



LE DROIT **DU TRAVAIL**

***EN CARTES
MENTALES***

Frédérique Chopin



LE DROIT DU TRAVAIL

EN CARTES MENTALES

Frédérique Chopin

Maître de conférences HDR en droit privé

Centre de Droit Social, UR 901, Responsable du Master 2 GRH parcours RSE

Aix-Marseille Université



Retrouvez tous les titres de la collection « Le droit en cartes mentales »
sur <http://www.editions-ellipses.fr>



L'ensemble des articles cités dans cet ouvrage sont ceux du Code du travail.

ISBN 9782340-059283

©Ellipses Édition Marketing S.A., 2021

8/10 rue la Quintinie 75015 Paris



Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5.2° et 3°a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

Sigles et abréviations (signalés dans le texte par un astérisque*)

| | |
|-----------------|--|
| <i>AFPA</i> | Agence nationale pour la Formation Professionnelle des Adultes |
| <i>ANI</i> | Accord National Interprofessionnel |
| <i>APE</i> | Activité Principale Exercée |
| <i>APEC</i> | Association pour l'Emploi des Cadres |
| <i>BDES</i> | Base de Données Economiques et Sociales |
| <i>CDD</i> | Contrat à Durée Déterminée |
| <i>CDI</i> | Contrat à Durée Indéterminée |
| <i>CJUE</i> | Cour de Justice de l'Union Européenne |
| <i>CHSCT</i> | Comité d'Hygiène de Sécurité et des Conditions de Travail |
| <i>CPPNI</i> | Commission Paritaire Permanente de Négociation et d'Interprétation |
| <i>CPRI</i> | Commission Paritaire Régionale Interprofessionnelle |
| <i>CSSCT</i> | Commission Santé Sécurité et Conditions de Travail |
| <i>CSE</i> | Comité Social et Economique |
| <i>DDETS</i> | Direction Départementale de l'Emploi, du Travail et des Solidarités |
| <i>DDETS-PP</i> | Direction Départementale de l'Emploi, du Travail, des solidarités et de la Protection des Populations |
| <i>DEETS</i> | Direction de l'Economie, de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (Outre-mer) |
| <i>DGT</i> | Direction Générale du Travail |
| <i>DIRECCTE</i> | Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi |
| <i>DREETS</i> | Direction Régionale de l'Economie, de l'Emploi, du Travail |

et des Solidarités

| | |
|----------------|---|
| <i>DRIEETS</i> | Direction Régionale et Interdépartementale de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (Ile-de-France) |
| <i>DS</i> | Délégué Syndical |
| <i>DUDH</i> | Déclaration Universelle des Droits de l'Homme |
| <i>DUERP</i> | Document Unique d'Evaluation des Risques Professionnels |
| <i>ESAT</i> | Entreprise de Service d'Aide par le Travail |
| <i>ETT</i> | Entreprise de Travail Temporaire |
| <i>GEPPMM</i> | Gestion des Emplois, des Parcours Professionnels et de la Mixité des Métiers |
| <i>IRP</i> | Institution Représentative du Personnel |
| <i>NAF</i> | Nomenclature des Activités Françaises |
| <i>OSR</i> | Organisation syndicale représentative |
| <i>OIT</i> | Organisation Internationale du Travail |
| <i>ONU</i> | Organisation des Nations Unies |
| <i>PAP</i> | Protocole d'Accord Préélectoral |
| <i>PSE</i> | Plan de Sauvegarde de l'Emploi |
| <i>RSS</i> | Représentant de la Section Syndicale |
| <i>SMIC</i> | Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance |
| <i>UE</i> | Union Européenne |
| <i>UES</i> | Unité Economique et Sociale |
| <i>URSSAF</i> | Union de Recouvrement des cotisations de Sécurité Sociale et des Allocations Familiales |
| <i>ZTI</i> | Zone Touristique Internationale |

Introduction

Le droit du travail présente l'intérêt d'avoir des sources juridiques très variées. Cette diversité des sources juridiques s'explique tout d'abord, par la **place que jouent les partenaires sociaux** dans la construction du droit du travail. En effet, contrairement à d'autres domaines du droit, le droit du travail est de plus en plus issu de la **négociation collective** entre les partenaires sociaux. Ensuite, le droit du travail dote l'employeur, dans sa relation sociale individuelle avec le salarié, d'un certain nombre de pouvoirs, notamment un **pouvoir décisionnel** qu'il peut exprimer de façon unilatérale (ex : l'usage d'entreprise). Enfin, le droit du travail ne peut s'appréhender aujourd'hui dans un cadre purement national et nécessite de tenir compte des **sources européennes et internationales**. Il apparaît donc opportun de distinguer les sources internes du droit du travail (S 1) des sources internationales (S 2).

Les sources du droit du travail

Section 1. Les sources internes du droit du travail

Parmi les sources internes du droit du travail, on distingue d'une part, les sources d'origine étatique (§ 1) et d'autre part, les sources d'origine professionnelle (§ 2).

§ 1. Les sources d'origine étatique

Le droit du travail a d'abord, des **bases constitutionnelles** importantes. Ainsi, le **Préambule de la Constitution de 1946** affirme notamment un droit au travail, le droit syndical, le droit de grève, le droit des salariés à participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises. Ensuite, la **Constitution** de 1958 détermine en droit du travail les domaines respectifs de la loi et du règlement. Ainsi, au titre de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail (articles en L du code du travail). Ces **dispositions légales**, sont complétées par celles relevant du **pouvoir réglementaire** (art. 37 de la Constitution), soit par la voie de décrets pris après avis du Conseil d'État (articles en R dans le code du travail), soit par la voie de décret simple (articles en D dans le code du travail).

Au fil du temps, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont eu tendance à étendre les principes fondamentaux du droit du travail et donc à élargir ainsi le domaine d'action du législateur. Si le droit du travail est un

droit codifié, l'inflation législative constante rend ce droit relativement complexe.

§ 2. Les sources d'origine professionnelle

Elles sont importantes et constituent une originalité du droit du travail. Ces sources d'origine professionnelle sont, soit issues de la négociation collective, tel est le cas pour les accords et les conventions collectives, soit des pouvoirs de l'employeur (usage professionnel, engagement unilatéral, contrat de travail).

Quant aux **conventions collectives et accords collectifs**, ce sont des sources négociées entre l'employeur et les partenaires sociaux (en principe les syndicats) et qui ensuite produisent leurs effets à l'égard de tous ceux qui sont compris dans leurs champs d'application géographique et professionnel. Ces normes conventionnelles conclues à différents niveaux (établissement, entreprise, groupe, branche) constituent aujourd'hui une source majeure du droit du travail et permettent en principe - mais pas toujours - d'améliorer la protection et les garanties du salarié.

Quant aux **pouvoirs de l'employeur**, ils se manifestent notamment dans l'exercice du pouvoir réglementaire de l'employeur. Tout d'abord, dans le cadre de son **pouvoir réglementaire**, l'employeur peut de **façon unilatérale** créer des obligations à la charge des salariés, par exemple, lors de la rédaction du **règlement intérieur**, obligatoire dès 50 salariés. Il peut aussi, toujours **de façon unilatérale**, prendre un engagement qui est qualifié **d'usage d'entreprise** s'il présente trois caractères : général, constant et fixe. Un usage général signifie qu'il doit bénéficier à l'ensemble du personnel ou une catégorie, même si elle est minoritaire dans l'entreprise, identifiée sur la base de critères objectifs. Constant ensuite, l'usage doit être régulier, périodique, c'est la répétition qui crée cette

constance. Enfin, un usage est fixe dès lors que les règles d'octroi de l'avantage accordé sont les mêmes (ex : mode de calcul d'une prime). L'employeur peut enfin, prendre **des engagements unilatéraux**, par lesquels il décide de prendre seul des mesures à l'égard de la collectivité du personnel. C'est un moyen pour l'employeur de s'engager à l'égard des salariés, peu importe que l'avantage accordé soit variable. Ces usages et engagements unilatéraux peuvent être dénoncés par l'employeur. À cette fin, l'employeur doit respecter un délai de préavis suffisant, en informe les institutions représentatives du personnel (IRP*) et en informer individuellement les salariés concernés. Ces sources d'origine professionnelle sont donc essentielles en droit du travail, il convient en cas de litige de les confronter et de les combiner avec les sources étatiques tout en tenant compte des positions jurisprudentielles. L'exercice devient plus délicat quand il faut y ajouter les normes internationales.

Section 2. Les sources internationales du droit du travail

Les sources internationales du droit du travail sont importantes au niveau mondial (§ 2) alors que les droits sociaux se sont considérablement développés au niveau européen (§ 1).

§ 1. Droit interne, droit de l'union européenne et droit européen

L'Europe sociale peut être appréciée au niveau de l'Union européenne et au niveau du Conseil de l'Europe.

Au niveau de l'Union européenne d'abord, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** de décembre 2000, est entrée en application,

elle a rang de traité. Elle s'applique d'abord aux institutions et organes de l'UE* dans le respect du principe de subsidiarité, mais aussi aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (art. 51 de la Charte). Elle concerne de nombreux aspects du droit du travail notamment la liberté syndicale, ou encore le droit à la négociation collective, la liberté d'entreprise, la non-discrimination, ou encore l'égalité hommes-femmes. Elle peut donc être invoquée, dans les conditions prévues par l'article 53 de la Charte, devant le juge français. La **Cour de Justice de l'Union Européenne** a fait par exemple, une application combinée de la charte et des directives européennes sur la protection de la femme enceinte en rappelant qu'il est interdit de rompre un contrat de travail en raison de l'état de grossesse (CJUE*, 2^e chambre, 11 nov. 2010, aff. C-232/09, JCP S 2010, 1537, note E. Jeansen). Le droit de l'Union européenne qui se manifeste essentiellement en droit du travail, par la voie de **directives** contribue à l'évolution du droit français du travail. Tel est le cas par exemple, en matière de discrimination indirecte définie par les directives 2000/43 et 2000/78, la loi du 27 mai 2008 ajoute cette discrimination dans notre droit ainsi que le harcèlement discriminatoire. En outre, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne contribue elle aussi à la construction d'une **Europe sociale** en tenant compte de la mobilité des travailleurs (ex : travailleurs détachés) et des nouvelles formes de travail (ex : travailleurs des plateformes). Enfin, depuis que, par le Traité de Lisbonne, l'Union Européenne est devenue une organisation interétatique dotée de la **personnalité juridique**, elle est à même de signer des conventions et traités (ex : traité international sur les droits des handicapés le 23 décembre 2010).

Au niveau du **Conseil de l'Europe** ensuite, c'est essentiellement la **Charte sociale européenne** conclue en 1961 et révisée en 1996 qui sert de référence. Elle énonce des droits et libertés y compris en matière sociale notamment en interdisant le travail forcé ou en protégeant la liberté syndicale, le droit de grève et le droit de négociation collective. Le respect des engagements de la Charte est soumis au **contrôle du Comité européen des droits sociaux**. Ce contrôle est fondé sur les rapports nationaux à la suite desquels le Comité rend des conclusions. En outre, un **protocole additionnel à la Charte** a mis en place une procédure de réclamation par laquelle des syndicats et des organisations non gouvernementales peuvent saisir le Comité européen des droits sociaux d'une plainte à l'encontre d'un État membre en raison d'une situation ou d'un état de droit non conforme à la Charte. La chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs progressivement admis **l'effet direct de la Charte sociale européenne** (V. par exemple, Cass., Soc., 29 févr. 2012, n° 11-60203) mais la Cour de cassation a récemment écarté l'effet direct horizontal de l'une des dispositions de la charte sociale européenne révisée (art. 24) en considérant qu'elle n'est pas invocable dans le cadre d'un litige entre particuliers - notamment entre salariés et employeurs - devant les juridictions judiciaires nationales (Cass. avis, 17 juil. 2019, n° 15013). De son côté, le Conseil d'État reconnaît l'effet direct vertical de cette disposition (art. 24) autrement dit, dans les litiges opposant un particulier à un État (CE, 10 févr. 2014, req. n° 358992).

§ 2. Droit du travail et sources internationales

Les sources internationales du droit du travail sont constituées pour l'essentiel par des traités dans le cadre de **l'Organisation des Nations Unies (ONU*)**. Ainsi, d'abord, le Pacte relatif aux droits civils et politiques et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

adoptés en 1966 et entrés en vigueur en 1976 qui sont d'application directe dans notre droit. En 2008, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels entré en vigueur le 5 mai 2013 permet notamment, d'une part, aux individus, ou aux groupes d'individus relevant de la juridiction d'un État partie de présenter des communications pour des violations présumées de tout droit économique, social et culturel et d'autre part, au Comité d'être saisi de communications entre États lorsqu'un État partie considère qu'un autre État partie ne respecte pas les obligations qu'il a contractées en vertu du Pacte.

Ensuite, ce sont les conventions élaborées dans le cadre de **l'Organisation Internationale du Travail (OIT*)**, aujourd'hui intégrée au sein de l'ONU* et qui regroupe notamment la Conférence Internationale du Travail (CIT), le Conseil d'Administration (CA) et le Bureau International du Travail (BIT). Ces différentes structures rassemblent des représentants des gouvernements, des employeurs et des salariés, c'est la seule agence des Nations Unies dotée d'une structure tripartite. L'OIT* a pour principaux objectifs de promouvoir les droits au travail, d'encourager la création d'emplois décents, de développer la protection sociale et de renforcer le dialogue social dans le domaine du travail. L'OIT* adopte soit des **conventions** qui sont juridiquement contraignantes et d'application directe, pour les États qui ont adhéré au traité fondateur de l'OIT* soit, des recommandations qui servent de principes directeurs ayant un caractère non contraignant. Malgré le nombre important de conventions et de recommandations, il faut regretter l'absence de pouvoirs coercitifs de l'OIT* qui contribue cependant à l'évolution des législations nationales.



Les institutions spécifiques du droit du travail

Le droit du travail est soumis, dans son application, comme les autres domaines du droit, au **contrôle du juge** et au pouvoir de sanction de ce dernier. Selon les litiges en cause, le juge compétent diffère. Ainsi, les conflits collectifs de travail relèvent essentiellement de la compétence du Tribunal judiciaire alors que les conflits individuels relèvent en principe des conseils des prud'hommes. Cependant, un certain nombre de ces litiges individuels échappent par exception, à cette compétence de principe du conseil des prud'hommes. Tel est le cas par exemple, des litiges relevant de la compétence du tribunal de police (ex : contravention en droit du travail), ou du tribunal correctionnel (ex : délit de travail dissimulé), ou encore du tribunal administratif (relations individuelles de travail avec un employeur de droit public). Le droit du travail confie également ce pouvoir de contrôle à une **autorité administrative dédiée** : l'inspection du travail (S 1) qui intervient en règle générale, avant le juge prud'homal (S 2).

Section 1. Une autorité administrative dédiée : l'inspection du travail

Créée au XIX^e siècle, l'inspection du travail a pris de l'ampleur dès le XX^e siècle, notamment en raison de la

ratification par la France, en 1950, de la convention internationale de l'OIT* n° 81 du 11 juillet 1947 qui oblige tous les pays l'ayant ratifiée à « organiser un système d'inspection du travail chargé d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession ». Jusqu'en 2009, les inspecteurs du travail appartenaient à un corps interministériel (Travail, Agriculture, Transports) et ce, en raison essentiellement des divergences des règles de droit du travail dans ces différents domaines. Cependant, dans le cadre de la mise en œuvre de la révision générale des politiques publiques, le décret n° 2008-1503 du 30 décembre 2008 a fusionné les trois corps d'inspecteur du travail en un seul et ils ont été intégrés, par décret du 10 novembre 2009 - désormais abrogé - au sein des Unités Territoriales et des Directions Régionales des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi (**DIRECCTE***) créée en 2010, sauf dans la région Île de France. Chaque département divisé en section d'inspection regroupe des **inspecteurs du travail** et **des contrôleurs du travail**, ces derniers exerçant leurs compétences sous l'autorité de l'inspecteur du travail (L. 8112-5). Par le décret n° 2020-1545 du 9 décembre 2020, les missions exercées par les Direccte le sont **depuis le 1^{er} avril 2021**, par les Directions Régionales de l'Économie, de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (**DREETS***), sous l'autorité desquelles sont placés les **services d'inspection du travail**. En Île-de-France, cette nouvelle entité est dénommée Direction Régionale et Interdépartementale de l'Économie, de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (**DRIETS***) comprenant un siège et, à Paris et dans chacun des départements de la petite couronne, une unité départementale. De même, en outre-mer, elle est dénommée Direction de l'Économie, de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (**DEETS***). Les DREETS* et la DEETS*

regroupent les missions jusque-là exercées au niveau régional par les DIRECCTE* et les services déconcentrés chargés de la cohésion sociale. De même, depuis le 1^{er} avril 2021, les « **unités départementales** » des DIRECCTE* sont intégrées aux directions départementales interministérielles que sont les Directions Départementales de la Cohésion sociale (DDCS) et les Directions Départementales de la Cohésion Sociale et de la Protection des Populations (DDCS-PP) afin de former selon le département, de nouvelles Directions Départementales de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (**DDETS***) et Directions Départementales de l'Emploi, du Travail, des solidarités et de la Protection des Populations (**DDETS-PP***).

Dotés de pouvoirs importants, les **inspecteurs et contrôleurs du travail** sont désormais rattachés aux DREETS* qui sont placées sous l'autorité du préfet de Région mais les missions d'inspection du travail continuent, elles, d'être placées sous l'autorité de la Direction Générale du Travail (DGT*). Ces agents des services d'inspection du travail sont tenus au **secret professionnel** (L. 8113-10 et L. 8113-11). Ils prêtent, en effet, serment de ne pas révéler les secrets de fabrication et les procédés d'exploitation dont ils pourraient avoir connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Ils disposent, pour l'exercice de leurs missions, d'une part, d'un pouvoir de contrôle (§ 1) et d'autre part, d'un pouvoir de décision (§ 2).

§ 1. Un pouvoir de contrôle

En vertu de l'article L. 8112-1 c. trav., les inspecteurs du travail sont chargés de **veiller à l'application des dispositions du code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail, ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail étendus ou non**. Ils peuvent par

exemple, contrôler le respect de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, le respect de la durée du travail ou des repos des salariés, ou encore veiller à l'application effective des dispositions conventionnelles. Ils disposent, dans l'exercice de ce pouvoir de contrôle, de différents droits. D'abord, ils ont un **droit d'entrée dans tout établissement** où sont employés des travailleurs salariés ou apprentis afin d'y assurer la surveillance et les enquêtes dont ils sont chargés. Ils ont également un droit d'entrée dans les locaux où les travailleurs à domicile réalisent des travaux présentant des risques pour la santé ou la sécurité. Cependant, lorsque les travaux sont exécutés dans des locaux habités, les inspecteurs et contrôleurs du travail ne peuvent y pénétrer qu'après avoir reçu l'autorisation des personnes qui les occupent. Les inspecteurs du travail n'ont pas à prévenir de leur visite, ils peuvent **accéder à tous les locaux de l'entreprise y compris la cantine**. Ensuite, les inspecteurs du travail ont qualité, concurremment notamment avec les officiers de police judiciaire, pour procéder, aux fins d'analyse, à **tous les prélèvements** portant sur les matières mises en œuvre et les produits distribués ou utilisés. Par ailleurs, ils peuvent **se faire présenter, au cours de leurs visites, des livres, registres et documents**, quel que soit le support, rendus obligatoires par la loi tels que le registre unique du personnel, le double des bulletins de paie ou encore le document unique d'évaluation des risques professionnels dans l'entreprise. Ils peuvent aussi **se faire communiquer tout document ou tout élément d'information**, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application des dispositions légales relatives aux discriminations, à l'égalité professionnelle et à l'exercice du droit syndical (art. L. 8113-5).

Outre ces prérogatives, ils peuvent, concurremment avec les officiers de police judiciaire, **constater les infractions** aux différentes dispositions applicables aux relations de travail, prévues par le code du travail ou d'autres codes. Ils constatent les infractions par des **procès-verbaux** qui font foi jusqu'à preuve contraire et sont transmis au Procureur de la République et un exemplaire est également adressé au représentant de l'État dans le département. Lorsque l'inspecteur du travail fait des constatations dans un établissement public, il doit les consigner dans un registre spécial fourni par l'administration concernée et une copie des observations est adressée au directeur régional de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités. En cas de désaccord entre le directeur de l'établissement et le directeur régional, ce dernier informe le ministre chargé du travail qui saisit le ministre intéressé (art. L. 8113-8). Enfin, le fait de faire obstacle à l'accomplissement des devoirs de l'inspecteur ou du contrôleur du travail est constitutif du **délit d'obstacle** puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 37 500 € (L. 8114-1). Tel est le cas par exemple, en cas de refus du chef d'entreprise de communiquer à l'inspecteur du travail, les renseignements demandés. Sont également applicables en vue de la protection des inspecteurs du travail, les dispositions du code pénal qui répriment les actes de violence, d'outrage et de résistance contre les officiers de police judiciaire (art. 433-3 à 433-6 du code pénal).

§ 2. Un pouvoir de décision

Le code du travail confie à l'inspecteur du travail le soin d'intervenir dans des situations bien identifiées, en vue de protéger les salariés. Ainsi, il est, d'abord, habilité à **demander la modification ou le retrait de dispositions du règlement intérieur**. Il peut aussi, accorder des dérogations quant à la durée maximale du travail des jeunes travailleurs ou quant à l'interdiction du travail de

nuit des jeunes (art. L. 3163-2) Ensuite, il peut **mettre en demeure l'employeur** de prendre toute mesure utile s'il constate par exemple, un non-respect par l'employeur des principes généraux de prévention ou encore une infraction à l'obligation générale de santé et de sécurité (L. 4721-1). Enfin, il joue un **rôle essentiel dans la procédure disciplinaire à l'égard des salariés protégés** puisqu'il doit donner une autorisation préalable.

En dehors de ces pouvoirs de contrôle et de décision, l'inspecteur du travail joue un **rôle de conciliation et de conseil** notamment en vue de prévenir les conflits individuels et collectifs de travail et d'accompagner les représentants du personnel dans l'exercice de leurs missions.

Section 2. Une juridiction spécialisée : le Conseil de prud'hommes

Le conseil de prud'hommes est une juridiction spécialisée composée de manière **paritaire**, d'employeurs et de salariés. Le premier conseil de prud'hommes a été créé à Lyon en 1806. Il faudra attendre une loi du 18 janvier 1979 pour que le conseil de prud'hommes soit étendu à l'ensemble du territoire, pour qu'il connaisse des litiges individuels nés du contrat de travail quelle que soit la catégorie professionnelle du salarié. Les dernières réformes de la justice (notamment la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice) et celles encore en cours ont peu à peu changé l'institution.

Chaque conseil de prud'hommes est actuellement divisé en **cinq sections autonomes** : industrie, commerce et services commerciaux, agriculture, activités diverses,

encadrement. Chaque section comprend une ou plusieurs chambres. Chaque section comprend deux formations : un **bureau de conciliation et d'orientation** (BCO*) composé d'un conseiller employeur et d'un conseiller salarié et un **bureau de jugement** qui comprend selon les cas, une **formation de droit commun (2 conseillers employeur et 2 conseillers salariés)**, une **formation restreinte (un conseiller employeur et un conseiller salarié)** et une **formation de départage**. Cette dernière intervient lorsqu'il est nécessaire de faire appel à un juge professionnel du tribunal judiciaire appelé dans ces circonstances, juge départiteur, saisi suite à un procès-verbal de partage des voix entre les conseillers. Chaque conseil de prud'hommes comprend également une **formation de référé** composée d'un employeur et d'un salarié.

Les **conseillers prud'hommes** sont des **juges non professionnels** qui siègent dans cette juridiction et sont soumis à des règles de discipline (L. 1442-11 et s.) et de protection. Ils sont depuis 2016, **nommés** pour une durée de quatre ans, par arrêté conjoint des ministres de la Justice et du Travail, sur proposition des organisations syndicales de salariés et professionnelles d'employeurs, sur la base de la mesure de leur représentativité respective. Ils bénéficient du statut de **salarié protégé**. Cette protection dure tout le temps du mandat et pour les six mois qui suivent (art. L. 1442-19). L'employeur doit laisser au conseiller salarié tout le temps nécessaire pour se rendre et participer aux activités prud'homales. L'employeur doit également lui laisser du temps en vue de sa **formation** de conseiller si celui-ci le souhaite (art. L. 1442-2). Ces conseillers prud'homaux vont donc être les acteurs du fonctionnement des conseils de prud'hommes, dans le champ de compétence (§ 1) et selon une procédure (§ 2) définie par la loi.

§ 1. La compétence des conseils de prud'hommes

En vertu de l'article L. 1411-1, « *le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du code du travail entre les employeurs et les salariés qu'ils emploient. Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti* ».

La **compétence d'attribution** des conseils de prud'hommes est limitée aux **litiges individuels nés à l'occasion d'un contrat de travail** dont ils sont saisis par **requête**. Le conseil des prud'hommes règle également les différends et litiges des personnels des services publics, lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé (Art L. 1411-2). Le conseil de prud'hommes n'a donc pas compétence pour les litiges collectifs de travail qui relèvent des juridictions de droit commun. Toutefois, il est parfois difficile de faire la distinction. Ainsi, la simple juxtaposition d'intérêts individuels n'est pas créatrice d'un intérêt collectif qui empêcherait la compétence du conseil de prud'hommes (Cass. soc, 21 juin 1951, Gaz. Pal. 1951.2, 261). De même, l'intervention d'un syndicat à l'occasion d'un licenciement ne confère pas au litige un caractère collectif (Cass. soc, 9 décembre 1960, Bull. IV, n° 1108).

Le conseil de prud'hommes est compétent pour **tous les litiges nés entre un salarié et un employeur ainsi que pour les litiges entre salariés nés à l'occasion du contrat de travail**. La compétence du conseil de prud'hommes est **d'ordre public** : toute convention écartant la compétence du conseil de prud'hommes est réputée non écrite. Un litige entre un salarié et un tiers à l'entreprise ne relève pas du conseil de prud'hommes (Cass. soc, 5 décembre 2006, JCP S 2007, 1359, note T. Lahalle), ni même un litige entre deux employeurs (Cass. soc, 15 mai 1974, D. 1974, 703, note Y. Serra).

Territorialement, le conseil de prud'hommes est compétent dans le ressort du tribunal judiciaire auquel il appartient. Le conseil de prud'hommes territorialement compétent est **celui dans lequel est situé l'établissement où est effectué le travail** (art. R. 1412-1). Lorsque le travail est effectué en dehors de tout établissement (ex : travailleur à domicile, VRP), le conseil de prud'hommes compétent est **celui du domicile du salarié**. Par **exception**, le salarié bénéficie d'une option : il peut choisir le conseil de prud'hommes du lieu où a été signé l'engagement ou du lieu où l'employeur est établi. Ces règles de compétence sont **d'ordre public**, il ne peut donc y être dérogé (art. R. 1412-4).

Selon l'article R. 1462-1, le conseil de prud'hommes **statue en dernier ressort** d'une part, lorsque la valeur totale des prétentions d'aucune partie ne dépasse **5 000 € (taux du ressort)** et d'autre part, lorsque la demande tend à la remise, même sous astreinte, de certificats de travail, de bulletins de paie ou de toutes pièces que l'employeur est tenu de délivrer, à moins que le jugement ne soit en premier ressort en raison du montant des autres demandes. Pour l'appréciation du taux du ressort, la demande est caractérisée par son objet et non par son fondement (Cass. soc, 9 juin 1993, Dr. trav. 1993, n° 8-9, p. 15).

§ 2. La procédure devant les conseils de prud'hommes

Par principe, la procédure devant les juridictions prud'homales est régie par les dispositions du code de procédure civile, sous réserve de règles dérogatoires posées par le code du travail (R. 1451-1 et s.). Sont donc notamment respectées les règles relatives à la preuve, au **principe du contradictoire** ou encore à l'autorité de la chose jugée. Il en découle par exemple, que la **preuve est libre en matière prud'homale**.

Le conseil de prud'hommes est saisi par **requête motivée** respectant les dispositions de l'article 58 du code de procédure civile. La saisine du conseil de prud'hommes, même incompetent, interrompt la prescription. Par la suite, le greffe informe le demandeur des lieu, jour et heure de la séance du bureau de conciliation et d'orientation à laquelle l'affaire sera appelée, ou dans certains cas, de l'audience devant le bureau de jugement. Il est invité à se munir de toutes les pièces utiles. Le greffe convoque ensuite, par lettre recommandée avec avis de réception valant citation en justice (R. 1452-5), le demandeur.

Si pendant longtemps, devant le conseil de prud'hommes était posée la **règle de l'unicité de l'instance**, imposant que toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties fassent, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une seule instance, le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 a **abrogé cette règle** dont les effets dans le temps sont encore visibles dans le contentieux judiciaire (Cass. soc, 1^{er} juil. 2020, n° 18-24180).

Devant le conseil de prud'hommes les **parties comparaissent en personne**, mais elles ont la faculté de se faire assister ou représenter par les personnes habilitées à cette fin :

- un salarié ou un employeur appartenant à la même branche d'activité ;
- les **défenseurs syndicaux** (L. 1423-4 et s.) qui sont des salariés inscrits sur une liste de défenseurs syndicaux établie par la DREETS*, sur proposition des organisations syndicales représentatives des salariés et des employeurs. Ils sont chargés d'assister ou de représenter un autre salarié.
- le conjoint (marié, pacsé ou concubin)

• les avocats.

L'affaire est en principe d'abord soumise au **bureau de conciliation et d'orientation** et éventuellement ensuite, au bureau de jugement. Le bureau de conciliation et d'orientation est chargé de concilier les parties, soit lui-même, soit en enjoignant aux parties de rencontrer un médiateur ou un conciliateur voire en désignant un médiateur (R. 1471-2). Ce **préliminaire de conciliation** en matière prud'homale est obligatoire - sauf exceptions prévues par la loi - à défaut la procédure est nulle. Le bureau de conciliation dispose de nombreux pouvoirs afin de remplir sa mission. Il peut par exemple, ordonner à l'employeur le versement de provisions sur les sommes réclamées par le salarié ou encore toute mesure nécessaire à la conservation des preuves ou des objets litigieux (art. R. 1454-14). Le bureau de conciliation entend les parties et dresse un procès-verbal du résultat de sa tentative de conciliation. En cas de conciliation, même partielle, le procès-verbal constate la teneur de l'accord intervenu. En revanche, en cas d'échec de la conciliation, les parties seront renvoyées devant le bureau de jugement. Le bureau de conciliation et d'orientation est alors chargé « *d'assurer la mise en état de l'affaire jusqu'à la date qu'il fixe pour l'audience de jugement* » (R. 1454-1). À cette fin, il doit adopter un calendrier de procédure et définir les conditions de communication des prétentions, moyens et pièces. Il peut aussi, par une décision non susceptible de recours, désigner un ou deux conseillers rapporteurs en vue de réunir sur cette affaire les éléments d'information nécessaires au conseil de prud'hommes pour statuer. Le **conseiller rapporteur** est un conseiller prud'hommes. Il peut faire partie de la formation de jugement. Dans le cadre de sa mission, il peut entendre les parties, les inviter à fournir les explications nécessaires à la solution du litige, les mettre en demeure de produire tout document pouvant

éclairer la juridiction, auditionner toute personne et procéder et faire procéder à toute mesure d'instruction ou encore sanctionner le défaut de diligence des parties (R. 1454-2).

Suite à la décision d'orientation vers le bureau de jugement, les parties sont convoquées devant le **bureau de jugement**, soit verbalement avec émargement au dossier de la procédure, soit par lettre recommandée avec avis de réception. Lorsque l'affaire n'est pas en état d'être jugée devant le bureau de jugement, celui-ci peut assurer sa **mise en état** (L. 1454-1-2). L'affaire peut être orientée soit devant le bureau de jugement dans sa formation de droit commun, soit par exceptions, devant la formation restreinte ou la formation présidée par le juge départiteur. Les parties sont donc renvoyées par principe devant la **formation de droit commun** composée de deux conseillers salariés et deux conseillers employeurs (L. 1423-12) qui statue dans un délai ne pouvant excéder six mois à compter de la date à laquelle l'affaire lui est renvoyée (R. 1456-4). L'orientation vers la **formation restreinte du bureau de jugement** composée d'un conseiller salarié et d'un conseiller employeur est possible à **deux conditions cumulatives** : le litige porte sur un licenciement - quel que soit le motif - ou une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail et les parties en sont d'accord. Dans ce cas, le bureau doit statuer dans les trois mois de la décision d'orientation. Enfin, le renvoi devant **la formation de jugement présidée par le juge départiteur** et composée des quatre conseillers employeurs et salariés (L. 1454-1, 2°) est possible dans deux cas : soit à la demande des parties, soit si la nature du litige le justifie - affaire technique ou question nouvelle par exemple.

