TRAVAIL A TEMPS PARTIEL.

Le recours au travail à temps partiel, traditionnellement, était considéré comme salarié à temps partiel les salariés dont la

durée du travail était inférieure d'au moins 1/5 à la durée légale ou conventionnelle de l'entreprise. La loi du 19 janvier 2000 supprime cette condition, parce qu'il fallait transposer la directive du 15 dec 1997 (qui transposait l'accord cadre signé auparavant). Désormais, sont des salariés à temps partiels tous les salariés qui travaillent moins que le temps de travail légal ou si la durée est inférieure au temps de travail conventionnel.

## **LES CONDITIONS DE RECOURS AU TRAVAIL A TEMPS PARTIEL.**

**En principe :** L'employeur est incité à négocier ; des horaires temporaires peuvent être faits avec préavis au chefs syndicaux.

En l'occurrence, ni le salarié ni l'employeur ne peut imposer à l'autre partie contractante, de travailler à temps partiel. En particulier même s'il dispose d'une priorité pour accéder à ce temps de travail.

Le chef d'entreprise ne peut imposer au salarié à temps complet de travailler à temps partiel (Article L212-4-9). Le temps de travail, c'est un élément du contrat, fait partie du socle contractuel.

C'est aussi l'idée que le travail à temps partiel est choisi.

Source : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F1915> (01/07/2014)

**En pratique :** Le contrat de travail d'un salarié à temps partiel peut être conclu pour une durée indéterminée ou déterminée.

Il doit être établi par écrit. Tout avenant au contrat doit également faire l'objet d'un écrit. En l'absence d'écrit, le contrat est présumé être à temps plein.

L'horaire de travail ne doit pas comporter, au cours d'une même journée, plus d'une interruption d'activité, de 2 heures maximum.

Toutefois, une convention ou un accord collectif peut déroger à ce principe (et prévoir une interruption supérieure à 2 heures), à condition de :

- définir les amplitudes horaires pendant lesquelles les salariés doivent exercer leur activité,
- fixer leur répartition dans la journée de travail, moyennant des contreparties spécifiques et en tenant compte des exigences propres à l'activité exercée

## **LE FORMALISME DU CONTRAT.**

Formalisme protecteur. Le contrat de travail des salariés a temps partiel est un contrat écrit, qui doit comporter des mentions obligatoires, en particulier la durée hebdomadaire ou éventuellement mensuelle du salaire, ainsi que la répartition des heures sur la semaine ou sur le mois. Le contrat de travail doit préciser toutes les mentions suivantes :

- qualification du salarié,
- éléments de la [rémunération](#),
- [durée de travail](#) hebdomadaire ou mensuelle prévue,
- répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois,
- limites de l'utilisation des [heures complémentaires](#),
- modalités de communication par écrit au salarié des horaires de travail pour chaque journée travaillée,
- cas dans lesquels la répartition de la durée du travail peut être modifiée et nature de cette modification.

Par exception, il n'est pas nécessaire de mentionner la répartition de la durée du travail dans les cas suivants :

- si le salarié travaille dans une association ou une entreprise d'aide à domicile,
- ou si la répartition de la durée du travail est établie sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année.

Outre des sanctions pénales, l'absence écrit expose l'employeur à une requalification en contrat à temps plein. À la différence de la requalification sanction du CDI et CDD, la présomption n'est pas une présomption irréfutable, elle est simple (la preuve pourra être apportée par des témoignages, etc.).

La Chambre sociale a renforcé l'exigence de preuve contraire (suite à certains abus) ; la preuve apportée par l'employeur a été rendue plus difficile. Arrêt 12 novembre 1997 : « qu'en l'absence écrit, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve non seulement du temps de travail, mais de sa répartition entre les jours de la semaine ou entre les semaines du mois ». La preuve est compliquée.

On a voulu lutter contre le travail à sifflet.

### 3. MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL TEMPORAIRE.

#### Principe

Les règles habituelles concernant la [modification du contrat de travail](#) sont applicables au salarié à temps partiel. Ainsi,

par exemple, l'employeur ne peut pas modifier la durée de travail du salarié sans son accord.

Cependant, des spécificités sont prévues dans les cas suivants :

- modification de la répartition de la durée de travail,
- accomplissement régulier d'heures complémentaires.

## **Modification de la répartition de la durée de travail**

L'employeur peut modifier la répartition de la durée du travail, dans les conditions prévues par le contrat. Dans ce cas, le refus du salarié peut être considéré comme une faute ou un motif de licenciement, sauf s'il est justifié par l'une des raisons suivantes :

- ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses ou le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur,
- la modification n'est pas compatible avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée.

L'employeur respecte un préavis de 7 jours, pouvant être réduit à 3 jours ouvrés minimum si une convention ou un accord le prévoit.

L'employeur peut demander au salarié de changer la répartition de sa durée du travail, même si le contrat de travail n'en a pas prévu les conditions. Dans ce cas, le salarié peut refuser la proposition. Son refus ne peut constituer une faute ou un motif de licenciement.

## **Heures complémentaires régulières**

Sauf opposition du salarié, le contrat de travail est modifié dès lors que l'horaire moyen prévu au contrat est dépassé d'au moins 2 heures par semaine (ou de l'équivalent mensuel de cette durée). Ce dépassement doit être constaté durant 12 semaines consécutives ou pendant 12 semaines au cours d'une période de 15 semaines.

La modification est apportée au contrat sous réserve d'un préavis de 7 jours.

## **PARAGRAPHE 2 : LA SITUATION DU SALARIÉ A TEMPS PARTIEL : LES GARANTIES ET LES DROITS.**

La loi s'efforce à rapporter certaines garanties contre une flexibilité excessive, et d'assurer une égalité entre salariés à temps partiel, et salariés à temps complet.

## **LES GARANTIES CONTRE UNE FLEXIBILITÉ EXCESSIVE.**

La loi Aubry de 98 avait prévu de réduire le nombre et la durée des interruptions au cours d'une journée de travail.

L212-4-4 : les horaires des salariés à temps partiel, ne peuvent comporter plus d'une seule interruption d'activité, et pas supérieure à 2 heures ; sauf accord de branche étendu.

La loi du 18 janvier 2000 rajoute certaines garanties. Le recours à des heures complémentaires : il est possible, mais on veut éviter des dépassements continus. Le principe est que les heures complémentaires ne peuvent pas excéder 1/10<sup>e</sup> de la durée fixée par le contrat. Ne constitue pas une faute ou motif de licenciement, le refus d'exercer les heures complémentaires non prévues au contrat.

Quant à la modification de la répartition de l'horaire du travail : (n'est pas un socle du contrat, sauf s'il y est inscrit) l'employeur peut demander de changer la répartition de l'horaire du salarié à temps partiel. Mais en toute occurrence, il faut respecter un délai de prévenance de 7 jours minimum, et que ce soit prévu par le contrat. Dans certains cas, le salarié peut refuser la modification, ce qui ne consiste ni une faute, ni un motif de licenciement.

### **2. L'ÉGALITÉ ENTRE LES SALARIÉS À TEMPS PARTIEL ET LES SALARIÉS À TEMPS COMPLET.**

Les salariés à temps partiel bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet.

## **SECTION 2 : LE CONTRAT DE TRAVAIL INTERMITTENT.**

Traditionnellement, le législateur n'avait pris en considération que le travail à temps partiel sur la semaine et le mois. Mais ont vu le jour dans certains secteurs d'activité, des pratiques de travail partiel sur l'année (une mois sur deux par exemple). En 1986, une forme de travail intermittent a été créée pour légaliser cette pratique. Ce fut un échec complet ; le salarié lié par ce contrat, qui est un CDI, pendant les périodes où il ne travaille pas, ne peut pas toucher l'indemnisation du chômage, puisqu'il a un emploi. Il était préférable d'utiliser les CDD, et puis de toucher l'indemnisation du chômage.

La loi Giraud a supprimé cette loi.

La loi Aubry de 2000 ressuscite les contrats intermittents :

### **1) LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE.**

Il faut des postes permanents qui comportent une alternance de périodes travaillées et non travaillées. Il faut un accord d'entreprise, qui ne soit pas frappé par une opposition ; et si c'est un accord de branche, il doit être étendu par le ministre.



Source : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2247> (03/07/2013)

## Types d'emplois concernés

Le contrat de travail intermittent peut être conclu dans les secteurs connaissant d'importantes fluctuations d'activité sur l'année.

Il ne peut être conclu que pour un emploi répondant à des besoins permanents, mais qui comportent une alternance de périodes travaillées et non travaillées. Ces activités sont notamment liées aux spectacles, aux rythmes scolaires, aux cycles de saisons et au tourisme.

## Contrat prévu par convention ou accord collectif

Sauf dérogations, la mise en place du contrat de travail intermittent doit être prévue :

- soit par la convention collective,
- soit par un accord collectif étendu,
- soit par un accord d'entreprise ou d'établissement.

La convention ou l'accord doit désigner de façon précise les emplois permanents qui peuvent être pourvus par la conclusion de contrats de travail intermittent.

## Contrat conclu en l'absence de convention d'accord préalable

Un contrat de travail intermittent peut être conclu par les entreprises adaptées et les centres de distribution de travail à domicile, même en l'absence de convention ou d'accord collectif. Le contrat doit être conclu avec un travailleur handicapé, [bénéficiaire de l'obligation d'emploi](#).

Jusqu'au 31 décembre 2014, les entreprises de moins de 50 salariés peuvent également conclure un contrat de travail intermittent en l'absence de convention ou d'accord collectif, uniquement dans les secteurs suivants :

- organismes de formation (sauf pour les formateurs en langues),
- commerce des articles de sport et d'équipements de loisirs,
- détaillants et détaillants-fabricants de la confiserie, chocolaterie et biscuiterie.

Pour ces secteurs, le contrat doit préciser que la rémunération, versée mensuellement au salarié, est indépendante de l'horaire réel effectué et est lissée sur l'année.

## 2) LE CONTENU.

C'est un CDI, rémunération ; les salariés bénéficiaires d'un contrat de travail intermittent bénéficient des mêmes droits que les autres salariés.

Le contrat intermittent est obligatoirement un contrat à durée indéterminée (CDI).

Il doit être écrit.

Le contrat intermittent doit mentionner les éléments suivants :

- qualification du salarié,
- éléments de la rémunération,
- durée annuelle minimale du travail du salarié,
- périodes de travail,
- répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes.

Dans le secteur du spectacle vivant et enregistré, il n'est pas possible de fixer avec précision les périodes de travail, ni la répartition des heures de travail au sein de ces périodes.

Dans ce cas, l'accord collectif ou la convention doit déterminer les adaptations nécessaires et les conditions permettant au salarié de refuser les dates et les horaires de travail qui lui sont proposés.

## 3) DUREE DU TRAVAIL , REMUNERATION, STATUT DU SALARIE

La durée annuelle de travail est fixée dans le contrat. Le salarié peut la dépasser, dans la limite du tiers de cette durée (sauf accord du salarié).

Il peut également bénéficier des avantages liés aux [heures supplémentaires](#) lorsqu'il dépasse la durée légale pour chaque semaine travaillée.

Le salarié ne bénéficie pas de la mensualisation. Cependant, la convention ou l'accord collectif peut prévoir un lissage de la rémunération afin qu'elle soit versée mensuellement, indépendamment de l'horaire réel.

Le salarié en contrat de travail intermittent bénéficie des droits reconnus aux salariés à temps plein (congrés payés, formation professionnelle, conditions de travail, etc.), sauf dispositions spécifiques prévues par accord ou convention.

Les périodes non travaillées sont prises en compte en totalité pour la détermination des droits liés à l'ancienneté.

## **TITRE DEUXIEME : LE DEROULEMENT DE LA RELATION DE TRAVAIL.**

Il peut arriver des incidents qui modifient le déroulement de la relation du travail.

### **SOUS-TITRE PREMIER : LE DEROULEMENT NORMAL DE LA RELATION DE TRAVAIL.**

C'est s'attacher aux obligations réciproques de l'employeur et du salarié, données par le contrat synallagmatique, qui leurs confèrent aussi des droits.

Le salarié doit exécuter loyalement et de bonne foi la prestation de travail, et l'employeur a l'obligation de rémunérer le salarié.

### **CHAPITRE 1 : L'EXECUTION DE LA RELATION DE TRAVAIL.**

Le salarié exécute une prestation de travail pendant un certain temps :

#### **SECTION 1 : LE TEMPS DE TRAVAIL.**

Comporte 2 aspects majeurs : la durée du travail et son aménagement Il y a des périodes où l'on pourrait travailler plus ou moins, de toute façon je n'ai rien noté. La modulation permet de faire travailler les salariés pendant 37 heures pendant 6 mois, et 33 heures pendant 6 mois ; du moment que la moyenne totale soit de 35 heures.

SOURCE : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1911> (2 janvier 2015)

Sauf dérogations conventionnelles, le salarié est soumis à une durée légale de travail de 35 heures par semaine. Des durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail sont également imposées. Sauf dérogations, le salarié ne doit pas travailler au-delà des durées maximales prévues.

#### **Durée légale du travail : 35 heures**

##### **Principe**

La durée légale du travail est fixée à **35 heures** par **semaine civile** (ou **1 607 heures** par an) pour toutes les entreprises, quel que soit leur effectif.

Cependant, des dispositions conventionnelles peuvent prévoir une durée de travail hebdomadaire supérieure ou inférieure à 35 heures.

Les heures effectuées au-delà de la durée légale (ou conventionnelle) sont considérées comme des **heures supplémentaires**.

### **À noter :**

tout salarié ou apprenti âgé de moins de 18 ans est soumis à des **durées de travail réduites**.

### **Temps de pause**

Un temps de pause d'au moins **20 minutes** doit être accordé au salarié dès que son temps de travail quotidien atteint 6 heures.

### **Salariés non concernés par la durée légale de travail**

La durée légale de travail s'applique à tout salarié, sauf dérogations.

Dans certains secteurs d'activité (agriculture, transports routiers, entreprises de travail maritime...), des régimes spéciaux sont applicables.

La durée légale du travail effectif ne s'applique pas au :

- cadre dirigeant,
- mandataire social,
- VRP,
- concierge d'immeuble d'habitation au service de particuliers,
- employé de maison,
- assistante maternelle.

### **Durée maximale du travail**

#### **Durée maximale quotidienne**

La durée de travail effectif (y compris les éventuelles heures supplémentaires accomplies) ne peut pas dépasser la durée maximale de **10 heures** par jour.

Toutefois, des dérogations à cette durée maximale sont possibles dans certains cas, lorsqu'une augmentation temporaire d'activité est imposée (travaux saisonniers, par exemple).

### **Durées maximales hebdomadaires**

La durée de travail effectif hebdomadaire (y compris les éventuelles heures supplémentaires accomplies) ne peut pas dépasser les durées suivantes :

- la durée maximale hebdomadaire moyenne de **44 heures** par semaine sur une période de 12 semaines consécutives (jusqu'à 46 heures maximum si des dispositions conventionnelles les prévoient, ou plus de 46 heures à titre exceptionnel),
- la durée maximale hebdomadaire absolue de **48 heures** par semaine (ou jusqu'à 60 heures maximum, si des circonstances exceptionnelles les justifient).

### **Heures d'équivalences**

Dans certaines professions et pour des emplois déterminés comportant des périodes d'inactivité, une durée du travail équivalente à la durée légale peut être instituée.

Ces périodes sont rémunérées conformément aux usages ou dispositions conventionnelles qui les instaurent.

## **SECTION 2 : DROITS ET OBLIGATIONS DU SALARIÉ.**

Il y a une sorte d'augmentation des droits et obligations des salariés pendant l'exécution du travail : obligation de bonne foi, de fidélité (« high-fidelity »), obligation de discrétion, de confidentialité. Droit au respect de la vie privée de l'employeur.