Quelle que soit la formation qui a eu à connaître de l'affaire, « *à l'issue des débats et si la décision n'est pas immédiatement rendue, le président indique aux parties la*

date à laquelle le jugement sera prononcé [...] » (R. 1454-25). L'affaire est alors **mise en délibéré**. Les décisions du bureau de jugement sont prises à la **majorité des voix** ; aussi, si cette majorité ne peut se former ou s'il y a partage des voix, les débats doivent être repris, sous la présidence du juge départiteur (R. 1454-29).

Par la suite, le jugement est notifié aux parties par le greffe. La notification doit indiquer de façon apparente, les délais de recours. En effet, **l'appel** est ouvert contre les **jugements rendus en premier ressort** par le conseil de prud'hommes. La partie qui souhaite interjeter **appel** doit obligatoirement mandater soit un avocat, soit un défenseur syndical car la procédure devant la cour d'appel est une **procédure avec représentation obligatoire**. L'appel doit être formé, en principe, dans le délai d'un mois, à compter de la notification du jugement (art. R. 1461-1).

Lorsque le conseil de prud'hommes statue **en premier et dernier ressort**, autrement dit pour toute demande inférieure ou égale à **5 000 € - taux de compétence en dernier ressort** -seul un **pourvoi en cassation** est possible. Ce pourvoi est instruit et jugé suivant la procédure avec représentation obligatoire par un avocat au Conseil d'État ou à la Cour de Cassation. Le pourvoi n'est pas suspensif et doit intervenir dans un délai de deux mois à compter de la signification du jugement du conseil de prud'hommes ou de l'arrêt de la cour d'appel.

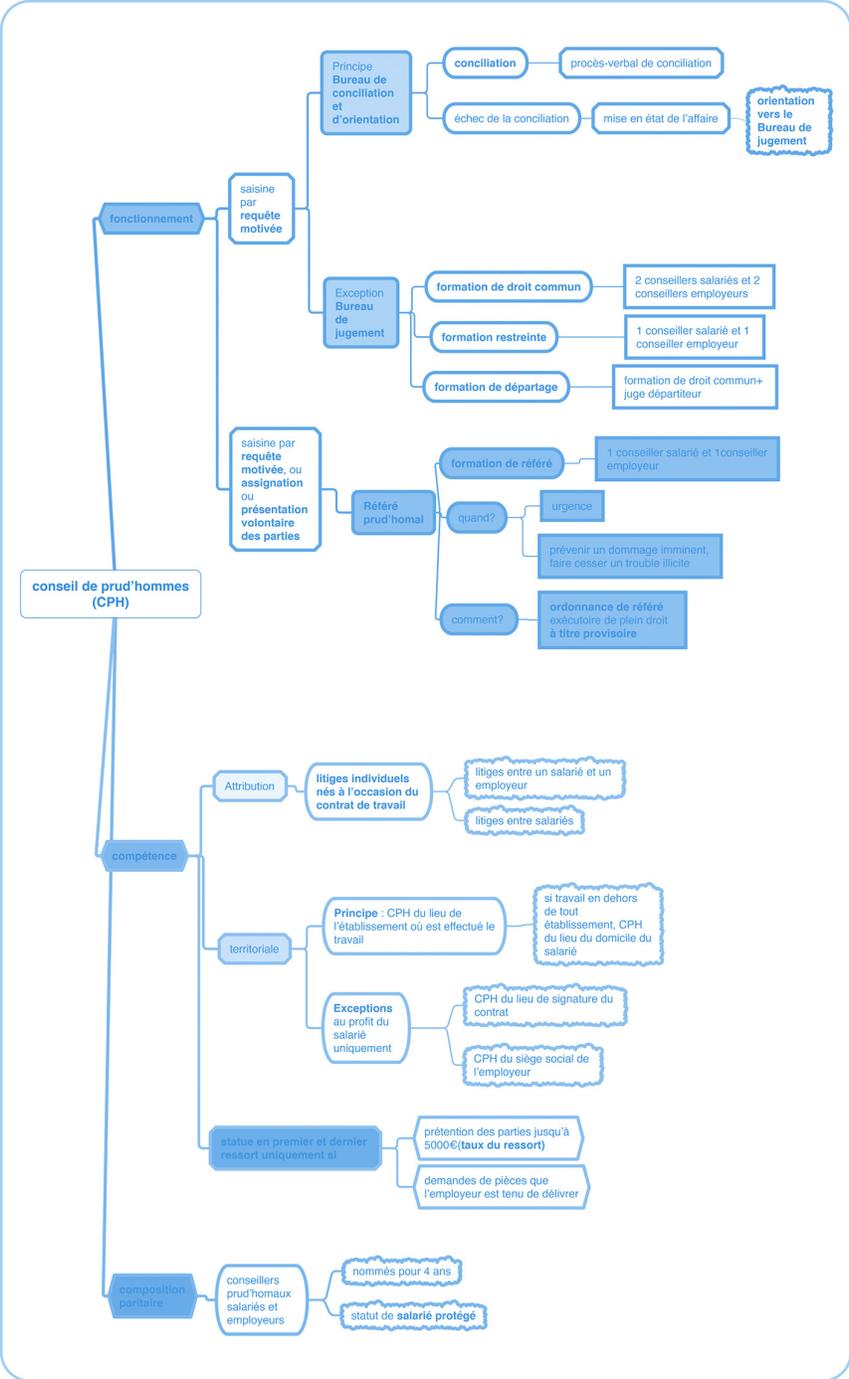
Ces règles relatives à l'appel et au pourvoi en cassation sont également applicables à la suite d'une procédure de **référé prud'homal**, mais en matière de référé, le délai d'appel est de quinze jours seulement (R. 1455-11). Chaque conseil de prud'hommes comporte une **formation de référé** composée d'un conseiller prud'homme salarié et d'un conseiller prud'homme employeur, commune à l'ensemble des sections de cette juridiction.

« **Dans tous les cas d'urgence**, la formation de référé peut, dans la limite de la compétence des conseils de prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend » (art. R. 1455-5). Tel est le cas par exemple, de l'obligation de l'employeur de payer la part d'indemnité correspondant à une partie du préavis dont il avait dispensé le salarié (Cass. soc, 7 décembre 2005, JCP S 2006, 1167, note R. Geoffroy). La formation de référé peut aussi, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent afin de **prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite**. Enfin, dans le cas où **l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable**, la formation de référé peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation.

La **demande en référé** est formée par le demandeur soit par acte d'huissier dans les conditions posées par les articles 648, 653 à 664 du code de procédure civile, soit par voie de requête (R. 1452-2), soit par la présentation volontaire des parties devant la juridiction (R. 1455-9 et R. 1452-1).

L'ordonnance de référé obéit aux règles du jugement mais elle présente un caractère **exécutoire de plein droit à titre provisoire**.

Enfin, il faut ajouter que pour certains litiges tels que les licenciements économiques, le code du travail prévoit une procédure spécifique dans des délais posés les articles R. 1456-1 à R. 1456-5 du code du travail.



Partie 1

Les relations individuelles de travail

Les relations individuelles de travail se matérialisent par l'existence d'un contrat de travail entre l'employeur et le salarié. Cette relation débute lors de la formation du contrat de travail, à l'occasion du processus de recrutement. À l'issue de celui-ci, la relation individuelle de travail va prendre forme à travers la conclusion d'un contrat de travail. Si par principe, le contrat de travail est un contrat à durée indéterminée, aujourd'hui de nombreuses autres formes de contrat de travail existent et obéissent à des règles spécifiques. Les modalités de conclusion de l'ensemble de ces contrats sont strictement encadrées par le code du travail (Titre 1).

Le contrat de travail à durée indéterminée obéit dans son exécution à un subtil équilibre entre d'une part, les droits de l'employeur, notamment quant au temps de travail, aux conditions de travail, à l'exercice du pouvoir disciplinaire ou encore à la rémunération et d'autre part, la protection du salarié en particulier, dans sa santé physique et mentale, sa sécurité et l'exercice de ses droits (Titre 2).

Enfin, ce contrat à durée indéterminée peut être rompu, tant par l'employeur que par le salarié, grâce à des procédures distinctes prévues par le code du travail (Titre 3).

Titre 1

La formation et la conclusion du contrat de travail

L'employeur est en principe libre de choisir le mode de recrutement qui lui semble le plus approprié, dès lors que celui-ci n'est pas discriminatoire ou attentatoire aux libertés individuelles. Ce processus de recrutement va ainsi donner naissance à la relation contractuelle de travail (chapitre 1) permettant de conclure, un contrat de travail à durée indéterminée ou bien l'un des contrats de travail dérogatoires (chapitre 2).

La naissance de la relation contractuelle de travail

La loi propose aux employeurs plusieurs modes de recrutement (S 1) mais il apparaît aujourd'hui que l'utilisation des réseaux sociaux à caractère professionnel devient un outil de sourcing incontournable dans bien des secteurs d'activité. Lorsque le processus de recrutement permet d'identifier le candidat adéquat, il convient alors de conclure un contrat de travail dont les conditions de fond et de forme sont posées par le code du travail (S 2).

Section 1. Le recrutement des salariés

Lors de la phase de recrutement des salariés, la liberté d'entreprendre, liberté à valeur constitutionnelle, permet à l'employeur de choisir librement ses salariés (§ 1), en s'appuyant, si nécessaire, sur les organismes qui concourent au service public de l'emploi. Cette liberté d'embauche n'est cependant pas absolue puisque le code du travail pose un certain nombre de limites (§ 2).

§ 1. Le principe de la liberté d'embauche

Le code du travail propose aux employeurs plusieurs filières de recrutement possibles (A) et encadre le processus de recrutement (B).

A. Différentes filières de recrutement

Le code du travail envisage non seulement le placement par le service public de l'emploi mais aussi le recours à des organismes qui concourent à ce service public, aux agences de travail temporaire ou encore aux agences de placement privé. Ainsi, depuis 2008, c'est **Pôle emploi** qui met au service des usagers un certain nombre d'offres. Il lui appartient d'abord, de **prospector le marché du travail**, de procéder à la collecte des offres d'emploi, **aider et conseiller les entreprises** dans leur recrutement, d'assurer la mise en relation entre les offres et les demandes d'emploi et de participer activement à la **lutte contre les discriminations** à l'embauche et pour l'égalité professionnelle. Ensuite, Pôle emploi accueille, informe, **oriente et accompagne les personnes** qu'elles disposent ou non d'un emploi. Il est également chargé de réaliser les inscriptions et leur mise à jour sur la liste des demandeurs d'emploi en mettant en œuvre un contrôle de la recherche d'emploi et si nécessaire en décidant de procéder à des radiations. Enfin, il verse, pour le compte du régime d'assurance chômage et du fonds de solidarité, les **allocations-chômage** (L. 5312-1). Pôle emploi peut compter sur ses nombreux partenaires que sont l'APEC*, l'AFPA*, les missions locales, les réseaux Cap emploi, les maisons de l'emploi et les collectivités territoriales. Quant aux **entreprises de travail temporaire**, elles font l'interface entre les besoins d'une entreprise cliente et des demandeurs d'emplois, pour des missions d'une durée variable. Elles permettent notamment de répondre à des besoins ponctuels ou très spécifiques. Enfin, le **cabinet de recrutement** est essentiellement dédié au recrutement des cadres pour le compte d'une entreprise cliente. Il réalise tout le processus de recrutement et propose ensuite à l'entreprise cliente, une liste de candidats potentiels. C'est cette dernière qui fera les entretiens finaux pour sélectionner son candidat préféré.

B. Le recrutement du futur salarié

Lors de la sélection des candidats à un emploi, les informations demandées « ***ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles*** » (L. 1221-6). Elles doivent présenter un **lien direct et nécessaire** avec l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles, conditions protectrices d'atteintes à la vie privée du candidat et visant aussi à lutter contre les informations à caractère discriminatoire (ex : âge, état de santé etc..). Le candidat à un emploi est également expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard. Les résultats obtenus doivent rester confidentiels.

Une fois le processus de recrutement achevé, l'employeur peut faire une promesse unilatérale de contrat de travail ou une offre de contrat de travail. La **promesse unilatérale de contrat de travail** d'abord, est un acte par lequel l'employeur promet l'engagement au candidat et cette promesse vaut contrat de travail. Aussi, si l'employeur révoque sa promesse pendant le délai de réflexion laissé au candidat, le contrat de travail est valablement formé et la révocation produit alors les effets d'un licenciement injustifié permettant au salarié d'obtenir des dommages et intérêts pour rupture abusive et une indemnité compensatrice de préavis. Inversement, **l'offre de contrat de travail** est l'acte par lequel l'employeur propose un engagement à un candidat et exprime sa volonté d'être lié par un contrat de travail, sous réserve que le candidat accepte. Il s'agit d'une simple offre de contrat qui peut être rétractée tant que le candidat ne l'a pas acceptée. Dans les deux cas, le salarié qui se rétracte après avoir accepté la promesse unilatérale ou l'offre de contrat de travail, peut

être condamné à verser des dommages et intérêts à l'employeur.

L'embauche du salarié, quelles que soient la nature et la durée du contrat, donne lieu à différentes formalités obligatoires, notamment la **déclaration préalable à l'embauche** (DPAE) auprès des organismes de protection sociale.

§ 2. Une liberté encadrée

Si l'employeur est assez libre dans la mise en œuvre du processus de recrutement, il se doit tout de même de respecter les règles protectrices au profit de certains salariés (A) mais aussi le principe de non-discrimination (B).

A. Des règles protectrices au profit de certains salariés

Ces règles protectrices concernent d'une part, les priorités d'emplois et de réembauche (a) au profit des salariés souffrant d'un handicap ou de ceux licenciés pour motif économique, et d'autre part, le recrutement des jeunes et des étrangers (b).

a. Les priorités d'emplois et de réembauche

Les **salariés souffrant d'un handicap** bénéficient d'une priorité d'emplois fondée sur une obligation pesant sur les employeurs. En vertu de l'article L. 5212-2 « *tout employeur emploie des bénéficiaires de l'obligation d'emploi mentionnés à l'article L. 5212-13 dans la proportion minimale de 6 % de l'effectif total de ses salariés* ». Afin de s'acquitter totalement ou partiellement de leur obligation, les employeurs peuvent au choix employer directement des salariés en situation de handicap, quel que soit le type de contrat (CDI*, CDD*, alternance, intérim, stage, période de mise en situation professionnel), appliquer un accord collectif prévoyant la

mise en œuvre d'un programme d'action en faveur des handicapés, ou enfin verser une contribution annuelle recouvrée par l'URSSAF* (art. L. 5212-9). En revanche, le recours à la sous-traitance par des entreprises accueillant des personnes en situation de handicap, dites entreprise de service d'aide par le travail (ESAT*), ne suffit plus pour satisfaire pleinement à l'obligation d'emploi.

Les salariés licenciés pour motif économique quant à eux, bénéficient en vertu de l'article L. 1233-45, d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de leur contrat s'ils en font la demande au cours de ce même délai. Dans ce cas, l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. En outre, l'employeur informe les représentants du personnel des postes disponibles.

b. Des mesures spécifiques pour les jeunes et les étrangers

Les mesures spécifiques au recrutement des jeunes visent le **mineur non émancipé** qui ne peut contracter en tant que salarié que s'il y a été autorisé par son représentant légal et s'il a atteint l'âge de 16 ans (art. L. 4153-1), sauf situations particulières prévues par la loi (alternance, stages etc..). Il est en revanche en principe interdit d'employer des mineurs dans un débit de boissons (art. L. 4153-6) ou de leur confier des travaux les exposant à des risques pour leur santé, leur sécurité, leur moralité ou excédant leurs forces.

Concernant **l'embauche d'un ressortissant étranger**, l'employeur doit au préalable s'assurer qu'il possède une autorisation de travail sauf s'il s'agit d'un ressortissant de l'Union Européenne, de l'Espace Économique Européen ou de la Suisse. L'employeur doit également vérifier auprès des administrations territorialement compétentes

(préfectures) la validité du titre autorisant l'étranger à exercer une activité salariée en France, sauf si cet étranger est inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi tenue par Pôle Emploi. Enfin, l'embauche d'un salarié étranger titulaire de la carte de séjour temporaire ne peut intervenir qu'après déclaration nominative effectuée par l'employeur auprès de l'autorité administrative (art. L. 5221-9).

B. Le principe de non-discrimination

Dans la phase de recrutement, l'employeur ne peut écarter un candidat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français. Ce principe de non-discrimination s'applique particulièrement - mais pas uniquement - dans la phase de recrutement par la voie des offres d'emploi. Celles-ci ne doivent en aucun cas faire référence à l'un des motifs visés par l'article L. 1132-1.

Le code du travail prévoit ainsi un dispositif très complet en vue de garantir la transparence dans le recrutement et de protéger les salariés dans cette phase préalable à l'embauche.

Section 2. Les caractères généraux du contrat de travail

Le contrat de travail à durée indéterminée est « *la forme normale et générale de la relation de travail* » (art. L. 1221-2) ce qui signifie que les autres formes de contrat de travail sont dérogatoires et strictement encadrées par la loi. Dans tous les cas, ce contrat de travail obéit à des règles quant à sa formation (§ 1) et impose aux parties de se soumettre à leurs obligations contractuelles (§ 2).

§ 1. La formation du contrat de travail

Soumis au droit commun des contrats quant aux conditions de fond et de forme(B), le contrat de travail présente des caractéristiques (A) qui permettent, soit de le distinguer d'autres modes d'exercice d'une activité, soit de requalifier une situation de travail en contrat de travail (ex : jurisprudence Uber, Take Eat Easy, à propos des faux auto-entrepreneurs).

A. Les caractéristiques du contrat de travail

Le contrat de travail n'est pas défini par la loi, c'est donc la jurisprudence qui a posé les critères du contrat de travail en précisant « *qu'il y a contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre moyennant rémunération* »(Cass.soc, 22 juil. 1954, Bull. IV, n° 576, p. 426). Il découle de cette définition, l'exigence de **trois critères cumulatifs** à savoir :

- une **prestation de travail** : tous les travaux manuels, intellectuels, artistiques sont inclus, quel que soit le secteur d'activité. Ainsi, selon la Cour de Cassation, « *l'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais*

des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs » (Cass. soc, 20 janv. 2010, n° 08-42207) ;

- une **subordination hiérarchique** : selon la jurisprudence, « *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* » (Cass. soc, 12 juil. 2005, RJS 10/05, n° 941) ;
- une **rémunération** : elle constitue la contrepartie nécessaire à la prestation de travail. Le mode de rémunération peut prendre différentes formes : en argent, en nature (ex : mise à disposition d'un logement), au temps, à la pièce ou encore sous forme de commission.

Dès lors que le contrat répond à ces trois critères, il peut être qualifié de contrat de travail et le travailleur appelé salarié bénéficie de la protection offerte par les lois sociales.

B. Les conditions de validité du contrat de travail

Le contrat de travail étant soumis au droit commun des contrats, l'employeur et le salarié doivent donc d'abord exprimer leur **consentement** réciproque au contrat. Le consentement au contrat n'est pas valable s'il a été donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol. Ainsi, la fourniture de renseignements inexacts ou mensongers par le salarié n'entraîne la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol. Par exemple, un employeur ne saurait reprocher à une femme d'avoir dissimulé au moment de l'embauche qu'elle était fiancée. En revanche, le contrat de travail conclu avec un salarié, sur la base d'un faux diplôme fourni par le salarié est nul, dès lors que ce diplôme est déterminant dans son recrutement (ex : pour

un médecin, un avocat). Si l'employeur peut se prévaloir d'une nullité du contrat de travail en cas de présentation d'un faux diplôme, il lui appartient tout de même de vérifier en amont que le candidat dispose bien du diplôme requis. La présentation de faux diplômes laisse la possibilité à l'employeur de procéder au licenciement du salarié que « *si le salarié n'a pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté* » (Cass. Soc, 30 mars 1999, n° 96-42912). De même, le licenciement pour faute grave d'un directeur des ventes est fondé dès lors que celui-ci a menti dans son CV sur son expérience chez un concurrent et que celle-ci a été un élément déterminant dans son recrutement (Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-21521).

Quant à la **capacité de contracter**, l'employeur personne physique ou personne morale doit contracter avec un salarié, personne physique obligatoirement, déclarée capable par la loi. Concernant le mineur, il ne peut en principe contracter que s'il a 16 ans et qu'il y est autorisé par son représentant légal, sauf formes particulières de contrat (ex : apprentissage dès 15 ans).

Enfin, sur la **forme**, le contrat de travail peut ne pas être rédigé par écrit, c'est le cas par exemple du CDI*, même si, en pratique, pour des raisons probatoires, un écrit est souvent rédigé. En revanche, **l'écrit** est une condition de formation du contrat pour d'autres formes de contrat que le CDI* et son absence produit des effets propres. Ainsi, l'absence d'écrit pour un CDD* ou un contrat de travail temporaire a pour effet d'entraîner la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée. De même, un contrat d'apprentissage non matérialisé par un écrit est nul.

§ 2. Les obligations contractuelles des parties au contrat de travail

Outre les obligations réciproques du fait de la **nature synallagmatique** du contrat de travail, d'une part, de fournir un travail au salarié et de lui verser un salaire et d'autre part, d'exécuter une prestation de travail subordonnée, le contrat de travail repose sur un principe de loyauté et de respect des droits et libertés du salarié (A) et doit clairement définir les modalités de la période d'essai éventuellement prévue (B).

A. Principe de loyauté et respect des droits et libertés des salariés

D'un côté, **l'employeur** dispose du **pouvoir de décision, de direction et d'organisation** de l'entreprise et de l'autre, le salarié, sous la subordination juridique de l'employeur doit obéir aux ordres donnés par celui-ci. Cependant, chacune des parties est tenue de respecter des obligations inhérentes à la bonne exécution du contrat à savoir d'une part, une obligation de loyauté, et d'autre part, une obligation de respect des droits et liberté des parties. L'article L. 1222-1 rappelle ainsi que « **le contrat de travail est exécuté de bonne foi** ». Cette **obligation de loyauté** signifie d'abord, l'obligation pour le salarié de respecter le contrat et les instructions de l'employeur qui lui sont données directement - sous réserve qu'elles ne soient pas illicites - ou par la voie du règlement intérieur (ex : charte internet) ou encore dans le cadre de l'organisation générale de l'entreprise (ex : horaires, hygiène). Cette obligation de loyauté n'interdit cependant pas au salarié de relater ou de témoigner - en tant que **lanceur d'alerte** -, notamment dans le cadre d'une procédure pour corruption ou harcèlement moral, y compris contre son employeur (art. L. 1152-2 et L. 1161-1). En revanche, le salarié s'interdit de révéler des secrets de fabrication ou des informations confidentielles dont il a connaissance lors de l'exercice de sa fonction. Comme le

salarié, l'employeur est également tenu d'exécuter le contrat de travail **de bonne foi**, de respecter **l'obligation de sécurité en matière d'hygiène, santé et sécurité dans l'entreprise**. L'employeur est ainsi garant du respect de la **dignité du salarié** au sein de l'entreprise, il doit prendre toutes les mesures nécessaires par exemple, pour prévenir le harcèlement moral.

L'employeur est ensuite tenu de **respecter les droits et libertés du salarié** ce qui signifie notamment que toute atteinte à l'égalité de traitement, à la **vie privée**, à la **liberté d'expression** ou à la **liberté d'opinion** ou religieuse ou encore toute pratique discriminatoire peut être sanctionnée. Aussi, l'arrêt Nikon a posé le principe selon lequel le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée (Cass. soc, 2 octobre 2001, RJS 12/01, n° 1394). En revanche, si le salarié jouit dans l'entreprise et hors de l'entreprise de sa liberté d'expression, il doit toutefois veiller à ne pas abuser de cette liberté, par exemple en dénigrant son employeur sur Facebook. Enfin, l'employeur ne peut pas interdire au salarié d'avoir une conviction religieuse. Le **droit de manifester sa religion** ne peut pas être interdit de façon générale et absolue mais le règlement intérieur de l'entreprise peut limiter l'expression des opinions personnelles et religieuses. De même, certaines limites peuvent être posées si elles sont justifiées par la nature des missions du salarié.

B. Conditions et modalités de la période d'essai

La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent (art. L. 1221-20). La **période d'essai** doit être distinguée de la **période**

probatoire même si ces deux périodes ont pour objet d'apprécier les aptitudes professionnelles du salarié. La période d'essai se situe au commencement de l'exécution de la relation de travail alors que la **période probatoire** intervient ultérieurement, lorsque le contrat est définitivement formé. Il peut y avoir période probatoire lorsque le salarié change d'emploi à l'intérieur de l'entreprise. Par ailleurs, si la période probatoire ne se révèle pas concluante, l'employeur ne peut rompre le contrat comme dans le cadre d'une période d'essai, mais il doit procéder au licenciement du salarié ou replacer l'intéressé dans ses fonctions antérieures. Il convient d'envisager d'abord, les conditions d'existence de la période d'essai (a) avant de voir ensuite, les modalités de fin de la période d'essai (b).

a. Les conditions d'existence de la période d'essai

La période d'essai suppose pour exister d'une part, d'être stipulée dans le contrat et d'autre part, que sa durée soit précisée. En vertu de l'article L. 1221-23, **la période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas**. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail qui doit être signé par le salarié, à défaut, la période d'essai lui est inopposable.

Selon le type de contrat de travail, la durée de la période d'essai varie. En outre, des durées spécifiques s'appliquent parfois à certaines catégories de salariés (ex : assistantes maternelles, apprentis). Le **contrat de travail à durée indéterminée** peut comporter une période d'essai dont la **durée maximale** est de deux mois pour les ouvriers et les employés, trois mois pour les agents de maîtrise et les techniciens et quatre mois pour les cadres. Ces **durées** ont un **caractère impératif**, sauf exceptions conventionnelles ou contractuelles (art. L. 1221-22).

Le **contrat de travail à durée déterminée** peut lui aussi comporter une période d'essai (art. L. 1242-10). Sauf si des usages ou des stipulations conventionnelles prévoient des durées moindres, cette période d'essai ne peut excéder une durée calculée à raison d'**un jour par semaine, dans la limite de deux semaines lorsque la durée initialement prévue au contrat est au plus égale à six mois et d'un mois dans les autres cas.** Lorsque le contrat ne comporte pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat.

Enfin, en matière de **travail temporaire**, le contrat de mission peut comporter une période d'essai dont la **durée est fixée par accord collectif.** À défaut de convention ou d'accord, cette durée ne peut excéder deux jours si le contrat est conclu pour une durée inférieure ou égale à un mois ; trois jours si le contrat est conclu pour une durée supérieure à un mois et inférieure ou égale à deux mois et cinq jours si le contrat est conclu pour une durée supérieure à deux mois (art. L. 1251-14). La rémunération correspondant à la période d'essai ne peut être différente de celle qui est prévue par le contrat de mission (art. L. 1251-15).

Dans tous les cas, la période d'essai se décompte en **jours calendaires** et toute absence du salarié en période d'essai entraîne une prolongation de la période d'essai sauf si cette absence est due à l'employeur.

Le **renouvellement de la période d'essai d'un CDI*** est possible une seule fois si un accord de branche étendu le prévoit. La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut alors pas dépasser quatre mois pour les ouvriers et employés, six mois pour les agents de maîtrise et techniciens et huit mois pour les cadres (art. L. 1221-21). Si l'employeur souhaite renouveler la période d'essai, il doit en **informer le salarié** avant la fin de la période

d'essai et obtenir l'accord exprès et non équivoque du salarié sur un tel renouvellement. Aussi, cet accord ne peut découler par exemple, de la seule continuation de la relation de travail par le salarié.