Ces obligations sont importantes selon le niveau hiérarchique des salariés. Ces devoirs peuvent être des devoirs d'allégeance, par exemple. La perte de confiance n'est pas en soi une cause de licenciement, selon la Cour de Cassation, il faut des éléments objectifs.

## CHAPITRE 2 : LA REMUNERATION DU TRAVAIL.

Il existe un salaire minimum de croissance. En 68, on a augmenté le SMIG de 35%. En 1970, on parle du salaire minimum de croissance.

Le montant du salaire est fixé librement au cours d'une négociation entre l'employeur et le salarié. Certaines dispositions légales et conventionnelles doivent toutefois être respectées. Le salaire se compose de l'ensemble des sommes versées en argent et des avantages en nature que perçoit le salarié.

Source : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/N474>

### 1. A) Montant

**Le salaire est fixé librement par les parties. Sa modification est interdite sans l'accord du salarié.**

**<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2301>  
(02/12/2014)**

### Fixation

L'employeur et le salarié fixent ensemble le montant du salaire dans le respect :

- du montant du salaire minimum de croissance (Smic) et du salaire minimum éventuellement garanti par convention collective ou accord collectif,
- de l'égalité salariale entre homme et femmes,
- de l'égalité salariale entre salariés pour un travail équivalent (principe à *travail égal, salaire égal*),
- et du versement des heures supplémentaires et complémentaires éventuellement dues.

Il est interdit de fixer le salaire par le biais d'enchères électroniques.

**À noter :**

en pratique, les négociations sur le salaires sont souvent exprimées en salaire brut, c'est-à-dire le salaire avant déduction des cotisations sociales. Le salaire net est celui que le salarié perçoit après déduction de ces sommes.

**Modification**

En cours de contrat, le salaire ne peut pas être modifié sans l'accord du salarié.

Le refus du salarié ne peut pas constituer une faute.

Cependant, il peut entraîner son licenciement si la modification du salaire proposée est motivée par une cause réelle et sérieuse (difficultés économiques ou sanction disciplinaire, par exemple)

Toute clause de révision automatique de salaire par une indexation sur l'évolution du Smic est interdite.

**Attention :**

une retenue sur salaire peut être effectuée en l'absence de travail fourni par le salarié (en cas de grève, par exemple).

**1. B) Composition**

Certains éléments viennent en complément du salaire de base.

**Primes et gratifications**

Les primes et les gratifications viennent en complément du salaire.

Leur versement est obligatoire s'il est prévu par :

- le contrat de travail,
- un accord collectif,
- un usage,
- ou un engagement unilatéral de l'employeur.

Ces sommes constituent un élément du salaire parmi lesquelles notamment :

- les primes et gratifications annuelles (primes de fin d'année, de 13ème mois, de vacances, de bilan, de participation...),
- les primes relatives au rattrapage du coût de la vie (primes de vie chère, primes de productivité...),
- les primes relatives aux qualités personnelles (primes d'assiduité, de ponctualité, d'ancienneté...),
- les primes relatives à certaines conditions de travail (primes de pénibilité, primes pour travaux dangereux et insalubres, primes d'astreinte...).

Les primes et gratifications ne constituent pas un élément du salaire si elles ne sont pas obligatoires. Tel est le cas, par exemple, d'une prime de résultats ou d'un bonus au montant variable à la discrétion de l'employeur.

### **Avantages en nature**

Les avantages en nature constituent un élément du salaire qui n'est pas payé en argent (c'est-à-dire en espèces, par chèque ou virement bancaire ou postal).

Il s'agit le plus souvent de la fourniture de nourriture ou de la mise à disposition d'un véhicule ou d'un logement de fonction.

Leur prise en compte comme élément de salaire permet de :

- contrôler le respect du Smic ou du salaire minimum conventionnel,
- déterminer l'indemnité à verser au salarié au cours de ses congés payés,
- déterminer l'indemnité compensatrice de préavis et l'indemnité de licenciement,
- déterminer le montant des cotisations sociales (cotisations de sécurité sociale, CSG et CRDS),
- déterminer le montant des revenus à déclarer pour le calcul de l'impôt sur le revenu.



## 1. C) Le SMIC

Le salaire minimum de croissance (Smic) correspond au salaire horaire minimum légal en dessous duquel le salarié ne peut pas être rémunéré. Des abattements sont toutefois applicables, dans certains cas (apprentis et salariés de moins de 18 ans).

Le Smic correspond au salaire horaire minimum légal en dessous duquel le salarié ne peut pas être rémunéré

Il s'applique à tout salarié majeur, quelle que soit la forme de sa rémunération (au temps, au rendement, à la tâche, à la pièce, à la commission ou au pourboire).

### **À noter :**

le Smic ne s'applique pas au VRP car il n'est pas soumis à un horaire de travail.

La convention collective applicable prévoit généralement un salaire minimum conventionnel.

L'employeur doit verser le minimum conventionnel s'il est supérieur au montant du Smic.

Si le minimum conventionnel est inférieur au Smic, l'employeur verse un complément de salaire permettant d'atteindre le montant du Smic.

La rémunération d'un salarié majeur ne peut pas être inférieure au montant du Smic

Montants du Smic

| <b>Smic brut</b>    | <b>Montant</b> | <b>Formule de calcul</b>    |
|---------------------|----------------|-----------------------------|
| <b>Smic horaire</b> | 9,61 €         |                             |
| <b>Smic mensuel</b> | 1 457,52 €     | Smic horaire x 35 x (52/12) |
| <b>Smic annuel</b>  | 17 490,20 €    | Smic horaire x 35 x 52      |

Un salarié de moins de 18 ans qui n'a pas encore 6 mois de pratique professionnelle dans sa branche d'activité, peut percevoir un Smic minoré.

Montant du Smic minoré d'un salarié mineur

| <b>Âge du salarié</b>    | <b>Smic horaire minoré</b> |
|--------------------------|----------------------------|
| <b>17 ans</b>            | 8,65 €                     |
| <b>16 ans (et moins)</b> | 7,69 €                     |

Un abattement spécifique est également prévu s'il s'agit d'un jeune en contrat de professionnalisation ou en d'un contrat d'apprentissage.

Pour vérifier si le salaire versé est au moins égal au Smic, il faut inclure dans le calcul le salaire de base, les avantages en nature et les primes liées à la productivité.

À l'inverse, certains avantages et sommes sont exclus du calcul du Smic, parmi lesquels :

- les remboursements de frais (y compris la prime de transport),
- les majorations pour heures supplémentaires,

- les primes de participation et d'intéressement,
- les primes d'ancienneté, d'assiduité ou relatives à des conditions particulières de travail (insalubrité),
- les primes de vacances, de fin d'année, sauf si elles sont versées par acomptes mensuels.

La convention collective applicable prévoit généralement un salaire minimum conventionnel.

L'employeur doit verser le minimum conventionnel s'il est supérieur au montant du Smic.

Si le minimum conventionnel est inférieur au Smic, l'employeur verse un complément de salaire permettant d'atteindre le montant du Smic.

Le Smic est revalorisé chaque année au 1<sup>er</sup> janvier. Il est indexé sur l'inflation mesurée pour les 20 % des ménages ayant les revenus les plus faibles. La revalorisation du Smic est effectuée sur la base de la moitié du gain de pouvoir d'achat du salaire horaire moyen des ouvriers et des employés.

En cours d'année, si l'indice des prix à la consommation atteint une hausse d'au moins 2 % par rapport à l'indice constaté lors de l'établissement du dernier montant du Smic, il est augmenté automatiquement dans les mêmes proportions.

En outre, à tout moment, le gouvernement peut décider d'augmenter le Smic.

### 1. D) Le paiement du salaire

Le paiement du salaire obéit à certaines règles formelles (périodicité, mode de paiement, destinataire en cas de paiement par chèque ou espèces). L'employeur et le salarié sont tenus de respecter ces conditions.

Le paiement du salaire est versé une fois par mois, sauf si le salarié appartient à l'une des catégories suivantes : salarié saisonnier, temporaire, intermittent, travaillant à domicile ou aux pièces.

Le salarié ne bénéficiant pas de la mensualisation est payé au moins deux fois par mois. L'employeur ne peut pas dépasser 16 jours d'intervalle entre deux versements du salaire.

Le respect de ces périodicités de paiement n'est imposé que pour le salaire, et ne s'applique pas aux différentes primes et gratifications éventuellement versées au salarié.

Le paiement doit être effectué par l'un des moyens suivants :

- soit par virement bancaire ou postal,
- soit par chèque barré,
- soit en espèces, mais dans ce cas uniquement si le montant du salaire est inférieur à 1 500 € et si le salarié en fait la demande (l'employeur ne peut s'opposer à la demande du salarié).

Un bulletin de paie est obligatoirement remis au salarié.

Le salarié peut demander un acompte sur son salaire. Son montant correspond, pour une quinzaine, à la moitié de son salaire mensuel.

Aucune date de paiement n'est imposée à l'employeur (sauf disposition prévue par accord d'entreprise ou convention collective).

En l'absence de précision sur ce point, l'employeur est en droit de payer le salarié à la fin du mois ou durant le mois qui suit. Il lui est seulement imposé de payer chaque mois à la

même période (le plus souvent, soit en fin de mois, soit au début du mois suivant).

L'employeur doit respecter la périodicité du versement (le plus souvent, par mensualisation).

Le salaire doit être versé un jour ouvrable, sauf en cas de paiement réalisé par virement.

En cas de paiement par chèque ou en espèces, c'est au salarié que l'employeur doit remettre le salaire. Cependant, si le salarié est absent le jour de la paye, il peut donner une procuration signée à une autre personne chargée de le recevoir.

Si le salarié a moins de 18 ans, ses parents ou son tuteur peuvent demander à recevoir son salaire à sa place.

Si l'employeur ne paie pas le salarié ou ne le paie qu'en partie ou avec retard, il commet une infraction pénale et peut être condamné à payer une amende.

Le salarié peut adresser un courrier à son employeur, exigeant le paiement du salaire.

Le salarié peut également s'adresser au conseil de prud'hommes pour obtenir le paiement de la somme réclamée. Des dommages et intérêts peuvent être versés au salarié. Il bénéficie d'un délai de 3 ans pour effectuer cette demande, à compter du jour où le salarié aurait dû être payé.

En cas de rupture du contrat de travail pour non-paiement du salaire, celle-ci peut être prononcée à la charge de l'employeur par le juge. Le salarié peut percevoir les indemnités prévues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur ayant versé par erreur un trop perçu au salarié est en droit de lui demander de le rembourser. Sauf cas exceptionnel reconnu par le juge, le salarié doit rembourser son employeur.

Les conditions du remboursement peuvent être prévues à l'amiable, mais ce n'est pas obligatoire. L'employeur peut directement récupérer les sommes indues sur le salaire, dans la limite de la fraction des sommes insaisissables autorisée en matière de saisie sur rémunération. Une action en justice visant à obtenir le remboursement est également possible.

Toute demande de remboursement est prescrite dans les 3 ans à compter du jour où l'employeur s'aperçoit de son erreur. Par exception, la prescription est fixée à 5 ans en cas d'action en justice introduite avant le 16 juin 2013.

<aside role= »complementary »> </aside>

## ***SOUS-TITRE 2 : LES INCIDENTS DANS LE DEROULEMENT DE LA RELATION DE TRAVAIL.***

Ces éléments habituels sont parfois la conséquence d'une décision du chef d'entreprise, ou sont liées à l'entreprise. L'employeur veut modifier le contrat, veut céder son entreprise. Mais il y a des incidents qui sont liés au salariés, maladies, accidents professionnels, grossesse, ou faute disciplinaire du salarié.

### **CHAPITRE 1 : LES EVENEMENT LIÉS A L'ENTREPRISE.**

1956 : Jurisprudence Brinon. L'employeur qui porte de la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances à déterminer de cesser l'activité en question.

Ceci est remis en cause aujourd'hui, s'il on démontre une faute de gestion, sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

### **SECTION 1 : LA MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL.**

Alors même que le législateur consacrait une distinction jurisprudentielle, qui opposait modifications substantielle du

contrat, et modifications non-substantielles du contrat, le juge a changé cette terminologie : il a utilisé le terme de « modification des conditions du contrat ».

## 2 hypothèses :

- d'une part, les cas où la modification du contrat en cours d'exécution a été par avance acceptée lors de la conclusion du contrat. Cela vise notamment les clauses de mobilité qui restent valables. D'autres clauses, même prévues dans le contrat, sont annulées. Il empêche qu'il y ait certaines clauses qui restent valables, notamment la clause de mobilité. Puisqu'elle a été acceptée par avance, la clause de mobilité ne constitue pas une modification du contrat.
- hypothèse où la modification est indirecte ; elle résulte de la modification du statut collectif. Soit des normes de statut collectif, ou du statut social non négocié. Depuis l'arrêt Deschamps, le contrat de travail n'est pas modifié, seulement le statut social.

## PARAGRAPHE 1 : LES NORMES SUBSTANTIELLES.

Il y a avant l'arrêt Raquin du 8 octobre 1987, on distinguait modification substantielle et substantielle. La faculté de modification unilatérale reconnue à l'employeur faisait appel à deux fondements. Si la modification n'est pas substantielle, n'affecte pas un élément substantiel, la modification est justifiée.

Si la modification est substantielle, elle affecte la situation du salarié. La jurisprudence faisait le raisonnement suivant : le CDI qui peut être rompu à tout moment peut être par la même modifié de manière unilatérale. Qui peut le rompre unilatéralement, peut le modifier unilatéralement. Mais ce raisonnement est spécieux.

S'il y a refus ou s'il n'y a pas d'acceptation d'une modification non substantielle, cela constitue une faute, et même une faute grave qui va justifier un licenciement. S'il y a rupture par l'employeur, le licenciement aura une cause réelle ou sérieuse selon que la cause est même justifiée.

Et si l'employeur ne fait pas procédure pour le licenciement, le salarié ne peut que se plier aux exigences de l'employeur, ou démissionner. La continuation du travail vaut acceptation tacite des conditions de l'employeur.

REVIREMENT, Arrêt Raquin du 8 octobre 1987 : Double apport : d'abord il est jugé que l'acceptation par M. Raquin ne pouvait résulter de la simple poursuite du travail. Ensuite, 2<sup>e</sup> apport : c'est que la modification substantielle du contrat de travail est soumise à l'exigence de l'accord du salarié.

En cas de modification, ce n'est pas au salarié de se soumettre ou se démettre, c'est à l'employeur de se démettre, de prendre la responsabilité d'une rupture, 20 janvier 1988.

On va tenir compte de la situation personnelle du salarié pour les changements (lieu de travail, etc.).

La troisième étape est le changement de terminologie dans les années 90, au moment où le législateur accueillait la terminologie jurisprudentielle.

La simple modification des conditions de travail relève du pouvoir de direction : Chambre Sociale 10 mai 1990 : Des l'instant où le changement des conditions correspond aux qualifications du salarié sont entreprises par l'employeur, le salarié doit exécuter (salarié qui auparavant cueillait des citrons, puis des bananes). Si le salarié ne exécute pas, c'est en principe une faute grave, selon la Cour de Cassation.

Le refus du salarié, va être apprécié comme étant ou pas une faute grave ; considérations subjectives.