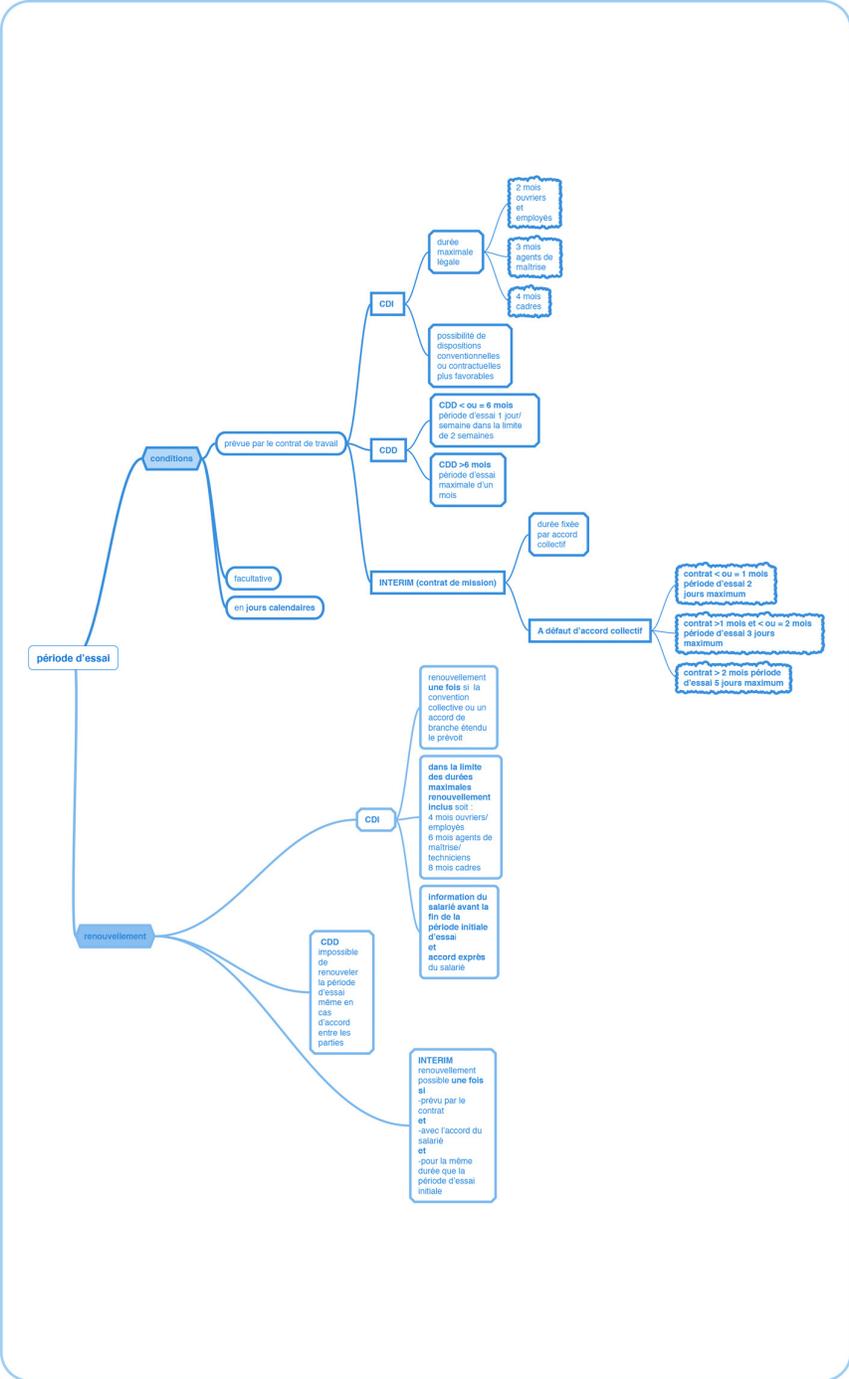
b. La fin de la période d'essai

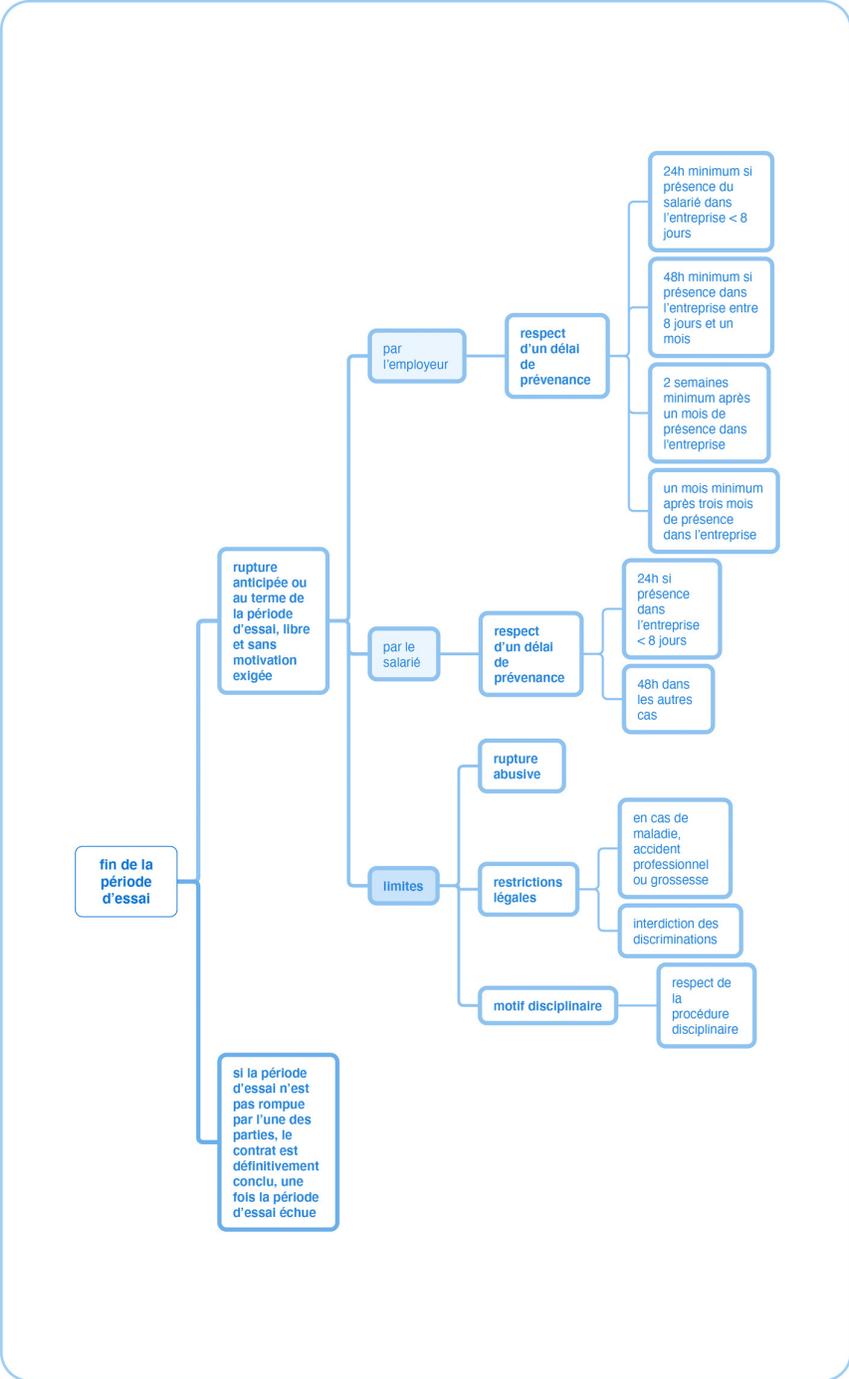
En principe, la période d'essai prend fin **à l'arrivée du terme stipulé dans le contrat**. Lorsque le salarié poursuit son activité au-delà du terme de l'essai, le contrat devient ferme. Parfois, cependant, l'une des parties choisit de **rompre de manière anticipée** le contrat de travail, autrement dit, au cours de la période d'essai. Dans un tel cas, les parties n'ont pas à motiver leur décision de rompre le contrat de travail au cours de la période d'essai. Lorsqu'il est mis fin, par l'employeur, au contrat en cours ou au terme de la période d'essai pour les contrats stipulant une période d'essai d'au moins une semaine, le salarié est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à 24 heures en deçà de huit jours de présence, 48 heures entre 8 jours et un mois de présence, 2 semaines après un mois de présence, un mois après trois mois de présence (art. L. 1221-25 c. trav.). La période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du **délai de prévenance**. Lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par le salarié, celui-ci respecte un délai de prévenance de 48 heures. Ce délai est ramené à 24 heures si la durée de présence du salarié dans l'entreprise est inférieure à huit jours. Dans tous les cas, la notification de la rupture de la période d'essai se fait soit, par lettre recommandée avec accusé de réception, soit par remise en main propre au salarié, en double exemplaire.

Même si **le contrat de travail est rompu librement au cours de la période d'essai**, le législateur a prévu des **limites** en cas de **rupture abusive**. Des restrictions à la liberté de rupture du contrat en cours de période d'essai sont également apportées par la loi en cas de maladie,

d'accidents professionnels ou encore de grossesse. Les dispositions relatives à **l'interdiction des discriminations** sont applicables à la période d'essai. De même, lorsque l'employeur invoque un motif disciplinaire, il doit respecter la procédure disciplinaire, même au cours de la période d'essai. Enfin, l'employeur ne peut rompre la période d'essai d'un salarié protégé sans avoir obtenu l'autorisation de l'inspecteur du travail.







Différents types de contrats de travail dérogatoires

Si le contrat à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail (L. 1221-2), d'autres formes de contrats de travail dits atypiques ou dérogatoires, ont vu le jour au fil des années. C'est notamment le cas des contrats à durée déterminée (S 1), des contrats de travail temporaire (S 2) mais aussi des contrats de travail à temps partiel et du CDI* de chantier (S 3).

Section 1. Le contrat de travail à durée déterminée

Le contrat de travail à durée déterminée (CDD*) obéit à des règles strictes non seulement quant aux conditions d'utilisation et d'exécution (§ 1) mais aussi quant aux modalités de renouvellement et en cas de succession de CDD* (§ 2).

§ 1. Les conditions d'utilisation et les modalités d'exécution

De manière préalable, et indépendamment des cas de recours au CDD*, l'article L. 1242-1 précise qu'« *un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ». Outre cette première

condition, la loi définit les cas de recours au CDD* (A) ainsi que les modalités d'exécution spécifiques (B).

A. Le recours au CDD* dans les conditions prévues par la loi

En vertu des articles L. 1242-2 et L. 1242-3, le recours au CDD* n'est possible que dans deux cas : d'une part, pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, dans les cas limitativement prévus par l'article L. 1242-2 (a) et d'autre part, dans le cadre de dispositions légales destinées à favoriser le recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi ou pour assurer un complément de formation professionnelle au salarié (b).

a. L'exécution d'une tâche précise et temporaire dans les cas prévus par la loi

Tout d'abord, un CDD* peut être conclu pour **remplacer** un salarié en plusieurs circonstances, mais jamais lorsqu'il s'agit d'un salarié gréviste ou de la réalisation de travaux dangereux. Ce remplacement peut concerner tout salarié absent de l'entreprise, voire le chef d'une entreprise artisanale, industrielle, commerciale ou agricole, ou une personne exerçant une profession libérale. Il est également possible de remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu (maladie, congés), ou qui, provisoirement va passer à temps partiel, ou encore qui a quitté l'entreprise en raison de la prochaine suppression de son poste de travail ou enfin, dans l'attente d'être remplacé prochainement par un salarié en CDI*. Ensuite, un CDD* peut être conclu en cas d'**accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise** (ex : commandes exceptionnelles, pics d'activité) mais aussi lorsqu'il s'agit de recruter des ingénieurs et des cadres en vue de la **réalisation d'un objet défini** (ex : conception d'un bâtiment), et ce, sous conditions. Enfin, il est possible de recourir au CDD* pour les **emplois à caractère**

saisonnier ou pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI*. Quant au caractère saisonnier, celui-ci concerne des tâches appelées à se répéter, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs (ex : cueillettes de fruits, moniteur de ski). Quant aux **contrats d'usage**, cela concerne des secteurs définis par décret, par exemple, l'hôtellerie, la restauration, le déménagement ou le monde culturel et du spectacle.

b. Les mesures pour l'emploi ou pour assurer une formation professionnelle

Dans le cadre des politiques de soutien de l'emploi, le CDD* peut servir de support juridique à des contrats liés à l'insertion et ou à la réinsertion des personnes éloignées de l'emploi. Tel est le cas par exemple, des contrats uniques d'insertion (CUI) dans le cadre des parcours emploi compétences. Ensuite, lorsque l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle, il peut proposer essentiellement des contrats d'apprentissage ou des contrats de professionnalisation.

B. Des modalités de conclusion et d'exécution spécifiques

Le code du travail pose un certain nombre de conditions pour la conclusion (a) et l'exécution du CDD* (b).

a. Contenu du CDD*

D'un point de vue formel, le CDD* est établi par **écrit** et comporte de nombreuses **mentions obligatoires** (L. 1242-12) telles que, par exemple, le nom, la qualification professionnelle, la durée du contrat et de la période d'essai éventuellement prévue ainsi que la définition précise du **motif** pour lequel on y a recourt. À défaut, le CDD* est réputé conclu pour une durée indéterminée (L. 1245-1).

Par principe, le CDD* comporte un **terme** fixé avec précision dès sa conclusion. Mais, il peut, dans les cas

prévus par la loi (L. 1242-7), ne pas en comporter auquel cas, il doit nécessairement prévoir une **durée minimale**. Ainsi, par exemple, en cas de CDD* pour le remplacement d'un salarié absent, une période minimale est prévue par le contrat et celui-ci prendra fin le jour où le salarié absent revient dans l'entreprise.

Le CDD* peut comporter une **période d'essai** qui doit être expressément stipulée dans la lettre d'engagement ou dans le contrat de travail. Sauf si des usages ou des dispositions conventionnelles prévoient des durées moindres, cette période d'essai ne peut excéder une durée calculée à raison d'**un jour par semaine, dans la limite de deux semaines lorsque la durée initialement prévue au contrat est inférieure ou égale à six mois et dans la limite d'un mois lorsque le CDD* a une durée initiale supérieure à six mois**. Lorsque le CDD* est à terme imprécis, la période d'essai est calculée sur la base de la durée minimale. Enfin, la période d'essai se décompte en **jours calendaires**.

Concernant la **durée du CDD***, celle-ci est précisée par le CDD* et, en principe, elle ne peut excéder **dix-huit mois maximum renouvellement inclus**. Cependant, des dispositions conventionnelles de branche peuvent prévoir une durée plus longue sous réserve que cela n'ait ni pour objet, ni pour effet, de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. La durée du CDD* se calcule en **jours calendaires**.

b. L'exécution du CDD*

Le salarié en CDD* doit, comme tout salarié, avant le début de l'exécution de son contrat, faire l'objet d'une **déclaration préalable à l'embauche** auprès de l'URSSAF* et figurer dans le registre du personnel de l'entreprise. Le salarié en CDD* jouit des **mêmes droits** qu'un salarié en CDI* (L. 1242-14) ce qui signifie que, par

exemple, la rémunération perçue par le salarié en CDD* ne peut être inférieure à celle que percevrait dans la même entreprise, un salarié en CDI*, à qualification professionnelle équivalente et occupant les mêmes fonctions.

Le CDD* peut être suspendu ou modifié dans les mêmes conditions que le CDI*. Mais, la suspension ne fait pas obstacle à l'échéance du terme ce qui signifie que si le terme du CDD* survient alors que celui-ci est suspendu, le contrat prend fin à la date prévue, il n'y a pas de prorogation de la durée de la suspension.

Enfin, en principe, le CDD* cesse de plein droit à l'échéance du terme. Le salarié a alors droit, en principe, à une **indemnité de fin de contrat**, à titre de complément de salaire et destinée à compenser la précarité de sa situation, versée avec le dernier salaire et mentionnée sur le bulletin de salaire. Cette indemnité est égale à 10 % de la rémunération totale brute versée au salarié. **Cette indemnité n'est cependant pas due :**

- d'une part, lorsque le CDD* est conclu soit pour un emploi saisonnier ou un contrat d'usage, soit dans le cadre de la politique de l'emploi et de la formation professionnelle, soit avec un jeune pour une période comprise dans ses vacances scolaires ou universitaires ;
- d'autre part, lorsque le salarié refuse d'accepter un CDI* pour occuper le même emploi ou un emploi similaire avec une rémunération équivalente, ou encore lorsque le contrat est rompu de manière anticipée, à l'initiative du salarié ou du fait de sa faute grave ou d'un cas de force majeure.

En principe, le **CDD* ne peut être rompu** - hors rupture pendant la période d'essai- **avant l'échéance du terme** qu'en cas de faute grave (ex : déloyauté), de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail. En

dehors de ces cas, l'employeur s'expose au paiement de dommages et intérêts au salarié, d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du CDD*, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat. Par **dérogation** au principe, le CDD* peut être rompu avant l'échéance du terme, à l'initiative du salarié, lorsque celui-ci justifie de la conclusion d'un CDI*. Il doit alors respecter un préavis dont la durée ne peut excéder deux semaines (L. 1243-2). Si le salarié rompt prématurément le CDD*, en dehors de ce cas particulier, l'employeur est en droit de lui demander des dommages et intérêts en raison du préjudice subi.

Enfin, lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit au-delà du terme du CDD*, **le CDD* devient un CDI***. Le salarié conserve alors l'ancienneté acquise au terme du CDD* et la durée du CDD* est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail.

§ 2. Le renouvellement et la succession de CDD*

Il convient de distinguer le **renouvellement** du CDD* (A) qui consiste en la prorogation du même contrat, au même poste, aux mêmes conditions, avec le même salarié, et qui ne peut modifier que le terme du contrat, et la **succession de CDD*** (B) qui correspond à l'enchaînement d'un CDD* à la suite d'un autre CDD*, avec le même salarié ou non, et qui, lui, nécessite le respect d'un éventuel délai de carence.

A. Le renouvellement du Contrat à durée déterminée

Le renouvellement du CDD* a pour seul effet de reporter le terme du contrat initialement prévu ce qui signifie que le contrat se poursuit avec le même salarié, aux mêmes conditions. En vertu du code du travail, seul **le CDD* à**

terme précis est par principe **renouvelable deux fois**, pour une durée déterminée sachant que la durée totale du CDD* renouvellement inclus ne peut excéder la durée maximale de dix-huit mois - prévue par la loi -, ou la durée maximale prévue par accord de branche étendu. Si les conditions du renouvellement n'ont pas été prévues par le contrat initial, elles doivent faire l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initial du premier CDD* puis avant la fin de chaque renouvellement (C. trav., L. 1243-13), et ce, sous peine de requalification en CDI*.

B. La succession de Contrat à durée déterminée

L'usage de CDD* successifs signifie au contraire que différents CDD* se succèdent et comportent chacun un motif précis. Dans cette situation, soit c'est le motif de recours au CDD* qui change, soit c'est le salarié qui n'est pas le même. Le code du travail envisage ces deux hypothèses et les encadre strictement.

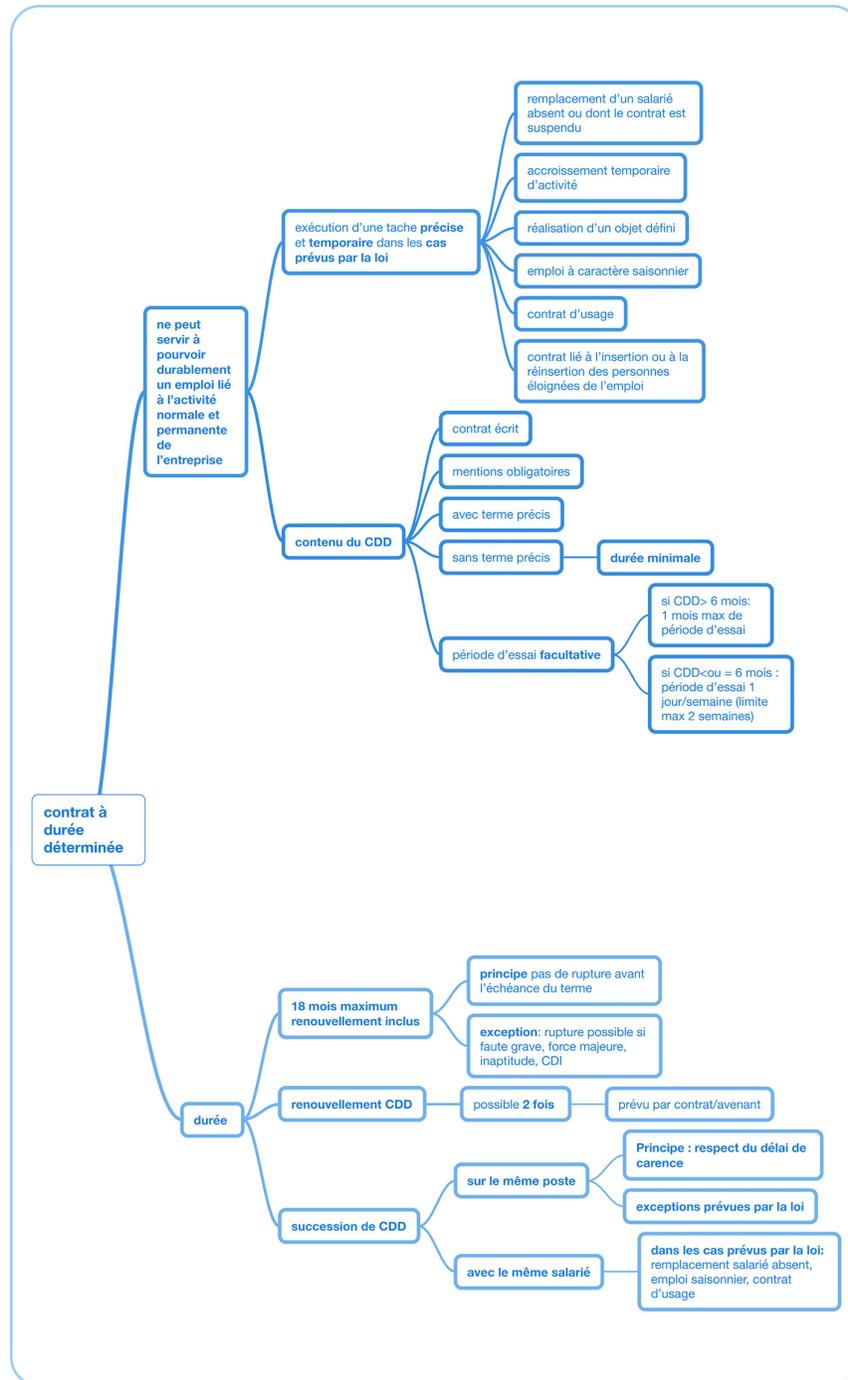
D'abord, en cas de **succession de CDD* avec le même salarié**, cela est possible dans plusieurs cas : remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, remplacement d'un chef d'entreprise artisanale, industrielle, commerciale ou agricole, emplois à caractère saisonnier ou emplois dans les secteurs où il est d'usage de ne pas recourir au CDI*. Ainsi, un salarié peut réaliser un CDD* pour remplacer Pierre puis enchaîner un autre CDD* pour remplacer Paul ou pour occuper un emploi à caractère saisonnier.

Ensuite, **en cas de succession de CDD* sur un même poste**, autrement dit pour conclure un nouveau CDD* avec le même salarié ou avec un autre salarié mais sur un même poste, il faut en principe que soit respecté à l'issue du CDD*, un **délai de carence** dont la durée en **jours**

ouvrables, varie selon la durée du CDD* initial, renouvellement inclus :

- pour les **CDD* d'une durée supérieure ou égale à quatorze jours** (renouvellement inclus), ce délai de carence est égal au **tiers de la durée du CDD* échu** renouvellement inclus. Ainsi par exemple, en présence d'un CDD* d'une durée d'un mois, renouvelé une fois (total 61 jours), il faut attendre $1/3 \times 61$ soit 20.33 jours ouvrables arrondis à 21 jours avant de pouvoir refaire un CDD* sur le même poste ;
- pour les **CDD* d'une durée inférieure à quatorze jours** (renouvellement inclus), le délai de carence est égal à la **moitié de la durée du CDD* échu** renouvellement inclus. Ainsi, pour un CDD* de 8 jours, il faut attendre $1/2 \times 8$, soit 4 jours ouvrables avant de pouvoir refaire un CDD* sur le même poste.

Mais, par exception (L. 1244-4 et L. 1244-4-1), la succession de CDD* sur un même poste, peut être admise sans avoir à respecter un délai de carence. Tel est le cas par exemple, en cas de remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu. Ces situations peuvent faire l'objet de contrôle notamment par le juge prud'homal lorsqu'il est saisi.



Section 2. Le contrat de travail temporaire

Le recours au travail temporaire a pour objet la mise à disposition temporaire d'un salarié par une **entreprise de**

travail temporaire au bénéfice d'un **client utilisateur** pour l'exécution d'une **mission** (L. 1251-1). Toute activité de travail temporaire s'exerçant sans recourir à un entrepreneur de travail temporaire est interdite, sous réserve des dispositions relatives au prêt de main d'œuvre à but non lucratif.

Le code du travail pose des conditions et des modalités d'exécution spécifiques (§ 1) et donne également la possibilité de recourir, dans certains cas, au contrat à durée indéterminée intérimaire (§ 2).

§ 1. Les conditions d'utilisation et les modalités d'exécution spécifiques

Le travail temporaire nécessite la conclusion de deux contrats distincts : d'un côté, le contrat de mise à disposition conclu entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice et de l'autre, le contrat de mission conclu entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié intérimaire.

Le **contrat de mise à disposition** d'abord, est un contrat écrit - à peine de nullité absolue - devant être conclu au plus tard dans les deux ouvrables suivant la mise à disposition (L. 1251-42). Ce contrat de mise à disposition établi pour chaque salarié mentionne le motif de recours au contrat de travail intérimaire, le nom et la qualification de la personne remplacée, le terme de la mission - le cas échéant la clause permettant de modifier le terme de la mission ou de renouveler le contrat -, les caractéristiques particulières du poste de travail à pourvoir (ex : qualification professionnelle exigée, lieu de la mission, horaire), la nature des équipements de protection individuelle que le salarié utilise ainsi que le montant de la rémunération avec ses différentes composantes (primes, salaires, etc...).

Le **contrat de mission** ensuite, est également établi par écrit et transmis au salarié, au plus tard dans les deux jours ouvrables suivant sa mise à disposition. Il comporte notamment la reproduction des clauses et mentions du contrat de mise à disposition, la qualification professionnelle du salarié, les modalités de la rémunération, y compris celles de l'indemnité de fin de mission, la durée de la période d'essai éventuellement prévue, une clause de rapatriement du salarié lorsque la mission s'effectue hors de France, les coordonnées de la caisse de retraite complémentaire et de l'organisme de prévoyance. Enfin, doit être mentionnée la possibilité pour l'entreprise utilisatrice d'embaucher le salarié à l'issue de la mission.

Il convient de distinguer d'une part, les cas de recours au travail temporaire (A) et d'autre part, les modalités d'exécution spécifiques (B).

A. Les cas de recours au travail temporaire

En vertu de l'article L. 1251-5, le contrat de mission, quel que soit son motif « *ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet, de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente* » de l'entreprise utilisatrice. Ainsi, on ne peut recourir à un intérimaire que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire dénommée « **mission** » dans les **cas prévus par la loi** :

- **remplacement d'un salarié** absent ou dont le contrat de travail est suspendu ou en cas de passage provisoire de ce dernier en temps partiel, ou en cas de départ définitif du salarié avant la suppression de son poste, ou dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en CDI* appelé à le remplacer (L. 1251-6, 1°)
- **remplacement du chef d'une entreprise** artisanale, industrielle, commerciale ou agricole, ou d'une personne

exerçant une profession libérale, d'un associé non salarié ou de leur conjoint (L. 1251-6, 4° et 5°)

- **accroissement temporaire** de l'activité de l'entreprise (L. 1251-6, 2°)
- **emplois à caractère saisonnier** (L. 1251-6, 3°) ou dans des secteurs dans lesquels il est **d'usage** de ne pas recourir au CDI* (ex : déménagement, spectacles)
- **en vue de favoriser le recrutement de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières** ou lorsque les parties au contrat de mise à disposition s'engagent en vue d'assurer un complément de **formation** professionnelle ou une formation qualifiante en apprentissage au profit du salarié (L. 1251-7).

En revanche, il est **interdit** de recourir à un intérimaire notamment pour remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un conflit collectif de travail ou encore, pour effectuer des travaux particulièrement dangereux ou enfin, pour remplacer un médecin du travail (L. 1251-10). Il est également en principe interdit de faire appel à un intérimaire pour accroissement temporaire d'activité, dans les six mois suivant un licenciement pour motif économique (L. 1251-9). Lorsqu'une entreprise a recours à un salarié intérimaire en méconnaissance de ces dispositions, ou lorsque l'exécution du contrat se poursuit, après la fin de la mission, sans nouveau cadre contractuel (L. 1251-40), le salarié est en droit d'obtenir la **requalification de son contrat en CDI*** en saisissant directement le bureau de jugement du conseil de prud'hommes compétent (L. 1251-41).

B. Les modalités d'exécution spécifiques

Le contrat de mission peut comporter une **période d'essai** dont la durée calculée en **jours calendaires**, est

fixée par convention ou accord de branche étendu ou par accord d'entreprise ou d'établissement. **À défaut** de convention ou d'accord, la période d'essai ne peut excéder :

- deux jours si le contrat est conclu pour une durée inférieure ou égale à un mois ;
- trois jours si le contrat est conclu pour une durée supérieure à un mois et inférieur ou égale à deux mois ;
- cinq jours si le contrat est conclu pour une durée supérieure à deux mois.

Le contrat de mission comporte dès sa signature un **terme** fixé avec précision. Toutefois, il peut ne pas comporter de terme précis lorsqu'il est conclu dans l'un des cas de recours prévus l'article L. 1251-6, mais il doit alors être conclu pour une **durée minimale**. Il a alors pour terme par exemple, la fin de l'absence de la personne remplacée ou encore la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu. À défaut de stipulations dans la convention ou l'accord de branche étendu de l'entreprise utilisatrice fixant la durée totale du contrat de mission, cette dernière ne doit pas excéder en principe, **dix-huit mois renouvellements inclus**.

À défaut d'accord de branche étendu de l'entreprise utilisatrice fixant le **nombre de renouvellements** possibles du contrat de mission, celui-ci est renouvelable deux fois pour une durée déterminée qui, ajoutée à la durée du contrat initiale ne peut excéder en principe dix-huit mois, sauf accord de branche étendu de l'entreprise utilisatrice fixant une autre durée. Les conditions du renouvellement sont soit prévues dans le contrat de mission, soit elles font l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu (L. 1251-35, L. 1251-35-1).

Il est tout à fait possible de conclure des **contrats de mission successifs** avec le même salarié sur des postes

différents, sauf à pourvoir un emploi permanent de l'entreprise utilisatrice. En revanche, les contrats de mission ne peuvent en principe pas se succéder sur un même poste, le respect d'un **délai de carence** s'impose, dont la durée varie en fonction de la durée du contrat initial. Par **exception**, la succession de contrats de mission sans respect du délai de carence est possible, soit du fait des dispositions conventionnelles, soit pour le remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat de mission est suspendu, en cas de nouvelle absence du salarié ou pour le remplacement d'un chef d'entreprise au sens de l'article L. 1251-6, 4° et 6°; pour l'accomplissement de travaux urgents de sécurité ; pour l'accomplissement d'un travail saisonnier ou dans des secteurs où il est d'usage de ne pas recourir au CDI*, ou encore lorsque l'intérimaire est à l'initiative d'une rupture anticipée de son contrat ou refuse son renouvellement (L. 1251-37-1).

Ainsi, à défaut de stipulations conventionnelles étendues de l'entreprise utilisatrice, le **délai de carence**, lorsqu'il s'impose, est égal :

- au tiers de la durée du contrat de mission conclu lorsque ce contrat avait une durée supérieure ou égale à 14 jours renouvellement inclus (ex : contrat de mission de 12 mois, délai de carence 4 mois) ;
- à la moitié de la durée du contrat de mission conclu lorsque celui-ci a une durée inférieure à 14 jours (ex : contrat de mission 8 jours, délai de carence 4 jours).

Ce délai de carence est **calculé en jours d'ouverture de l'entreprise**, c'est-à-dire les jours d'activité.

Le contrat de mission prend fin à **l'échéance du terme** prévu au contrat. Ce terme peut être **avancé ou reporté** à raison d'un jour pour cinq jours de travail. Pour les missions inférieures à dix jours de travail, ce terme peut être avancé ou reporté de deux jours. Dans tous les cas,

l'aménagement du terme de la mission ne peut avoir pour effet ni de réduire la mission de plus de dix jours de travail, ni de conduire à un dépassement de la durée maximale du contrat de mission (L. 1251-29 et s.).

Lorsque le salarié ne bénéficie pas, au terme de son contrat de mission, d'un CDI* avec l'entreprise utilisatrice, il a droit à titre de complément de salaire, à une **indemnité de fin de mission**, versée par l'entreprise de travail temporaire à la fin de chaque mission effectivement accomplie, et égale à 10 % de la rémunération totale brute du salarié, destinée à compenser la précarité de sa situation. Cette indemnité n'est cependant pas due notamment lorsque le contrat de mission est conclu dans le cadre d'une action de formation, ou en cas de rupture anticipée du contrat à l'initiative du salarié, ou encore en cas de force majeure (L. 1251-33).

La **rupture anticipée** du contrat de mission peut être faite d'abord à l'initiative de l'entreprise de travail temporaire qui, sauf faute grave du salarié ou cas de force majeure, doit lui proposer un nouveau contrat de mission prenant effet dans un délai maximum de trois jours ouvrables. En vertu de l'article L. 1251-27, la rupture du contrat de mise à disposition ne constitue pas un cas de force majeure. Quand la rupture anticipée est faite à l'initiative du salarié, l'entreprise de travail temporaire a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice subi sauf si le salarié justifie de la conclusion d'un CDI*, auquel cas il est alors tenu de respecter un préavis (L. 1251-28).

Enfin, quant au **statut du salarié intérimaire**, il est inclus dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice au prorata de son temps de présence dans l'entreprise, sauf s'il remplace un salarié absent ou dont le contrat est suspendu. Pendant la durée de la mission, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du travail à savoir, limitativement, la durée du travail, le

travail de nuit, le repos hebdomadaire et les jours fériés, la santé et la sécurité au travail ou encore le travail des femmes et des enfants et des jeunes travailleurs (L. 1251-21). Sa rémunération ne peut être inférieure à celle prévue par le contrat de mise à disposition et il a droit à une **indemnité compensatrice de congés payés** pour chaque mission qu'il effectue, quelle que soit la durée de celle-ci, versée par l'entreprise de travail temporaire - employeur du salarié - à l'issue de la mission.

§ 2. Le CDI* intérimaire

Le CDI* intérimaire a été créé suite à l'ANI* du 11 janvier 2013 puis repris dans la loi Rebsamen du 17 août 2015, à titre expérimental avant d'être définitivement consacré par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 qui encadre strictement les conditions de recours à ce nouveau contrat aux articles L. 1251-58-1 et s. (A). C'est un contrat hybride qui, dans ses modalités d'exécution, réunit les caractéristiques du CDI* et celles du contrat de travail temporaire (B).

A. Des conditions de recours au CDI* intérimaire

Les entreprises de travail temporaire (ETT*) ont la possibilité de conclure un CDI* de droit commun avec un intérimaire. La conclusion d'un tel contrat s'inscrit dans le cadre de la **construction d'un parcours professionnel** et ne peut donc résulter que d'un accord entre l'ETT* et le salarié. Ce contrat permet l'exécution de missions successives sachant que chaque mission donne lieu d'une part, à la conclusion d'un **contrat de mise à disposition** entre l'ETT* et l'entreprise utilisatrice et d'autre part, à l'établissement par l'ETT* d'une **lettre de mission**.

Ce contrat est rédigé par **écrit** et comporte un certain nombre de **mentions spécifiques** notamment, les horaires

pendant lesquelles le salarié doit être joignable pendant les périodes sans exécution de mission, le périmètre de mobilité dans lequel s'effectuent les missions, qui tient compte de la spécificité des emplois et de la nature des tâches à accomplir, dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié, le montant de la rémunération mensuelle minimale garantie ou encore l'obligation de remise au salarié d'une lettre de mission pour chacune des missions qu'il effectue. La **durée totale de la mission** du salarié en CDI* intérimaire ne peut excéder **trente-six mois**.