La 4<sup>e</sup> étape : la modification des conditions du travail est faite objectivement. La Cour de Cassation qui avait jugé après arrêt Raquin, que les juges du fond étaient souverains pour apprécier le caractère substantiel ou non de la modification du contrat, désormais, contrôlent la qualification de modification du contrat, ou de simple modification des conditions de travail ; c'est devenu une notion de travail. A l'ancienne appréciation subjective est substituée appréciation objective. Par exemple pour le lieu de travail, il y a ou non modification des conditions de travail, selon que ce lieu modifié se trouve ou non dans le même secteur géographique : arrêt Demoiselle Boghossian du 20 octobre 1998. Il y a un noyau dur du bloc contractuel : tout ce qui touche à la rémunération c'est une modification du contrat ; ainsi que tout ce qui touche à la qualification et le droit de travail. Pour le lieu de travail, c'est selon que la modification intervient dans le même secteur géographique ou non. Cette modification peut être très dure. Quant aux horaires, il ne faut pas confondre durée du temps de travail et horaires du travail. Sauf évidemment, dans le cas où on a contractualisé les horaires de travail dans le contrat de travail.

La loi de 1992 a été faite pour lutter contre arrêt Raquin. L'acceptation du salarié doit être expresse. Le salarié qui ne répond pas est censé avoir accepté la modification.

D'emblée, il ne peut certainement pas s'agir d'une modification qui affecte la rémunération Toute sanction pécuniaire est prohibée. Mais il peut s'agir du changement du lieu de travail, d'une rétrogradation, d'un changement de poste.

Le pouvoir disciplinaire chez les entreprises : n'a pas besoin d'agrément pour l'exercer. Modifier le contrat, en principe, l'employeur ne peut le faire sans l'accord du salarié. Traditionnellement, était affirmée la primauté du droit disciplinaire sur la logique contractuelle ; on appliquait pas à la modification disciplinaire le régime juridique de la modification du contrat. La modification disciplinaire ne pouvait en principe être refusée par le salarié, et un éventuel refus était considéré comme fautif, si la sanction était justifiée, et était proportionnée.

Arrêt du 21 février 1990 : St Michel.



Cour de Cassation casse arrêt au motif que le déclassement imposé au salarié est une modification substantielle du contrat.

Arrêt du 9 octobre 98 : Le refus d'une modification disciplinaire constitue une faute grave selon la Chambre Sociale.

Arrêt du 16 juin 1998 : Société Hôtel Le Bery. Si refus du salarié, l'employeur peut prononcer une autre sanction, c'est le licenciement. Alors il faut réévaluer le caractère de la cause réelle et sérieuse : flux et reflux de la jurisprudence.

Arrêt 11 juillet 2001 : paraît revenir un peu en arrière et abandonner la logique contractuelle pour la logique disciplinaire.

## **PARAGRAPHE 2 : LES NORMES PROCEDURALES.**

Une disposition issue de la loi quinquennale du 20/12/93: L321-1-2 du Code du Travail. « Lorsque l'employeur envisage une modification substantielle des contrats de travail, il en informe chaque salarié par lettre recommandée avec accusé de réception ». « La lettre de modification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus ». « A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ».

Désormais, est introduite une distinction entre modification du contrat pour motifs économiques, et pour des raisons non économiques.

Modification de l'article L321-1-3 par la loi du 29/07/92: « lorsque pour l'un des motifs de L321-1 (motif économique), l'employeur envisage le licenciement de plusieurs salariés ayant refusé une modification substantielle de leur contrat de travail, ces licenciements sont soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique ».

Deux arrêts du 3 dec 1996 : Framato. La Chambre Sociale de la Cour de Cassation a dit qu'il fallait élaborer un plan social non pas en cas de refus de 10 salariés de la modification, mais des le moment ou l'on proposait à plus de 10 salariés une modification ; c'est une modification du texte.

Arrêt du 12 janvier 1999 : IBM. était IBM qui avait demandé aux salariés de proposer des modifications à leurs contrats.

## **SECTION 2 : LA MODIFICATION DANS LA SITUATION JURIDIQUE DE L'EMPLOYEUR.**

Ce texte est issu d'une loi du 19 juin 1928. L' une des disposition les plus anciennes du droit du travail actuel. Concernant une modification dans la situation juridique de l'employeur ; notamment par succession, vente, fusion, transformation du fond, mise en société. Tous les contrats de

travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

Le texte opère une cession légale des contrats de travail. Ce texte a été très vite conçu comme un instrument de protection des salariés, et ceci dès un arrêt de 1934 : « GOUPY ». Pendant 50 ans, stabilité de la jurisprudence jusqu'en 1980. Puis évolution jurisprudentielle très importante, sur le domaine d'application du texte.

## **PARAGRAPHE 1 : LE DOMAINE D'APPLICATION DE L'ARTICLE L.122-12 ALINÉA 2 C.TRAVAIL.**

La difficulté est de savoir, en dépit des exemples donnés par le texte, comment il faut entendre ceci dans l'entreprise. Interprétation a été stable pendant un siècle, mais depuis la jurisprudence a opéré divers revirements.

### **1<sup>er</sup> étape : le flux. Commence avec arrêt GOUPY de 1934.**

Ne donne pas une liste exhaustive d'application des textes. Il ne s'agit que d'exemples. Mais les exemples donnés pouvaient conduire à une directive interprétation Vente, fusion, transformation de fond, mise en société ; ceci suppose un lien juridique entre les employeurs successifs, entre le cédant et le cessionnaire. La jurisprudence a fait prévaloir l'idée d'entreprise activité, sur celle d'entreprise organisation. L'idée essentielle est que la même activité soit continuée pour que le texte s'applique, quand bien même il n'y aurait pas de lien juridique entre les employeurs.

Extension au cas de changement de prestataire par la suite.

### **2<sup>e</sup> étape : le 1<sup>er</sup> refus.**

La Cour de Cassation exige que l'activité doive constituer par son importance une entreprise distincte. À l'activité transférée doit s'ajouter le transfert et le maintien d'une certaine organisation. Il faut que la même activité soit continuée.

### **3<sup>e</sup> étape : le 2<sup>e</sup> refus.**

Puis, reflux plus important, avec plusieurs arrêts de 1985 et 1986.

Assemblée Plénière 15 novembre 1985 : rompt avec interprétation extensive. Une telle modification ne peut résulter de la seule perte d'un marché.

Dans arrêt du 12 juin 1986, on exige un lien juridique de droit. Alors que la modification dans la situation juridique de l'employeur. Implique l'existence d'un lien de droit, entre les employeurs successifs. En 1986, on exige un lien juridique entre les employeurs successifs.

### **3<sup>e</sup> étape : l'incidence du droit européen**

En 1977, adoption d'une directive codifiée du 2001, portant sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise résultant d'une cession ou d'une fusion.

Exigence d'un lien de droit : la Cour

Cour Justice Communautés Européennes 10/02/88 : écarte l'exigence d'un lien de droit.

16 mars 1990 : la Cour de Cassation s'incline, opère un nouveau revirement de jurisprudence ; mais partiel, car la Cour de Cassation a maintenu sa jurisprudence de 1985, la seule perte du marché ne permet pas de déclencher L122-2. L'article 122-12 s'applique à tout transfert d'une entité économique concernant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs. Cet arrêt donne une définition de l'entité économique, qui nécessite un « ensemble organisé de personnes et éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre ».

Il y a encore beaucoup d'incertitudes. Qui va payer les indemnités de rupture ?

## **PARAGRAPHE 2 : LES EFFETS DU TRANSFERT D'ENTREPRISE.**

Le principe est celui de l'automatisme du transfert des contrats de travail dès lors que les conditions du texte sont réunies, et que les salariés sont effectivement affectés à l'entité économique. Toute convention contraire serait nulle, et le salarié non plus n'a pas le choix. Le refus du salarié serait en principe fautif. Puisque c'est le même contrat qui continue, les contrats de travail sont transférés. Le salarié transféré conserve son ancienneté acquise auprès de l'ancien employeur. Il n'y a pas seulement les contrats de travail qui sont préservés, mais aussi le statut social, les usages, les engagements unilatéraux, les accords collectifs (L1332-8), à défaut de mise en cause ou dénonciation.

Malgré ce principe général, il existe un risque important de licenciement.

### **1. LES LICENCIEMENTS.**

Il y a des contraintes économiques qui existent ; dans ces cas, il y a normalement transfert de plein droit du contrat de travail. Mais le juge judiciaire peut autoriser des licenciements qui conditionnent le reste des transferts.

Il faut distinguer les licenciements antérieurs au transfert d'entreprise, et les licenciements postérieurs réalisés par le cessionnaire de l'entreprise.

La directive du 29 juin 1998 : le transfert ne constitue pas en même un motif de licenciement pour le cédant et pour le cessionnaire. Cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons techniques, économique, etc.

### **1. LES LICENCIEMENTS ANTERIEURS AU TRANSFERT.**

La jurisprudence a admis qu'hors les cas de collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire, des licenciements pouvaient être admis s'ils étaient la condition de la cession. Mais pas dans les cas où il y avait réembauchage des salariés licenciés.

Mais depuis les années 90, arrêt 17 juillet 1990, il est exclu que des licenciements, soient commandités par le cessionnaire Arrêt 20 janvier 1998 : Pas d'admission de la validité des licenciements antérieurs (doctrine Vacquet). La Cour de Cassation décide que les licenciements prononcés par le cédant sont sans effet.

Mais nonobstant le licenciement qui n'a pas d'effet, le contrat est poursuivi avec le cessionnaire Le salarié doit le cas échéant saisir la juridiction prud'homal pour saisir une indemnisation de rupture du contrat. Mais quel employeur devra payer ?

## **LE LICENCIEMENT POSTERIEUR.**

Ils sont légitimes et peuvent comporter une cause réelle et sérieuse s'ils sont conformes aux conditions de licenciement. Ils sont légitimes pour des réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

### **2. LES OBLIGATIONS FINANCIERES RESPECTIVES.**

Le principe est que chacun des employeurs successifs doit exécuter les obligations correspondant aux périodes au cours desquelles les salariés ont été à leur service respectif.

Par exemple, pour l'indemnité de congé payé, elle est payée au prorata du temps passé chez chaque employeur.

Problème du transfert d'entreprise : fréquemment, les transferts interviennent parce que le cédant est aux abois, et a des dettes vis-à-vis de ses salariés. La directive de 1977 : si le cédant ne peut pas payer, c'est le cessionnaire qui devra s'en acquitter : introduit dans le Code du Travail par l'article L122-12-1.

## **CHAPITRE 2 : LES EVENEMENTS LIÉS AU SALARIÉ.**

### **SECTION 1 : LA FAUTE DU SALARIÉ ET LE POUVOIR DISCIPLINAIRE DU CHEF D'ENTREPRISE.**

Ce pouvoir disciplinaire est toujours apparu comme le corollaire de son pouvoir de gestion. C'est un pouvoir considéré inhérent à la qualité de chef d'entreprise, selon la Cour de Cassation. Mais jusqu'à une époque récente (20 ans), ces pouvoirs disciplinaires étaient arbitraires, quasiment discrétionnaires, avec peu de réglementation d'ensemble. C'est la loi du 4 août 1982 qui est venue réglementer le droit disciplinaire tout en consacrant ce pouvoir disciplinaire.

#### **PARAGRAPHE 1 : LES FAUTES ET LES SANCTIONS.**

On n'a pas ici l'application de règles traditionnelles du droit pénal.

La faute est tout agissement du salarié considéré comme fautif par l'employeur.

La sanction (L122-40) toute mesure autre que les observations verbales prises par l'employeur à la suite de l'agissement d'un salarié considéré par lui comme fautif.

Les sanctions doivent en principe être prévues par le règlement intérieur Arrêt de 1998 : une sanction qui ne serait pas prévue dans le règlement intérieur ne pourrait pas être prise par l'employeur.

Toute sanction pécuniaire est prohibée. Ceci est assez récent Puis c'est une loi de 1978 qui a interdit purement et simplement les amendes (sauf en droit sportif). La mise à pied est une sanction pécuniaire indirecte.

Deux avertissement, puis blâme, puis mise à pied de 5 jours, puis éventuellement le licenciement (procédure dans plupart des entreprises).

La rétrogradation, mutation, suppression d'une voiture de fonction, etc. sont les sanctions possibles.

Prescription de la faute, de l'action disciplinaire ; la sanction disciplinaire ne peut être prise que dans certains délais à compter de la connaissance des faits reprochés, 2 mois. Aucune sanction antérieure à plus de 3 ans ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction.

## **PARAGRAPHE 2 : LA PROCEDURE DISCIPLINAIRE.**

Les règles de la procédure disciplinaire sont inscrites à la loi du 4 août 1982 :

Aucune sanction disciplinaire ne peut être faite à un salarié sans qu'une lettre lui soit parvenue lui faisant connaître les faits retenus contre lui.

Il faut convoquer le salarié à un entretien préalable, et le salarié a le droit de se faire assister par un autre salarié. L'employeur recueille les explications du salarié. La sanction doit être notifiée à l'intéressé par écrit, ou par lettre recommandée. Cette lettre doit être remise plus d'un jour franc après l'entretien de l'employé. Et doit être notifiée dans un délai maximum d'un mois. Pendant la période d'entretien, il y a une possibilité de mise à pied provisoire. La lettre fixe les limites du litige.

## **PARAGRAPHE 3 : LE CONTROLE JUDICIAIRE.**

Avant la loi du 4 août 82, ce contrôle était très limité. La jurisprudence limitait son contrôle à la réalité des faits, et à la recherche d'un éventuel détournement de pouvoir par l'employeur. Désormais, le contrôle est plus important, car le juge peut annuler la sanction pour avoir un vice de procédure, sanction injustifiée, disproportionnée par rapport à la faute. Mais le juge ne peut qu'annuler cette sanction.

Sauf si cette sanction prend la forme d'un licenciement disciplinaire.

## SECTION 2 : L'ETAT PHYSIQUE DU SALARIÉ.

### PARAGRAPHE 1 : LA MALADIE OU L'ACCIDENT SANS LIEN AVEC LE TRAVAIL.

La maladie n'est qu'une cause de suspension du contrat, mais elle peut en devenir une cause de rupture. Il faut s'intéresser à l'inaptitude du salarié.

#### **LA MALADIE, CAUSE DE SUSPENSION.**

La maladie ou l'accident du salarié n'affecte le contrat de travail que provisoirement, il se trouve suspendu. Il faut que le salarié prévienne l'employeur, et il faudra fournir un certificat médical. Une absence injustifiée est une faute qui peut être sanctionnée.

Est-ce pour autant une cause de licenciement ? Jurisprudence divergente. Le principe est que le salarié malade ne travaille pas, donc n'a pas de salaire ; mais il a une indemnité versée par la Sécu (1/2 salaire).

Loi du 19 juin 1978 : Mais depuis un accord interprofessionnel, il y a une indemnisation versée par l'employeur. On demande au salarié de signer une feuille qui va subroger l'employeur qui a payé son salaire à l'égard de la Caisse primaire d'assurance maladie. Mais l'employeur aura le droit de mandater une contre-visite médicale pour aller vérifier la véracité de la maladie.

#### **MALADIE, CAUSE DE RUPTURE.**

Si la maladie se prolonge pendant des mois, ou si elle se manifeste par des absences répétées, elle va troubler l'organisation du service de l'entreprise, et peut être cause de rupture.

Quelle est la nature juridique de la rupture ? Certains ont soutenu que c'est un cas de force majeure, donc l'employeur ne licencie pas. Arrêt LE FIGARO de 1960. L'employeur décide de rompre, mais la responsabilité de la rupture ne lui est pas imputable (est imputable à la maladie).

Il faut attendre 1988 pour que la jurisprudence décide qu'il s'agit d'un licenciement, avec les conséquences qu'il découle : que le salarié a droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement, et il a droit à un préavis.