Concernant la **période d'essai**, ce sont les règles applicables au CDI* qui s'appliquent. Cependant, aucune période d'essai ne s'applique aux intérimaires de l'ETT* justifiant, au cours des 12 derniers mois, d'une ancienneté au sein de l'ETT* au moins égale à 8 mois pour les cadres ; 6 mois pour les agents de maîtrise et les techniciens et 4 mois pour les ouvriers et les employés.

B. Des modalités d'exécution hybrides

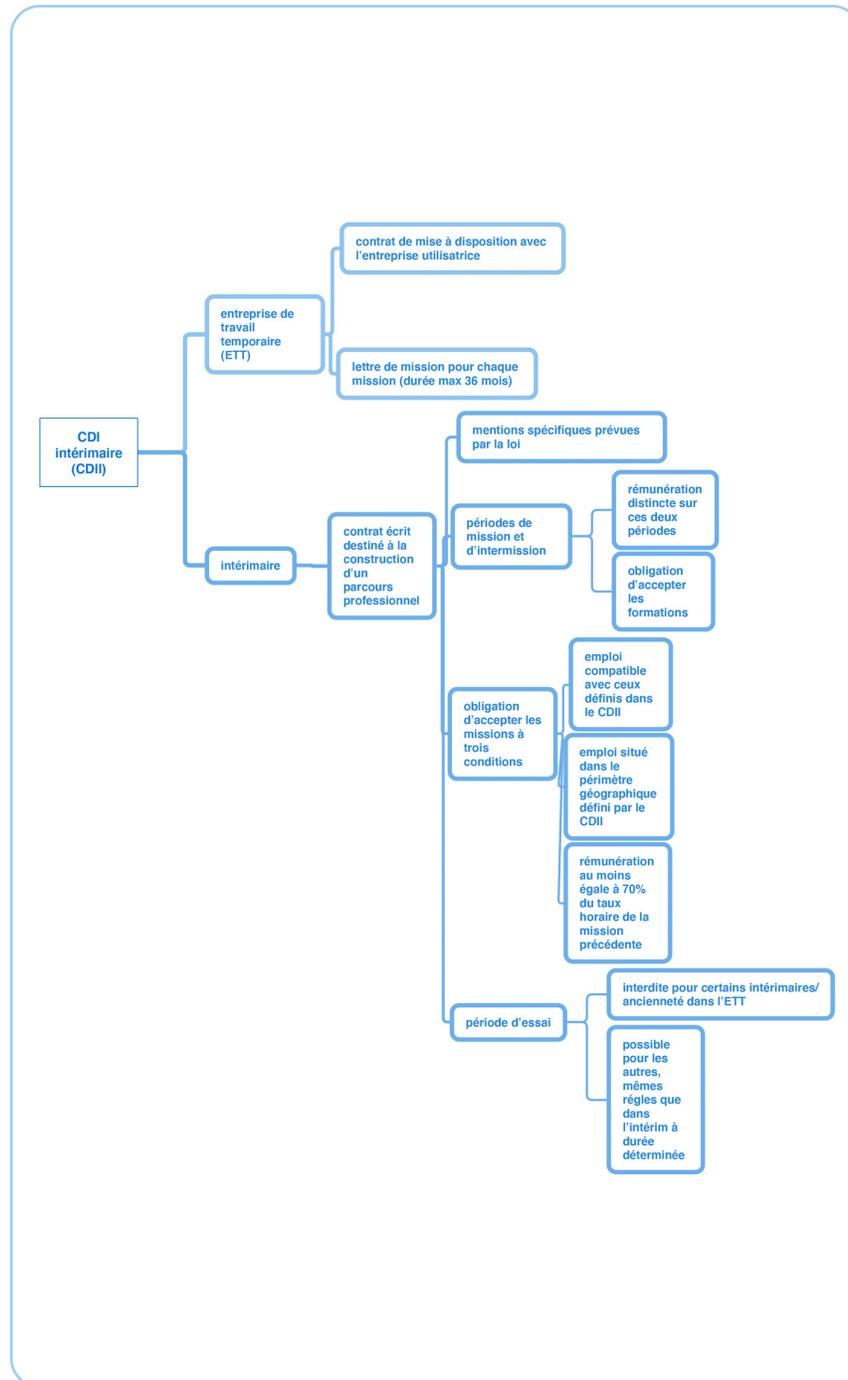
Le CDI* intérimaire comporte deux types de périodes pour le salarié intérimaire : d'une part, des **périodes de missions** dans les entreprises utilisatrices, et d'autre part, des périodes d'inactivité, dites d'**intermissions**, durant lesquelles le salarié, toujours employé par l'ETT*, n'a pas de mission. Il doit néanmoins rester disponible afin que l'employeur puisse lui confier d'autres missions. Ces périodes d'intermissions sont assimilées à du temps de travail effectif pour la détermination des droits à congés et pour l'ancienneté.

La **rémunération** du salarié en CDI* intérimaire n'est pas la même selon que le salarié est en période de mission ou en période d'intermission. En effet, en période de mission, il est rémunéré au taux horaire en fonction de la mission qu'il accomplit, et ce en respectant le principe d'égalité de

traitement alors qu'en période d'intermission, il perçoit une **rémunération mensuelle minimale garantie par le contrat**. Cette rémunération mensuelle minimale ne peut être inférieure aux planchers suivants : l'équivalent du SMIC* à temps plein pour les ouvriers et employés ; 115 % du SMIC* à temps plein pour les agents de maîtrise et les techniciens ; 125 % du SMIC* à temps plein pour les cadres.

Le salarié quant à lui est **obligé d'accepter les missions** qui lui sont proposées, dès lors qu'elles sont d'abord, **compatibles avec les emplois définis dans le contrat de travail** ; ensuite, **situées dans le périmètre de mobilité** prévu par le CDI* et enfin, accompagnées d'une **rémunération au moins égale à 70 % du taux horaire de la mission précédente du salarié**.

Le salarié en CDI* intérimaire ne bénéficie pas d'indemnité de fin de mission puisque le CDI* le protège de tout risque de précarité. De même, en matière de congés payés, il ne perçoit pas d'indemnités de congés payés, il relève du régime de droit commun du CDI* mais il peut prendre des congés payés durant les périodes d'intermissions. Enfin, la rupture du CDI* intérimaire obéit aux règles applicables au CDI* de droit commun, sous réserve des dispositions conventionnelles éventuellement applicables.



Section 3. Le contrat de travail à temps partiel et le CDI* de chantier ou d'opération

Parmi les modalités particulières de contrat de travail, figurent d'une part, la possibilité de conclure un contrat de travail à temps partiel (§ 1) et d'autre part, le développement récent du CDI* de chantier (§ 2).

§ 1. Le contrat de travail à temps partiel

Selon l'article L. 3123-1, est considéré comme **salarié à temps partiel**, le salarié dont la durée du travail est inférieure à celle d'un salarié à temps plein. Plus précisément, la durée du travail à temps partiel doit donc être inférieure :

- soit à la durée légale hebdomadaire (35 heures), mensuelle (151,67 heures) ou annuelle (1 607 heures) ;
- soit à la durée du travail fixée conventionnellement par la branche ou l'entreprise ou à la durée du travail applicable dans l'établissement quand elle est inférieure à la durée légale (ex : durée conventionnelle 32 heures).

Le travail à temps partiel obéit à des règles de mise en œuvre (A) prévues par le code du travail et permettant une organisation du travail du salarié à temps partiel (B).

A. La mise en œuvre du temps partiel

Des horaires de travail à temps partiel peuvent être mis en œuvre **à l'initiative de l'employeur** sur le fondement d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut d'un accord de branche étendu. En l'absence de dispositions conventionnelles, l'employeur fixe lui-même les horaires de travail en respectant la durée minimale de travail hebdomadaire. Il doit alors consulter pour avis le CSE* lorsqu'il existe dans l'entreprise (L. 3123-26). Lorsque le passage à temps partiel est proposé à un salarié qui travaille à temps plein, cela constitue une modification du contrat de travail que celui-ci peut ne pas accepter mais si cela est justifié par des difficultés économiques de l'entreprise, il risque de faire

l'objet d'un licenciement pour motif économique. Dans les autres cas, le refus par le salarié ne constitue ni une faute, ni un motif de licenciement (L. 3123-4).

Les conditions de mise en place d'horaire à temps partiel **à la demande des salariés** (temps partiel choisi) sont fixées par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement. La convention doit alors prévoir notamment les modalités selon lesquelles les salariés à temps complet peuvent occuper un emploi à temps partiel et vice-versa ainsi que la procédure à suivre pour faire part de leur demande à l'employeur. En l'absence d'accord collectif, le salarié peut demander à bénéficier d'un horaire à temps partiel en précisant la durée du travail souhaitée, la date envisagée de changement et doit adresser sa demande par lettre recommandée avec accusé de réception, au moins 6 mois avant la date envisagée. Cette demande à laquelle l'employeur doit répondre dans un délai de 3 mois suivant sa réception ne peut être refusée, en l'absence de dispositions conventionnelles, que si l'employeur justifie de l'absence d'emploi équivalent ou s'il démontre que le changement d'emploi demandé aurait des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise. Le salarié peut également accéder à un temps partiel en recourant à des dispositifs spécialisés tels que le congé parental d'éducation ou encore le congé pour création d'entreprise.

Le contrat de travail à temps partiel est un **contrat écrit** (L. 3123-6), à défaut d'écrit, on présume que l'emploi est à temps complet, l'employeur a toutefois la faculté d'apporter la preuve de l'existence d'un contrat à temps partiel. Le contrat de travail mentionne notamment la qualification du salarié, les éléments de la rémunération, la durée du travail et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois et les cas de son éventuelle modification ou encore les limites

dans lesquelles peuvent être accomplies des heures complémentaires.

Lorsque l'employeur demande au salarié de changer la **répartition de la durée du travail**, il doit respecter un **délai de prévenance** qui, à défaut d'accord, est d'au moins sept jours ouvrés avant la date à laquelle la modification doit avoir lieu (L. 3123-31). Lorsque le contrat de travail n'a pas prévu ces modifications, le **refus du salarié** d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement (L. 3123-12). Inversement, lorsque les cas et les modalités de modification de la répartition de la durée du travail ont été prévus par le contrat de travail, le salarié peut tout de même refuser le changement sans que ce refus ne soit constitutif d'une faute ou d'un motif de licenciement. Toutefois, il devra justifier ce refus en démontrant que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses (ex : garde d'un enfant), avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée.

B. L'organisation du travail du salarié à temps partiel

Les salariés à temps partiel sont soumis à une durée minimale de travail et peuvent être amenés à réaliser des heures complémentaires (a). Ces salariés à temps partiel jouissent d'un statut qui leur garantit une égalité de traitement avec les salariés à temps complet (b).

a. La durée du travail et les heures complémentaires

En principe, une convention ou un accord de branche étendu fixe la durée minimale du travail. À défaut, la **durée minimale de travail** du salarié à temps partiel est fixée à **24 heures par semaine** ou à l'équivalent mensuel

(L. 3123-27) sauf cas particuliers (L. 3123-7). À la demande écrite et motivée du salarié, une durée du travail inférieure à 24 heures hebdomadaire peut être fixée soit pour lui permettre de faire face à des contraintes personnelles, soit pour lui permettre de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale équivalente à un temps plein, soit enfin de plein droit, quand il s'agit d'un salarié de moins de vingt-six ans afin qu'il puisse poursuivre ses études. Lorsqu'un accord collectif s'applique, il détermine les garanties quant à la mise en œuvre d'horaires réguliers permettant au salarié de cumuler plusieurs activités.

À défaut d'accord définissant la répartition des horaires de travail des salariés à temps partiel dans la journée de travail, **l'horaire de travail** du salarié à temps partiel **ne peut comporter, au cours d'une même journée, plus d'une interruption d'activité ou une interruption supérieure à deux heures.** L'accord collectif peut au contraire définir les amplitudes horaires pendant lesquelles les salariés peuvent exercer leur activité et prévoir des contreparties spécifiques en tenant compte des exigences propres à l'activité exercée (L. 3123-23). Une **interruption** sépare deux séquences autonomes de travail et se distingue de la pause qui elle, constitue un arrêt temporaire au cours d'une même séquence de travail.

Le salarié à temps partiel peut être amené à effectuer plus d'heures que le nombre d'heures prévues par le contrat, et ce en recourant aux heures complémentaires. Ces **heures complémentaires** sont soumises à une **double limite** :

- un accord collectif d'entreprise ou à défaut de branche étendu peut porter le nombre d'heures complémentaires accomplies par un salarié à temps partiel, au cours de la période de référence contractuelle ou conventionnelle, jusqu'au tiers de la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue par le contrat. À défaut d'accord, le nombre

d'heures complémentaires accomplies par un salarié à temps partiel au cours de la période de référence contractuelle ou conventionnelle ne peut être supérieur au dixième de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue dans son contrat (L. 3123-28) ;

- les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail accomplie par un salarié au niveau de la durée légale du travail à temps plein ou, si elle est inférieure, au niveau de la durée fixée conventionnellement (L. 3123-9).

Chacune des heures complémentaires accomplies donne lieu à une **majoration de salaire**. Un accord de branche étendu peut prévoir :

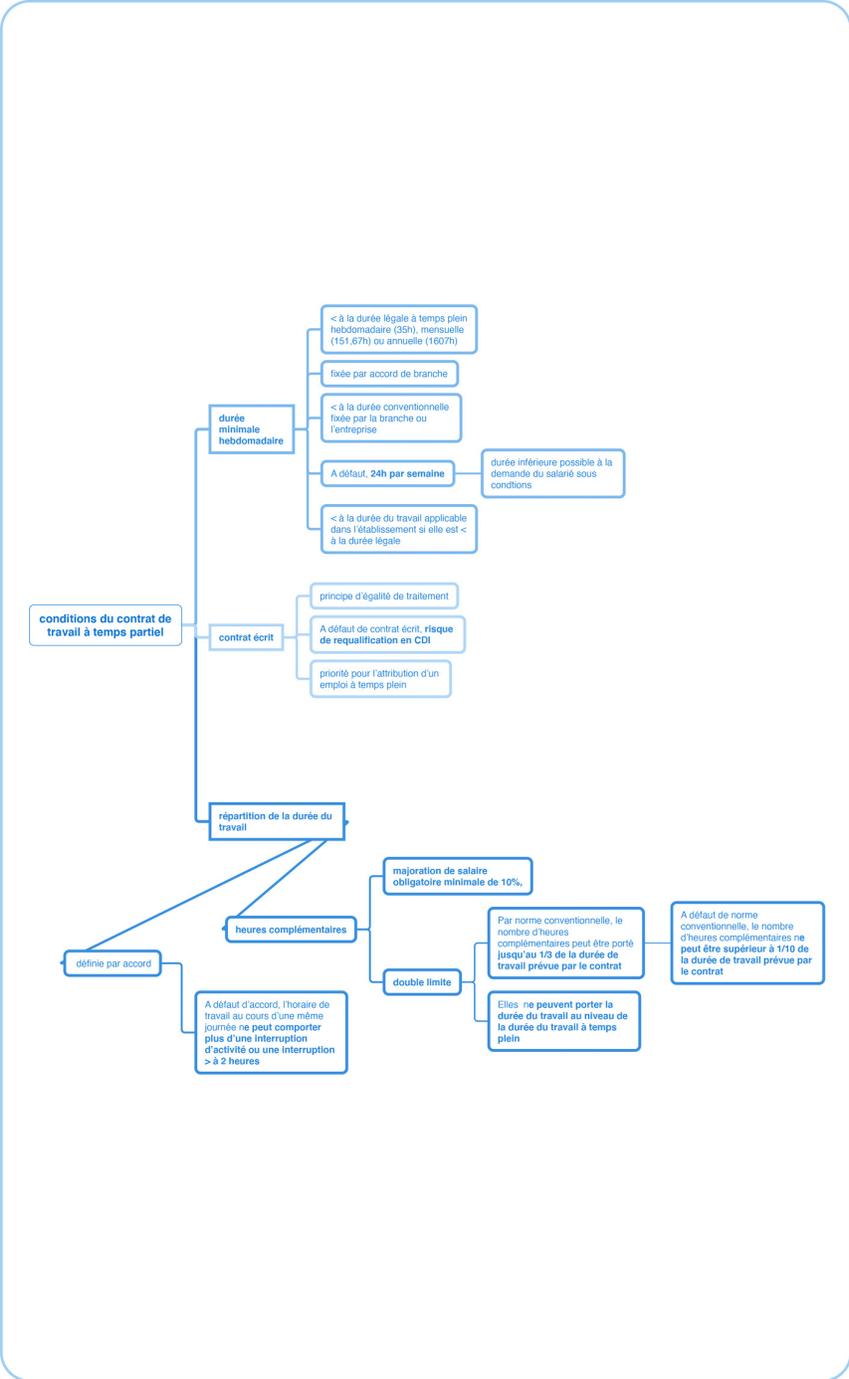
- le taux de majoration de ces heures, il ne peut être inférieur à 10 % ;
- la possibilité, par un avenant au contrat de travail, d'augmenter temporairement la durée de travail prévue au contrat, il doit alors fixer le nombre d'avenants maximum (8 par an et par salarié maximum), la majoration salariale de ces heures et les modalités d'attribution prioritaire de ces compléments d'heures.

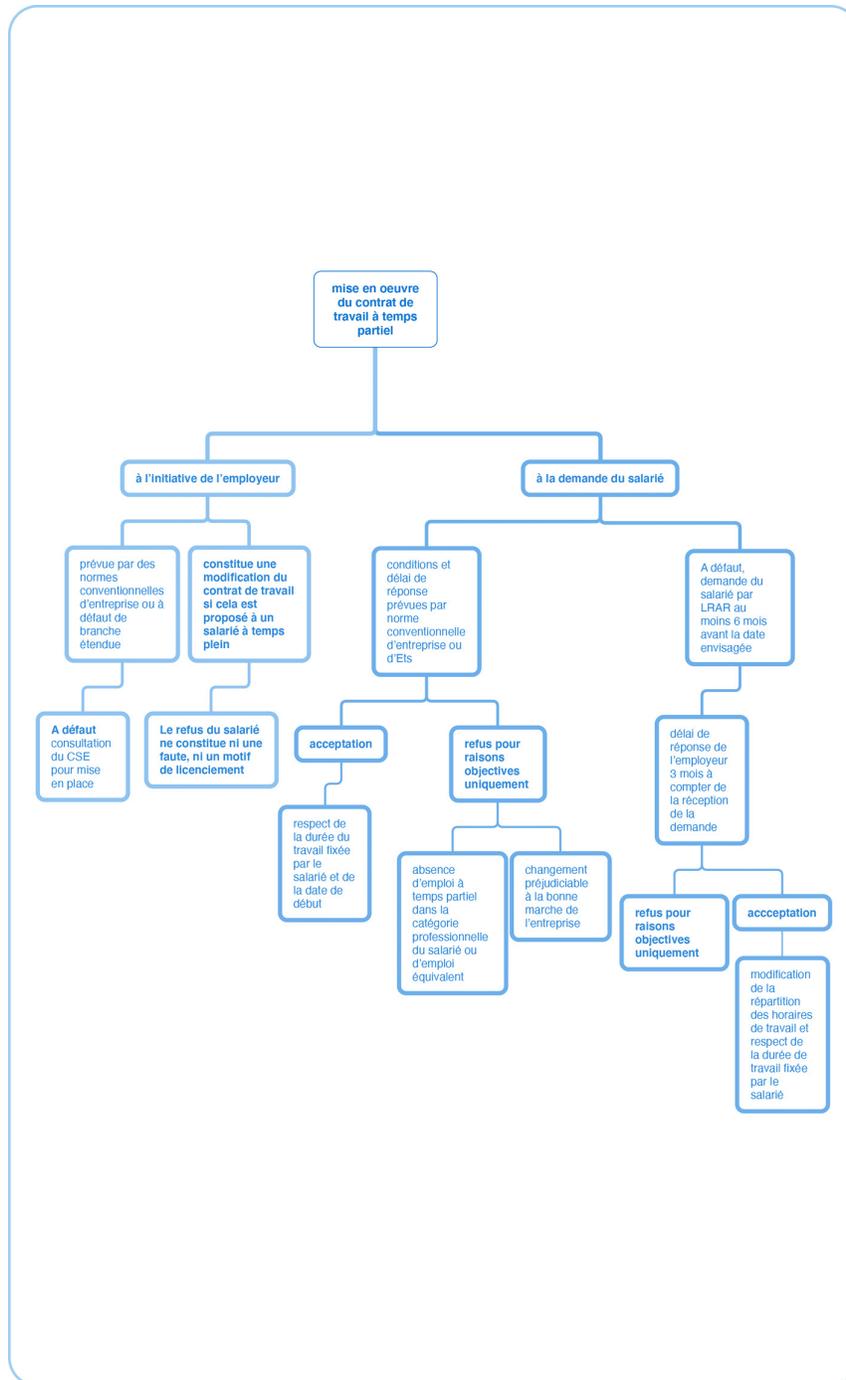
b. Le statut du salarié à temps partiel

Le code du travail pose le **principe de l'égalité de traitement** des salariés à temps partiel avec les salariés à temps plein (L. 3123-5). Ainsi, par exemple, la période d'essai d'un salarié à temps partiel ne peut avoir une durée calendaire supérieure à celle du salarié à temps complet. De même, compte tenu de la durée de son travail et de son ancienneté dans l'entreprise, la rémunération du salarié à temps partiel est proportionnelle à celle du salarié qui, à qualification égale, occupe à temps complet un emploi équivalent dans l'entreprise. Ensuite, l'ancienneté du salarié à temps partiel se décompte comme s'il avait été

occupé à temps complet, les périodes non travaillées étant prises en compte en totalité. Il bénéficie également des congés payés dans les mêmes conditions que les salariés à temps complet et il est pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise. Il peut aussi être électeur ou éligible aux fonctions de représentant du personnel. Enfin, l'indemnité de licenciement et l'indemnité de départ à la retraite du salarié ayant été occupé à temps complet et à temps partiel dans la même entreprise, sont calculées proportionnellement aux périodes d'emploi accomplies selon l'une ou l'autre de ces deux modalités depuis leur entrée dans l'entreprise.

Les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps complet et les salariés à temps complet qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps partiel dans le même établissement, ou à défaut, dans la même entreprise ont **priorité pour l'attribution d'un emploi** ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent ou si une convention ou un accord d'entreprise, ou d'établissement ou à défaut un accord de branche étendu le prévoit, cela peut concerner un emploi présentant des caractéristiques différentes. L'employeur porte à leur connaissance la liste des emplois disponibles correspondants (art. L. 3123-3).





§ 2. Le CDI* de chantier ou d'opération

Le CDI* de chantier existe depuis longtemps dans certains secteurs tels que la construction navale ou le bâtiment, secteurs dans lesquels il est habituel et conforme à l'exercice de la profession, de recourir à un chantier. Les

ordonnances Macron du 22 septembre 2017 ont étendu de façon explicite le CDI* de chantier à de nouveaux secteurs d'activité, en le renommant CDI* de chantier ou d'opération. À cette fin, une convention ou un accord de branche étendu fixe les conditions dans lesquelles il est possible de recourir à un **contrat conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération** (L. 1223-8, L. 1223-9). Cet accord collectif de branche étendu, doit préciser la taille des entreprises concernées, les activités concernées, les mesures d'information à destination des salariés concernés, les contreparties (rémunération, indemnités de licenciement), les garanties en termes de formation et enfin les modalités de rupture du contrat selon les situations (ex : rupture anticipée). À défaut d'un tel accord, le CDI* de chantier peut être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1^{er} janvier 2017.

Le contrat de chantier ou d'opération est un **contrat à durée indéterminée** qui se termine lorsque le chantier ou l'opération pour lequel il a été conclu est réalisé. Cela entraîne le licenciement du salarié pour une cause réelle et sérieuse. Le licenciement doit avoir lieu à la fin du chantier ou de l'opération et non à la fin de la mission. Ainsi, la résiliation du contrat de mission par le client de l'employeur, ne constitue pas la fin de chantier justifiant de la rupture du contrat de travail de chantier liant l'employeur au salarié (Cass. Soc. 9 mai 2019, n° 17-27493). Mais, si la convention ou l'accord collectif le prévoit, le salarié licencié peut bénéficier d'une priorité de réembauche en CDI* dans le délai et selon les modalités fixées par l'accord. La rupture du contrat de chantier ou d'opération est encadrée par l'article L. 1236-8 qui renvoie à la procédure habituelle de licenciement (L. 1232-2 à L. 1232-6) et à ses conséquences - préavis, indemnités - telles que précisées par les articles L. 1234-1 et suivants.

En cas de contestation et d'irrégularités du licenciement, les dispositions des articles L. 1235-1 à L. 1235-6 s'appliquent, sous réserve des dispositions conventionnelles applicables.

En principe, l'employeur a l'obligation d'essayer de **reclasser le salarié** sur un autre chantier ou une autre opération. Un avenant au contrat de travail est alors effectué pour préciser les modalités du chantier ou l'opération sur lequel le salarié est reclassé et cet avenant doit être présenté au salarié avant la fin du chantier ou de l'opération initial et accepté par lui. À défaut d'acceptation, le licenciement est justifié par une cause personnelle. Enfin, le contrat de chantier ou d'opération peut également être rompu à l'initiative du salarié notamment par une démission.

Titre 2

L'exécution du contrat de travail à durée indéterminée

L'exécution du contrat de travail nécessite d'abord, de préciser le temps de travail (ch. 1), la rémunération allouée au salarié (ch. 2), de garantir la santé et la sécurité des salariés (ch. 3), d'encadrer la modification du contrat de travail et le transfert d'entreprise (ch. 4) et enfin de veiller au respect du règlement intérieur et du pouvoir disciplinaire de l'employeur (ch. 5).

Chapitre 1

Le temps de travail

Le code du travail encadre le temps de travail des salariés en posant des règles quant à la détermination du temps de travail effectif (section 1) afin de veiller à la protection de la santé des salariés. Des aménagements particuliers sont cependant prévus afin de permettre la réalisation d'heures supplémentaires et de tenir compte de modes de travail spécifiques (section 2).

Section 1. La détermination du temps de travail effectif

Les dispositions du code du travail relatives à la durée du travail s'appliquent aux employeurs de droit privé et à leurs salariés, à l'exception des cadres dirigeants (L. 3111-2). Le décompte de la durée légale de travail se fait en référence au temps de travail effectif (§ 1). Le salarié bénéficie en contrepartie de ce travail effectif de temps de repos et de congés (§ 2).

§ 1. La durée légale du travail et le temps de travail effectif

Depuis 2002, l'ensemble des entreprises doivent respecter la durée légale de travail effectif des salariés à temps complet qui est fixée à 35 heures hebdomadaire (L. 3121-27). Cette durée de **travail effectif** correspond au « *temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles* » (L. 3121-

1). Ainsi, en principe, ne peut être considéré comme du temps de travail effectif le temps habituel de trajet entre le domicile et le lieu de travail alors que le temps pendant lequel le salarié d'une station-service reste en permanence à la disposition de l'employeur lui est ainsi comptabilisé. De même, le temps nécessaire à la **restauration** ainsi que le temps consacré aux **pauses** sont considérés comme du temps de travail effectif si et seulement si les critères sont réunis ou si une convention ou un accord collectif ou à défaut le contrat de travail, fixe une rémunération de ces temps.

Quant au **temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage**, il peut par accord collectif d'entreprise, d'établissement ou à défaut de branche, ou à défaut d'accord, par le contrat de travail, être assimilé à du temps de travail effectif. Si tel n'est pas le cas, il fait l'objet de contrepartie, sous forme de repos ou sous forme financière, à plusieurs conditions cumulatives : d'abord, le port d'une tenue de travail doit être imposé par des dispositions légales, conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail ; ensuite l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail (L. 3121-3).

Enfin, le régime de **l'astreinte** obéit à un décompte du temps de travail effectif propre. En effet, en vertu de l'article L. 3121-9, « *une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise* ». Ainsi, un salarié est en situation d'astreinte si, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, il a l'obligation de rester en permanence disponible à l'aide de son téléphone portable pour répondre à d'éventuels besoins et se tenir prêt à intervenir si

nécessaire (Cass. soc, 12 mars 2018, RJS 11/2018, n° 674). La durée de cette **intervention** doit être considérée comme du **temps de travail effectif**. En revanche, la **période d'astreinte** fait l'objet d'une **contrepartie**, soit sous forme financière, soit sous forme de repos. La période d'astreinte - hors intervention - est prise en compte pour le calcul des temps de repos quotidien et hebdomadaire. La mise en place des astreintes se fait en principe par accord d'entreprise ou de branche afin d'en définir toutes les modalités (L. 3121-11). À défaut d'accord, c'est l'employeur qui organise les astreintes après avis du CSE* et après information de l'agent de contrôle de l'inspection du travail et les salariés concernés doivent connaître leur programmation individuelle, en principe quinze jours à l'avance (L. 3121-12)

§ 2. Les repos et les congés

Le code du travail s'inscrit dans une perspective de protection de la santé des salariés et à cette fin, leur assure des temps de repos (A) et de congés (B).

A. Les repos

Le code du travail assure aux salariés des temps de repos quotidien et hebdomadaire (a) tout en accordant de la flexibilité dans l'organisation du travail, notamment par l'encadrement du travail dominical (b).

a. Le repos quotidien et le repos hebdomadaire

L'article L. 3131-1 garantit d'abord aux salariés un **repos quotidien** d'une durée minimale de onze heures consécutives, sauf en cas d'urgence ou de dérogations éventuellement prévues par une convention collective de branche, pour des activités caractérisées par la nécessité d'assurer une continuité du service ou par des périodes d'intervention fractionnées. À défaut d'accord, il peut être dérogé, sous conditions, à la durée minimale de repos

quotidien, en cas de surcroît exceptionnelle d'activité. Ensuite, il est interdit de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine, et ce afin de lui accorder un **repos hebdomadaire** d'une durée minimale de vingt-quatre heures consécutives auxquelles s'ajoutent les heures du repos quotidien (L. 3132-2). Des **dérogations** au repos hebdomadaire sont prévues par la loi (L. 3132-4 et s.) notamment en cas de travaux urgents, d'activités saisonnières ou encore pour les travaux de nettoyage des locaux industriels. Dans l'intérêt des salariés, le **repos hebdomadaire est donné le dimanche** (L. 3132-3) mais de nombreuses dérogations donnent aujourd'hui la possibilité de travailler le dimanche, sous réserve bien sûr de bénéficier d'un repos hebdomadaire un autre jour de la semaine.

b. Le travail dominical

Le code du travail envisage plusieurs **dérogations au repos dominical** : des dérogations permanentes de droit, des dérogations conventionnelles, des dérogations accordées par le préfet ou par le maire et enfin des dérogations fondées sur un critère géographique.

Tout d'abord, les **dérogations permanentes de droit** (L. 3132-12 et s.) sont accordées, d'une part, pour les établissements dont le fonctionnement ou l'ouverture est rendu **nécessaire par les contraintes de la production, de l'activité ou les besoins du public** (ex : cliniques, hôtels, transport) et pour lesquels le repos hebdomadaire est accordé par roulement. D'autre part, dans les **commerces de détail alimentaire** (L. 3132-13), le repos hebdomadaire peut être donné à partir de treize heures le dimanche. Les salariés bénéficient alors d'un repos compensateur par roulement et par quinzaine, d'une journée entière. Lorsqu'il s'agit d'un commerce de détail alimentaire dont la surface de vente est supérieure à 400 m², les salariés travaillant le dimanche bénéficient

d'une rémunération majorée d'au moins 30 % par rapport à la rémunération habituelle pour une durée équivalente. Si le travail le dimanche est prévu par le contrat de travail, il s'impose au salarié. Il en va de même en cas de dérogations conventionnelles.

Ensuite, des **dérogations conventionnelles** peuvent être prévues par convention collective d'entreprise ou à défaut de branche afin de permettre le **travail en continu dans l'industrie** pour des raisons économiques et la mise en place **d'équipes de suppléance**. À défaut d'accord collectif, ces dérogations peuvent être accordés par l'inspecteur du travail après consultation des délégués syndicaux et avis du CSE*. La rémunération des salariés de l'équipe de suppléance est majorée d'au moins 50 % par rapport à la rémunération habituelle pour une durée équivalente.

Enfin, sont également prévues des **dérogations temporaires** au repos dominical.

C'est d'abord le cas des **dérogations accordées par le préfet**, pour une durée maximale de trois ans (L. 3132-21), lorsqu'il est établi que le repos simultané, le dimanche, de tous les salariés d'un établissement, serait **préjudiciable au public** ou compromettrait le **fonctionnement normal de l'établissement**. Cette autorisation est accordée au vu d'un accord collectif fixant les contreparties accordées aux salariés et les engagements de l'entreprise en termes d'emploi, ou à défaut, d'une décision unilatérale de l'employeur prise après avis du CSE* approuvée par référendum des salariés concernés. Seuls les **salariés volontaires** ayant donné leur accord par écrit et de façon explicite à leur employeur peuvent travailler le dimanche sur le fondement d'une autorisation donnée par le préfet. Ils bénéficient d'un certain nombre de garanties (L. 3132-25-4) notamment du **droit de refuser de travailler le dimanche**.

C'est ensuite le cas des **dérogations accordées par le maire**, chaque année, pour les commerces de détail, qui peuvent concerner jusqu'à douze dimanches par année civile (L. 3132-26 et s.). Dans une telle situation, les salariés privés de repos dominical perçoivent une **rémunération au moins égale au double de la rémunération normalement due pour une durée équivalente, ainsi qu'un repos compensateur équivalent en temps**. Seuls les **salariés volontaires** ayant donné leur accord par écrit à leur employeur peuvent travailler le dimanche dans le cadre des « dimanches du maire ». Une entreprise ne peut prendre en considération le refus d'une personne de travailler le dimanche pour refuser de l'embaucher ou comme motif de licenciement ou encore pour justifier d'une faute. Le salarié qui refuse de travailler le dimanche ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail.

Concernant enfin, les **dérogations fondées sur un critère géographique** (L. 3132-34), elles s'appliquent aux établissements de vente au détail mettant à disposition des biens et des services situés dans certaines zones du territoire. Plus précisément, quatre zones sont définies par la loi : les zones touristiques internationales, les zones commerciales, les zones touristiques et certaines gares (L. 3132-24 et s.). Les **zones touristiques internationales** (ZTI) sont déterminées par décret au regard du rayonnement international, de l'affluence exceptionnelle de touristes résidant hors de France et de l'importance de leurs achats. Tel est le cas par exemple de la ZTI Champs Elysées-Montaigne ou des villes de Cannes ou Nice. Les **zones touristiques** sont caractérisées par une affluence particulièrement importante de touristes tandis que les **zones commerciales** sont identifiées par une offre commerciale et une demande potentielle

particulièrement importantes, le cas échéant en tenant compte de la proximité immédiate d'une zone frontalière. Elles sont toutes deux créées par arrêté préfectoral. Enfin, les établissements de vente au détail qui mettent à disposition des biens et des services et qui sont situés **dans l'emprise d'une gare qui n'est pas incluse dans une zone touristique internationale** peuvent bénéficier de la dérogation par arrêté interministériel (ex : les six gares parisiennes, Marseille St Charles, Lyon Part Dieu). Pour l'ensemble des dérogations fondées sur un critère géographique, seuls les **salariés volontaires** ayant donné leur **accord par écrit** à leur employeur peuvent travailler le dimanche. Ils bénéficient alors du repos hebdomadaire par roulement obligatoirement prévu soit par un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, un accord collectif de branche, soit par un accord conclu à un niveau territorial. Cet accord doit définir, les **contreparties accordées aux salariés**, les engagements pris par l'employeur en termes d'emploi ou en faveur de certains publics en difficulté ou de personnes handicapées, les mesures destinées à faciliter la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés privés du repos dominical, les contreparties mises en œuvre par l'employeur pour compenser les charges induites par la garde des enfants pour les salariés privés du repos dominical, les conditions dans lesquelles l'employeur prend en compte l'évolution de la situation personnelle des salariés privés du repos dominical, les modalités de prise en compte d'un changement d'avis du salarié privé du repos dominical (L. 3132-25-3).

B. Les congés

Le code du travail consacre le droit aux congés payés pour les salariés (a) et définit le statut juridique des jours fériés (b).

a. Les congés payés

Concernant les **congés**, tout salarié a droit chaque année à un congé payé à la charge de l'employeur (L. 3141-1). L'employeur a l'obligation d'octroyer ses congés au salarié qui les a acquis et ce dernier a l'obligation de prendre ses congés. En principe ce **droit aux congés payés** doit s'exercer en nature, cependant, le compte épargne-temps permet aujourd'hui une monétisation des droits à congés. Le salarié a droit à un **congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur**. La durée totale du congé exigible ne peut dépasser **trente jours ouvrables** (L. 3141-3), mais une convention collective peut prévoir des dispositions plus favorables. Les salariés à temps partiel bénéficient des **mêmes droits** que les salariés à temps plein. Une fois le droit à congés ouvert, quand il s'agit de calculer la durée des congés, est pris en compte le temps de travail effectif auquel sont assimilées notamment les périodes de congé payé, de congé maternité, paternité et d'adoption, les jours de repos acquis au titre de la réduction du temps de travail, les repos compensateurs au titre d'heures supplémentaires ou encore les périodes de suspension du contrat de travail en raison d'accident du travail ou de maladie professionnelle dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an. Les congés peuvent être pris dès l'embauche. Un accord d'entreprise ou d'établissement définit la **période de prise en congés qui comprend dans tous les cas la période du 1^{er} mai au 31 octobre de chaque année**, l'ordre des départs en congés et le délai dans lequel l'employeur peut modifier ces éléments. Le congé annuel ouvre droit à une **indemnité de congés** égale au dixième de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence (L. 3141-24 et s.). Le salarié dont le contrat de travail est résilié avant qu'il ait bénéficié de la totalité du congé auquel il avait droit, doit

recevoir une **indemnité compensatrice de congés payés** (L. 3141-28). D'autres congés rémunérés ou non sont prévus par les articles L. 3142-1 et suivants. Il s'agit par exemple, des congés pour événements familiaux, ou encore du congé de solidarité familiale ou du congé de proche aidant.

b. Le statut juridique des jours fériés

Les jours fériés sont limitativement énumérés par l'article L. 3133-1 : le 1^{er} janvier, le lundi de Pâques, le 1^{er} mai, le 8 mai, l'Ascension, le lundi de Pentecôte, le 14 juillet, l'Assomption, la Toussaint, le 11 novembre et le jour de Noël. Des dispositions particulières s'appliquent dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin (art. L. 3134-1 et s.). Ces jours fériés ne donnent lieu, légalement, à un repos obligatoire que pour les jeunes de moins de 18 ans. En pratique, de nombreux usages professionnels, des conventions ou accords collectifs font de ces jours fériés des jours chômés (L. 3133-3-1). Les heures de travail perdues par suite du chômage des jours fériés ne donnent pas lieu à récupération et en principe, sous certaines conditions (L. 3133-3), ne peuvent entraîner de perte de salaire. Inversement, lorsque le jour férié est travaillé, sauf disposition conventionnelle plus favorable, les salariés ne bénéficient d'aucune majoration de leur rémunération.

Certains des jours fériés prévus par la loi obéissent à un **régime particulier**. C'est le cas d'abord, du **1^{er} mai** qui est un **jour férié et chômé** (L. 3133-4). Ce chômage du 1^{er} mai ne peut être une cause de réduction de salaire. Lorsqu'en raison de la nature de l'activité, l'entreprise ne peut interrompre le travail, les salariés occupés le 1^{er} mai ont droit, en plus du salaire correspondant au travail accompli, à une indemnité égale au montant de ce salaire. Cette indemnité est à la charge de l'employeur (L. 3133-6). C'est ensuite le cas de la **journée de solidarité** instituée

par la loi du 30 juin 2004 en vue d'assurer le financement des actions en faveur de l'autonomie des personnes âgées ou handicapées. Il s'agit pour les salariés, d'une journée supplémentaire de travail non rémunérée et pour les employeurs, d'une contribution patronale assise sur les salaires (L. 3133-7). Les modalités d'accomplissement de cette journée sont en principe fixées par accord d'entreprise ou d'établissement, à défaut, par accord de branche, ou à défaut, par l'employeur après consultation du CSE* (L. 3133-11 et s.).

Section 2. La durée du travail et les régimes particuliers

Si certains salariés se contentent d'effectuer la durée légale de travail, d'autres accomplissent des heures supplémentaires (§ 1). Il faut ajouter à ces aménagements du temps de travail, quelques modes particuliers d'organisation du travail (§ 2).

§ 1. Les heures supplémentaires

La durée quotidienne du travail effectif par salarié ne peut excéder dix heures, sauf exceptions (L. 3121-18). De même, au cours d'une même semaine, la durée du travail ne peut dépasser 48 heures (L. 3121-20).

Constituent des **heures supplémentaires** toutes les heures de travail effectif ou assimilées effectuées au-delà de la durée légale hebdomadaire ou de la durée considérée comme équivalente. Les heures supplémentaires sont effectuées à la demande de l'employeur. En principe, les heures supplémentaires se **décomptent par semaine civile** (L. 3121-29). Ces heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel (A) ou bien au-delà du contingent (B).

A. Les heures supplémentaires dans le contingent annuel

Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut un accord de branche définit le contingent annuel d'heures supplémentaires par an et par salarié. À défaut d'accord collectif, le **contingent annuel** est fixé par décret à 220 heures mais certaines heures supplémentaires ne sont pas prises en compte dans le contingent annuel : celles effectuées pour travaux urgents et celles ouvrant droit à un repos compensateur équivalent. La convention ou l'accord collectif prévoit également les taux de **majoration des heures supplémentaires**, ce taux ne peut être inférieur à 10 %. La rémunération des heures supplémentaires peut être remplacée en totalité ou en partie, par un **repos compensateur** prévu par convention ou accord collectif, ou si l'employeur le décide après avis du CSE*. À défaut d'accord, les heures supplémentaires accomplies dans le contingent annuel donnent lieu à une majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires et de 50 % pour les heures suivantes (L. 3121-36).

B. Les heures supplémentaires au-delà du contingent annuel

Les heures supplémentaires au-delà du contingent annuel peuvent être fixées par accord collectif d'entreprise ou à défaut, accord de branche ou encore simplement, après consultation du CSE*, par l'employeur. Ces heures ne peuvent entraîner une durée hebdomadaire de travail supérieure à 48 heures.

Les heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent annuel ouvrent droit à une **contrepartie obligatoire en repos qui s'ajoute à la majoration des heures supplémentaires** ou lorsqu'il est prévu, au

repos compensateur équivalent. Cette contrepartie obligatoire en repos ne peut être inférieure à 50 % des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent pour les entreprises jusqu'à vingt salariés et à 100 % de ces mêmes heures si l'entreprise emploie plus de 20 salariés. La convention ou l'accord d'entreprise peut fixer une contrepartie plus importante, y ajouter une majoration salariale, définir les caractéristiques et les conditions de la prise de cette contrepartie obligatoire en repos. À défaut d'accord ou de convention prévoyant des conditions différentes, le salarié peut prendre une journée entière ou une demi-journée de repos, à sa convenance, dès lors que la contrepartie obligatoire en repos a atteint 7 heures. Chaque journée ou demi-journée est prise dans un délai de 2 mois. Le salarié qui ne demande pas à bénéficier du repos dans le délai, peut le prendre, à la demande de l'employeur, dans le délai maximum d'un an (D. 3121-17). Cette contrepartie obligatoire en repos est assimilée à une période de travail effectif pour le calcul des droits du salarié (D. 3121-19).

§ 2. Modes particuliers d'organisation du travail

Outre les modalités d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine (L. 3121-41), le code du travail a mis en place des régimes spécifiques visant à encadrer la pratique de la convention de forfait (A) ainsi que le travail de nuit et le travail de soirée (B).

A. La convention de forfait

La durée du travail peut être forfaitisée en heures (L. 3121-66) ou en jours (L. 3121-53). Le **forfait en heures** est hebdomadaire, mensuel ou annuel tandis que le **forfait en jours est annuel**. Dans les deux cas, la forfaitisation de la durée du travail doit faire l'objet d'un accord du salarié

et d'une **convention individuelle de forfait** établie par écrit. Peuvent conclure des forfaits en jours d'une part, les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés et d'autre part, les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées. Ces salariés en forfait jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la durée maximale de travail, ni à la durée légale du travail. En revanche, l'employeur doit s'assurer régulièrement que la **charge de travail du salarié** est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail.

La mise en place du régime des forfaits nécessite outre la convention individuelle de forfait, la conclusion d'un **accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, de branche**. Cet accord doit préciser notamment, en cas de forfait jours, le nombre de jours compris dans le forfait dans la limite de 218 jours, les salariés concernés, la période de référence ou encore les modalités d'évaluation et de suivi régulier de la charge de travail du salarié, les modalités de communication périodique entre l'employeur et le salarié quant à l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sa rémunération et l'organisation du travail dans l'entreprise ainsi que le droit à la déconnexion (L. 3121-64). Le salarié qui le souhaite peut renoncer, en accord avec son employeur, matérialisé par un avenant valable uniquement pour l'année en cours, à une partie de ses jours de repos, en contrepartie d'une majoration de son salaire qui ne peut être inférieure à 10 %. À défaut de précision dans l'accord collectif, si le salarié renonce à une partie de ses jours de repos, le

nombre maximal de jours travaillés dans l'année est de 235 jours (L. 3121-66) mais l'accord ou la convention applicable dans l'entreprise peut prévoir une durée différente supérieure ou inférieure.

À défaut de stipulations conventionnelles, une convention individuelle de forfait en jours peut être valablement conclue sous réserve que l'employeur établisse un document de contrôle des jours travaillés, s'assure que la charge de travail est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires, organise une fois par an un entretien avec le salarié portant notamment sur la charge de travail et l'articulation vie privée/vie professionnelle et les modalités d'exercice du droit à la déconnexion.

Dès lors qu'il apparaît que l'employeur n'a pas, par l'accord collectif, garanti au travailleur en forfait jours un niveau de **protection suffisant de la santé et de la sécurité**, la convention de forfait conclue sur la base de cet accord est nulle et le salarié est en droit de demander paiement des heures supplémentaires qu'il a réalisées dans ce cadre. Il appartient à l'employeur de rapporter la preuve qu'il a respecté les stipulations de l'accord collectif destiné à assurer la santé et la sécurité des salariés en forfait jours.

B. Le travail de nuit et le travail de soirée

Par principe, le recours au travail de nuit doit rester **exceptionnel**, doit prendre en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et **doit être justifié** par la nécessité d'assurer la **continuité de l'activité économique** ou des **services d'utilité sociale** (ex : Croix rouge, Samu Social).

Le **travail de nuit** est celui effectué au cours d'une période d'au moins neuf heures consécutives comprenant l'intervalle entre minuit et 5 heures (L. 3122-2). À défaut d'accord en disposant autrement, tout travail accompli

entre 21 heures et 6 heures (voire 7 heures pour certaines activités) est considéré comme du travail de nuit. Ainsi, la période de travail de nuit débute au plus tôt à 21 heures et s'achève au plus tard à 7 heures.

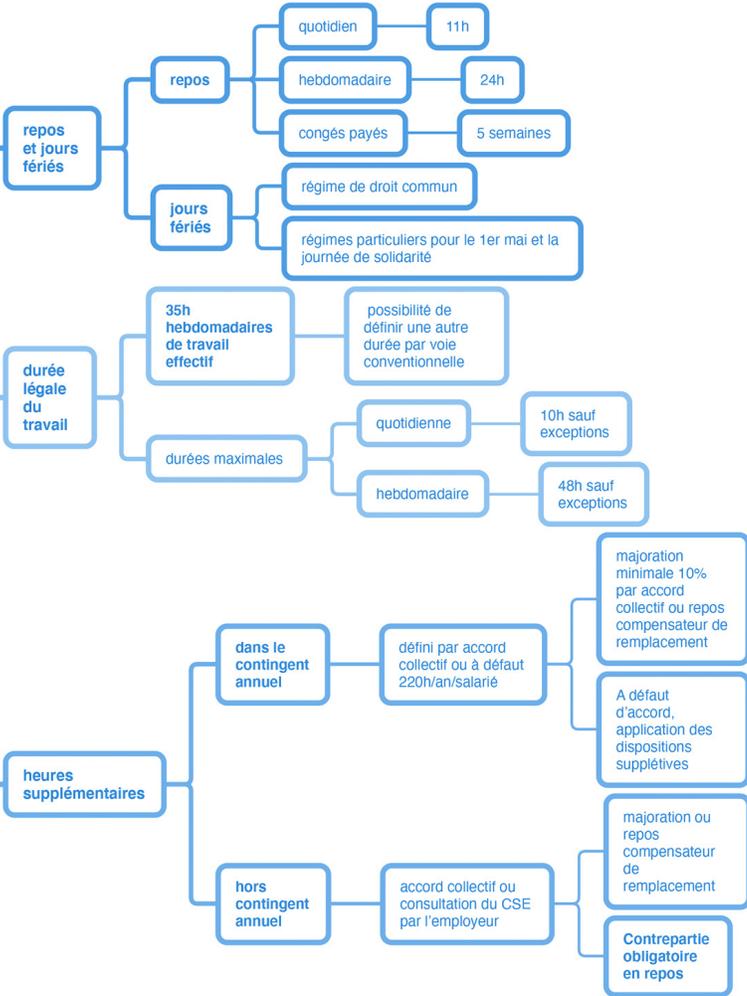
Tout travail de nuit ne permet pas de bénéficier du statut de travailleur de nuit. En effet, afin d'être considéré comme un **travailleur de nuit**, le salarié doit accomplir :

- soit, au moins deux fois par semaine, selon son horaire habituel de travail, au moins 3 heures de travail de nuit quotidienne ;
- soit un nombre d'heures minimales de travail de nuit au cours d'une période de référence définis par accord collectif. À défaut d'accord, ce nombre est fixé à 270 heures sur une période de référence de 12 mois consécutifs (L. 3122-24).

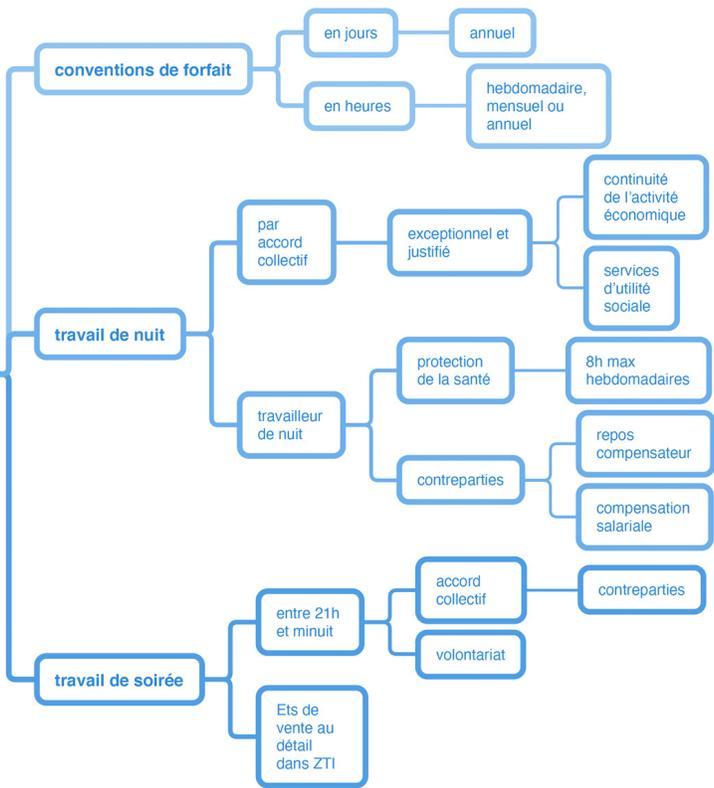
Dans le souci de garantir la santé de ces travailleurs, l'introduction et l'organisation du travail de nuit font en principe l'objet d'un **accord collectif** – sauf impossibilité de négociation –, le médecin du travail est consulté à cette occasion. En outre, le salarié ne peut en principe travailler de nuit plus de 8 heures par jour ou 40 heures par semaine et fait l'objet d'un suivi régulier de son état de santé. En revanche, s'il est inapte à travailler de nuit, il peut être licencié si l'employeur ne peut lui offrir un emploi comparable ou s'il le refuse. Le travailleur de nuit s'il n'est pas volontaire pour travailler de nuit, peut demander son affectation sur un poste de jour ou refuser le travail de nuit sans risquer un licenciement, lorsqu'il s'avère incompatible avec des obligations familiales impérieuses telles que la garde d'un enfant. Enfin, le travailleur de nuit bénéficie de **contreparties** au titre des périodes de travail de nuit pendant lesquelles il est employé, sous forme de repos compensateur et, le cas échéant, sous forme de compensation salariale.

Le **travail de soirée** (L. 3122-19) ne concerne que les salariés employés entre 21 heures et minuit, dans des établissements de vente au détail situés dans les zones touristiques internationales - telles que définies pour le travail le dimanche. Ce travail de soirée doit être mis en place par **accord collectif** d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, de branche, ou encore un accord conclu au niveau territorial. Cet accord doit notamment prévoir pour ces salariés employés entre 21 heures et le début de la période de travail de nuit la mise à disposition d'un moyen de transport pris en charge par l'employeur pour le retour au domicile du salarié, des mesures destinées à faciliter l'articulation vie privée/vie professionnelle ou encore les conditions dans lesquelles les salariés peuvent faire connaître leur souhait de ne plus travailler après 21 heures. Les heures de travail en soirée sont **rémunérées au moins le double de la rémunération normalement due** et ouvrent droit à un **repos compensateur équivalent en temps** (art. L. 3122-4). Le travail en soirée est basé sur le **volontariat** des salariés.

temps de travail et de repos



modes particuliers d'organisation du travail



La rémunération du travail

« *Tout travail mérite salaire* » dit-on habituellement ce que conforte le code du travail qui pose les règles de fixation du salaire (S 1) et précise les éléments de la rémunération ainsi que ses modalités de paiement (S 2).

Section 1. La fixation du salaire

Le salaire fait partie des éléments essentiels du contrat de travail et obéit de ce fait au principe de la liberté contractuelle. Pour autant, des limites sont posées par la loi non seulement pour assurer un salaire minimum (§ 1) mais aussi pour garantir l'application du principe d'égalité (§ 2).

§ 1. La liberté contractuelle et le salaire minimum

Le salaire est fixé en principe d'un commun accord entre l'employeur et le salarié. Le niveau de la rémunération peut quant à lui être défini par référence à une convention collective applicable à l'entreprise. Toutefois, le salaire prévu par le contrat de travail ne peut être inférieur au **salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC*)**, d'ordre public et dont la violation est pénalement sanctionnée. Ce SMIC* assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles, d'une part, la garantie de leur pouvoir d'achat et d'autre part, une participation au développement économique de la nation (L. 3231-2). En effet, le SMIC* est automatiquement indexé sur l'évolution de l'indice des prix à la consommation, à chaque hausse

d'au moins 2 %. Le SMIC* est également revalorisé chaque année au 1^{er} janvier, en fonction de l'évolution de l'économie et de la conjoncture. Pour le calcul du SMIC*, sont pris en compte, les différents éléments de la rémunération à l'exception notamment des remboursements de frais, des majorations pour heures supplémentaires ou de la prime de transport (D. 3231-6).

§ 2. La liberté contractuelle et le principe d'égalité

Outre le respect d'un salaire minimum, l'employeur doit veiller à assurer l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes d'une part, et à respecter le principe « *à travail égal, salaire égal* » d'autre part.

Quant à **l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes**, celle-ci vise les différents éléments de la rémunération et interdit donc des disparités de rémunération au sein d'une même entreprise, fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. De ce fait, toute disposition qui comporterait pour un ou des salariés de l'un des deux sexes, une rémunération inférieure à celle des salariés de l'autre sexe, pour un même travail ou un travail de valeur égale, est nulle de plein droit (L. 3221-7). En outre, le code du travail a mis en place un mécanisme visant à compenser l'effet de la maternité sur la rémunération en instaurant un rattrapage salarial fondé sur la moyenne des augmentations individuelles perçues au sein de la catégorie de la salariée, pendant son absence (L. 1225-26). Cet objectif d'égalité se retrouve également dans le champ des relations collectives de travail à travers la mise en place depuis 2018 d'un **index sur l'égalité salariale entre les femmes et les hommes au sein des entreprises** qui s'exposent en cas de mauvais résultats à une pénalité financière pouvant aller jusqu'à 1 % de la masse salariale. Enfin, il faut rappeler que la

discrimination salariale y compris l'intéressement et la distribution d'actions est prohibée par l'article L. 1132-1.

Ensuite, la fixation du salaire doit également respecter le principe « **à travail égal, salaire égal** », consacré par la Cour de Cassation, dans l'arrêt Ponsolle (Cass. Soc, 29 oct. 1996, n° 92-43680). Ce principe s'applique aux **salariés placés dans une situation identique dans un même établissement**. Ce principe peut donc être écarté notamment lorsque les salariés relèvent d'accords distincts et d'établissements différents, ou encore s'ils ne réalisent pas le même travail ou un travail de valeur égale - apprécié par exemple, à partir d'un faisceau d'indices tels que des connaissances professionnelles comparables consacrées par un diplôme, des capacités découlant d'une expérience acquise. Dès lors que des raisons objectives sont identifiées, des augmentations individuelles ou simplement des différences de salaires sont possibles, sous réserve de ne pas reposer sur un critère discriminatoire.

Section 2. Les éléments de la rémunération et le paiement du salaire

Le code du travail exige la rémunération du travail par le paiement d'un salaire (§ 2) dont les éléments constitutifs doivent être distingués (§ 1).

§ 1. Les éléments de la rémunération

Selon l'article L. 3221-3, « *constitue une rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* ».

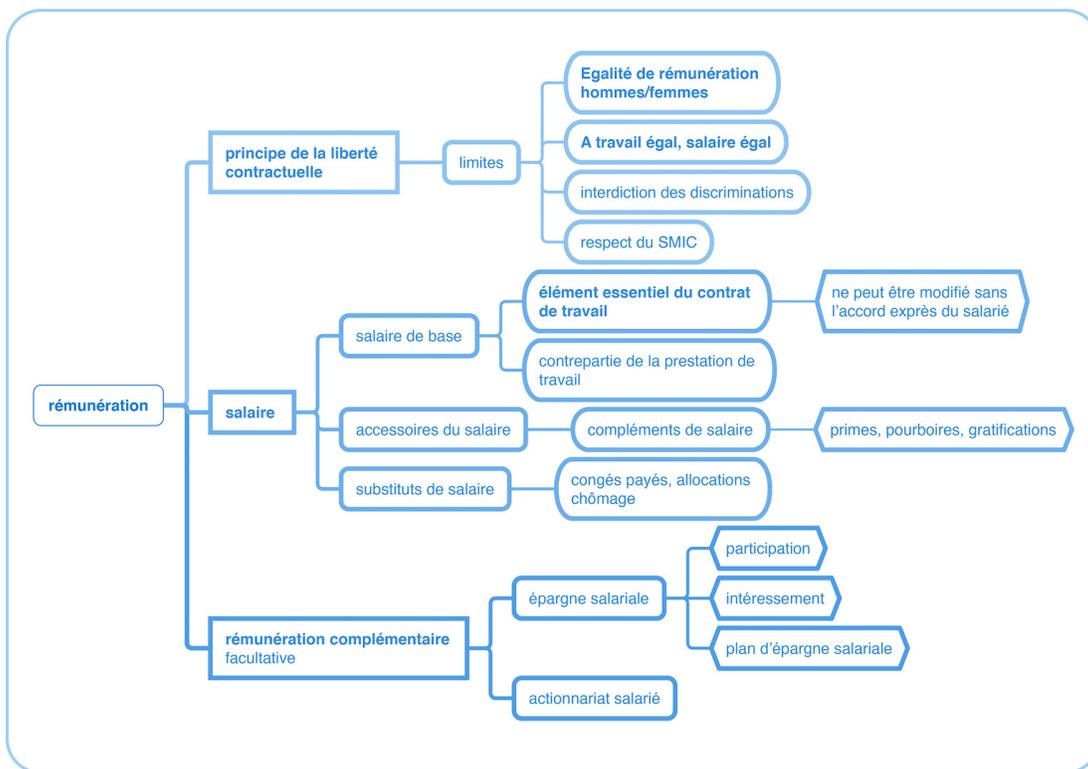
Le salaire est fixé par avance dans sa nature et dans son mode de calcul par le contrat de travail. Il constitue un **élément essentiel du contrat de travail** et nécessite donc l'accord du salarié en cas de modification. Le **salaire de base** ou minimum correspond à la contrepartie du travail réalisé. Il est en principe payé sous forme d'argent mais le paiement en nature de tout ou partie du salaire n'est pas interdit. La loi assimile au salaire les **compléments de salaire** tels que les pourboires ou les primes, les sommes versées à titre **accessoire** du salaire (ex : avantages en nature ou en espèces), et enfin tous les **substituts de salaires** versés au salarié lorsque celui-ci ne travaille pas (indemnité de congés payés, de chômage partiel, heures de délégation). En revanche, ne constituent pas des éléments du salaire, d'une part, les sommes versées au salarié par l'employeur en réparation d'un préjudice subi (ex : indemnités de licenciement) et d'autre part, les sommes versées au titre de la participation ou de l'intéressement.

§ 2. Le paiement du salaire

Le salaire étant la contrepartie du travail effectif accompli par le salarié, **l'employeur a l'obligation de le payer**. Le code du travail pose le principe d'une rémunération mensuelle des salariés, indépendamment du nombre de jours travaillés dans le mois. Cette mensualisation n'exclut pas les divers modes de calcul du salaire, aux pièces, à la prime ou au rendement. Le salaire est quérable ce qui signifie que le salarié doit venir le chercher auprès de son employeur mais en pratique, il est souvent payé par virement bancaire.

Lors du paiement du salaire, l'employeur remet au salarié **un bulletin de paie** qui doit refléter la réalité du travail accompli et informer le salarié sur les modalités de sa rémunération (convention collective applicable, temps de

travail, classification, heures supplémentaires, etc.). L'acceptation sans protestation ni réserve d'un bulletin de paie par le salarié ne vaut pas renonciation de sa part au paiement de ce qui lui est dû. Ainsi, en cas de contestation, l'employeur doit apporter la preuve comptable du paiement du salaire. Enfin, **l'action en paiement ou en répétition des salaires**, prévue par l'article L. 3245-1, se prescrit par trois ans « *à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Le salarié peut ainsi demander paiement des sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat.



Santé et sécurité au travail

Selon l'article L. 4121-1 C. trav, l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Cette **obligation générale de sécurité** qui pèse sur l'employeur considérée pendant longtemps comme une **obligation de résultat** (Cass. soc, 28 févr. 2002, RJS 5/02, n° 618) est, depuis 2015, (Cass. soc, 25 nov. 2015, n° 14-24444), qualifiée d'**obligation de moyen renforcée** permettant à l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité pour faute inexcusable s'il a pris les mesures de prévention nécessaires. Il doit, dans ce cadre, entreprendre des actions de prévention des risques professionnels, des actions d'information et de formation et mettre en place une organisation et des moyens adaptés, en tenant compte du changement des circonstances. Ces différentes mesures doivent tendre à éviter les risques, à évaluer les risques qui ne peuvent être évités, à combattre les risques à la source, à adapter le travail de l'homme (ex : conception des postes de travail, choix des équipements de travail, des méthodes de travail et de production, limiter le travail monotone et le travail cadencé), à tenir compte de l'état d'évolution de la technique, à remplacer ce qui est dangereux par ce qui l'est moins ou pas, à planifier la prévention, à prendre des mesures de protection collective ou à donner des instructions appropriées aux travailleurs. Depuis 2001, l'employeur doit recenser les risques présents dans son entreprise, évaluer leur gravité, leur probabilité de survenue et consigner ces informations dans le

document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP*). Ce document unique, mis à jour au moins tous les ans, comporte obligatoirement l'inventaire des risques et leur évaluation. Depuis 2008, l'employeur doit tenir ce document à disposition des travailleurs et placer une affiche sur le lieu de travail pour indiquer où il est possible de le consulter. De son côté, le salarié, conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, doit prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail.