#### **MALADIE, CAUSE D'INAPTITUDE :**

Doit subir une visite du médecin du travail. S'il constate une inaptitude totale ou partielle à reprendre l'activité précédemment exercée, loi du 31 dec 1992, L122-2-4, a précisé que l'employeur était tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités et comparable à l'emploi précédemment occupé. Dans ce cas-la, si l'employeur n'est pas reclassé dans le mois à la suite de l'examen médical, ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé, dès l'expiration de ce mois, le salaire qu'il obtenait avant la suspension de son contrat de travail.

## PARAGRAPHE 2 : L'ACCIDENT DU TRAVAIL OU LA MALADIE PROFESSIONNELLE.

C'est l'accident qui est survenu par le fait ou à l'occasion du travail. Pendant longtemps, le droit du travail s'est peu préoccupé de la situation particulière des victimes d'accidents survenus à l'occasion du travail.

Depuis arrêt TEFFAINE qui a entraîné immédiatement la première loi sur la réparation forfaitaire. Loi de 1898 : Première loi sur la sécurité sociale.

Le législateur est intervenu le 7 janvier 1981, par une loi qui est venue protéger un salarié victime d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle (et non pas d'un accident sur le trajet au travail) ; il bénéficiera désormais de la suspension du contrat de travail pendant toute la durée du contrat de travail, et pendant la durée des stages de réinsertion, de réadaptation, et l'employeur ne peut licencier pendant cette période

Sauf si on peut invoquer une faute grave du salarié non liée à son état, et une impossibilité de maintenir son emploi (difficile : il faut presque un cas de force majeure). La loi a prévu que l'employeur a une obligation de reclassement en cas d'inaptitude ; mais s'il y a une impossibilité montrée par l'employeur, de reclasser, il peut licencier, la simple différence est que l'indemnité légale de licenciement est multipliée par deux. L'indemnité de préavis est tout de même due.

Si le salarié démontre qu'on aurait pu le reclasser, il pourra prétendre à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : indemnité de 12 mois de salaire minimum, etc.

## PARAGRAPHE 3 : LA GROSSESSE DE LA SALARIÉE.

Ce régime protecteur est ancien. Il remonte à une loi de 1909, et la protection de la maternité biologique s'ajoute à un dispositif de protection de maternité ou paternité adoptive. Exception : pendant la période d'essai, possibilité être remerciée.

**LE CONGES DE MATERNITÉ** : C'est une obligation dont le non respect est sanctionné pénalement pour l'employeur : c'est plus un droit qu'une obligation.

L224-1 : Il est interdit de faire travailler les femmes 8 semaines avant et après l'accouchement.

Mais le congés de maternité englobe ceci : elle est d'une durée de 16 semaines minimum. 6 avant l'accouchement, et 10 après

### **PROTECTION CONTRE LICENCIEMENT.**

Elle sera protégée à partir du moment où elle notifie l'employeur avec un certificat médical SAUF faute non liée à l'état de grossesse, ou en cas d'impossibilité de maintenir l'emploi (interprétation restrictive).

S'il n'y a pas faute grave, la sanction est la nullité du licenciement. La salariée va bénéficier de l'intégralité des salaires qu'elle aurait perçus jusqu'à la fin du congés

maternité, en plus des 4 semaines de protection après la fin des congés maternité.

Arrêt du 9 octobre 2001 : une salariée est licenciée 3 jours après la reprise du travail après le congé maternité ; la Cour de Cassation a cassé. Si la salariée ne demande pas sa réintégration, elle a droit à l'indemnité de rupture, plus les 4 semaines après le congé de maternité, plus les Dommages et Intérêts résultant du caractère illicite du licenciement (au moins égal à 6 mois de travail, Article L122-14-4 du Code du Travail).

## **TITRE 3 : LA CESSATION DE LA RELATION DE TRAVAIL.**

L'éventualité d'une rupture d'un contrat de travail de la part d'un employeur marque fortement l'ensemble des relations de travail et l'ensemble du droit du travail.

Finalement l'évolution du droit du licenciement marque de manière décisive l'évolution du droit du travail et du droit du travail tout entier.

Tout le droit du travail est en quelque sorte aimanté par le droit du licenciement. Il y a une hypertrophie judiciaire, le contentieux prud'homal c'est d'abord un contentieux du licenciement. Un contentieux post-rupture du contrat de travail. Tout cela s'explique pour des raisons psychologiques, permettant de comprendre que le salarié n'ose pas agir pendant l'exécution du contrat de travail. Il peut réclamer les congés payés, les primes non payées. Mais avant il hésite à agir.

A vrai dire, le licenciement n'est que l'une des causes parmi d'autres d'extinction, de la cessation de la relation de travail mais c'est la cause principale, car non seulement statistiquement c'est la cause première mais parce que toutes les autres causes pouvant entraîner la fin d'une relation de travail sont envisagées, conçues par référence au licenciement : Eventuelle requalification d'une rupture en licenciement et diverses causes sont en réalité des licenciements.

### **Sous Titre Premier : Le licenciement et les autres causes de rupture du contrat de travail à durée déterminée**

Ici, il y a une double approche, d'abord une approche générale, conceptuelle, qui vise à montrer les rapports, les interférences entre le licenciements et les autres causes de rupture et à préciser la notion même de licenciement.

Puis une seconde approche plus analytique qui consistera à exposer les différentes autres causes d'extinction du contrat de travail et à apprécier leur degré d'autonomie par rapport au licenciement en se demandant si ces autres causes existent toujours : Résolution judiciaire, rupture négociée.



# Chapitre 1 – La notion de licenciement : La distinction du licenciement et des autres causes de rupture

—> Quand se trouve t-on en présence d'un licenciement ? A priori, même si la loi ne donne pas de définition précise du licenciement, la réponse est simple : C'est la rupture à l'initiative de l'employeur. En réalité même si dans de nombreux cas, le licenciement s'identifie sans difficulté parce que la direction l'assume en procédant selon la loi, dans certains cas, la qualification sera malaisée.

Ce qui est clair c'est que le juge, pas plus qu'il n'est lié par la qualification du contrat, il n'est pas lié par la qualification donnée par la rupture donnée par les parties.

Article L122-14-7 : Principe d'indisponibilité de la qualification de rupture. Les parties ne peuvent pas par avance renoncer aux droits de se prévaloir des règles protectrices du licenciement.

Il n'est pas vrai en sens inverse : On peut concevoir dans un contrat qu'il soit prévu que le licenciement ne pourra intervenir que dans certains cas, comme pour la faute grave.

Si ce problème de qualification se pose aujourd'hui et depuis un certain nombre d'années, c'est essentiellement à raison de l'émergence d'un véritable droit du licenciement qui s'est traduit à un régime autonome du licenciement par rapport à la démission. On est passé d'un droit de résiliation unilatéral du contrat de travail à un droit du licenciement.

Cette évolution est à l'origine de la jurisprudence dont on ne peut pas faire l'économie, d'une jurisprudence qui a fait éclater la notion de licenciement.

## Section 1 – Du droit de résiliation unilatérale au droit du licenciement

Le droit depuis au moins 1804 prohibe les engagements perpétuels, ce que traduit l'article L121-4 du Code du travail qui reprend l'article 1780 alinéa 1<sup>er</sup> du Code Civil.

La Cour de cassation en a très vite déduit que le contrat à durée indéterminée pouvait être résilié unilatéralement par une des parties. Arrêt du 5 février 1872. « *Il est de principe que le louage de service sans détermination de durée peut toujours cesser par la libre volonté de l'une ou l'autre des parties contractantes* ». Ce principe de liberté de résiliation unilatérale, a été consacré par la loi quelques années plus tard, loi de 1890.

Ce texte est repris dans les mêmes termes par l'article L122-4 du Code du travail : « *Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractante* ».

Initialement licenciement et démission sont apparus comme la manifestation d'une même liberté de chaque partie contractante. Ces droits de résiliation ont été longtemps soumis à un régime juridique indifférencié.

En réalité, depuis longtemps, les faits démontraient l'inanité de cette symétrie : Le risque n'est pas le même pour le salarié que pour

l'employeur.

Symétrie factice, et elle a pris fin dans le régime juridique de ces deux formes de résiliation et le mouvement s'est fait en deux temps :

—> Dans un premier temps, la dissociation a concerné certains mécanismes protecteurs réservés aux salariés en cas de rupture de la part de l'employeur. Les conséquences du licenciement seront distinctes des conséquences de la démission. En 58 est apparu le délai de congé, le délai de préavis légal. Mais il n'y a pas de préavis légal de démission. Si l'ancienneté est de 0 à 6 mois, il n'y a pas de délai, au dessus, le délai est d'un mois. En cas d'ancienneté supérieur à 2 ans, le délai de préavis est de 2 mois. Le préavis en cas de licenciement doit être observé par l'employeur dans tous les cas de licenciement sauf faute grave. Assez fréquemment dans la pratique, l'employeur qui veut licencier quelqu'un va dispenser le salarié d'exécuter le préavis et il paiera une indemnité compensatrice correspondant au délai de préavis légal.

L'indemnité de licenciement légal, alors qu'il n'existe pas d'indemnité de démission légale ou conventionnelle, indemnité prévue par une ordonnance de 1967 et la loi de 73 a multiplié par deux le montant de cette indemnité. En cas de salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté (article L122-9 du Code du travail). C'est 1/10<sup>ème</sup> de salaire par année d'ancienneté. En pratique, il faut savoir que les indemnités conventionnelles sont plus élevées ce qui pose des problèmes : Quelle est la convention collective applicable ? Il faut savoir que la loi dit de modernisation sociale qui est en discussion à l'Assemblée Nationale, prévoit le doublement de l'indemnité légale de licenciement pour motif économique égale à 1/5<sup>ème</sup> de salaire par année.

On voit que dans la dissociation du régime juridique, seuls les droits et obligations faisant suite à la rupture étaient dissociés.

— Avec les années 70, c'est le droit même de résilier unilatéralement le contrat de travail est affecté. Loi du 13 juillet 1973, crée un véritable droit du licenciement. Cette loi exige une procédure de licenciement, elle pose également sur le fond l'exigence d'une cause réelle et sérieuse d'un motif de licenciement, en l'absence, sanction dissuasive, c'est au minimum 6 mois de salaire plus le remboursement des Assedic.

Puis loi du 3 janvier 1975 sur les licenciements pour motifs économiques qui exige une autorisation administrative, mais loi de 1986 l'abrogeant, puis encore modifiée par la loi du 17 janvier 2002. Cette loi est en instance de suspension pour 18 mois avec le projet de loi discutée au Parlement.

Il y a eu dissociation entre le régime juridique du licenciement et le régime juridique de la démission. Si on cherche dans le Code, on trouvera trois articles sur la démission. Cette dissociation entre les régimes juridiques, est à l'origine de certaines difficultés qui ont conduit à un certain éclatement de la notion de licenciement.

## Section 2 – De l'éclatement à l'unité du licenciement

Il y a des situations simples au regard de la qualification de la rupture. Le salarié de son plein grés, par exemple ayant trouvé un autre emploi, mieux payé, démissionne et adresse une lettre AR à son employeur.

Ici la qualification n'est pas discutable.

Il y a démission qui implique une volonté certaine et non équivoque de démissionner. Inversement, lorsque l'employeur assume les conditions de la rupture, il respect la procédure, envoie une lettre de licenciement. Pas de problème, il y a licenciement.

Seulement il y a des situations plus délicates : L'entreprise est détruite par un incendie. Est-ce qu'il y a force majeure auquel cas il n'y a pas de résiliation unilatérale.

Le salarié sur un mouvement d'humeur claqué la porte de l'entreprise : Est-ce considéré comme une démission ?

Le salarié est parti en vacance à l'étranger et le ne revient pas : Il revient au bout de quinze jours après l'échéance du congé : Est-ce qu'il a démissionné ?

### Deux remarques :

—> S'il y a licenciement, il faudra respect la procédure : lettre de rupture, indemnités de licenciement : Les enjeux sont importants.

—> La difficulté est souvent liée au fait qu'il n'y a pas de règle dans le Code sur la preuve de la démission. La démission dans la loi n'est subordonnée à aucune forme, et même si la Convention collective prévoit qu'il faudra une lettre recommandée, c'est une exigence pas requise à peine de nullité.

La jurisprudence à une époque a admis qu'un comportement du salarié peut manifester une volonté délibérée de démissionner : Disparition du salarié, est-ce qu'on peut dire qu'on prend acte de sa rupture ?

Au-delà cet exemple, qui illustre certaines difficultés de qualification, s'il y a licenciement s'en suit toute la cascade des effets légaux et conventionnels du licenciement.

Seulement, il y a des hypothèses, plus délicates. Des hypothèses intermédiaires : La maladie prolongée.

## **Paragraphe 1 – L'initiative et imputabilité : L'éclatement de la notion de licenciement**

Cette évolution n'est pas sans rapport avec la loi de 1973, loi qui distingue les règles procédurales de licenciement et les règles de fond (exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement). L'initiative et l'imputabilité est en réalité antérieure à la loi de 1973.

Le plus souvent lorsque cette distinction a été mise en jeu, le plus souvent l'employeur prend l'initiative et devra respecter la procédure. Mais il dire que la rupture est imputable à la maladie du salarié, au refus d'obtempérer du salarié...L'employeur prend acte de la rupture. Théorie de la prise d'acte. On scinde le licenciement en deux fractions.

## **PARAGRAPHE 2 : CONCEPTION UNITAIRE DU LICENCIEMENT.**

Dans le cas du licenciement provoqué. Quant au fond, la rupture est imputable à l'employeur. On est retenu à une conception unitaire du licenciement.

Le revirement de jurisprudence : 13 juin 1990, Chambre Sociale 29 mai 1990.

Chambre Sociale 25 juillet 1992 : « le refus du salaire de poursuivre l'exécution du salarié qui n'a fait l'objet d'aucune modification substantielle de la part de l'employeur entraîne pas à lui seul la rupture du contrat de travail, même en cas de départ du salarié, mais constitue un manquement aux obligations contractuelles, que l'employeur a la faculté de sanctionner en procédant au licenciement ».

En cas d'inaptitude constatée par le médecin de travail, désormais, l'employeur a l'obligation de reclasser le salarié ; seulement, il ne pourra pas toujours reclasser le salarié, car il n'y aura pas de poste susceptible de convenir à l'état physique du salarié ; ou il peut reclasser, et il reclasse ; ou il ne peut pas, et il licencie (il a un mois pour le faire). S'il ne licencie pas, l'employeur est censé continuer à verser le salaire au salarié.

## CHAPITRE 2 : L'AUTONOMIE DES AUTRES CAUSES DE RUPTURE : VERS UNE REMISE EN CAUSE.

### SECTION 1 : LA FORCE MAJEURE.

La rupture se produit de plein droit. Il n'y a pas de licenciement. Et il n'y a pas d'application du régime juridique du licenciement. Le contractant est libéré, et le contrat se trouve anéanti. Pendant une assez longue période, la chambre sociale avait fait jouer un rôle important à la force majeure, considérant même que la maladie prolongée était un cas de force majeure : arrêt Figaro des années 60.

En cas de fait du prince, un employé dans un casino se voit retiré son autorisation administrative de travailler dans un casino ; l'employeur rompt le contrat. La Cour de Cassation applique le cas de la force majeure.

Aujourd'hui, rôle assez limité de la force majeure, sauf quand elle est limitée dans le temps.

Mais difficulté de distinguer avec la mise au chômage temporaire.

### SECTION 2 : LA RESILIATION JUDICIAIRE.

Article 1184 du Code civil : une action en résolution du contrat pour le cas d'inexécution par l'une des parties contractantes de ses obligations. Pendant longtemps, cette faculté d'agir en résiliation judiciaire a été essentiellement utilisée pour essayer de contourner la protection particulière organisée au profit des salariés dits protégés. Ce statut protecteur se caractérise par une autorisation administrative de licenciement donnée par un inspecteur de travail.

Le revirement est opéré par l'arrêt Perrier, 21 juin 1974. Le licenciement de tels salariés ne peut être fait que par

résiliation judiciaire au moyen d'une autorisation administrative.

Assemblée Plénière 28 janvier 1983 : Réaffirmation de cette solution. Le seul fait pour l'employeur de saisir le tribunal d'une action judiciaire est constitutif du délit pénal d'entrave au comité d'entreprise.

Par la suite, l'article 1184 du Code civil a été utilisé pour des salariés non protégés, dans le cas des contrats à durée déterminée. On a parfois utilisé, souvent lorsque le contrat avait une durée de 24 mois, l'article 1184 : cette voie est désormais fermée : Chambre Sociale 15 juin 1999.

L'article 1184 fut aussi utilisé pour les contrats à durée indéterminée ; mais plusieurs arrêts condamnent ceci : Cour d'Appel 15 mars 1999 avait prononcé la résiliation judiciaire du contrat d'un salarié qui n'avait pas repris son travail à la date prévue. La Cour de Cassation a cassé cet arrêt (le contrat de travail se trouve toujours suspendu en l'absence de pouvoir de licenciement).

La résiliation judiciaire apparaît comme un contournement des garanties générales et pécuniaires attachées au licenciement. Arrêt du 22 janvier 2000 : analyse de la résiliation en un licenciement.

## **SECTION 3 : LA RESILIATION AMIABLE : LES ACCORDS DE RUPTURE.**

Article 1134 du Code civil dispose dans son al2 que la rupture du contrat ne peut être évoquée que de leur consentement mutuel. « Mutuus disensus ».

Le CDI ne peut cesser que pour faute grave ou force majeure, sauf accord des parties. On avait pu douter parfois en doctrine de la licéité de cet accord de rupture. Par ailleurs, est-ce que ces accords de rupture pour motifs économiques n'ont pas pour objet ou pour effet de contourner l'exigence d'une autorisation administrative de licenciement.

### **PARAGRAPHE 1 : L'ACCORD DE RUPTURE INDIVIDUEL ; LA DEMISSION NEGOCIÉE INDIVIDUEL.**

Il faut que le salarié reçoive des sommes identiques à celles du licenciement. La jurisprudence écarte la possibilité de résiliation amiable pour les salariés protégés

Arrêt 4 février 1991, à propos du directeur juridique d'une société importante, délégué du personnel, salarié protégé, donc il ne peut faire l'objet d'une démission

Chambre Sociale 29 juin 2000 : les dispositions relatives à l'inaptitude interdisent aux parties de signer une rupture du commun accord. Chambre Sociale 26 octobre 1999.

La rupture amiable n'a plus sa place dans le droit du travail ; il n'existe plus que le licenciement et la démission

## **LA TRANSACTION.**

**Définition a l'article 2044 du Code civil.**

Contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître

La transaction ne constitue pas un mode de rupture, mais porte sur les conséquences, en particulier financières, d'une rupture déjà réalisée.

La transaction a des effets rigoureux. L'article 2052 du Code civil dit que la transaction entre les parties a l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elle ne peut être attaquée pour cause de droit. En pratique, cependant, ces différences n'ont pas toujours été aussi nettes, d'abord du fait de la jurisprudence, qui a admis qu'une transaction pouvait intervenir dès l'entretien préalable au licenciement (cette jurisprudence est caduque) ; ou même après le licenciement (jurisprudence aussi caduque). La jurisprudence a aussi accepté que la transaction puisse cependant être annulée pour dol.

Le professeur Couturier a ainsi noté que la différence entre la transaction et l'accord de rupture était floue.

**Revirement** : Arrêt du 21 juin 1995, qui marquent bien cette différence La transaction consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, a pour l'objet de mettre fin à toute contestation née, ou à naître

La Chambre sociale exige un consentement éclairé (une transaction signée par un salarié étranger qui ne sait pas lire, est nulle).

La jurisprudence exige qu'il y ait des concessions réciproques Il faut une concession suffisamment appréciable.

Le reçu pour solde de tout compte est un document unilatéral signé par le salarié à la demande de l'employeur, par lequel le salarié reconnaît avoir reçu un certain nombre de sommes, pour tout ce qui pouvait lui être dû par l'employeur. Ce reçu pour solde de tout compte avait une double fonction : une fonction probatoire, et puis il avait aussi un effet libératoire de l'employeur.

La loi avait organisé un régime qui permettait aux salariés de recevoir un reçu dans un délai de deux mois à partir de la signature. Ce reçu devait prévoir la possibilité de dénoncer ce reçu

La loi du 17 janvier 2002 : dite de Modernisation Sociale. L'article L122-17 : désormais, lorsqu'un reçu pour solde de tout compte est délivré et signé, il n'a que la valeur d'un simple reçu des sommes qui y figurent (plus de valeur libératoire).

**En résumé (<https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F1689>) – 26 janvier**

**2014** ; La transaction permet de régler un litige entre l'employeur et le salarié. Elle prend la forme d'un contrat rédigé par écrit et signé par les deux parties.

Le plus souvent, une transaction est établie pour régler un litige lié à la rupture du contrat de travail, notamment dans le cadre d'un licenciement.

La validité d'une transaction dépend notamment des conditions suivantes :

- respecter les conditions générales de validité des contrats (cause licite, consentement libre et éclairé des parties, capacité de contracter),
- faire apparaître un différend entre les parties,
- et mentionner leurs concessions réciproques.

En cas de conflit lié à la rupture du contrat de travail, la transaction ne peut être conclue qu'après la date de cessation du contrat.

Les effets d'une transaction sont ceux d'une décision judiciaire définitive. Ainsi, le contenu de la transaction ne peut plus faire l'objet d'une contestation en justice par l'une des parties l'ayant signée, sauf dans l'un des cas suivants :

- le salarié ou l'employeur veut faire reconnaître la nullité de la transaction,
- le salarié ou l'employeur ne respecte pas les obligations prévues.

## **PARAGRAPHE 2 : LA DEMISSION COLLECTIVE.**

Payer quelqu'un, accord pour qu'ils démissionnent.

Arrêts en 1981, Chambre criminelle : condamne les accords comme nuls, car ils contournaient les dispositions relatives au licenciement, qui sont d'ordre public.

Arrêt Chambre criminelle 28 novembre 1984 : Revirement, arrêt Peugeot. La Cour de Cassation considère que la procédure n'est pas nulle en soi.

Depuis la loi du 29 juillet 1992 : toutes les ruptures sont soumises à la procédure de licenciement pour motif économique.

En général, les ASSEDIC versent une indemnisation de licenciement pour le chômage

## **SECTION 4 : LA RETRAITE : LE DEPART ET LA MISE A LA RETRAITE.**

### **Historique**

Initialement, c'était pas une cause de rupture autonome, jusqu'à une loi de 1987. La notion relevait, et relève toujours pour l'essentiel du droit de la sécurité sociale. L'âge de la retraite est l'âge à partir duquel un salarié, qui remplit des conditions de durée de cotisations, peut normalement bénéficier d'une retraite à temps plein (50%).

Ordonnance du 26 mars 1982 : de 65 à 60 ans.

Puis, réforme par une loi du 22 juillet 1993, complétée par de 2 décrets du 28 août 1993 : ces dispositions portent de 37 ans et demi à 40 ans la durée exigée de cotisation pour bénéficier d'une pension de retraite.

L'arrivée à l'âge de la retraite était pas considérée comme une cause de licenciement (aujourd'hui, presque seule raison de licenciement). Juridiquement, le départ à l'âge de la retraite s'analysait comme une démission

Le droit conventionnel a contredit la jurisprudence, et a entendu faire de l'arrivée de l'âge de la retraite, une cause autonome, voire automatique, de licenciement.

Clauses dite souple autorisant l'employeur à rompre le contrat de travail ; mais rupture particulière, car il n'y a pas besoin de l'exigence de cause réelle et sérieuse

Clauses guillotine : quand le salarié arrive à l'âge de la retraite, le contrat de travail prend fin automatiquement.

La loi DMOS (diverses mesures d'ordre social) : 30 juillet 1987, qui condamne les clauses guillotine. La loi de 1987 fait de la mise à la retraite un nouveau cas de rupture du contrat de travail, un mode autonome nouveau. L'article L122-14-13 distingue 3 hypothèses de rupture : le départ à la retraite à l'initiative du salarié (démission, avec une indemnité de départ à la retraite inférieure à l'indemnité de licenciement), le licenciement (et ses conséquences), et la mise à la retraite. Selon l'al 3 de l'article, s'entend par la possibilité donnée à l'entreprise de rompre le contrat de travail d'un salarié qui peut bénéficier d'une pension de vieillesse à temps plein, et qui remplit les conditions d'ouverture à la pension de vieillesse (il faut qu'il ait cotisé, et qu'il ait l'âge de 60 ans).

La jurisprudence a confirmé que la mise à la retraite d'un salarié n'est pas un licenciement ; la décision de l'employeur de mettre un employé à la retraite n'a pas besoin être spécialement motivé.

### **Aujourd'hui, la pratique :**

**Vous pouvez partir à la retraite à partir d'un âge qui varie en fonction de différents critères (date de naissance, incapacité, handicap, carrière longue...).**

#### **Départ à la retraite avant 60 ans :**

Vous pouvez partir à la retraite de manière anticipée :

- si vous êtes soit atteint d'une **incapacité permanente** d'au moins **50 %**, soit reconnu travailleur handicapé,
- ou si vous avez commencé à travailler avant 16 ans et que justifiez des conditions d'assurance ouvrant droit à un départ anticipé pour [carrière longue](#).

#### **Départ à la retraite à 60 ans :**

Vous pouvez partir à la retraite dès l'âge de **60 ans** si vous êtes né **avant le 1<sup>er</sup> juillet 1951**.



Un départ à la retraite anticipée est également possible dès l'âge de 60 ans, pour [carrière longue](#), dans les conditions suivantes :

- vous justifiez d'une durée d'assurance cotisée qui varie selon votre date de naissance,
- et vous justifiez d'une durée d'assurance de 5 trimestres minimum à la fin de l'année de vos 20 ans (ou 4 trimestres dans l'année des 20 ans si vous êtes né au cours du dernier trimestre).

Vous pouvez également partir à la retraite dès l'âge de 60 ans si vous justifiez d'une incapacité permanente d'au moins 10 % liée à la [pénibilité du travail](#), sous conditions.

### Départ à la retraite entre 60 ans et 4 mois et 62 ans

Si vous êtes né à **partir du 1<sup>er</sup> juillet 1951**, l'âge à partir duquel vous pouvez partir à la retraite varie en fonction de votre date de naissance, dans les conditions précisées dans le tableau suivant :

| Age légal minimum de départ à la retraite en fonction de l'année de naissance |                                     |                                |
|---|-------------------------------------|--------------------------------|
| Date (ou année) de naissance  | Âge minimum de départ à la retraite | Départ possible, à partir du : |
| Entre le 1 <sup>er</sup> juillet et le 31 décembre 1951                       | 60 ans et 4 mois                    | 1 <sup>er</sup> novembre 2011  |
| 1952  | 60 ans et 9 mois                    | 1 <sup>er</sup> octobre 2012   |
| 1953  | 61 ans et 2 mois                    | 1 <sup>er</sup> mars 2014      |
| 1954  | 61 ans et 7 mois                    | 1 <sup>er</sup> août 2015      |
| 1955  | 62 ans                              | 1 <sup>er</sup> janvier 2017   |

## SOUS-TITRE 2 : LE DROIT DU LICENCIEMENT.

Le droit du licenciement : sorte de droit commun du licenciement, qui vaut pour tous les types de licenciement.

### CHAPITRE 1 : LE DROIT COMMUN DU LICENCIEMENT.

On retrouve les deux aspects principaux de la réforme de la loi du 13 juillet 1973. Est exigé le respect d'une procédure, et en même temps, la cause réelle et sérieuse du licenciement.

## SECTION 1 : LA PROCEDURE DE LICENCIEMENT.

### PARAGRAPHE 1 : LE CHAMPS D'APPLICATION DES REGLES DE PROCEDURE.

Extension du domaine d'application de la procédure. En 1973, le législateur avait exclu du champs d'application un certain nombre de cas de licenciement : la loi était applicable aux licenciements individuels, ce qui excluait les licenciements collectifs pour motifs économique.

On prenait en compte l'ancienneté du salarié (mais a partir d'un an de salariat). Dans les entreprises de moins de 11 salariés, la procédure n'avait pas à être

Finale, en 1986 et 1989, on a supprimé ces restrictions. En 1989, applicable a tous les licenciements individuels, et aux licenciements pour motif économique.

Pour les sanctions seulement, on va retrouver celles de taille d'entreprise, d'ancienneté.

L'idée était de permettre aux salariés de s'expliquer, pendant l'entretien. Lorsque vous êtes licencié pour motif économique, le salarié n'a pas a s'expliquer.

### PARAGRAPHE 2 : LES PHASES DE LA PROCEDURE.

L'idée qu'il fallait respecter les droits de la défense On citait un motif disciplinaire, en tout cas personnel. Désormais, la notification du licenciement tend a devenir éléments prépondérant.

#### 1. L'ENTRETIEN PREALABLE.

L'employeur qui envisage de licencier un salarié doit avant toute décision convoquer intéressé par lettre recommandée, ou par lettre remise en main propre contre décharge, lui indiquant l'objet de la convocation. L'employeur doit convoquer le salarié en vue d'un entretien.

#### 1. LA CONVOCATION.

Il faut soit une lettre recommandée avec accusé de réception, soit une lettre remise en mains propres, contre décharge Le lieu, l'heure de l'entretien a laquelle la personne est convoquée.

Arrêt Cour de Grenoble 5 juillet 1994 : une femme de ménage exerçait sa profession a Grenoble. L'employeur l'a convoqué a son siège social 2 jours plus tard a Bruxelles, en Belgique.

Il faut préciser l'objet de la convocation, et qu'est envisagée une mesure de licenciement.

Les salariés peuvent, lors de l'entretien, se faire aider par une personne de l'entreprise. Souvent un représentant de personnel.

S'il n'y a pas de représentant de personnel, une loi de 1991 a prévu que le salarié pouvait avoir recours a un conseiller du

salarié, qui est extérieur à l'entreprise, qui est une personne désignée par le préfet dans chaque département.

La date : il n'y a pas de délai prévu entre la convocation et l'entretien. Mais la jurisprudence exige un délai raisonnable.

## 1. **LE DEROULEMENT DE L'ENTRETIEN.**

La lettre de convocation est obligatoire, pas l'entretien. Si le salarié ne vient pas à l'entretien, peu importe, l'employeur a exécuté ses obligations. L'entretien n'est donc pas rigoureusement obligatoire. L'objet de l'entretien était de parvenir à une conciliation. À ce stade, la mesure n'est qu'envisagée, elle n'est pas définitive. L'entretien doit permettre de respecter les droits de la défense, pour permettre au salarié de se défendre. Remarque : c'est vrai pour des raisons individuelles. Mais pas pour des raisons économiques.

L'entretien ne doit pas se transformer en une enquête. Arrêt 10 janvier 1991 : l'employeur était assisté de 4 ou 5 personnes de l'entreprise.

## **LA NOTIFICATION DE LICENCIEMENT.**

### 1. **DELAÏ DE REFLEXION.**

La lettre de notification ne peut être expédiée qu'un jour franc après la date de l'entretien, et pendant un jour ouvrable pour l'entreprise.

Il n'y a pas de délai maximum : la loi du 4 août 1982 n'est pas applicable. Cette loi prévoit un délai maximum d'un mois.