C'est donc dans ce contexte d'interdépendance des obligations du salarié et de l'employeur que s'inscrivent les problématiques de la santé (S 1) et de la sécurité (S 2) au travail.

Section 1. La santé au travail

Aujourd'hui, les questions de santé au travail concernent non seulement la santé physique (§ 1) mais aussi la santé mentale (§ 2).

§ 1. La santé physique au travail

Alors que la maladie, l'accident (A) et la maternité (B) sont des causes de suspension du contrat de travail, le handicap ne doit pas être une source de discrimination (C), le champ des obligations de l'employeur s'étend bien au-delà notamment sur les questions de pénibilité au travail.

A. La maladie et l'accident

Il convient de distinguer selon le caractère professionnel ou non de l'événement. Dans un premier temps, la **maladie et l'accident non professionnels** entraînent en principe la suspension du contrat de travail, à condition d'être

justifiés (certificat médical) et d'avoir prévenu l'employeur dans un bref délai (24 heures ou 48 heures selon les usages). À défaut, le salarié peut être licencié, il appartiendra alors à l'employeur de démontrer le comportement fautif du salarié (fraude, information tardive de l'employeur etc...). Pendant cette période de suspension du contrat de travail, le salarié n'est pas payé mais les conventions collectives prévoient souvent le maintien de tout ou partie du salaire. Les absences répétées ou de longue durée liées à la maladie ou à l'accident peuvent également constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, en raison notamment des nécessités de fonctionnement de l'entreprise. Le salarié peut aussi, à l'issue de son absence pour maladie ou accident, être inapte à reprendre son emploi.

Dans un second temps, le salarié victime d'une **maladie professionnelle ou d'un accident du travail** bénéficie d'un régime protecteur particulier. La **maladie professionnelle** est définie et reconnue à travers une liste fixée par la loi. L'accident professionnel lui recouvre deux réalités à savoir d'une part, l'accident de trajet et l'accident du travail. **L'accident du travail** est celui qui survient par le fait ou à l'occasion du travail ou au cours d'une mission effectuée pour l'entreprise alors que **l'accident de trajet** est celui qui survient sur le trajet normal reliant le lieu de travail et le lieu de résidence du salarié. Le salarié victime d'un accident du travail bénéficie d'un régime d'indemnisation particulier et d'une protection de l'emploi alors que la victime d'un accident de trajet ne bénéficie que du régime d'indemnisation des accidents du travail.

B. La maternité

Le code du travail protège les femmes lors de la grossesse et de la maternité (L. 1225-1 et s.). Tout d'abord, l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de

grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou pour prononcer une mutation d'emploi. Il lui est donc interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée. Quant à la femme candidate à un emploi ou salariée, elle n'est pas tenue de révéler son état de grossesse, sauf lorsqu'elle demande le bénéfice des dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte. Ensuite, **l'interdiction de procéder au licenciement d'une femme en état de grossesse médicalement constaté** constitue un principe général du droit du travail (L. 1225-4). Par conséquent, tout licenciement prononcé en méconnaissance de ce principe est nul. Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée non liée à l'état de grossesse ou à l'accouchement. Le licenciement d'une salariée est annulé lorsque, dans un délai de quinze jours à compter de sa notification, l'intéressé envoie à son employeur, un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte, sauf cas particuliers (L. 1225-5 dernier al.). En raison de cet état de santé, il est possible en cas de nécessité médicale ou d'exposition à des risques particuliers, de décider d'un changement temporaire d'affectation de la salariée concernée. La salariée bénéficie également d'une **autorisation d'absence pour se rendre aux examens médicaux obligatoires** prévus par le code de la santé publique. Elle bénéficie aussi d'un **congé maternité** qui commence en principe, six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci (L. 1225-16 et s.). Dans tous les cas, il est interdit d'employer la salariée pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement. Il est également interdit d'employer la salariée dans les six semaines qui suivent son accouchement (L. 1225-29). À l'issue du congé maternité,

la salariée retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente. Enfin, la salariée au retour de congé maternité ou d'adoption a droit aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues ou décidées durant son congé par des salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise (L. 1225-26).

C. La situation de handicap

Afin de favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés et de lutter contre les discriminations fondées sur le handicap, le code du travail prévoit un certain nombre d'obligations à la charge des employeurs.

Quant à **l'insertion professionnelle** d'abord, tout employeur d'une entreprise de vingt salariés et plus, doit employer, dans la proportion de **6 % de l'effectif total de ses salariés**, des travailleurs handicapés (L. 5212-2 et s.). L'employeur doit s'acquitter de cette obligation, sous l'une des formes prévues par la loi (L. 5212-7), à savoir soit l'emploi de travailleurs handicapés, soit, à défaut, le versement d'une contribution annuelle.

Quant à **la lutte contre les discriminations** et en faveur de l'égalité de traitement, l'article L. 1133-4 rappelle que les **mesures d'action positive** prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination. Ainsi, les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées. En outre, en vertu de l'article L. 1132-1, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun

salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte [...] en raison de son état de santé ou de son handicap.

§ 2. La santé mentale des salariés

Dans ce domaine, les enjeux posés par des risques émergents comme la souffrance mentale, le suicide, ou les outils numériques conduisent les partenaires sociaux à étendre progressivement le champ de la protection de la santé mentale des salariés. Le code du travail vise de façon spécifique le harcèlement moral (A) et s'intéresse aujourd'hui de façon plus précise au stress et au suicide au travail dans le cadre des risques psychosociaux (B).

A. Le harcèlement moral

Selon l'article L. 1152-1, « *aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ». Ainsi par exemple, caractérise l'existence d'un harcèlement moral, le fait d'un supérieur hiérarchique ayant manifesté à l'égard d'un salarié un comportement empreint d'agressivité traduisant sa volonté de restreindre ses fonctions au sein de l'entreprise, sans fournir aucune explication ni lui adresser aucun reproche ou encore le fait pour un employeur de limiter, de façon répétée, les missions d'un salarié impliquant une baisse de sa rémunération. L'employeur est tenu de prendre toutes dispositions nécessaires en vue de **prévenir les agissements de harcèlement moral**. L'employeur doit mettre en place une enquête interne, même si les faits de harcèlement moral ne sont pas établis (Cass. soc. 27 nov. 2019, n° 18-10.551). Le code du travail prohibe toute sanction, tout licenciement ou toute mesure discriminatoire qui serait prise à l'encontre

d'une personne en formation ou en stage, dans le cadre de son évolution professionnelle (ex : rémunération, formation) parce qu'elle a subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou parce qu'elle a témoigné de tels faits ou les a relatés. Toute rupture du contrat de travail qui serait intervenue en méconnaissance de ces dispositions légales, toute disposition ou tout acte contraire est nul (L. 1152-3). Dans une telle situation de harcèlement, le salarié doit pouvoir d'une part, recourir à la **procédure d'alerte** prévue en cas d'atteinte au droit des personnes et d'autre part, mettre en œuvre une **procédure de médiation** (L. 1152-6).

B. Le stress et le suicide au travail

La prise en compte des liens entre stress et travail se manifeste notamment à travers l'Accord National Interprofessionnel (ANI*) sur le stress au travail du 2 juillet 2008 qui définit le **stress** comme « *un déséquilibre entre la perception qu'une personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face* ». L'accord propose une liste d'indicateurs possibles du stress, tels que l'absentéisme, le taux de départ par démission, les conflits et les visites spontanées auprès du service de santé au travail. Dans les affaires de l'amiante, le **préjudice spécifique d'anxiété** a été défini comme « *une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante* », sur laquelle se greffent les « *contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse* » (Cass. soc, 11 mai 2010, 09-42.241 à 09-42.257). Reconnu d'abord au profit des victimes de l'amiante de manière assez restrictive (Cass. soc, 26 avril 2017, n° 15-19.037), le salarié qui justifie d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, peut désormais agir contre son employeur, pour **manquement de ce**

dernier à son obligation de sécurité, « *quand bien même il n'aurait pas travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 modifiée* » (Cass. Ass. Plén. 5 avril 2019, n° 18-17.442 ; Cass.soc, 11 sept. 2019, n° 17-18.311, 17-24.879).

Les juridictions quant à elles, admettent depuis plusieurs années déjà que le **suicide**, surtout s'il se produit dans l'entreprise peut être considéré comme un accident du travail, y compris lorsque le salarié ne se trouve plus sous la subordination de l'employeur dès lors que la tentative de suicide est survenue par le fait du travail (Cass. Civ. 2, 22 févr. 2007, n° 05-13771, Civ. 2, 14 mars 2007, n° 05-21090). Les partenaires sociaux comme les juges insistent particulièrement sur les obligations de l'employeur en vue de la protection de la santé et de la sécurité des salariés.

Section 2. La sécurité au travail

Le respect des règles de sécurité au travail incombe à l'employeur, il est aujourd'hui débiteur d'une obligation générale de sécurité (§ 1). Par ailleurs, en cas de manquement à ces normes de sécurité, le salarié peut toujours exercer un droit de retrait (§ 2).

§ 1. Une obligation générale de sécurité

L'employeur est tenu depuis 2002 (arrêts sur l'amiante, Cass. soc, 28 févr. 2002, D. 2002, p. 2696 note Prétot) à une **obligation de sécurité de résultat** à l'égard de ses salariés. Ainsi, les salariés victimes de l'amiante ont obtenu d'une part, la reconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur et d'autre part, que le manquement à cette obligation ait le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en

préserver. Cette obligation de sécurité de résultat a ensuite été très largement étendue par la jurisprudence notamment en matière d'accidents du travail (Cass. Soc, 31 oct. 2002 n°00-18.359, 24 juin 2005 n° 03-30.038), de harcèlement moral (Cass. Soc, 21 juin 2006 n° 05-43.914 ; de protection des travailleurs contre le tabagisme dans l'entreprise (Cass. Soc, 29 juin 2005, D. 2005, p. 2665 note A. Bugada) ; 8 novembre 2007 n° 06-15.873), de réorganisation de l'entreprise (Cass. soc, 5 mars 2008, n° 06-45.888) ou encore de violences physiques ou morales exercées par un salarié y compris lorsque l'employeur a pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements (Cass. soc, 3 février 2010, n° 08-40.144, 08-44.019).

L'employeur doit démontrer le respect des prescriptions légales et réglementaires relatives à la sécurité dans l'entreprise. En effet, la justice considère **désormais** que **l'obligation de sécurité de l'employeur est une obligation de moyen renforcée** dès lors que l'employeur justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 (Cass. soc. 25 novembre 2015, n° 14-24444 ; Cass.soc. 5 avril 2019, n° 18-17.442).

Afin de prévenir ces risques, l'employeur doit évaluer les risques professionnels auxquels ses salariés peuvent être exposés, notamment dans le cadre du **Document Unique d'Evaluation des Risques Professionnels** (DUERP*), obligatoire dans toute entreprise et dont la mise à jour permanente s'avère indispensable (R. 4121-1 à R. 4121-14), tel est le cas, par exemple, lors de la pandémie de Covid 19.

§ 2. Le droit de retrait

Le code du travail prévoit le droit **pour le salarié** de se retirer de son poste de travail aux conditions énoncées par les articles L. 4131-1 et suivants. Le droit de retrait « *constitue pour le salarié un droit et non une obligation* »

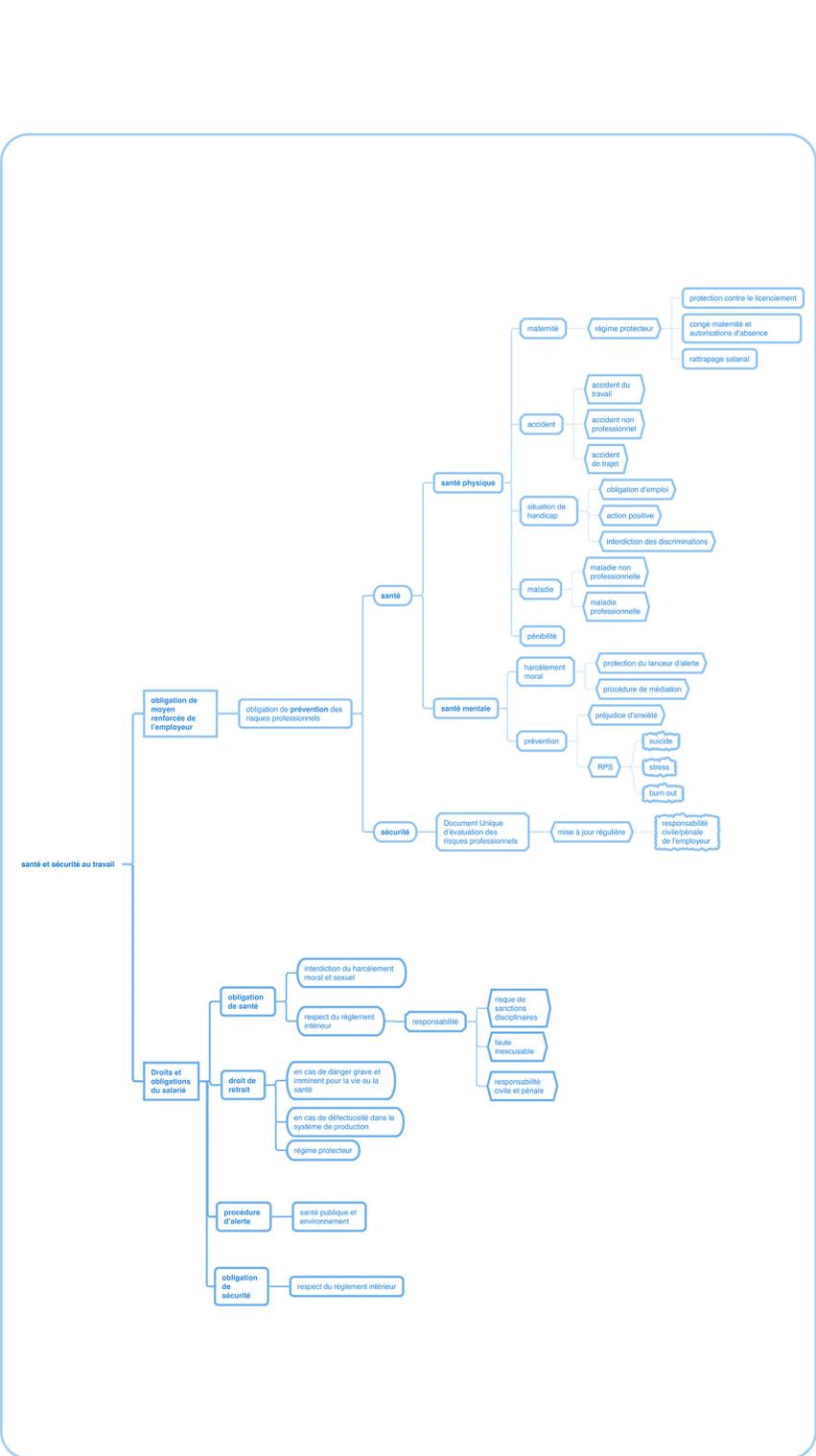
(Cass. soc, 9 déc. 2003, RJS 2/04, n° 216). En effet, le droit de retrait est exercé de telle manière qu'il ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent (art. L. 4132-1). Ainsi, le travailleur alerte immédiatement l'employeur de **toute situation de travail** dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle **présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé** ainsi que de **toute défectuosité** qu'il constate dans les systèmes de production. C'est le cas par exemple, lorsqu'un salarié est victime d'actes d'agression verbale et physique à caractère raciste dans le cadre d'une mission à l'étranger (Cass. soc, 25 nov. 2015 n° 14-21272) justifiant le retrait immédiat de ce salarié. Inversement, si un salarié se fait agresser par un agresseur qui est immédiatement interpellé, ses collègues ne peuvent plus exercer leur droit de retrait car le danger n'existe plus (Cass. Soc., 27 sept. 2017, n° 16-22.224). Autrement dit, il appartient aux juges du fond de déterminer si un salarié avait un motif raisonnable de penser que le maintien à son poste de travail présentait un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. L'alerte donnée par le salarié à l'employeur n'a pas à être faite par écrit (Cass. soc, 28 mai 2008, RJS 8-9/08, n° 894).

Selon l'article L. 4131-3, **aucune sanction, aucune retenue sur salaire ne peut être prononcée à l'encontre d'un salarié qui a fait usage du droit de retrait** dans les conditions ci-dessus énoncées. Il incombe en effet à l'employeur, débiteur d'une obligation de sécurité en matière de protection et de sécurité au travail, d'en assurer l'effectivité. Ainsi, le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice légitime par le salarié du droit de retrait de son poste de travail, dans une situation de danger, est nul. Enfin, l'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité dans une situation où

persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une défectuosité du système de protection. Au contraire, l'employeur prend les mesures et donne les instructions nécessaires pour permettre aux travailleurs, en cas de danger grave et imminent, d'arrêter leur activité et de se mettre en sécurité en quittant immédiatement le lieu de travail.

En cas de divergence d'appréciation sur la réalité du danger ou sur la façon de le faire cesser, l'inspecteur du travail est saisi et met en œuvre les procédures adaptées.

Outre le droit de retrait, le salarié doit **alerter en cas de risque grave sur la santé publique ou l'environnement** (L. 4133-1).



La modification du contrat de travail et le transfert d'entreprise

L'exécution du contrat de travail doit en principe se faire en respectant les dispositions contractuelles, mais il arrive que des modifications doivent être apportées à la relation contractuelle par l'employeur (S 1) qui peut aussi se trouver face à la nécessité de transférer son entreprise (S 2).

Section 1. Les modifications du contrat de travail

Au cours de l'exécution du contrat de travail, l'employeur peut être amené à envisager de modifier les conditions dans lesquelles le salarié réalise sa prestation de travail. Il faut alors distinguer selon que la mesure engendre la modification d'un élément essentiel du contrat de travail (§ 1) ou un simple changement dans les conditions de travail (§ 2).

§ 1. La modification d'un élément substantiel du contrat de travail

Le contrat de travail a **force obligatoire** entre les parties et il ne peut être modifié que par leur consentement mutuel. Une clause qui prévoirait la modification de manière unilatérale est illicite. Ainsi, une clause de

variabilité des horaires ne permet pas à l'employeur de décider unilatéralement du passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour entraînant, pour les salariés, la perte des primes du soir ou de nuit. Ce changement constitue une modification du contrat de travail qui nécessite l'accord des salariés. (Cass. soc, 14 nov. 2018, n° 17-11.757).

Sont donc ici concernées les modifications portant sur un **élément déterminant du contrat de travail**, tel que la durée du travail, la rémunération, les fonctions du salarié et sous certaines conditions, le lieu de travail. Ainsi, la diminution d'un avantage en nature que constitue la perte d'un logement de fonction est une modification du contrat de travail (Cass. soc., 26 oct. 2017, n° 16-19.194). De même, « *un changement d'affectation caractérise une modification du contrat de travail dès lors qu'il concerne des fonctions de nature et de qualification différentes* » (Cass. soc., 21 mars 2018, n° 16-26.13). Enfin, la plupart des modifications affectant le temps de travail relèvent de ce régime (ex : passage d'horaires de jour à horaires de nuit, de quatre à cinq jours de travail hebdomadaire, ou encore d'un horaire continu à discontinu).

Dès lors que l'employeur souhaite modifier un élément essentiel du contrat de travail du salarié, il doit obtenir son **accord exprès**. Cet accord ne peut résulter du silence du salarié ou de la poursuite de son contrat de travail (Cass. soc, 16 oct. 2019, n° 17-18443). Cette modification peut intervenir dans des contextes différents, qu'il s'agisse de modifications liées à l'application d'une convention collective (L. 2254-2), à un motif économique (L. 1222-6), ou encore de motifs personnels disciplinaires ou non. Face à une telle proposition de modification de son contrat, **le salarié peut accepter ou refuser**. S'il refuse, l'employeur peut renoncer à cette modification ou au contraire engager une procédure de licenciement adaptée au motif et justifiée par le fait que le salarié a refusé la

modification de son contrat de travail dans ce contexte. S'il s'agit d'un **salarié protégé, l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail**. Le salarié, de son côté, peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail.

§ 2. Le changement dans les conditions de travail

Lorsque **les modifications envisagées par l'employeur ne portent pas sur un élément essentiel du contrat de travail**, il faut, selon la jurisprudence, les qualifier de simples changements dans les conditions de travail. Relèvent de cette catégorie, par exemple, les changements d'horaires de travail (sauf exceptions), le fait de supprimer une astreinte à un salarié - et sa compensation financière - dès lors qu'elle n'a pas de caractère systématique (Cass. soc., 16 oct. 2019, n° 17-18.447) ou encore le changement du lieu de travail si la nouvelle affectation appartient à la même zone géographique. Sur ce dernier point, la jurisprudence précise que « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu* » (Cass. soc., 26 sept. 2006, n° 04-46.734 ; Cass. soc., 26 oct. 2011, n° 09-71.322).

Dès lors qu'il s'agit d'un simple changement dans les conditions de travail, **la décision de l'employeur s'impose au salarié**, dans le cadre du pouvoir de direction de l'employeur. Le salarié n'a donc pas à être sollicité en amont de cette décision et il ne peut, en principe, s'y opposer, sauf à se rendre coupable d'un comportement fautif passible de sanction disciplinaire. Toutefois, si la décision de l'employeur est constitutive d'un abus de droit en vue de nuire au salarié (Cass. soc. 12 mars 2002, n° 99-46.034), d'une discrimination (L. 1132-1) ou

d'un acte de harcèlement moral (L. 1152-1), le salarié peut alors refuser de s'y soumettre.

Section 2. Le transfert d'entreprise et le maintien du contrat de travail

Le **transfert d'entreprise** peut intervenir en cas de modification de la situation juridique de l'employeur notamment en cas de succession, fusion, vente, transformation du fonds ou mise en société de l'entreprise. Dans ce contexte, le code du travail, fortement influencé par une directive communautaire de 2001, pose le **principe du maintien des contrats de travail en cours au jour de la modification** (§ 1) ce qui produit un certain nombre d'effets à l'égard des employeurs successifs et des salariés concernés (§ 2).

§ 1. Le maintien des contrats de travail en cours

Afin de limiter les incidences du changement d'employeur sur les relations de travail, le code du travail pose, dans le cadre d'une disposition d'ordre public, le maintien des contrats de travail en cours. Elle nécessite que **deux conditions** soient réunies : d'une part, il faut établir la modification dans la situation juridique de l'employeur et d'autre part, le transfert d'entreprise doit concerner une entité économique autonome.

Quant à la **modification dans la situation juridique de l'employeur**, l'article L. 1224-1 envisage de manière non exhaustive plusieurs situations concernées par ce transfert des contrats de travail en cours, d'autres cas ont été ajoutés par la jurisprudence (ex : nationalisation, location-gérance). Ainsi, en cas de succession d'abord, autrement dit lorsque l'employeur décède, les contrats de travail en cours sont transférés aux héritiers (sauf renonciation à la

succession). De même, en cas de vente de l'entreprise, les contrats en cours perdurent dès lors que l'acheteur poursuit la même activité que le vendeur et que l'entité économique conserve son identité. Sont également visées toutes les opérations de modification du capital social par fusion, mise en société ou encore la filialisation. L'article L. 1224-1 est également appliqué dans le cadre d'opération de sous-traitance ou de prestation de services (Cass. soc, 18 juillet 2000, TPS 2000.comm.310). Enfin, la mise en location-gérance d'un fonds entraîne en principe l'application de l'article L. 1224-1 dès lors qu'il y a bien transfert d'une entité économique autonome.

Cette **entité économique autonome** peut être définie comme « *un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre, que celle-ci soit principale ou accessoire* » (Cass. soc. 15 décembre 2004, RJS 2/05, n° 124). Cette entité économique qui fait l'objet du transfert doit donc disposer non seulement d'un personnel propre mais aussi de moyens corporels (ex : bâtiments, terrains, outillage) ou incorporels (clientèle, droits sur une marque).

Il faut enfin établir que tous ces moyens sont mis en œuvre en vue de l'exercice d'une **activité poursuivant un objectif propre**. Ainsi un cabinet dentaire auquel est affectée une clientèle médicale constitue une entité économique autonome qui poursuit un objectif propre (Cass. soc, 5 mars 2003, RJS 7/03, n° 850). En revanche, en cas d'externalisation de certaines activités, la jurisprudence a tendance à considérer que l'activité ainsi cédée ne dispose pas de l'autonomie nécessaire et qu'elle ne permet pas d'assurer la continuité de l'activité économique (Cass. soc, 18 juil. 2000, n° 98-18.037). Aussi, la **continuité de l'activité économique** doit être recherchée, dès lors que le transfert d'un salarié est en jeu,

quel que soit le contexte économique dans lequel ce transfert a lieu (ex : redressement ou liquidation judiciaire). Lorsque toutes ces conditions sont remplies, les contrats de travail sont transférés de plein droit au nouvel employeur qui doit en poursuivre l'exécution, ce qui n'est pas sans générer des effets à l'égard des employeurs successifs mais aussi à l'égard des salariés.

§ 2. Les effets du transfert

Le transfert des contrats de travail engendre des contraintes pour les employeurs successifs. **L'employeur originaire** doit d'abord informer et consulter le CSE* sur ce transfert (L. 2312-8) mais il n'a pas à informer individuellement les salariés, sauf obligation conventionnelle (Cass. soc, 11 mars 2003, RJS 5/03, n° 575). Ensuite, il ne peut en principe procéder à des licenciements économiques à l'occasion du transfert, sauf à établir que ceux-ci étaient antérieurs et étrangers au transfert. À défaut, le licenciement est privé d'effet et le salarié est en droit d'obtenir réparation du préjudice subi (Cass. soc, 4 juin 2003, RJS 8-9/03, n° 985, 2^e esp.). En revanche, les licenciements pour motifs individuels sont quant à eux possibles.

Par l'effet de l'article L. 1224-1, le **nouvel employeur** doit assurer la poursuite des contrats en cours, aux mêmes conditions que précédemment en leur permettant de continuer à bénéficier de tous les avantages liés à l'ancienneté (ex : pour le calcul de l'indemnité de licenciement). Pour autant, le nouvel employeur peut procéder, après le transfert, à des licenciements pour motif économique (ex : réorganisation de l'entreprise) ou pour motif personnel (ex : faute).

Quant à la **rémunération**, le nouvel employeur est « tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombaient à l'ancien

employeur à la date du transfert » tandis que toutes les créances nées après le transfert sont à la charge du nouvel employeur. Le salarié est donc protégé puisqu'il peut s'adresser aussi bien à l'ancien employeur qu'au nouveau pour toutes les créances salariales. Le nouvel employeur pourra dans un second temps exercer un recours en remboursement, sauf en cas de procédure de sauvegarde, de redressement, de liquidation judiciaire ou de substitution d'employeurs sans qu'il y ait eu de convention entre eux (Cass. soc, 14 mai 2008, RJS 7/08, n° 759). Le premier employeur rembourse alors les sommes acquittées par le nouvel employeur, dues à la date de la modification, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux.

Règlement intérieur et pouvoir disciplinaire

Le règlement intérieur (S 1) constitue l'une des manifestations les plus importantes du pouvoir réglementaire de l'employeur. Il lui permet de fixer un cadre à l'exercice de son pouvoir à l'égard des salariés (S 2).

Section 1. Le règlement intérieur

Le règlement intérieur est un **acte écrit unilatéral de l'employeur**, rédigé en français, dont le contenu est délimité par les articles L. 1321-1 et suivants. La jurisprudence le qualifie d'« *acte réglementaire de droit privé* » ce qui signifie que sa signature par le salarié ou le renvoi opéré par le contrat de travail à certaines dispositions du règlement intérieur, ne lui donne en aucun cas, un caractère contractuel.

Le règlement intérieur est **obligatoire** dans les entreprises et établissements dès lors qu'ils emploient **au moins cinquante salariés**. Toutefois, cette obligation s'applique au terme d'un **délai de douze mois** à compte de la date à laquelle le seuil de cinquante salariés a été atteint (L. 1311-1 et L. 1311-2). Le règlement intérieur s'impose à tous les salariés de l'entreprise, peu importe qu'ils aient été embauchés avant ou après l'entrée en vigueur du règlement intérieur.

Le code du travail pose des règles strictes non seulement quant au processus d'établissement du règlement intérieur (§ 1) mais aussi quant à son contenu (§ 2).

§ 1. L'établissement du règlement intérieur

Le règlement intérieur établi par l'employeur doit, avant d'entrer en vigueur, non seulement être soumis à des procédures de consultation obligatoire et de publicité mais aussi au contrôle de l'inspecteur du travail.

En application de l'article L. 1321-4, le règlement intérieur ne peut être introduit dans l'entreprise qu'après avoir été soumis à **l'avis du CSE***. Lorsque l'entreprise ne comporte pas de CSE*, l'employeur reste tenu d'établir un règlement intérieur qui sera soumis au contrôle de l'inspecteur du travail. Le règlement intérieur indique la **date de son entrée en vigueur**. Cette date doit être postérieure d'un mois à l'accomplissement des formalités de dépôt et de publicité. En effet, après la consultation du CSE*, le règlement intérieur doit d'une part, faire l'objet d'un **dépôt au greffe du conseil des prud'hommes** dans le ressort duquel est située l'entreprise et d'autre part, être porté, par tout moyen, à la **connaissance des personnes ayant accès aux lieux de travail** ou aux locaux où se fait l'embauche (R. 1321-1). Toutes ces exigences relatives aux consultations et aux mesures de publicité s'appliquent également en cas de modification ou de retrait des clauses du règlement intérieur.

Enfin, afin de protéger les salariés contre tout abus de son pouvoir réglementaire par l'employeur, le code du travail soumet à ces procédures, les **notes de service ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes** dans les matières normalement couvertes (ex : dispositions relatives aux harcèlements) ou au contraire exclues (ex : dispositions discriminatoires) par le règlement intérieur.

En même temps qu'il fait l'objet des mesures de publicité, le règlement intérieur, accompagné de l'avis du CSE* est communiqué, en deux exemplaires, à **l'inspecteur du travail pour contrôle**. Lorsque le règlement intérieur est élaboré pour une entreprise qui comporte plusieurs établissements n'ayant pas de particularités propres, un règlement unique est transmis à l'inspecteur du travail dans le ressort duquel se trouve le siège social de l'entreprise. Lorsque l'inspecteur du travail est saisi, il vérifie le contenu du règlement intérieur au regard des exigences légales et peut à tout moment exiger le retrait ou la modification des dispositions contraires aux articles L. 1321-1 à L. 1321-3 (contenu du règlement intérieur) et L. 1321-6 (usage de la langue française) du code du travail. L'inspecteur du travail dispose donc d'un pouvoir de contrôle permanent qui lui permet d'intervenir « *à tout moment* ». La décision par laquelle l'inspecteur du travail exige un **retrait ou une modification**, est motivée et notifiée, pour information, à toutes les personnes consultées. Elle peut faire l'objet d'une contestation soit par la voie d'un **recours hiérarchique** prévu par l'article L. 1322-3, soit d'un **recours contentieux**, tous deux relevant de la compétence du **tribunal administratif**. En cas de recours hiérarchique, la décision prise sur ce recours est notifiée à l'employeur et communiquée, pour information au CSE*. De telles exigences de consultations et de contrôle s'expliquent notamment par le contenu du règlement intérieur.

§ 2. Le contenu du règlement intérieur

Le règlement intérieur est un document **écrit** par l'employeur, rédigé en **français** et qui peut être accompagné de traductions en une ou plusieurs langues étrangères. L'objectif du législateur est ici d'imposer l'usage obligatoire mais non exclusif de la langue française quant au travail de salariés français au sein d'une

entreprise installée en France (L. 1321-6). La loi détermine précisément et limitativement le contenu du règlement intérieur (A) tandis qu'elle énonce aussi les clauses interdites dans les règlements intérieurs (B).