En cas de licenciement pour motif économique, le délai est de 7 jours entre l'entretien et la lettre recommandée, et 15 jours pour les cadres.

### 1. **LA LETTRE DE LICENCIEMENT.**

La lettre de licenciement, désormais, doit contenir le motif de licenciement. Elle doit également renfermer le motif de licenciement. La loi de 1973 n'avait pas fait obligation à l'employeur de faire figurer le motif de licenciement dans la lettre même de licenciement ; une procédure permettant au salarié dans les 10 jours de son départ de l'entreprise de demander à l'employeur le motif du licenciement. Et l'employeur devait dans les 10 jours de la réception de la lettre recommandée, y répondre. Désormais, depuis les lois de 1986 et 1989, l'exigence du motif dans la lettre de licenciement a été généralisée, d'abord au licenciement pour motifs économiques. Mais également pour motif disciplinaire. Arrêt Rogié 29 mai 1990 (important) : Si motif n'est pas précis, il y a licenciement sans cause réelle et sérieuse

## 1. **Les sanctions liées au licenciement irrégulier.**

Les sanctions prévues par la loi de 1973 ; sont applicables seulement dans certains cas, et qui sont exclusives d'autres sanctions graves.

Deux sanctions spécifiques :

En cas d'irrégularité de la procédure, le salarié a droit à une indemnité qui ne peut pas être supérieure à 1 mois de salaire. L'autre sanction est qu'il faut procéder à la régularisation de la procédure, la réfection de la procédure.

La Cour de Cassation a décidé que la sanction était pas toujours nécessaire, si inutile.

En cas d'absence de motivation dans la lettre de licenciement, ou en cas de motif implicite, le salarié pouvait demander par lettre recommandée que soit indiqué le motif de licenciement. Faute de réponse, présomption irréfragable de cause réelle et sérieuse. Désormais, la jurisprudence est fixée par arrêt Rogié du 29 novembre 1990, et dans lequel la Chambre Sociale considère que l'absence de motifs précis indiqués équivaut à une absence de motif.

Arrêt 13 novembre 1991 : la lettre fixe les limites du litige.

Il y a dans cette définition de motif économique, il faut expliquer qu'il y a suppression, transformation, ou modification substantielle, et les raisons qui expliquent cette suppression d'emploi (nouvelles technologies, mauvaise santé économique).

## 2. **La lettre de licenciement**

Cette lettre de licenciement est recommandée.

Elle doit contenir le motif du licenciement et la décision de licenciement.

La loi de 1973 n'avait pas fait obligation à l'employeur de faire figurer le motif de licenciement. C'était une procédure permettant de ne pas contenir le motif du licenciement et l'employeur devait dans les dix jours de la réception répondre au motif si demandé par le salarié licencié.

Désormais, depuis les lois de 1986 et 1989, l'exigence dans la lettre de licenciement a été généralisée au licenciement pour motif économique mais également pour motif disciplinaire.

En 1989, on a complètement généralisé : toute lettre de licenciement doit contenir le ou les motifs de licenciement.

Ce motif de licenciement doit être précis car fixe les limites du litige.

Arrêt Roger du 29 novembre 1990.

### **Ø Les sanctions en cas de non respect des règles de procédure**

Il y a des sanctions qui sont liées à l'irrégularité de la procédure et sont peu importantes et non très bénéfiques pour le salarié.

Et il y a des sanctions pour absence de motifs ou insuffisance du motif.

## 1. Les sanctions liées au licenciement irrégulier

Les sanctions prévues par la loi :

- Loi de 1973, st exclusives d'autres sanctions graves :
- En cas d'irrégularité de la procédure (pas de délai raisonnable, lieu déraisonnable), le salarié a droit à une indemnité qui ne peut pas être supérieure à un mois de salaire.

On fixe ici un salaire et c'est relativement faible.

- Il faut procéder à la régularisation de la procédure : vous avez oublier d'indiquer qu'ils peuvent se faire assister par un salarié de l'entreprise, il faut refaire l'entretien. Vous refaites la procédure un an après quand les conseillers prud'homaux auront trouvé le temps de régler le litige.

De sorte que la chambre sociale a décidé que cette sanction n'est pas nécessaire si elle est inutile.

Ces sanctions st exclusives de tout autre sanction : pas de nullité du licenciement pour irrégularité de forme.

De même on ne saurait solliciter la réintégration dans l'entreprise du salarié.

- **Le salarié doit avoir en principe deux ans d'ancienneté et que l'entreprise est au moins 11 personnes.**

### Les sanctions en cas de motifs injustifiés

Arrêt Janousok de 1976 : présomption irréfragable d'absence de cause réel et sérieuse.

Arrêt Rogier de 1990 dans lequel la chambre sociale considère que l'absence de motifs précis équivaut à une absence de motifs.

Donc six mois de salaire minimum.

Par ailleurs, la jurisprudence a précisé notamment dans un arrêt de 1991 que la lettre de licenciement fixe les motifs du litige.

Le juge est lié par les motifs énoncés dans le licenciement et il ne peut pas justifier la rupture par d'autres motifs.

Il faut donc un motif précis et exact.

Motif précis en cas de licenciement pour un motif économique il y a dans la définition du motif économique, il faut expliquer qu'il y a d'une part suppression ou transformation de l'emploi et d'autre part les raisons qui expliquent des suppressions : difficulté économique, réorganisation de l'entreprise...

Arrêt Rogier :

L'énonciation des motifs fixe des limites au litige : ne doivent pas avoir été énoncés par une lettre postérieure ou antérieure à la lettre de licenciement.

Il faut mettre le véritable motif.

Si on licencie pour faute et que le motif est l'insuffisance professionnelle, on est lié par le motif disciplinaire et non par le motif personnel.

La règle de forme se transforme en règle de fond.

Pour le licenciement économie, il faut indiquer qu'il y a suppression d'emploi, modification du contrat de travail et pour quoi suppression d'emploi à raison de la réorganisation de l'entreprise....

Cette jurisprudence a été diversement appréciée par les juridictions du fond : certaines en ont rajoutés exigeant des conditions précises, inversement des cours d'Appel qui n'exigent pas de conditions précises...

« Notre droit devient de plus en plus formaliste ».

## **SII. Le droit substantiel : l'exigence d'une cause réelle et sérieuse**

C'est l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement et là résulte l'apport essentiel de la loi de 1973.

Désormais, tout licenciement quel qu'il soit licenciement pour motif inhérent à la personne pour motif personnel disciplinaire ou non licenciement pour cause économique individuel ou collectif doit reposer sur une cause réelle et sérieuse.

L'exigence a toujours valu quel que soit la taille de l'entreprise et l'ancienneté du salarié.

Cette notion a fait une entrée assez discrète dans le code du travail.

Il est dit à l'article L 122-3 alinéa 1<sup>er</sup> « ... », mais c'est presque indirectement qu'elle figure dans le code du travail.

La loi en posant cette exigence en 1973 opère une rupture considérable avec le droit antérieur.

Dans le droit antérieur, seule la théorie de l'abus de droit pouvait permettre de procéder à un licenciement fautif.

Et de cette ancienne législation, un vestige à l'article L 122-13 : « Résiliation ouvre droit à des d'intérêts si elle est abusive » et ce pour le cas d'une démission.

Cette loi de 1973 fait que le droit de licencier demeure un « droit », droit de rompre le contrat de travail devient un droit « causé ».

Le législateur n'a pas défini la notion, de sorte que l'interrogation est d'essayer de dire ce qu'est une «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE».

Il y a également la question de la preuve, qui doit prouver que la cause est RS ?

Enfin, il faudra s'intéresser aux sanctions du licenciement qui ne repose pas sur une cause RS, donc un licenciement injustifié.

### **Ø La notion de cause réelle et sérieuse**

#### **La notion demeure sources d'interrogations.**

Préciser cette notion de «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» implique de s'interroger sur la définition même de cette notion : qu'est ce que qu'une «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» ? Est-ce une notion de droit ou de fait ? La Cour

de cassation opère t'elle un contrôle sur la «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» ?

## 1. Définition de la «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE»

A défaut de définition légale, il y a une méthode d'interprétation exégétique en s'aidant notamment des travaux préparatoires, mais on peut observer que la jurisprudence permet également un certain nombre d'apports.

### 1. L'approche exégétique

Cette approche nécessite une cause « réelle » et une cause « sérieuse ».

#### Cause réelle ?

Le rapporteur de la loi nationale avait pu observer qu'une cause réelle est à la fois une cause existante, exacte et le ministre avait pu ajouter « si elle présente un caractère d'objectivité », ce qui exclu les préjugés et les convenances personnelles (exemple : la perte de confiance).

Triple contenu :

- La cause réelle doit être exacte

Le motif invoqué par l'employeur doit être la véritable cause à l'origine du licenciement.

- La cause réelle doit être existante

La cause ne doit pas être fausse.

- La cause doit être objective

La cause doit reposer sur des faits vérifiables, que l'on peut démontrer objectivement.

« Manifestations extérieures susceptibles de vérification ».

Arrêt Dame Fertret de 1990.

#### Cause sérieuse ?

Si l'on se réfère à la définition du ministre au cours des débats, une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité qui rend impossible sans dommage pour l'entreprise la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement.

Cette définition est un peu contestable car est très proche de la faute grave.

Faute légère -> faute sérieuse -> faute grave

Il est certain aujourd'hui qu'une faute légère peut être susceptible de justifier une sanction disciplinaire, un avertissement mais ne peut pas justifier d'un licenciement.

La faute sérieuse demeure « une notion à géométrie variable » et il ne peut pas avoir de définition unique.

Malgré le flou et la relative banalité, les applications jurisprudentielles viennent les éclairer.

## Les applications jurisprudentielles

### Licenciement pour motif personnel non disciplinaire :

Arrêt Dame Fertret : nécessité d'une cause objective.

Il faut un trouble objectif directement imputable au salarié, pas à l'un de ses proches.

La solution de cet arrêt a été confirmée « ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement ».

La perte de confiance n'est pas un motif de licenciement : arrêt de 2001, plus « en soi ».

Dans sa vie privée, un salarié peut commettre une faute, une infraction pénale, et si ça n'a pas d'importance sur l'entreprise, il n'y a pas de «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» car pas de trouble objectif.

### **Licenciement disciplinaire :**

Une faute légère n'est pas une faute sérieuse.

Dans l'échelle des fautes est ajouté un maillon :

Faute légère -> Faute sérieuse -> Faute grave -> Faute lourde

**Faute légère** : avertissement, blâme

**Faute grave** : justifie le licenciement et prive le salarié des indemnités de rupture.

Décision de 1991, la faute grave « résulte d'un fait ou d'un ensemble de fait imputable au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien de l'intéressé dans l'entreprise pendant la durée du préavis ».

Pas de préavis si faute grave.

Cette définition n'est pas vraiment nouvelle.

**Faute lourde** : définition donnée par un arrêt du 29 Novembre 1990 « implique d'une faute d'une exceptionnelle gravité mais suppose en outre une intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise ». Prive des indemnités de préavis, de licenciement, de congés payés.

## **– Notion de faute grave et lourde et des notions que contrôle la Cour de cassation.**

C'est donc une notion de droit.

Est ce que la «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» est aussi une notion de droit ?

A cet égard la jurisprudence a évolué.

### **2.2. Le contrôle de la notion par la Cour de cassation, ou absence de contrôle**

La Cour de cassation a contrôlé à partir de 1973 cette notion de «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» et puis a opéré un revirement de jurisprudence dans les années 1980 abandonnant ce contrôle mais a repris en réalité pas mal de pouvoir et contrôle assez largement la notion de «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE».

#### 1. **Revirement**



Pour des raisons de fond et d'opportunité.

En contrôlant la notion de «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE», on a observé que la Cour de cassation de 1973 à 1985 n'avait pas pu donner une définition relativement claire de cette notion.

Pourquoi contrôle t'elle si elle ne peut pas donner une définition ?

Par ailleurs, il y avait un risque d'enlisement dans une casuistique et s'ajoutait le risque de voir la Cour de cassation de s'ériger en troisième degré de juridiction.

Et un argument d'opportunité : souci de faire face à l'encombrement de la chambre sociale, volonté de limiter le nombre de pourvois.

Le revirement s'est fait en deux temps :

- Motifs en apparence réel et sérieux (1985)

Jurisprudence éphémère.

- Erreur manifeste d'appréciation

Désormais depuis une série de décisions, 1987, la formule est identique : « le juge du fond ou la cour d'Appel n'a fait qu'utiliser des pouvoirs qu'il tient du code du travail en décidant que le licenciement procédait d'une «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» ou ne procédait pas d'une «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» ».

Pour autant il serait inexact d'en déduire que la Cour de cassation abandonne tout contrôle.

## 1. Le contrôle de la Cour de cassation

Certes, les juges du fond apprécient les faits.

**La portée du contrôle opérée par la Cour de cassation :**

- Contrôle de la motivation : insuffisance des motifs
- Qualification des licenciements

**Il est licencié pour faute alors que motif était un autre.**

- Décide que certains motifs de rupture ne peuvent pas constituer « en soi » un motif de licenciement

Il faut des éléments objectifs.

La vie privée n'est pas un élément objectif.

La seule insuffisance de résultat ne peut en soi constituer une cause de licenciement, arrêt de 1999.

La Cour de cassation dit ce que n'est pas une «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE».

- tel motif n'est pas une «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE».

La cause de licenciement est contrôlée car vérifiée en cas de contestation par le salarié si les faits invoqués par l'employeur sont de nature à caractériser légalement la rupture du contrat de travail.

Ce contrôle est plus accentué pour la cause économique de licenciement :

Article L 321-1.

## Ø La preuve de la «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE»

Les modes de preuve st libres dès lors qu'ils st légalement admissibles.

Par exemple : problème des caméras cachés par l'employeur qui a utilisé ce système sans avertir les salariés. Même si la preuve est faite d'un vol, et que le mode preuve est illicite, cette preuve sera irrecevable.

### **Ce qui nous intéresse c'est la charge de la preuve :**

Charge de la preuve/ risque de la preuve.

Si un doute subsiste, à qui profite t'il ?

## 1. **La charge de la preuve**

Avant 1973, le licenciement pouvait être abusif et la charge de la preuve reposait sur le salarié.

Depuis la loi de 1973, discussion ? Est-ce au salarié ou à l'employeur de prouver que le licenciement repose sur une «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» ?

Solution de compromis.

Article L 122-14-3, « le juge à qui il appartient d'apprécier le caractère sérieux de la «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» forme sa conviction aux vues des éléments fournis par les parties ».

Autrement dit, aucune des parties ne supporte la charge de la preuve, elles st mises à égalité.

Chacune des parties peut être contrainte de fournir des éléments en son intérêt.

En cas de licenciement économique, l'employeur doit communiquer les pièces justificatives.

Mais si le juge n'a pas de véritable conviction, que se passe-t-il ?

## 2. **Le doute subsiste**

Loi du 2 août 1989 reprenant une solution déjà prévue en matière disciplinaire consacre que si un doute subsiste il doit profiter au salarié.

Article L 122-14-3 ajoute un alinéa « si un doute subsiste il profite au salarié ».

Si le juge a recueilli les éléments fournis par les parties, et qu'un doute subsiste il profitera au salarié.

Cette disposition vaut pour tous les licenciements.

Disposition validée par le Conseil Constitutionnel le 25 Juillet 1989 dans le cas où le juge sera dans l'impossibilité au terme d'une instruction contradictoire de former avec certitude sa conviction sur une «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE», il sera conduit dans ce cas à faire application du principe selon lequel le doute profite au salarié.

Il ne s'agit pas de renversement de la charge de la preuve, chaque partie doit toujours apporter des éléments de preuve.