A. La fixation par la loi du contenu du règlement intérieur

La loi donne pouvoir à l'employeur de fixer exclusivement (L. 1321-1) les mesures relatives à la santé et à la sécurité et aux conditions de rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité dès lors qu'elles apparaîtraient compromises (a) ainsi que les règles relatives à la discipline (b).

a. Les mesures relatives à la santé et à la sécurité

Outre le rappel imposé par l'article L. 1321-2 des dispositions relatives aux **harcèlements moral et sexuel et aux agissements sexistes** prévues par le code du travail, le règlement intérieur comporte les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement. Il n'est pas obligatoire de mentionner l'interdiction de fumer dans le règlement intérieur, elle peut toutefois y figurer à titre de rappel de l'interdiction fixée par la loi. Le contenu du règlement intérieur quant aux mesures de santé et de sécurité varie considérablement en fonction des risques auxquels les salariés sont exposés dans l'entreprise (ex : obligation de porter un casque, une combinaison hydrofuge, des lunettes de protection, des gants etc...). Ces mesures ont notamment pour objet de prévenir la survenance d'accidents du travail et de maladie professionnelle dans l'entreprise, dans un contexte qui fait peser sur l'employeur une obligation de moyen renforcée quant à la santé et la sécurité dans l'entreprise.

b. Les règles relatives à la discipline

Le règlement intérieur comporte les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la **nature et l'échelle des sanctions** que peut prendre l'employeur. Il ne s'agit que des mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise. Quant aux **sanctions disciplinaires**, elles sont définies par la loi. Le règlement intérieur lui, détermine la nature des différentes sanctions qui peuvent être prononcées et les présente sous forme d'une échelle de sanctions. En général, les sanctions prévues par le règlement intérieur sont l'avertissement, le blâme, la mise à pied, la mutation, la rétrogradation et le licenciement.

Le règlement intérieur doit également rappeler les dispositions relatives aux **droits de la défense des salariés** définis par la loi (L. 1332-2 et L. 1332-3) ou par la convention collective applicable en matière de procédure disciplinaire.

Enfin, dans certaines entreprises (art. 17, Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, dite Sapin 2), un **code de conduite** doit compléter le règlement intérieur afin de définir et d'illustrer les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence pouvant faire l'objet d'une sanction disciplinaire.

B. L'interdiction par la loi de certaines clauses

Le code du travail interdit, les dispositions dans le règlement intérieur qui d'une part, seraient contraires aux lois ou aux conventions et d'autre part, porteraient atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles et collectives. Enfin, il proscriit aussi les dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en se fondant sur les critères de discrimination prévus par l'article L. 1132-1 C. trav.

D'abord, le règlement intérieur ne peut contenir de **clauses contraires aux lois et aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise**. Ainsi, doivent être considérées comme illicites, les clauses qui exigent que les tracts et communications syndicales soient communiqués avant toute diffusion à l'employeur, ce qui est contraire aux articles L. 2142-3 et suivants.

Ensuite, l'article L. 1321-3, 2° et 3° c. trav. **prohibe** de façon générale les **atteintes aux droits et libertés des personnes sauf** à démontrer qu'elles sont **justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché**. Il appartient donc au juge, lorsqu'il est saisi, d'apprécier le caractère nécessaire et proportionné des éventuelles atteintes. Ainsi, le port d'un badge d'identification par l'ensemble du personnel de l'entreprise peut être justifié par la nécessité d'assurer la sécurité des personnes et des installations et ne porte pas atteinte à la vie privée des salariés. De même, lorsque le règlement intérieur prévoit la soumission des salariés à un contrôle d'alcoolémie afin d'établir l'état d'ébriété. Il faut alors d'une part, que le salarié puisse contester cet alcootest et d'autre part, que la nature des fonctions occupées par le salarié, viennent justifier le recours à un tel contrôle. Est en revanche nulle, la clause du règlement intérieur qui interdit le mariage entre salariés de l'entreprise, ou celle qui interdit à des salariées, pour des raisons d'ordre uniquement esthétiques, le port du pantalon : ceci constitue une restriction excessive aux droits et libertés de la personne.

Enfin, le règlement intérieur ne peut comporter de **dispositions discriminatoires** au sens de l'article L. 1132-1 c. trav. envers les salariés, dans leur emploi ou dans leur travail. Ces dispositions sont nulles de plein droit.

Section 2. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur

Le droit du travail confère à l'employeur un pouvoir disciplinaire, pouvoir inhérent à la qualité de chef d'entreprise. Ce pouvoir disciplinaire doit être exercé dans l'intérêt de l'entreprise et découle du lien de subordination qui existe dans le contrat de travail. Il confère à l'employeur le pouvoir non seulement de contrôler et de surveiller ses salariés pendant le temps et sur le lieu de travail (§ 1) mais aussi de sanctionner ceux-ci lorsqu'une faute peut leur être reprochée (§ 2). Afin d'éviter tout abus, cette procédure disciplinaire peut faire l'objet d'un contrôle par le juge prud'homal et est encadrée par le code du travail.

§ 1. Le pouvoir de contrôle et de surveillance des salariés

Dans le contexte de la digitalisation du travail et de la transformation numérique, l'exercice du pouvoir de contrôle et de surveillance de l'employeur doit concilier la **protection des libertés individuelles du salarié** (vie privée, liberté d'expression) avec le nécessaire contrôle des moyens mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exercice de ses missions. Partant de **l'obligation de loyauté**, la jurisprudence a rappelé que le salarié est présumé travailler pour son employeur. Toutefois, l'arrêt Nikon (Cass. soc, 2 octobre 2001, RJS 12/01, n° 1394) est venu préciser que le salarié a droit même au temps et au lieu de travail au **respect de l'intimité de sa vie privée** et que celle-ci implique en particulier le respect du secret des correspondances. La Cour de Cassation a cependant rappelé à plusieurs reprises que les fichiers informatiques se trouvant dans l'ordinateur professionnel ou dans tout périphérique connecté à celui-ci sont **présumés avoir un**

caractère professionnel. Afin de renverser cette présomption, il faut que le fichier soit identifié comme personnel ; tel n'est pas le cas par exemple, de la simple mention d'initiales ou de l'intitulé d'un répertoire portant le prénom du salarié. Jusqu'en 2020, la chambre sociale de la Cour de cassation jugeait que « *l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats* » ce qui interdisait à l'employeur par exemple, d'utiliser des procédés clandestins tels que l'utilisation de logiciels espions, ou encore piéger son salarié pour le confondre. Désormais, la chambre sociale, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (arrêts Barbulescu, CEDH, 5 septembre 2017, n° 61496/08 et Lopez Ribalda, CEDH, 17 octobre 2019, n° 1874/13 et 8567/13) admet la **validité des moyens de preuve obtenus de façon illicite** (Cass. soc, 25 novembre 2020, n° 17-19523) **ou au détriment de la vie privée** (Soc. 30 septembre 2020, n° 19-12058).

Aujourd'hui, le pouvoir de contrôle et de surveillance des salariés afin de garantir la bonne exécution du contrat de travail est confronté à l'utilisation massive des **réseaux sociaux** par les salariés. L'employeur peut prendre connaissance, hors la présence du salarié, des propos que ce dernier émet sur la **messagerie instantanée** de l'entreprise à l'aide de son ordinateur professionnel, pour autant que ces échanges ont été simultanément transférés sur sa boîte de messagerie professionnelle sans être identifiés comme personnels (Cass. soc, 9 sept. 2020, n° 18-20.489). Inversement, l'employeur ne peut pas consulter les conversations d'un salarié sur une messagerie instantanée personnelle (MSN) sans méconnaître le secret des correspondances (Cass. Soc., 23 oct. 2019 n°17-28.448), et ce alors même que les messages envoyés présentaient un caractère professionnel. Outre l'outil informatique, l'employeur peut également exercer son

pouvoir de contrôle et de surveillance en recourant à la **géolocalisation**, à la **biométrie** ou encore à la **vidéosurveillance** de ses salariés dans des conditions respectueuses du Règlement Général de Protection des Données (**RGPD**).

La protection de la vie privée du salarié au temps et au lieu de travail vaut également en cas de **fouille** des armoires ou des vestiaires ou encore des sacs des salariés. L'employeur ne peut en principe réaliser la fouille qu'en présence du salarié concerné, sauf risque ou événement particulier. Le salarié doit être averti de la possibilité de s'opposer à un tel contrôle et peut exiger la présence d'un témoin.

Il s'agit ici de trouver un équilibre entre les impératifs de protection de la vie privée du salarié au temps et au lieu de travail et les exigences de bon fonctionnement de l'entreprise.

§ 2. Le pouvoir de sanctions

Lorsque dans le cadre de son pouvoir de contrôle et de surveillance, l'employeur constate une faute disciplinaire, il peut mettre en œuvre une procédure disciplinaire. La mise en œuvre du pouvoir disciplinaire de l'employeur suppose le respect d'une procédure encadrée par la loi visant au prononcé de sanctions disciplinaires.

La **procédure disciplinaire** prévue par les articles L. 1332-1 et suivants repose sur l'existence d'un fait fautif imputable au salarié. Elle offre un certain nombre de garanties au salarié. Le **fait fautif** servant de support à une éventuelle procédure disciplinaire découle nécessairement d'une **violation des obligations professionnelles du salarié**. Toutefois, des faits commis en dehors du temps et du lieu de travail peuvent justifier également un licenciement disciplinaire s'ils se rattachent à la vie de l'entreprise et constituent un manquement à

l'obligation de loyauté. Ainsi, par exemple le steward qui consomme des stupéfiants pendant une escale alors que ses fonctions le font participer à la sécurité du vol ne respecte pas les obligations découlant de son contrat et commet un fait fautif justifiant son licenciement pour faute grave (Soc. 27 mars 2012, no 10-19.915). Par ailleurs, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un **délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance**, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales (L. 1332-4). Ce délai de deux mois est susceptible, soit d'interruption si l'employeur a engagé des poursuites dans le délai de deux mois, soit de suspension si une cause extérieure à l'employeur fait obstacle aux poursuites. Une fois la faute disciplinaire identifiée, la procédure peut être engagée dans le respect des **garanties offertes par la loi au salarié**.

Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié à un **entretien** lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié. Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Au cours de l'entretien, l'employeur indique le **motif de la sanction envisagée** et recueille les explications du salarié (L. 1332-2). Aucune sanction ne peut être prise à l'encontre du salarié sans que celui-ci ait été informé, dans le même temps et par écrit, des griefs retenus contre lui. Ces garanties légales peuvent être complétées par des dispositions conventionnelles. La **notification** motivée de la sanction ne peut intervenir moins de deux jours ouvrables, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien (L. 1332-2).

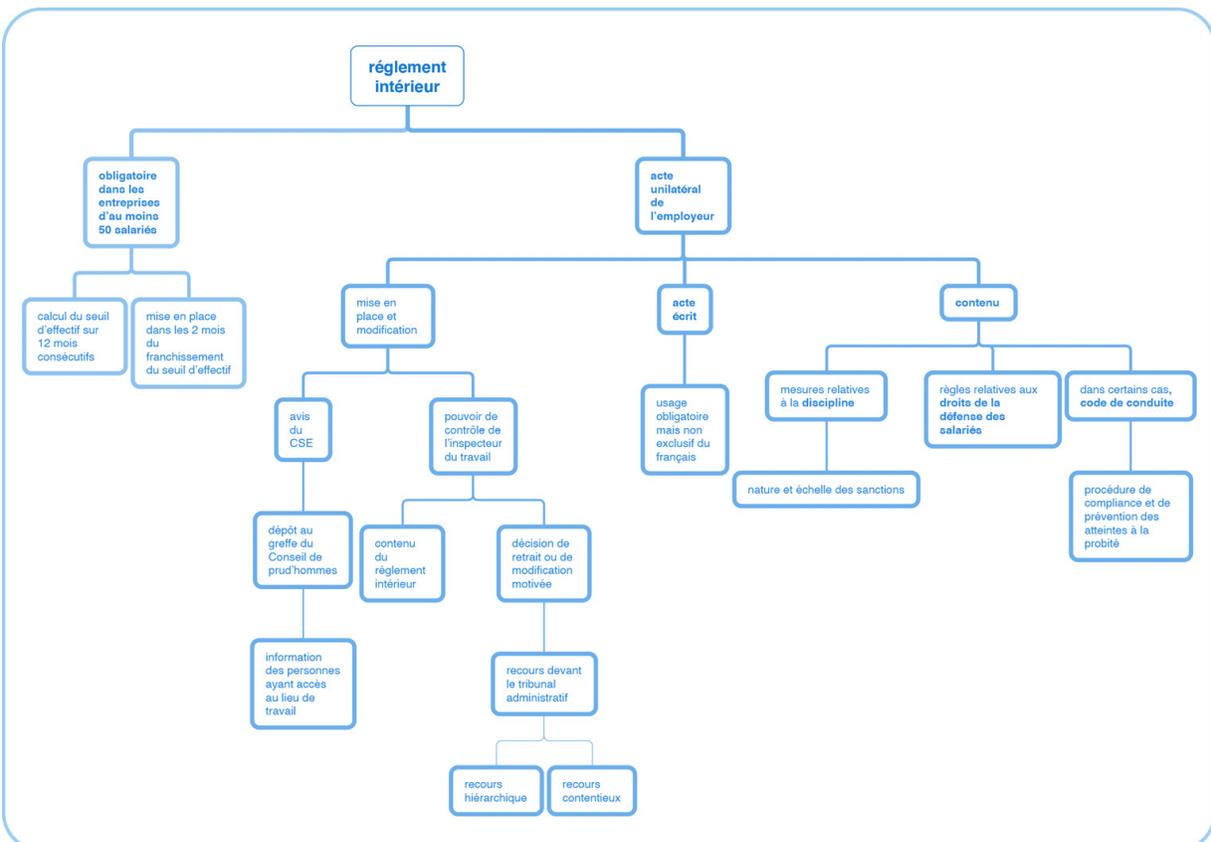
Enfin, lorsque les faits reprochés au salarié ont rendu indispensable une **mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat**, aucune sanction définitive relative à ces faits ne peut être prise sans que la procédure prévue à l'article L. 1332-2 ait été respectée (L. 1332-3). Tel est le cas, lorsque les faits reprochés au salarié rendent dangereux son maintien en activité. Cette mise à pied conservatoire qui est destinée à donner un délai à l'employeur pour statuer sur le cas du salarié, doit être suivie de l'ouverture d'une procédure disciplinaire garante des droits du salarié.

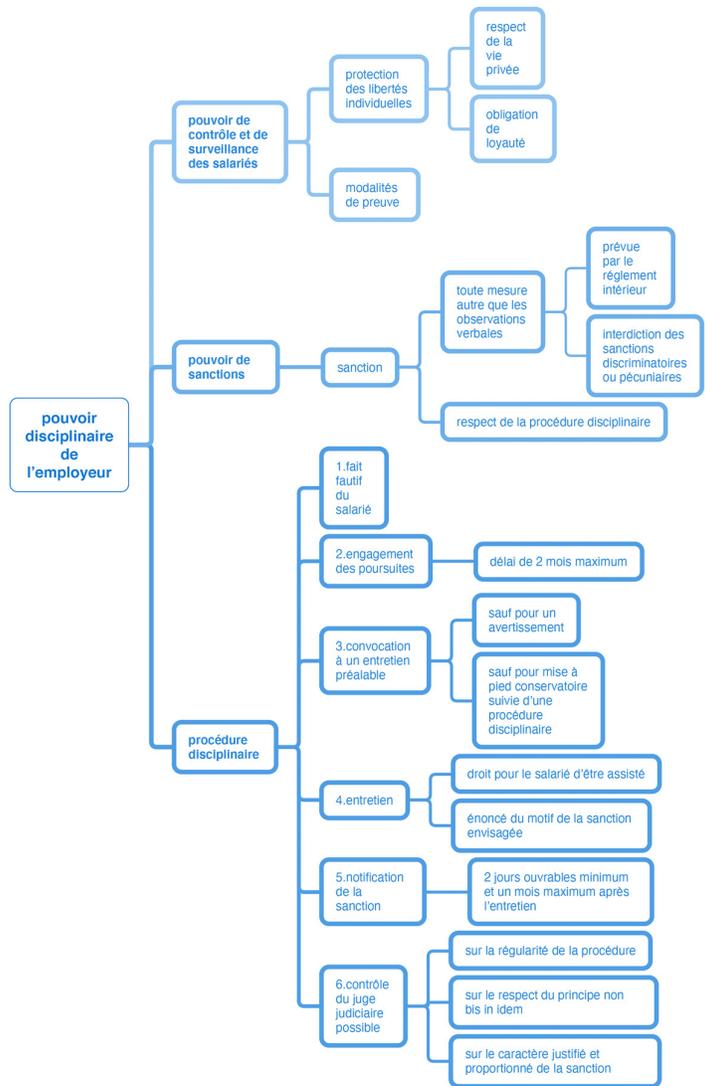
En vertu de l'article L. 1331-1, « **constitue une sanction toute mesure autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non, la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération** ». En principe, **l'employeur est libre de choisir la sanction qui lui paraît la plus adaptée au comportement fautif du salarié**. L'employeur ne peut, en revanche, appliquer d'autres sanctions que celles prévues dans le règlement intérieur de l'entreprise (ex : avertissement, etc..), lorsque celui-ci est obligatoire.

Certaines sanctions sont interdites par le code du travail, il en va ainsi d'abord, des **sanctions discriminatoires** (L. 1131-2 à L. 1131-4), des amendes ou autres **sanctions pécuniaires** (ex : privation d'une prime de fin d'année). Enfin, une même faute ne peut justifier deux sanctions. Ce principe classique du droit pénal - **non bis in idem** - interdit de prononcer successivement plusieurs sanctions disciplinaires pour un même fait. En revanche, l'employeur peut s'appuyer sur des faits antérieurs ayant déjà fait l'objet d'une sanction pour apprécier et aggraver la nouvelle faute commise par le salarié. Cependant, « *aucune sanction antérieure de plus de*

trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction » (L. 1332-5).

En cas de litige, le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction, en se fondant notamment sur les éléments retenus par l'employeur pour prendre la sanction. Si un doute subsiste, il profite au salarié. La juridiction peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise. Enfin, lorsque la sanction contestée est un licenciement, la juridiction applique les dispositions du code du travail relatives à la contestation des irrégularités de licenciement (L. 1235-1 et s.).





Titre 3

La rupture du contrat de travail à durée indéterminée

Le CDI* peut être rompu à l'initiative du salarié (sous-titre 1), à l'initiative de l'employeur (sous-titre 2) ou d'un commun accord entre les parties (sous-titre 3).

Sous-titre 1

Les modes de rupture du CDI* à l'initiative du salarié

Lorsque le salarié souhaite prendre l'initiative de rompre son contrat de travail à durée indéterminée, il peut choisir la démission (Ch. 1), la prise d'acte de rupture (Ch. 2) ou enfin la résiliation judiciaire (Ch. 3), chacune de ces procédures offrant des intérêts et des limites.

Chapitre 1

La démission

La démission est un mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée pour lequel il convient d'établir d'une part, la volonté de démissionner et d'autre part, de respecter un délai de préavis, faute de quoi la rupture pourrait être qualifiée d'abusive.

Quant à la **volonté de démissionner** d'abord, la Cour de cassation a précisé à plusieurs reprises que la démission ne se présume pas, l'acte de démission est le fruit d'une **volonté libre et éclairée**. Il en découle que l'absence prolongée d'un salarié, ou l'incarcération du salarié ne peuvent constituer une volonté de démissionner claire et non équivoque. De même, le juge contrôle le **caractère non équivoque** de la démission en s'assurant par exemple, de l'absence de pressions ou de violences exercées sur le salarié. La situation est plus délicate lorsque le salarié démissionne puis se rétracte. L'employeur, s'il refuse la rétractation, constate la démission du salarié au terme du préavis. Il faut alors s'interroger sur les circonstances de la rupture. En effet, il n'y a démission que lorsque le salarié veut rompre le contrat de travail, sans reprocher aucune faute à l'employeur ou en n'ayant aucun différend avec l'employeur. En revanche, dès lors que la rupture du contrat de travail, à l'initiative du salarié, est provoquée par une faute de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail, la rupture est équivoque et doit donc être qualifiée de prise d'acte de rupture.

Ensuite, en principe, le salarié doit respecter le **délai de préavis** prévu par les conventions collectives, les usages de la profession ou encore par le contrat de travail et dans certains cas particuliers (ex : pour les journalistes, L. 7112-2) par la loi. En revanche, en cas de brusque rupture, l'employeur est en droit d'exiger une **indemnité compensatrice** afin de réparer le préjudice subi par l'employeur. Le montant de cette indemnité est apprécié souverainement par les juges du fond. En effet, il résulte de l'article L. 1237-2 que la démission du salarié ouvre droit à des **dommages-intérêts** si elle est **abusive**. Dans certains cas prévus par la loi, la démission est facilitée, par exemple, lorsque la salariée est en état de grossesse médicalement constatée, elle peut rompre son contrat de travail sans préavis et sans devoir d'indemnité de rupture (L. 1225-34).

Mis à part, les départs à la retraite et les démissions, aujourd'hui, la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié est très souvent qualifiée ou requalifiée en prise d'acte de rupture.

La prise d'acte de rupture

La prise d'acte de rupture, procédure prétorienne (Cass. soc, 25 juin 2003, Dr. soc. 2003, p. 817), est réalisée lorsque le salarié considère le contrat de travail rompu du fait de **manquements graves de l'employeur à ses obligations**. Tel est le cas par exemple, en cas de paiement tardif de primes, du non-paiement de la rémunération ou des heures supplémentaires, du non-respect du droit au repos hebdomadaire, de la modification unilatérale du contrat de travail, ou encore du manquement de l'employeur à l'obligation de fournir du travail au salarié. La Cour de Cassation exerce aujourd'hui son contrôle sur l'appréciation par les juges du fond du bien-fondé de la prise d'acte afin de vérifier si les manquements de l'employeur sont d'une gravité suffisante pour justifier la prise d'acte de rupture en ce qu'ils empêchent la poursuite du contrat de travail.

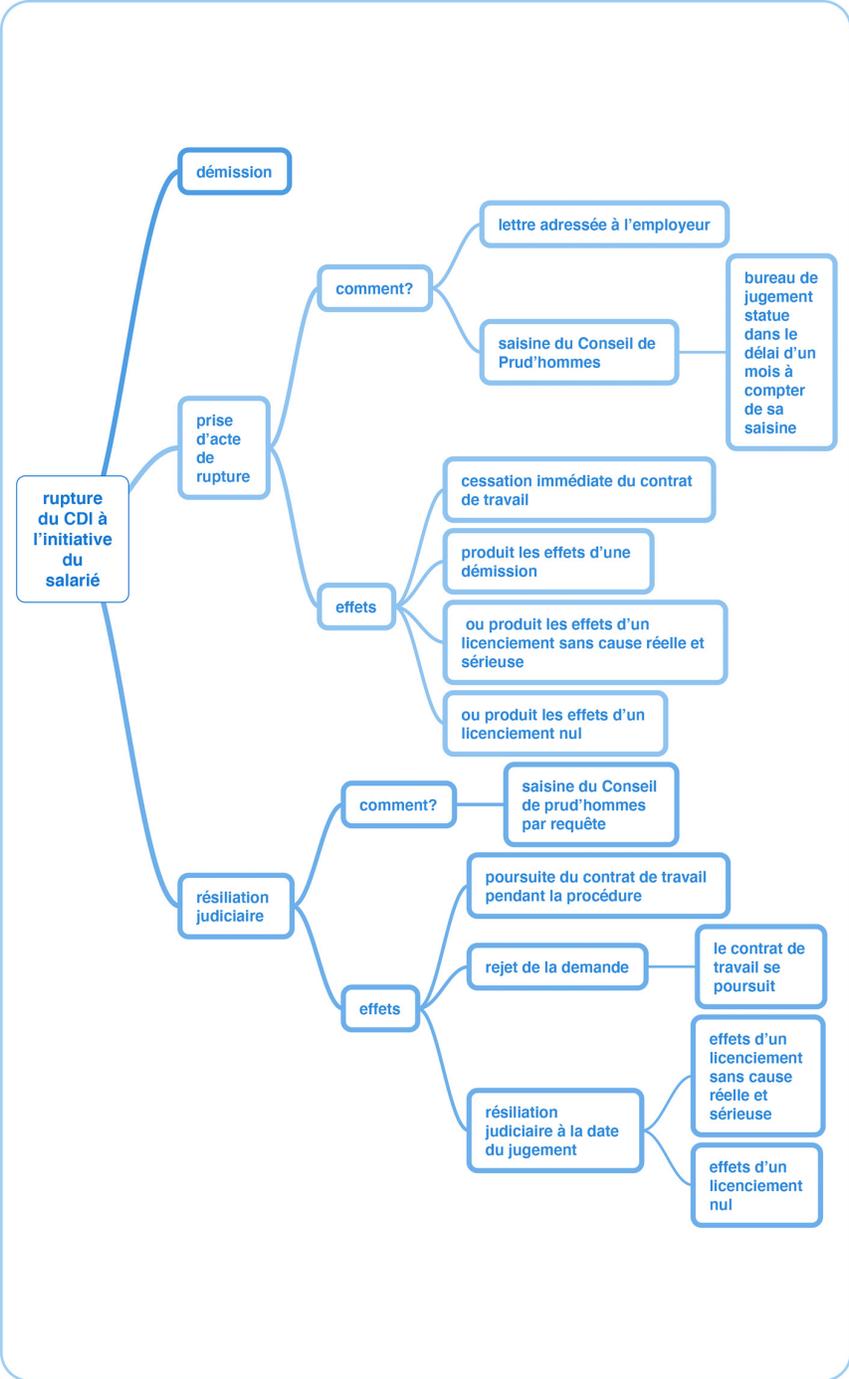
La prise d'acte n'est soumise à **aucun formalisme particulier**. Il incombe au salarié qui prend acte de la rupture du contrat de travail d'établir les faits qu'il allègue à l'encontre de l'employeur. L'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison des faits qu'il reproche à son employeur **ne fixe pas les limites du litige** contrairement à la lettre de licenciement qui, elle, fixe les termes et les limites du litige ; l'employeur ne pouvant faire valoir d'autres motifs que ceux énoncés dans la lettre de licenciement. La prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié ne peut être rétractée. Lorsque le conseil de prud'hommes est saisi par le salarié

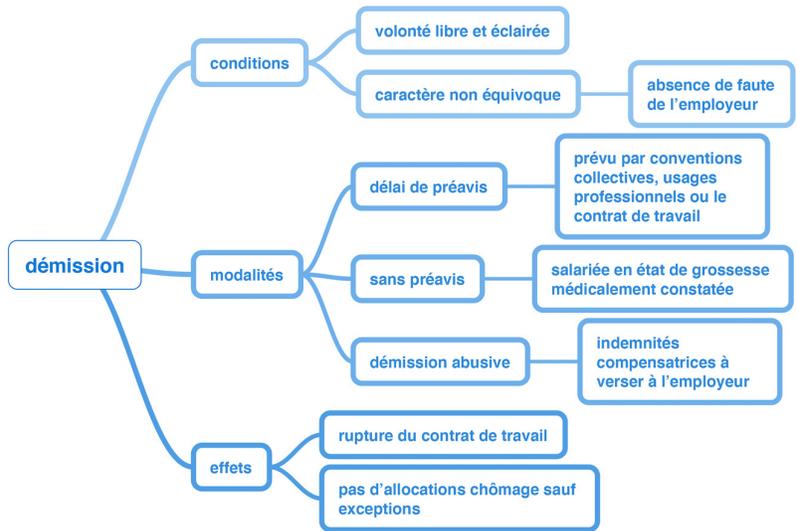
d'une demande de qualification de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, l'affaire est directement portée devant le **bureau de jugement** qui statue au fond dans le délai d'un mois suivant sa saisine (L. 1451-1).

La prise d'acte entraîne la **cessation immédiate du contrat de travail**. Cela signifie que le salarié n'est pas tenu d'exécuter un préavis. Cette prise d'acte produit soit **les effets d'une démission** lorsque les faits allégués par le salarié ne sont pas justifiés, soit **les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse**. Le juge doit rechercher si les faits allégués par le salarié justifient ou non la rupture du contrat. Il peut alors être amené à requalifier la rupture lorsqu'il apparaît par exemple, que la démission donnée par le salarié, est remise en cause par des faits ou des manquements imputables à l'employeur rendant équivoque sa démission (ex : des propos humiliants à connotation raciste subis par le salarié de façon répétée). Lorsque la prise d'acte est le fait d'un salarié protégé et si les faits sont avérés, elle produit **les effets d'un licenciement nul**. Inversement, en l'absence de faits suffisamment graves pour justifier la rupture aux torts de l'employeur, la prise d'acte a les effets d'une **démission**. Le salarié peut, dans ce cas, être condamné à payer à l'employeur une indemnité pour non-respect du préavis. La prise d'acte de rupture tend aujourd'hui à marginaliser la procédure de résiliation judiciaire, utilisée jusque-là par le salarié.

La résiliation judiciaire

La **demande de résiliation judiciaire** (L.1231-1) présente un intérêt particulier pour le salarié puisqu'**elle ne rompt pas le contrat de travail**. Autrement dit, pendant toute la procédure, le salarié continue à exécuter ses obligations découlant du contrat de travail. Lorsque la demande de résiliation judiciaire n'est pas jugée recevable par le conseil de prud'hommes, **le contrat de travail se poursuit**. Le salarié pourra éventuellement démissionner par la suite. Si le salarié veut voir sa demande de résiliation judiciaire prospérer, il doit établir que l'employeur a commis des manquements à ses obligations empêchant la poursuite du contrat de travail (Cass. soc, 29 janv. 2014, n° 12-24951). S'il obtient gain de cause, la résiliation ne prendra effet qu'à la date de la décision judiciaire la prononçant dès lors qu'à cette date, le salarié est toujours au service de son employeur, à moins que l'employeur n'ait régularisé la situation, au plus tard la veille du délibéré. La résiliation judiciaire produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse s'il s'agit d'un salarié ordinaire et les effets d'un licenciement nul lorsqu'elle concerne un salarié protégé.





Sous-titre 2

Les modes de rupture à l'initiative de l'employeur

Le licenciement est un mode de rupture à l'initiative exclusive de l'employeur qui peut se fonder soit, sur un motif personnel (Ch. 1), soit sur un motif économique (Ch. 2) pour rompre le contrat de travail à durée indéterminée.

Le licenciement pour motif personnel

Le licenciement pour motif personnel nécessite d'abord, de préciser ce motif (S 1) avant d'identifier ensuite, les étapes de la procédure préalable au licenciement (S 2) et la cause réelle et sérieuse de celui-ci (S 3).

Section 1. Le motif personnel

Le motif personnel peut être disciplinaire (§ 1) ou non disciplinaire (§ 2).

§ 1. Le motif personnel disciplinaire

Dans le cadre de son pouvoir de direction et de contrôle, l'employeur est en charge d'analyser les comportements des salariés afin de déterminer si ceux-ci sont constitutifs d'une faute disciplinaire. Dans un tel cas, il fait usage de son pouvoir disciplinaire et décide d'une éventuelle sanction. L'employeur peut sanctionner soit des **fautes disciplinaires** constituées par un manquement aux règles qui s'imposent dans la collectivité de travail soit, des **fautes professionnelles** ou contractuelles qui elles, se traduisent par une inexécution ou une exécution défectueuse du travail. Ces fautes sont hiérarchisées selon leur gravité et leurs impacts sur le contrat de travail et les droits des salariés. Il appartient donc à l'employeur de qualifier la faute (gravité), sous réserve du contrôle exercé par le juge en cas de contentieux. La qualification de la

faute par l'employeur se fait sur la base d'éléments objectifs tels que le comportement antérieur du salarié, l'ancienneté ou encore les fonctions exercées par le salarié ou son niveau de responsabilités. La faute est constituée par **un manquement du salarié à ses obligations professionnelles** (ex : vol dans la caisse par un salarié) mais des faits commis en dehors du temps et du lieu de travail peuvent également justifier un licenciement disciplinaire dès lors qu'ils se rattachent à la vie de l'entreprise et constituent un **manquement à l'obligation de loyauté**.