## **Ø Les sanctions d'un licenciement sans «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE»**

Un employeur peut toujours licencier quelqu'un sans «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» mais des sanctions

spécifiques lui seront probablement attribuées.

## 1. Les sanctions spécifiques de la loi de 1973

Sanction des licenciements injustifiés.

### Deux observations :

- En cas de licenciement injustifié et irrégulier, seul s'applique les sanctions du licenciement injustifié.
  - Si exigence d'une «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» vaut pour tous les licenciements, les sanctions ne s'appliquent qu'à une double condition :
    - Entreprise de plus de dix personnes
    - Salarié est au moins deux ans d'ancienneté
- Un licenciement peut être à la fois justifié mais abusif, comme il peut être injustifié et abusif.

### La loi de 1973 a prévu trois types de sanctions dont les deux premières st alternatives (l'une ou l'autre) :

- Soit la réintégration, Soit une indemnité
- Selon article L 114-4 du CODE DU TRAVAIL, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié avec maintien des avantages acquis, si refus indemnité qui doit être supérieur au six dernier de mois de salaire.

#### La sanction de la réintégration :

- Proposition du juge
- Acceptation des deux parties

Pratiquement, jamais appliquée.

#### La sanction de l'indemnisation :

- Planché : minimum de 6 mois de salaire

Sanction dissuasive.

C'est un plancher mais non un plafond, on peut aller au-delà des six mois de salaire.

Et cette sanction est différente de l'indemnité de licenciement. C'est une sorte de peine privée infligée à l'employeur.

(En cas de non reclassement d'un salarié victime alors que possible, l'indemnité est de douze mois de salaires).

#### **- Le remboursement des indemnités de chômage**

La loi de 1973 : remboursement des indemnités de chômage à l'Assedic de tout ou partie de celles-ci qui st versées au salarié licencié de manière injustifié et qui s'est trouvé privé d'emploi.

Invocation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, article 6, droit à un procès équitable.

On invoquait que cette sanction aboutissait à des discriminations : entreprise de plus de dix personnes pour en bénéficier, et ne valait que pour les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté.

Tribunal de grande instance de paris avait admis que cette sanction était discriminatoire, mais pas la Cour de cassation.

Loi de 1986 est venue atténuer la gravité de la sanction :

Ce remboursement ne peut être ordonné que dans la limite de six mois d'indemnité de chômage, et le tribunal ordonne le remboursement de tout ou partie de ces six derniers mois de ces versements aux Assedic.

## 2. Les autres sanctions

Trois observations :

Ne pas confondre ces sanctions avec l'indemnité de licenciement

- La contribution de LaLande :

La rupture d'un contrat de travail d'un salarié âgé de 50 ans ouvre droits aux allocations de vieillesse de chômage, l'employeur doit verser à l'Assedic une certaine somme.

Même si licenciement avec «CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE» sauf faute grave, faute lourde, licenciement pour motif économique.

C'est une mesure dissuasive.

Ce n'est pas une sanction à proprement parler.

- Sanctions qui dérivent d'un abus de droit

Un licenciement peut être tout à la fois justifié («CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE») et abusif.

Exemple : arrêt de 1991.

Un licenciement peut être injustifié et abusif : d'intérêts pour les deux cas.

- Sanction : la nullité du licenciement

Peuvent être légales :

Exemple : article L 122-45 : principe légal de discrimination, tout acte contraire est nul de plein droit.

Exemple : les représentants du personnel licenciés sans autorisation administrative (loi de 2002).

Peuvent être jurisprudentielles :

Interrogation ? Il est arrivé mais ce n'est pas fréquent qu'en cas de violation d'une liberté fondamentale le licenciement soit annulé alors qu'aucun texte ne le prévoit (arrêt de 1988 « Claveau »).

Depuis cet arrêt, très généralement, si atteinte à une liberté fondamentale, notamment liberté d'expression, on s'est placé sur le terrain d'un licenciement injustifié.

## CHAPITRE 2 : LE PARTICULARISME DES LICENCIEMENTS ECONOMIQUES.

Loi du 3 janvier 1975, qui fait suite à 2 accords nationaux interprofessionnels, sur la sécurité de l'emploi, qui a créé ASA (allocation supplémentaire d'attente).

Loi du 3 janvier 1975 qui subordonne tout licenciement économique à une autorisation administrative. Cette loi exclut

malgré tout les licenciements qui interviennent dans le cadre d'une procédure collective.

Une distinction est opérée à l'époque, parce qu'elle va perdurer : entre petits licenciements pour motifs économiques (Moins de 10 personnes dans un délai de 30 jours), et les grands licenciements pour motifs économiques (Plus de 10 personnes).

L'abrogation de cette loi intervient définitivement par une loi de 30 décembre 1986, pour des raisons politiques, puis parce que dans 90% des cas, l'autorisation était donnée. Mais aussi parce qu'on avait supprimé l'ASA en 1984.

L321-4-1 : la procédure de licenciement est nulle et de nul effet si le plan social ne comporte pas des mesures tendant à faciliter le reclassement des salariés.

La jurisprudence, avec les arrêts *la Samaritaine*, a considéré que les licenciements prononcés à la suite d'un plan social insuffisants, étaient même nuls, avec obligation de réintégration des salariés.

Un projet de loi a été promulgué le 17 janvier 2002, qui prévoyait de nouvelles raisons pour le licenciement économique. Aujourd'hui, un projet de loi qui vise à suspendre ce qu'on appelle la LMS (loi de modernisation sociale).

9 articles de ce projet de loi adoptés en première lecture à l'Assemblée Nationale. De même, a été suspendu par voie d'amendement supplémentaire, la disposition qui imposait au chef d'entreprise d'informer les élus du personnel avant de procéder aux licenciements économiques.

### **La définition de ce licenciement économique :**

Le licenciement économique est justifié par un impératif économique conjoncturel ou structurel. La loi de modernisation sociale du 17 mars 2002 établit une définition plus stricte, suscitant alors de vifs débats. Elle prévoyait en effet :

- Limitation des causes justificatives prévues par la loi et ne plus en admettre d'autres.
- D'introduire dans la loi les « nécessités de réorganisation » comme causes de licenciement mais en les soumettant à la compétitivité de « l'activité de l'entreprise » et non de sa sauvegarde.
- D'exiger que les difficultés économiques n'aient pu être surmontées par d'autres moyens que le licenciement.

Autrement dit, le législateur souhaitait s'engager vers une définition plus restrictive du licenciement pour motif économique.

Le [Conseil constitutionnel](#) en a toutefois décidé différemment. En effet, il censura cette nouvelle définition du motif économique. Décision du 12 janvier 2002, invoquant une

atteinte à la liberté d'entreprendre, principe à valeur constitutionnelle reconnue.

On se réfère donc à la loi du 2 août 1989 pour la définition du motif économique qui est étranger à la personne du salarié. **La loi parle d'un ou plusieurs motifs non inhérents au salarié. Il s'agit notamment de difficultés économiques, de mutations technologiques. La jurisprudence a ajouté un troisième motif qui est la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder la compétitivité de cette dernière.**

Le licenciement pour motif économique doit en fait réunir **3 éléments essentiels** pour avoir une cause réelle et sérieuse: Un *élément matériel* (suppression d'emploi, transformation d'emploi ou modification du contrat de travail), consécutif à un *élément causal* (difficultés économiques ou mutations technologiques), et *l'impossibilité de reclasser le salarié*.

## SECTION 1 : LA CAUSE

### ECONOMIQUE DE LICENCIEMENT :

Ni la loi de 75 ni la loi de 86 n'avaient défini la notion de licenciement pour motif économique ; il faut attendre la loi du 2 août 1989 : Article L221-1. Au-delà de cette définition, c'est une définition ouverte qui a permis à la jurisprudence d'élargir celle-ci.

#### PARAGRAPHE 1 : LA NOTION LEGALE DE MOTIF ECONOMIQUE.

##### **Cause réelle et sérieuse de licenciement économique depuis la loi de 2002**

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 d'emploi ou d'une transformation d'emploi ou encore d'une modification substantielle du contrat de travail (suppression, modification) consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

##### **3 étages :**

- Il faut un motif non inhérent à la personne : l'insuffisance professionnelle, ce sont des motifs inhérents à la personne.
- La cause immédiate, le licenciement doit résulter d'une suppression ou d'une transformation d'emploi, ou d'une modification substantielle du contrat de travail. La suppression d'emploi, qui n'est pas synonyme d'un abaissement du nombre de salariés d'une entreprise ; il n'y a pas suppression d'emploi, lorsqu'on remplace une personne par une autre pour des motifs économiques ; ou alors lorsqu'il y a licenciement de deux personnes pour la remplacer par une personne.

– arrêt du 5 novembre 1992 : Madrelle , la réorganisation de l'entreprise dans son intérêt peut être considérée comme un licenciement pour motif économique. La réorganisation destinée à *sauvegarder* la compétitivité de l'entreprise.

On a rajouté une autre cause, dans arrêt du 16 janvier 2001, la cessation d'entreprise, c'est un motif économique.

Il faut en plus que cette cause soit réelle et sérieuse vis-à-vis du salarié pris individuellement.

### **La définition de ce licenciement économique depuis la décision du conseil constitutionnel du 12 janvier 2002 :**

Le licenciement économique est justifié par un impératif économique conjoncturel ou structurel. La loi de modernisation sociale du 17 mars 2002 établit une définition plus stricte, suscitant alors de vifs débats.

Le [Conseil constitutionnel](#) en a toutefois décidé différemment. En effet, il censura cette nouvelle définition du motif économique Décision du 12 janvier 2002, invoquant une atteinte à la liberté d'entreprendre, principe à valeur constitutionnelle reconnue.

On se réfère donc à la loi du 2 août 1989 pour la définition du motif économique qui est étranger à la personne du salarié.

**La loi parle d'un ou plusieurs motifs non inhérents au salarié. Il s'agit notamment de difficultés économiques, de mutations technologiques. La jurisprudence a ajouté un troisième motif qui est la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder la compétitivité de cette dernière.**

Le licenciement pour motif économique doit en fait réunir **3 éléments essentiels** pour avoir une cause réelle et sérieuse: Un *élément matériel* (suppression d'emploi, transformation d'emploi ou modification du contrat de travail), consécutif à un *élément causal* (difficultés économiques ou mutations technologiques), et *l'impossibilité de reclasser le salarié*.

### **PARAGRAPHE 2 : LA CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE.**

Il faut qu'il n'y ait pas eu une possibilité de reclassement. Il faut également que l'employeur, tenu exécuter le contrat de bonne foi, ait fait l'effort d'adaptation et de formation de l'employé à évolution de l'emploi (LMS du 7 janvier 2002).

Le licenciement pour motif économique d'un salarié que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés, et que le reclassement de intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qui l'occupe [...] que si le reclassement ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient.

## 1. L'OBLIGATION D'ASSURER LE RECLASSEMENT DU SALARIÉ.

Le licenciement n'aura pas de cause réelle et sérieuse s'il est démontré que le salarié pouvait être reclassé. Arrêt de la Chambre Sociale 20 février 1991.

N'a pas de cause économique réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié dont le niveau hiérarchique permettait le reclassement dans l'entreprise. Cette obligation de reclassement ne s'apprécie pas au niveau de l'entreprise, mais au niveau du groupe.

### 1. L'OBLIGATION D'ASSURER L'ADAPTATION DES SALARIÉS A L'EVOLUTION DE LEUR EMPLOI.

Dans un arrêt important et attendu du 25 février 1992, la Chambre sociale dans sa formation plénière décide que « l'employeur, tenu exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés a évolution de leurs emploi ». Notamment lorsque le licenciement intervient alors qu'il y a transformation d'emploi lié a des transformations technologiques.

## SECTION II : LA PROCEDURE LEGALE DE LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE.

**Procédure collective** : Les salariés d'une entreprise en difficulté faisant l'objet d'une procédure collective (sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire) peuvent être licenciés. Les conditions du licenciement varient selon la situation des entreprises, dans les conditions suivantes :

### **Procédure de licenciement économique habituelle**

Si l'entreprise met en place une procédure de sauvegarde, celle-ci peut prévoir des licenciements pour motif économique. Dans ce cas, tout licenciement est soumis à la procédure de licenciement habituelle.

Toutefois, si le plan de sauvegarde comporte la cession d'une ou plusieurs activités, les licenciements sont effectués en application de la procédure simplifiée.

### **Procédure simplifiée**

## **Cas autorisant la procédure simplifiée**



La procédure simplifiée en matière de licenciement économique est prévue en cas de redressement ou de liquidation judiciaire.

Elle prévoit différentes étapes, précisées ci-dessous, dont le non respect ouvre droit au versement au salarié de dommages et intérêts.

## **Validation d'un accord d'entreprise ou homologation d'un document de l'employeur**

En fonction de la taille de l'entreprise et du nombre des licenciements envisagés, lorsqu'un **plan de sauvegarde de l'emploi** (PSE) doit être mis en œuvre, un accord collectif majoritaire négocié au sein de l'entreprise peut déterminer les mesures prévues par celui-ci, ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise (CE) et de mise en œuvre des licenciements. Il entre en vigueur après validation par la Direccte.

En l'absence d'accord, l'employeur doit fixer les mesures du PSE dans un document unilatéral après la dernière réunion du comité d'entreprise (CE). Les mesures prévues par ce document de l'employeur entrent en vigueur après homologation par la Direccte.

L'employeur n'est pas obligé d'engager des négociations en vue de valider un accord.

### **À savoir :**

tout licenciement prononcé en l'absence de validation ou d'homologation (ou après annulation de la validation/homologation) ouvre droit au versement au salarié d'une indemnité fixée au minimum aux 6 derniers mois de salaire.

## **Consultation des représentants du personnel**

La consultation des représentants du personnel est obligatoirement effectuée avant tout licenciement.

En l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise, c'est le représentant des salariés qui exerce leurs attributions en matière de licenciement économique. Il bénéficie du statut de salarié protégé.

## **Convocation à un entretien préalable**

L'employeur convoque le salarié à un entretien préalable dans les **règles habituelles** prévues en cas de licenciement collectif.

L'employeur est tenu de proposer le **contrat de sécurisation professionnelle** (CSP) durant l'entretien préalable.

## Notification du licenciement

La notification des licenciements aux salariés est effectuée par lettre recommandée avec accusé de réception, au minimum 2 jours après la date de l'entretien préalable. La lettre doit préciser le motif justifiant le licenciement (en faisant référence, par exemple, au jugement prévoyant les licenciements).

**Liquidation** : Le juge commissaire peut autoriser l'administrateur à procéder à des licenciements pour motif économique présentant un caractère urgent, inévitable, et indispensable. L'entreprise peut continuer à vivre, mais cela empêche que certains redressements sont nécessaires ; les licenciements seront autorisés par le tribunal de commerce. Mais s'il y a liquidation de la société, le liquidateur pourra procéder à des licenciements.

### PARAGRAPHE 1 : LES LICENCIEMENTS INDIVIDUELS ET LES « PETITS » LICENCIEMENTS POUR MOTIF ECONOMIQUE. LE LICENCIEMENT INDIVIDUEL.

#### En principe :

Son régime est très proche du licenciement pour motif personnel. La loi de 73 est applicable, simplement l'entretien change de sens. Il ne s'agit pas de permettre au salarié de s'expliquer.

La loi de 1989 avait introduit dans notre droit une autre raison à l'entretien. On devait présenter au salarié une convention de conversion.

En cas de rupture de commun accord, la difficulté qui a existé était de savoir si l'absence de cause réelle et sérieuse pourrait être cause de licenciement. Le salarié pouvait prétendre aux indemnités de licenciement. Lorsque le salarié accepte une convention de préretraite, FNE (Fonds national pour l'emploi). L'adoption de cette convention constitue un licenciement. La Cour de Cassation, 27 janvier 1994, Pomona, a répondu par la négative. Désormais, l'employeur doit proposer aux salariés dont il envisage le licenciement, le bénéfice de mesures d'évaluation des compétences professionnelles, et des mesures d'accompagnement (mesures assez vagues).

**En pratique** : (Source ; <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F24648> – 26 juin 2015)

L'employeur qui doit procéder au licenciement d'un seul salarié pour des raisons économiques doit respecter une procédure spécifique. Le licenciement économique d'un salarié unique ne nécessite pas, sauf exception, la réunion du comité d'entreprise. Elle s'organise en plusieurs phases : le choix du salarié à licencier, la convocation à un entretien préalable, l'envoi d'une lettre de licenciement et la notification à l'administration.

## Entretien préalable

L'employeur est tenu d'adresser au salarié une convocation à un entretien préalable à licenciement par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge.

La lettre de convocation doit indiquer :

- l'objet de l'entretien,
- la possibilité pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de 5 jours ouvrables après réception de la lettre.

Pendant cet entretien, l'employeur indique au salarié les motifs de la décision envisagée.

## Lettre de licenciement

L'employeur doit envoyer au salarié une [lettre de licenciement](#) qui doit préciser :

- le motif de licenciement,
- la possibilité pour le salarié de bénéficier du contrat de sécurisation professionnelle ou du congé de reclassement,
- le cas échéant, l'impossibilité de reclassement,
- la possibilité pour le salarié de bénéficier d'une période de réembauche,
- le délai de prescription pour contester la régularité ou la validité du licenciement : 12 mois à partir de sa notification.

## Notification à l'administration

L'employeur doit informer la **Direccte** de son projet de licenciement économique, dans les 8 jours de l'envoi de lettre de licenciement au salarié.

La décision de la Direccte peut faire l'objet d'un recours de l'employeur devant le tribunal administratif dans les 2 mois suivant sa notification

### LES PETITS LICENCIEMENTS.

Distinction sur le nombre : selon qu'il y a moins de 10 personnes licenciées dans l'entreprise de 50 personnes ; ou moins de 10 personnes salariées dans une très grande entreprise. ( Source : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F33006> – 26 juin 2015)

## – Entreprises de moins de 50 personnes.

Il faut consulter les délégués du personnel, et reçoivent tout renseignement utile sur le projet de licenciement collectif. Ensuite, les délégués du personnel donnent un avis qui sera transmis à l'autorité administrative.

**En pratique :** Une consultation des délégués du personnel doit être organisée par l'employeur.

La convocation à la réunion doit s'accompagner de la transmission de tout renseignement utile sur le projet de licenciement collectif : raisons économiques, financières ou techniques du licenciement, nombre de licenciements envisagés, catégories professionnelles concernées, calendrier prévisionnel, etc..

La réunion doit :

- présenter et donner des explications sur le projet de licenciement économique,
- répondre aux questions et observations des délégués du personnel avant de recueillir leur avis sur le projet.

Le procès verbal de la réunion est obligatoirement adressé à la **Direccte**.

## – Entreprises d'au moins 50 personnes.

### **En principe :**

L432-1 al2. Le comité d'entreprise est obligatoirement consulté sur tout projet de compression et restructuration des emplois ; donne un avis.

Il y a 2 réunions du comité d'entreprise.

Lors du licenciement, il y a un certain nombre de critères : la loi précise que ces critères sont déterminés soit par convention collective ou accord d'entreprise, soit par le chef d'entreprise (unilatéralement). La loi prévoit un certain nombre de critères : les charges de famille, l'ancienneté, et puis la situation de certains salariés qui peuvent avoir des difficultés particulières. Il y avait un autre critère qui a été supprimé par la loi du 17 janvier 2002, les qualités professionnelles. Ce n'est pas un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais il y a une inégalité causant un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte de son emploi qui doit être intégralement réparée. Arrêt de 1997 et 1999. Le salarié, quand il est licencié, pourra demander quels sont les critères qui ont été mis en œuvre (il a un délai de 10 jours).

**En pratique :** Une consultation du comité d'entreprise (CE) doit être organisée par l'employeur.

La convocation à la réunion et l'ordre du jour, transmis au moins 3 jours avant la réunion, doit être accompagnées de tous les renseignements utiles sur le projet de licenciement

collectif : raisons économiques, financières ou techniques du licenciement, nombre de licenciements envisagé, catégories professionnelles concernées, calendrier prévisionnel, etc.

Le comité d'entreprise peut, à sa charge, se faire assister par un expert technique.

Cette réunion doit :

- présenter et donner des explications sur le projet de licenciement économique,
- répondre aux questions et observations des membres du comité avant de recueillir leur avis sur le projet.

L'employeur est tenu de transmettre ce avis à la **Direccte**.

Dans le cas d'un projet de compression des effectifs, le CE doit aussi être consulté.

Ces deux consultations peuvent avoir lieu en même temps.

## PARAGRAPHE 2 : LES « GRANDS LICENCIEMENTS POUR MOTIF ECONOMIQUE ».

L'employeur qui doit procéder au licenciement d'au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours pour des raisons économiques doit respecter une procédure qui varie selon l'effectif de l'entreprise (plus ou moins 50 salariés). Elle s'organise en plusieurs étapes : consultation des délégués du personnel ou du comité d'entreprise, consultation de l'administration, convocation à un entretien préalable, envoi d'une lettre de licenciement et notification à l'administration.

**Source : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F33007> (26 juin 2015)**

La procédure s'applique dans tous les cas de rupture pour motif économique. Pas seulement en cas de licenciement, mais en cas de départ négocié Je dois appliquer la procédure des grands licenciements économiques. Je dois faire un plan social. De même, je propose une modification substantielle a plus de 10 salariés. Dans ce cas, l'aspect collectif l'emporte sur l'aspect individuel.

## SOUS-PARAGRAPHE 1 : LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS DANS UNE ENTREPRISE DE MOINS DE 50 SALARIES.

**En résumé**, on doit consulter les délégués du personnel, qui tiennent 2 réunions successives, avec un délai qui ne peut être supérieur a 14 jours. Mais il faut ensuite communiquer a l'autorité administrative les différentes informations communiqués aux délégués du personnel. Comme c'est une entreprise de moins de 50 personne, il n'y a pas de plan social.

**En pratique**, avant de procéder aux licenciements, l'employeur doit consulter les délégués du personnel (DP) sur le projet de licenciement et ses modalités d'application.

Il est tenu d'adresser aux représentants du personnel, avec la convocation de la réunion :

- tous les renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif (raisons économiques, nombre de licenciements envisagés, calendrier prévisionnel des licenciements, etc.),
- les mesures envisagées pour limiter les licenciements et pour faciliter le reclassement des salariés concernés.

La convocation à la première réunion doit être adressée au moins 3 jours avant.

La Direccte dispose alors de 21 jours à compter de la notification du projet de licenciement pour procéder au contrôle.

## **SOUS-PARAGRAPHE 2 : LICENCIEMENT D'AU MOINS 10 SALARIÉS DANS LES ENTREPRISES D'AU MOINS 50 SALARIÉS.**

**En résumé**, le plan social doit être suffisant et en l'absence de plan social, de sauvegarde de l'emploi, pour éviter les licenciements, la procédure est nulle et de nul effet. La loi de modernisation sociale conforte la jurisprudence, dite la Samaritaine, qui date du 13 février 1997 (Les licenciements a défaut de plan social, la procédure est nulle et de nul effet).  
L'administration : il empêche que l'administration est très présente, et de plus en plus, même si normalement certaines causes de sa présence seront suspendues. A été ajoutée dans la loi de modernisation sociale que l'autorité administrative peut, tout au long de la procédure, présenter toute proposition destinée à modifier le plan de sauvegarde de l'emploi. De même l'entreprise peut dresser un constat de carence.

### 1. **A) En pratique :**

un employeur de 50 personnes et plus qui a l'intention de licencier au moins 10 salariés doit mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).

Il doit consulter le comité d'entreprise préalablement, sur l'opération projetée et ses modalités d'application.

Dans ce cadre, 2 réunions au minimum, espacées d'au moins 15 jours, doivent être organisées par l'employeur (sauf en cas de redressement ou liquidation judiciaire).

L'employeur adresse aux représentants du personnel tous les renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif (raisons économiques, nombre de licenciement envisagés, calendrier prévisionnel des licenciements, etc.)

La convocation à la première réunion doit être adressée au moins 3 jours avant.

L'employeur doit aussi transmettre au préalable au CE et à la Direccte par voie dématérialisée en utilisant le **portail PSE**, toutes les informations concernant le projet de licenciement.

Le CE doit remettre son avis à partir de sa consultation :

- 2 mois lorsque le nombre de licenciements est inférieur à 100,
- 3 mois pour un nombre de licenciements compris entre 100 à 249 inclus,
- 4 mois à partir de 250 licenciements.

En l'absence d'avis rendu dans ces délais, le CE est réputé avoir été consulté.

Une convention ou un accord collectif de travail peut prévoir des délais différents.

L'employeur peut :

- soit négocier avec les syndicats représentatifs un accord collectif majoritaire sur un PSE,
- soit fixer de façon unilatérale le contenu du PSE et les modalités de consultation des instances représentatives du personnel.

Dans les deux cas, le CE peut désigner un expert-comptable, qui dispose de 10 jours pour demander des informations à l'employeur qui doit répondre dans les 8 jours (renouvelables).

L'employeur doit informer la Direccte :

- de l'ouverture de négociations en vue de la conclusion d'un accord majoritaire,
- du document unilatéral de l'employeur le cas échéant,
- du recours à un expert-comptable.

L'employeur doit informer la Direccte de son projet de licenciement économique au plus tôt le lendemain de la première réunion des représentants du personnel.

La Direccte est notamment tenue de vérifier la conformité de la consultation des représentants du personnel et les obligations sociales de l'employeur.

Elle 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.

Le CE ou les organisations syndicales peuvent saisir la Direccte qui dispose d'un pouvoir d'injonction auprès de l'employeur.

La Direccte doit ensuite :

- valider l'accord majoritaire dans un délai de 15 jours à partir de sa réception,
- ou homologuer le document unilatéral dans un délai de 21 jours.

À défaut, les licenciements prononcés sont nuls. Cette décision d'homologation ou de validation permet la notification individuelle des licenciements.

### À savoir :

la décision de la Direccte peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif dans les 2 mois suivant sa notification.

## 1. **B) L'OBLIGATION DE RECLASSEMENT : plan de sauvegarde de l'emploi.**

L'employeur qui envisage une procédure de licenciement pour motif économique doit, dans certains cas, établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Le PSE vise à éviter les licenciements ou, à défaut, à en limiter le nombre. Il doit également faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement est inévitable.

### Salariés concernés

Le PSE est obligatoire dans les entreprises d'**au moins 50 salariés**, lorsque le projet de licenciement concerne **au moins 10 salariés** sur une période de **30 jours**.

Le PSE est facultatif :

- pour les entreprises d'au moins 50 salariés, lorsque le projet de licenciement concerne moins de 10 salariés sur une période de 30 jours,
- pour les entreprises de moins de 50 salariés.

### Contenu

#### Mesures obligatoires



Le PSE vise à éviter les licenciements ou à en limiter le nombre.

Il prévoit un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement est inévitable. La procédure de suivi de la mise en œuvre du plan de reclassement est précisée dans le PSE.

Le PSE doit notamment prévoir :

- des actions visant au reclassement interne des salariés, sur des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux qu'ils occupent (ou, sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure),
- des créations d'activités nouvelles par l'entreprise,
- des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise (notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi),
- des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés,
- des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience (VAE) ou de reconversion de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés sur des emplois équivalents,
- des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail ainsi que des mesures de réduction du volume des heures supplémentaires réalisées de manière régulière,
- les conditions de mise en œuvre du [congé de reclassement](#) ou du [contrat de sécurisation professionnelle \(CSP\)](#),
- un plan de reclassement visant notamment les salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile.

### À savoir :

l'employeur d'une entreprise employant au moins 1 000 salariés qui envisage de fermer un établissement est soumis à [l'obligation de rechercher un repreneur potentiel](#).

### Mesures facultatives

Le PSE peut également prévoir d'autres mesures, facultatives, telles que, par exemple :

- des primes d'incitations au départ volontaire,
- des [congés de conversion](#),
- la mise en place d'une [cellule de reclassement](#).

## Validation ou homologation

### Validation d'un accord

Un accord collectif majoritaire dans l'entreprise peut déterminer les mesures prévues par le PSE, ainsi que la procédure de consultation du comité d'entreprise (CE) et de mise en œuvre des licenciements.

Il entre en vigueur après validation par la **Direccte**.

Le salarié doit être informé de la décision de validation :

- soit par voie d'affichage sur le lieu de travail,
- soit par tout autre moyen permettant de déterminer la date à laquelle il a été informé.

### Homologation d'un document établi par l'employeur

En l'absence d'accord, les mesures du PSE sont précisées dans un document élaboré par l'employeur, après la dernière réunion du comité d'entreprise (CE).

Les mesures prévues par ce document entrent en vigueur après homologation par la Direccte. Le salarié doit être informé de la décision d'homologation :

- soit par voie d'affichage sur le lieu de travail,
- soit par tout autre moyen permettant de déterminer la date à laquelle il a été informé.

#### À noter :

une partie des mesures du PSE peut être fixée par accord, et l'autre par le document de l'employeur.

### Sanctions en cas d'irrégularité

Le licenciement du salarié est annulé dans les cas suivants :

- s'il est prononcé en l'absence de décision de validation d'un accord ou d'homologation du document par la Direccte,
- s'il est prononcé alors que la Direccte refuse de valider l'accord ou d'homologuer le document,
- si la décision de validation ou d'homologation est annulée en raison d'une absence ou d'une insuffisance du PSE,
- si les instances représentatives du personnel n'ont pas été consultées préalablement.

Le juge peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié (s'il la demande). Si la réintégration est devenue impossible (notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible) ou si le salarié ne la demande pas, l'employeur doit lui verser une indemnité au moins égale à ses 12 derniers mois de salaire.

Si l'employeur n'a pas respecté les procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de la Direccte, le licenciement n'est pas annulé. Cependant, le salarié licencié dans le cadre du PSE bénéficie d'une indemnité à la charge de l'employeur. Son montant est calculé en fonction du préjudice subi (déterminé par le juge).

Les autres fiches de cours :

- **Le droit du travail : cours et fiches**
- **La naissance et histoire du droit du travail**
- **Les sources du droit du travail**
- **Les conventions et accords collectifs de travail**
- **Le règlement intérieur**
- **Les engagements unilatéraux en droit du travail**
- **La hiérarchie des normes en droit du travail**
- **Le Conseil des Prud'hommes**
- **L'inspection du travail**
- **Définition et critères du contrat de travail**
- **Les difficultés d'application des critères du contrat de travail**
- **Les méthodes de recrutement**
- **Les clauses du contrat de travail (non concurrence, mobilité...)**
- **Les contrats précaires**
- **Le contrat de travail à temps partiel**
- **Le contrat de travail intermittent**
- **La rémunération : montant, composition, paiement du salaire...**
- **Le temps de travail (durée légale et maximale)**
- **Les modifications du contrat de travail**
- **Le licenciement pour motif économique**
- **Cours de droit du travail**

« **PRÉCÉDENT**

**SUIVANT** »

Cours de droit international

Liste des cours de L2 droit

---

**SOYEZ LE PREMIER À COMMENTER**

---

## Poster un Commentaire

Vous devez être connecté pour publier un commentaire.

---

Copyright © 2019 | Thème WordPress par MH Themes

---