Ces fautes peuvent être constituées par des actes positifs (ex : agression d'un collègue) ou d'abstention (ex : non-respect des règles de sécurité). On distingue trois catégories de fautes : la **faute simple** est une cause réelle et sérieuse de licenciement mais elle n'est pas d'une gravité suffisante pour mettre un terme immédiat à la relation de travail. Tel est le cas par exemple, du retard régulier d'un salarié à son travail. Ensuite, la **faute grave**, elle, rend impossible la poursuite du contrat de travail et le maintien du salarié dans l'entreprise. Elle est ainsi constituée lorsqu'un salarié manque de retenue et se comporte de façon agressive envers ses collègues de travail et fait preuve d'une insubordination réitérée (Cass. soc, 30 janv. 2019, n° 17.27549). Inversement, ne constitue ni une faute grave, ni une cause de licenciement, le fait pour un chef cuisinier de refuser de rejoindre son nouveau poste situé sur un nouveau site suite au transfert de son contrat de travail dès lors qu'il s'agit d'un poste de responsabilités et de niveau inférieurs à celui qu'il occupait (Cass. soc, 23 janv. 2019, n° 17-27200). Enfin, la **faute lourde** est définie comme celle commise par le salarié dans l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise. Tel est le cas du salarié ayant menacé d'égorger son employeur, tout en

mimant le geste avec son pouce (Cass. soc., 4 juill. 2018, n° 15-19597).

Certains agissements du salarié commis dans le cadre professionnel peuvent constituer à la fois une **infraction pénale et une faute disciplinaire**. L'employeur peut engager une procédure disciplinaire sans attendre l'issue de la procédure pénale mais le juge prud'homal doit respecter la **chose jugée au pénal** quant à la matérialité des faits et à leur imputabilité. Ainsi, par exemple, si le juge pénal a déclaré que les éléments constitutifs du vol étaient établis au préjudice de l'employeur, ce constat lie le juge social dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement. Inversement, si le juge pénal reconnaît la réalité des faits imputés au salarié mais ne retient pas l'infraction pénale, le juge prud'homal est libre d'apprécier l'existence éventuelle d'une faute disciplinaire.

§ 2. Le motif personnel non disciplinaire

Lorsque l'employeur souhaite licencier un salarié pour motif personnel non disciplinaire, il invoque souvent l'inaptitude du salarié ou sa maladie, son insuffisance professionnelle, ou encore l'exercice de certains droits et libertés individuelles dans le cadre de l'entreprise.

Ainsi, d'abord, **l'inaptitude du salarié** ne peut être constatée que par un médecin du travail. Il s'agit donc de l'inaptitude médicale et physique du salarié à assumer la tâche qui lui incombe. Cette inaptitude peut être d'origine professionnelle ou non professionnelle, ce qui aura un impact notamment quant à l'indemnisation lors du licenciement. Si l'employé est reconnu inapte à assurer son travail, l'employeur doit le **reclasser**. Si cela est impossible, ou si le salarié refuse, il est alors envisageable pour l'employeur d'envisager un **licenciement pour inaptitude** (L. 1226-2-1 et L. 1226-12), mais charge à lui, de prouver que le reclassement était impossible. De même,

le licenciement est envisageable si l'avis du médecin du travail précise, soit que le maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé, soit que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi.

Lorsque le salarié est simplement en **maladie**, il n'y a en principe qu'une suspension du contrat de travail. Il n'est en tous cas pas possible de se fonder sur la maladie pour justifier du licenciement, car il s'agit d'un critère discriminatoire. Cependant, en cas de maladie ou d'accident d'origine professionnelle, l'article L. 1226-9 donne la possibilité à l'employeur de rompre le contrat de travail suspendu par la maladie, soit lorsque ce salarié a commis une faute grave, soit lorsque l'employeur se trouve dans l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie.

Quant à **l'insuffisance professionnelle**, elle est caractérisée lorsque le salarié n'a pas les compétences professionnelles nécessaires pour réaliser les tâches qui lui incombent dans le cadre de ses fonctions. Le comportement du salarié n'est donc pas fautif en lui-même, c'est plutôt un constat d'échec qui est fait. L'employeur doit apporter des éléments précis, objectifs et pertinents pour en faire la démonstration et justifier la démarche de licenciement.

Enfin, quand il s'agit de **l'exercice par le salarié de certains droits et libertés dans le cadre de l'entreprise**, des garanties sont prévues par le code du travail. Ainsi, outre les protections particulières liées à certains droits garantis par la Constitution (ex : droit de grève, liberté syndicale), ou par des textes internationaux ou européens (ex : droit à la vie privée et familiale, liberté religieuse), une **protection générale** est assurée par l'article L. 1221-1 qui dispose « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et*

collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Ainsi, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité du licenciement prononcé par l'employeur du fait de l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale ou non, les juges prennent en compte le contexte dans lequel cela intervient. Par exemple, une conversation privée dans un groupe Facebook composé de quatorze personnes ne justifie pas un licenciement pour faute grave (Cass. soc. 12 sept. 2018 n° 16-11690). De même, un salarié ne peut pas, en principe, être licencié en raison de sa tenue, mais, l'employeur peut restreindre sa liberté vestimentaire, si cela est justifié par son travail et proportionné au but recherché. Il a été jugé que les shorts et les joggings ne sont pas toujours appropriés, surtout lorsque les salariés sont en contact avec de la clientèle. Enfin, la Cour de cassation considère qu'en l'absence de clause de neutralité, des restrictions au port de la barbe pour des considérations religieuses et politiques constituent une discrimination et ne peuvent servir de fondement au licenciement (Cass. Soc, 8 juillet 2020, n° 18-23743). Lorsque le juge social est saisi d'une contestation par le salarié, il peut, soit estimer que le licenciement est fondé sur une cause réelle et sérieuse, soit relever une atteinte à un droit ou une liberté non fondamentale entraînant un licenciement sans cause réelle et sérieuse, soit enfin caractériser l'atteinte portée à un droit ou à une liberté fondamentale entraînant la nullité du licenciement.

Section 2. La procédure de licenciement

L'employeur qui envisage de licencier un salarié doit respecter, soit la procédure de droit commun prévue par les articles L. 1232-1 et s. du code du travail (§ 1), soit les

procédures dérogatoires en cas de licenciement pour motif disciplinaire ou de licenciement d'un salarié protégé (§ 2).

§ 1. Les étapes de la procédure de licenciement de droit commun

La procédure de licenciement de droit commun se déroule en trois phases : la convocation à l'entretien préalable, l'entretien préalable au licenciement et enfin la notification du licenciement (L. 1232-2 et s.).

Cette procédure débute d'abord par la **convocation à l'entretien préalable**. Cette convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de l'entretien, les modalités pratiques de celui-ci ainsi que la possibilité pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix (représentant du personnel ou salarié ordinaire) appartenant au personnel de l'entreprise, ou, à défaut de représentant du personnel, par un conseiller extérieur dont la liste lui est également communiquée.

L'entretien préalable quant à lui, ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation. Si le salarié ne se rend pas à l'entretien alors que la convocation a été faite dans les formes, on considère que l'employeur a respecté ses obligations. Tel n'est pas le cas si la lettre de convocation à l'entretien préalable ne fixe pas d'heure pour la convocation, la procédure étant alors irrégulière. Au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié. Cet entretien est individuel, il doit se dérouler dans une langue compréhensible par les deux parties.

Enfin, lorsque l'employeur décide de licencier le salarié, il procède à la **notification du licenciement** par lettre recommandée avec avis de réception, cette formalité reste

préférable pour les modalités probatoires, même si la jurisprudence admet une lettre simple remise contre récépissé. Elle ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable au licenciement auquel le salarié a été convoqué. La **date d'envoi correspond à la date de rupture du contrat** de travail et permet notamment de décompter l'ancienneté du salarié. Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur en fixant les limites du litige. Mais, l'employeur peut ultérieurement préciser les motifs énoncés dans la lettre de licenciement, soit à son initiative, soit à la demande du salarié, selon les modalités fixées par les articles R. 1232-13 et R. 1233-2-2.

En cas de non-respect des règles de procédure, l'employeur pourra être condamné à payer des dommages et intérêts pour **licenciement irrégulier** sachant que leur montant ne peut être supérieur à un mois de salaire (L. 1235-2 al. 5).

§ 2. Les procédures de licenciement dérogatoires

Les procédures de licenciement dérogatoires concernent d'une part, les licenciements pour motif disciplinaire et d'autre part, le licenciement de salariés protégés.

Quant au **licenciement pour motif disciplinaire** d'abord, celui-ci nécessite qu'en plus de la procédure de droit commun, **trois règles supplémentaires soient observées.**

Tout d'abord, « *aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires **au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance**, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales* » (L. 1332-4). Ainsi, au-delà de ce délai, il y a prescription des faits fautifs.

Ensuite, **la sanction ne peut intervenir moins de deux jours ouvrables, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien**. Elle est motivée et notifiée à l'intéressé (L. 1332-2, al 4).

Enfin, conformément aux règles relatives au pouvoir disciplinaire de l'employeur, une même faute ne peut justifier deux sanctions. Ce **principe non bis in idem** interdit de prononcer successivement plusieurs sanctions disciplinaires pour un même fait. En revanche, l'employeur peut s'appuyer sur des faits antérieurs ayant déjà fait l'objet d'une sanction pour apprécier et aggraver la nouvelle faute commise par le salarié. Cependant, « *aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction* » (L. 1332-5).

Quant au **salarié protégé** au sens de l'article L. 2411-1 (ex : le délégué syndical, le représentant de proximité, le conseiller prud'hommes), il bénéficie d'une protection contre le licenciement, y compris lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. En effet, son licenciement ne peut intervenir qu'après **autorisation préalable de l'inspecteur du travail**. Cette protection couvre l'intégralité de son mandat et se prolonge après l'expiration du mandat, dans des délais variables, selon les modalités prévues par les articles L. 2411-2 et suivants.

Section 3. Un licenciement justifié par une cause réelle et sérieuse

Il n'existe pas de définition légale de la **cause réelle** et sérieuse de licenciement. La jurisprudence a, au fil du temps, donné du sens à cette exigence. Ainsi d'abord, la cause pour être réelle doit être **objective, existante** et **exacte**. Cela suppose que l'employeur se réfère à des faits

précis, extérieurs (objectifs), matériellement vérifiables (existence) et exacts (le motif invoqué doit réellement être à l'origine de la décision du licenciement, à défaut de quoi le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse). Ce n'est que si ces **trois conditions cumulatives** sont réunies que la cause est considérée comme réelle par le juge.

Quant à la **cause sérieuse**, elle peut résulter de faits fautifs ou non, inhérents au salarié et liés à son activité professionnelle qui revêtent une certaine gravité rendant impossible le maintien de la relation de travail sans dommages pour l'entreprise.

C'est au juge qu'il appartient d'apprécier la régularité de la procédure et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur. Il forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné si nécessaire, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

Aussi, lorsque le licenciement a été prononcé et ne respecte pas les règles relatives à la justification du licenciement, le salarié peut saisir le conseil de prud'hommes afin que le licenciement soit reconnu sans cause réelle et sérieuse (§ 1) voire dans certains cas particuliers, que le licenciement soit frappé de nullité (§ 2).

§ 1. Le licenciement sans cause réelle et sérieuse

Lorsque le juge va déclarer le licenciement injustifié ou sans cause réelle et sérieuse, le salarié va pouvoir bénéficier, en vertu des articles L. 1235-1 et s., soit par principe d'une **indemnisation**, soit par exception, d'une **réintégration** dans l'entreprise, sous conditions.

En cas de litige, lors de la phase de **conciliation**, l'employeur et le salarié peuvent convenir d'y mettre un

terme par accord (art. L. 1235-1). À cette fin, la demande en justice est formée par **requête**, le cas échéant conjointe (art. L. 1452-1, al 1), afin d'obtenir un procès-verbal de conciliation. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une **indemnité forfaitaire** dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié. Le **procès-verbal** constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail.

À défaut d'avoir réglé la situation devant le bureau de conciliation et d'orientation, c'est devant le **bureau de jugement** que l'indemnisation du salarié va être définie, y compris lorsque le salarié ou l'employeur refuse la réintégration proposée par le juge prud'homal. Le bureau de jugement doit alors tenir compte du **barème fixé par l'article L. 1235-3** qui prévoit, **en fonction de l'ancienneté du salarié** une indemnité minimale et une indemnité maximale. L'indemnité minimale tient compte également de l'effectif de l'entreprise (moins ou plus de 11 salariés). Ce dispositif en apparence simple et permettant aux parties d'anticiper sur les conséquences économiques éventuelles d'une telle décision par le juge prud'homal continue à faire l'objet de fortes contestations, alors même que la Cour de cassation (Ass. Plén. 17 juil. 2019, avis n° 19-70.011 et 19-70.010), le Conseil d'État (7 sept. 2017, req. n° 415243) et le Conseil constitutionnel (7 déc. 2017, n° 2017-751 DC et 21 mars 2018, n° 2018-761 DC) l'ont validé, dans sa conformité à la Charte sociale européenne (art. 24), à la convention n° 158 de l'OIT* (art. 10), ou encore à la Constitution.

Lorsque le juge détermine le montant de **l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse**, il peut tenir compte (L. 1235-3 al. 4), le cas échéant, « *des indemnités*

de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité-légale - de licenciement » prévue par l'article L. 1234-9. Cela lui permet par exemple, de tenir compte d'une indemnité de licenciement versée par l'employeur largement supérieure à l'indemnité légale, et de minorer ainsi l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, et ce, en restant **dans les limites du barème**.

En outre, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse est également **cumulable**, dans les limites du barème, avec les indemnités versées pour défaut de consultation du CSE* en cas de licenciement pour motif économique (L. 1235-12) ; violation de la priorité de réembauche réduite à un mois de salaire (L. 1235-13) ou encore mise en œuvre d'un licenciement pour motif économique malgré le défaut de mise en place du CSE* par l'employeur, et ce, en l'absence de procès-verbal de carence (L. 1235-15).

Enfin, l'article L. 1235-4 al. 1 et 2 prévoit la possibilité, dans les cas limitatifs prévus par cet article, de condamner l'employeur à verser à Pôle emploi tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié entre la date du licenciement et la date du jugement. Si nécessaire, Pôle emploi pourra, après mise en demeure, délivrer des contraintes à l'encontre de l'employeur en vue d'obtenir le **remboursement des allocations** tel que jugé par le conseil de prud'hommes.

Si en principe, le licenciement injustifié ouvre droit à l'indemnisation du salarié, par exception, celui-ci peut bénéficier, sous conditions, d'une **réintégration dans l'entreprise**. Plus précisément, la réintégration n'est possible que si le juge la prononce et si chacune des deux parties accepte cette solution, ce qui reste relativement rare en pratique.

§ 2. Le licenciement nul

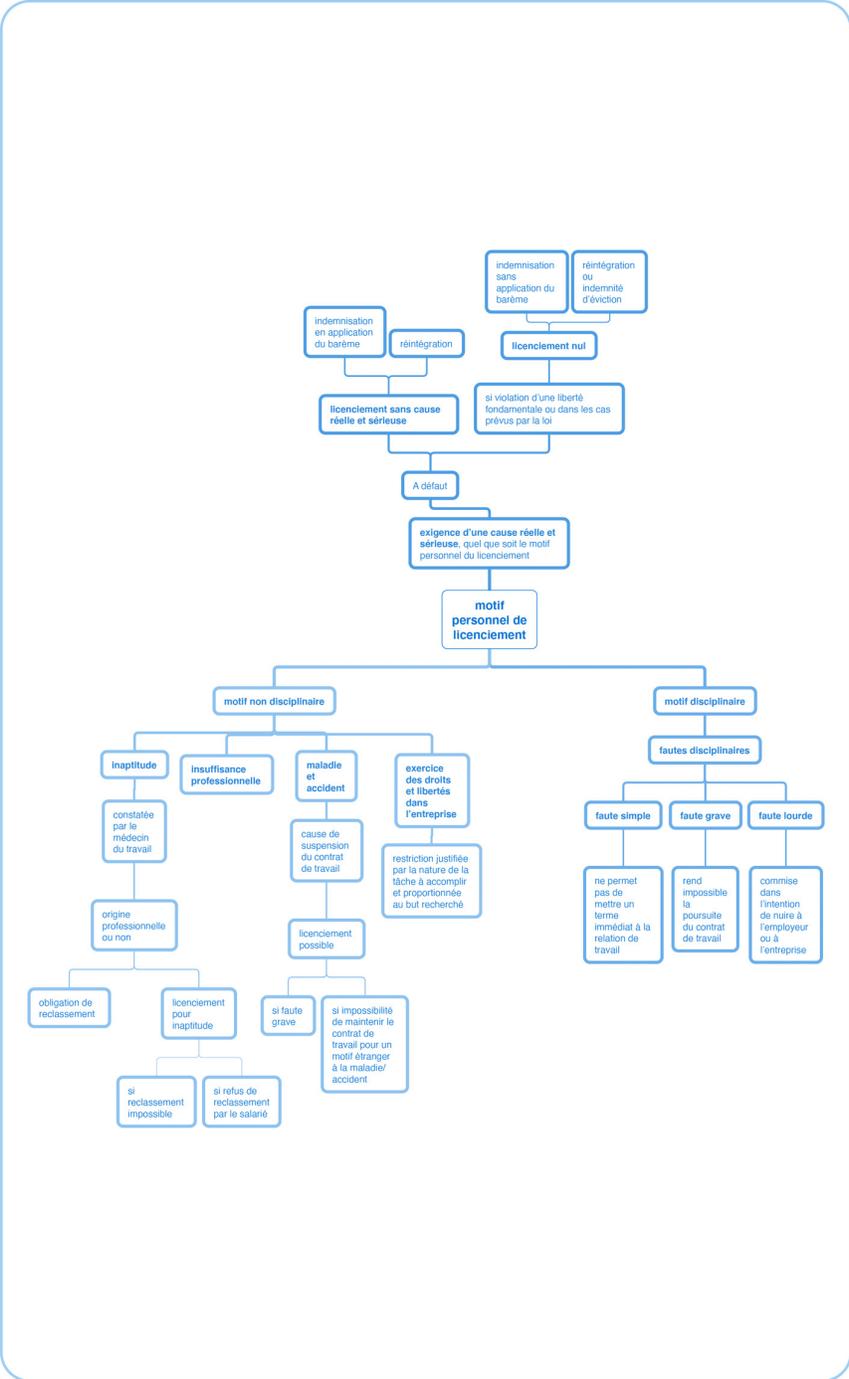
Un licenciement nul est un **licenciement privé d'effets dans les cas prévus par la loi**, soit en cas d'une **violation d'une liberté fondamentale**, soit **lorsqu'une disposition expresse le prévoit**. Ainsi, cette nullité du licenciement vaut en cas de violation d'une liberté fondamentale ; de harcèlement moral ou sexuel (L. 1152-2 et L. 1153-2) ; de licenciement discriminatoire (L. 1132-1) ; de licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes (L. 1144-3) ou de dénonciation de crimes et délits ; de licenciement d'un salarié protégé en raison de l'exercice de son mandat ; de licenciement d'un salarié en raison de l'exercice du droit de grève ou de son droit d'alerte ; de licenciement d'un salarié en méconnaissance des dispositions protégeant, la maternité et la paternité ou des dispositions protégeant les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ; de violation de certaines règles en matière de licenciement économique (ex : absence de Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE*) lorsque celui-ci s'impose). S'ajoutent à ces **cas limitativement prévus** par la loi, **ceux retenus par la jurisprudence** et notamment le licenciement d'un salarié en raison de la mise en œuvre légitime de son droit de retrait (Cass. soc, 28 janv. 2009, n° 07-44556).

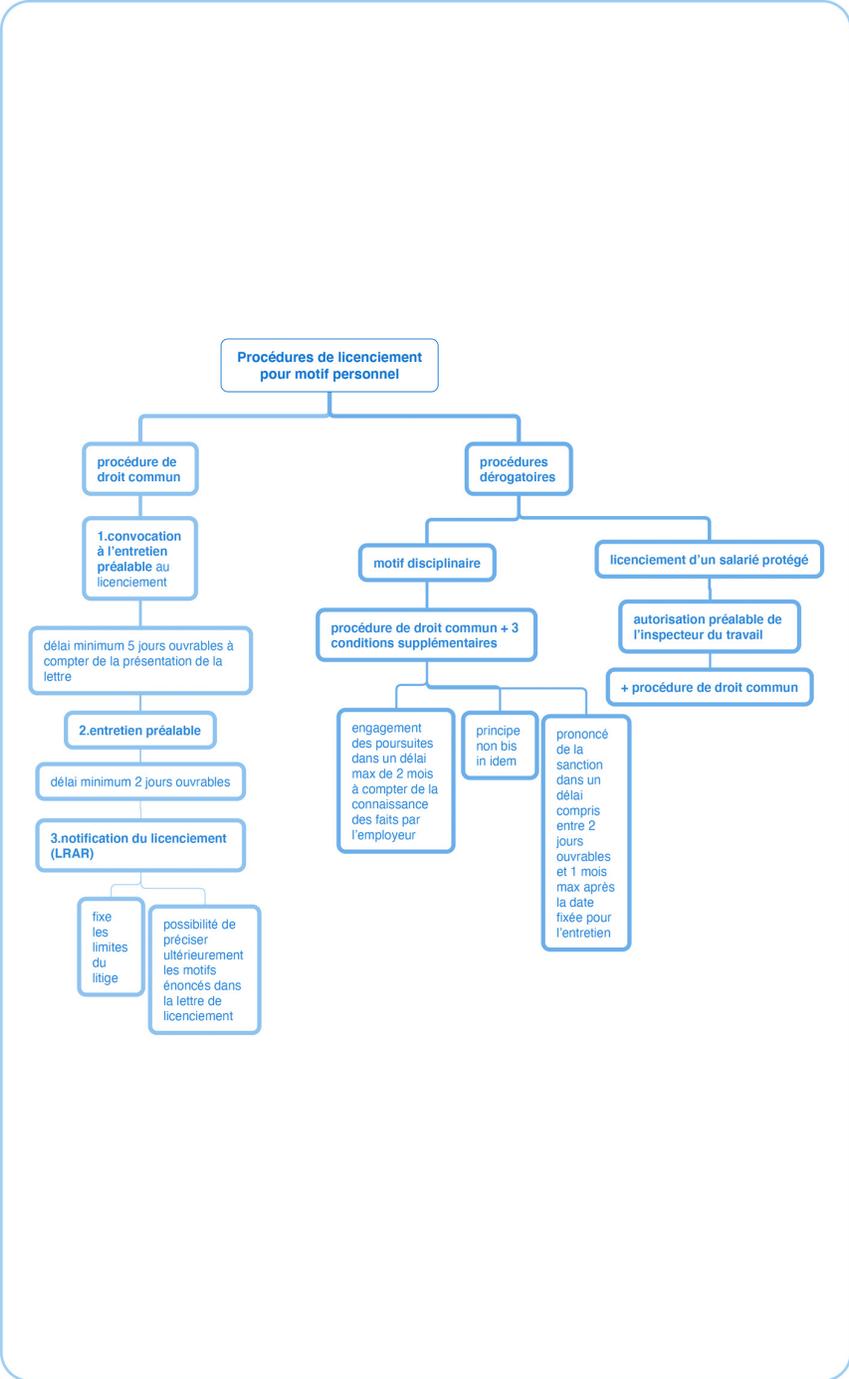
La nullité du licenciement signifie également que le salarié peut obtenir sa **réintégration**. L'employeur peut être exonéré de cette obligation de réintégration s'il démontre un cas de force majeure (ex : disparition totale et définitive de l'entreprise) ou d'impossibilité matérielle soumise à l'appréciation des juges. Lorsque le salarié est ainsi réintégré, il l'est dans son emploi sauf si celui-ci n'existe plus ou n'est plus disponible, auquel cas, il doit être réintégré dans « *un emploi équivalent* ». Cette réintégration ne prive pas le salarié d'une indemnisation,

car il a été indûment privé de salaires sur toute la période entre le licenciement et le jugement. Dès lors, l'employeur doit lui verser une **indemnité d'éviction** dont les modalités de calcul sont précisées par le code du travail.

Le salarié peut aussi ne pas demander sa réintégration, il bénéficie alors d'une **indemnisation** pour laquelle l'article L. 1235-3-1 précise que le **barème n'est alors pas applicable**. En outre, lorsque le salarié ne demande pas sa réintégration ou que celle-ci s'avère impossible, le juge lui octroie une **indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois**, qui peut se cumuler avec d'autres sommes telles que le salaire lorsqu'il est dû, ou encore des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles de licenciement.

Enfin, **en cas de pluralité de motifs de licenciement**, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale, la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés. Il peut ainsi par exemple, tenir compte d'une faute du salarié pour diminuer l'indemnité de licenciement à allouer à celui-ci, sans que celle-ci ne puisse être inférieure à six mois de salaire minimum (L. 1235-2-1).





Chapitre 2

Le licenciement pour motif économique

Le code du travail donne une définition du motif économique qui constitue le fondement de la procédure de licenciement économique. Ainsi, l'article L. 1233-3 précise que « *constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à* » : [...] des difficultés économiques, des mutations technologiques, une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou encore la cessation d'activité de l'entreprise.

Ce licenciement nécessite donc d'abord, de déterminer précisément le motif économique (S 1) avant d'appréhender ensuite, les procédures applicables (S 2) et enfin, les droits et obligations des parties (S 3).

Section 1. La détermination du motif économique

La définition du motif économique repose sur deux critères essentiels à savoir d'une part, un **motif non inhérent à la personne du salarié**, résultant d'une suppression ou d'une transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel

du contrat de travail et d'autre part, le **licenciement doit être consécutif « notamment » à des difficultés économiques, des mutations technologiques, la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de son activité, la cessation d'activité de l'entreprise** ce qui constitue une cause réelle et sérieuse, appréciée souverainement par le juge (L. 1233-3).

§ 1. Un motif économique non inhérent à la personne du salarié

Un **motif non inhérent à la personne**, c'est cet élément qui permet de qualifier le licenciement d'économique. Ainsi, un licenciement lié à l'âge du salarié, élément inhérent à la personne, ne peut être considéré comme un licenciement économique. Ainsi, la cessation d'activité de l'entreprise constitue un motif économique quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable. De même, constitue un licenciement pour motif économique, le licenciement consécutif à la suppression de l'emploi du salarié en raison de difficultés économiques traversées par l'entreprise. En cas de refus par le salarié, d'une modification d'un élément essentiel du contrat de travail, pour un motif non inhérent à sa personne, un licenciement économique peut être prononcé. Le licenciement pour motif économique doit être fondé sur une **cause réelle et sérieuse ayant une origine économique**.

Plus précisément, selon l'article L. 1233-3, **quatre causes alternatives** peuvent servir de fondement au licenciement pour motif économique, cette **liste n'est pas exhaustive** mais à défaut de motif économique établi, le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse. Ainsi, le licenciement doit être consécutif « **notamment** » soit à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques,

soit à une réorganisation de l'entreprise, soit à une cessation d'activité.

Les **difficultés économiques** se caractérisent soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit pour tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés. L'appréciation de la baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires se fait en comparaison avec l'année précédente, au regard des critères posés par l'article L. 1233-3 combinant l'effectif de l'entreprise et la durée de la période de comparaison. Par exemple, dans une entreprise de trois cents salariés et plus, la durée de cette baisse est au moins égale à quatre trimestres consécutifs en comparaison avec la même période l'année précédente.

Quant aux **mutations technologiques**, l'introduction d'une technologie nouvelle (ex : caisses automatiques) comportant une incidence sur l'emploi constitue une cause économique de licenciement alors même que la compétitivité de l'entreprise ne serait pas menacée.

La **réorganisation de l'activité de l'entreprise** introduite par la jurisprudence et consacrée par la loi, constitue, lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, un motif économique si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Autrement dit, une réorganisation en elle-même ne suffit pas, il faut prouver qu'elle est nécessaire et justifiée par des impératifs économiques de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient. Mais, la faute de l'employeur à l'origine de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise et rendant nécessaire sa réorganisation est susceptible de

priver de cause réelle et sérieuse le licenciement consécutif à cette réorganisation (Cass. soc, 4 nov. 2020, n° 18-20029).

Enfin, la **cessation d'activité de l'entreprise** peut également constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable (exemple : la fraude de l'employeur). La jurisprudence a ainsi considéré que le fait que la cessation d'activité de l'entreprise résulte de sa liquidation judiciaire ne prive pas le salarié de la possibilité d'invoquer l'existence d'une faute de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité, de nature à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. soc, 8 juil. 2020, n° 18-26140).

« *Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient **au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe, et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude*** » (L. 1233-3al 3). Quant au **secteur d'activité du groupe** qui permet d'apprécier la cause économique, il est caractérisé notamment par la nature des produits, biens ou services délivrés, la clientèle ciblée ainsi que les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché.

§ 2. Un motif économique impactant l'emploi

Quel que soit le motif économique retenu, celui-ci doit avoir un impact sur l'emploi en provoquant soit une suppression, soit une transformation d'emploi, soit enfin, une modification d'un élément essentiel du contrat de travail.

La **suppression d'emploi** peut se traduire par la disparition d'un poste de travail (ex : suppression du poste

de travail de cuisinier dans un café littéraire dont l'activité restauration cesse en raison de difficultés économiques) mais aussi par une nouvelle répartition des tâches entre les salariés non licenciés ou en faisant appel à de la sous-traitance ou du bénévolat.

La **transformation d'emploi** quant à elle, est souvent liée aux mutations technologiques et plus spécifiquement aujourd'hui à la transformation numérique. Elle se traduit par exemple, par un changement des tâches confiées au salarié ou encore par l'utilisation de nouveaux moyens (ex : caisses automatiques, vente par internet exclusivement).

Enfin, le licenciement économique peut également résulter d'une **modification refusée par le salarié, d'un élément essentiel de son contrat de travail**. Cette modification peut ainsi concerner par exemple, la rémunération du salarié ou encore le lieu de travail y compris en cas de délocalisation dès lors que l'employeur démontre que celle-ci repose sur une des quatre causes économiques prévues par la loi. Lorsque cette modification proposée d'un élément essentiel du contrat de travail est refusée par dix salariés au minimum, l'employeur doit mettre en œuvre la procédure de licenciement économique collectif (L. 1233-25).

Section 2. Les procédures de licenciement économique

Il faut distinguer la procédure de licenciement individuel pour motif économique (§ 1) et la procédure de licenciement économique collectif (§ 2).

§ 1. La procédure de licenciement individuel pour motif économique

La procédure de licenciement individuel pour motif économique qui ne s'applique que lorsque le licenciement

concerne un seul salarié, obéit aux règles du licenciement pour motif personnel avec, cependant, quelques spécificités procédurales :

- l'employeur définit les **critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements**, après consultation du CSE* (L. 1233-7) ;
- lors de l'entretien préalable, dans une entreprise de moins de 1 000 salariés, l'employeur doit proposer un **contrat de sécurisation professionnelle** tandis que dans les entreprises de plus de 1 000 salariés, il doit proposer un **congé de reclassement** ;
- le délai minimum entre la date de l'entretien et l'envoi de la lettre de licenciement doit être de **sept jours ouvrables** voire de quinze jours ouvrables s'il s'agit d'un cadre (L. 1233-15 dernier al.) ;
- la lettre de licenciement doit non seulement rappeler au salarié la **priorité de réembauche** dont il bénéficie ainsi que ses modalités de mise en œuvre mais aussi le **délai de douze mois pour contester le licenciement**. Faute de mentionner cette information, l'employeur ne peut opposer au salarié ce délai réduit lorsqu'il conteste la régularité ou la validité de son licenciement.

§ 2. Les procédures de licenciement collectif pour motif économique

Le licenciement collectif pour motif économique recouvre deux situations dans lesquelles les critères pris en compte sont relatifs à **l'effectif de l'entreprise**, au **nombre de salariés concernés**, à la présence ou non de **représentants élus** ou encore à la **durée de la procédure**. Ainsi, le code du travail encadre d'une part, le licenciement économique collectif de moins de dix salariés dans une même période de trente jours (A) et d'autre part,

le licenciement collectif de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours (B).

A. Le licenciement collectif de moins de dix salariés dans une même période de trente jours

Selon l'article L. 1233-8, l'employeur doit d'abord, **réunir et consulter le CSE*** en lui fournissant des renseignements sur le projet de licenciement : motifs, nombre de salariés de l'entreprise, nombre de salariés licenciés, calendrier du licenciement, critères utilisés pour l'ordre des licenciements... Le CSE* rend son avis dans un délai qui ne peut être supérieur à un mois à compter de la première réunion au cours de laquelle il est consulté. En l'absence d'avis rendu dans ce délai, il est réputé avoir été consulté. Quand il s'agit d'une entreprise dans laquelle il n'y a pas de CSE*, l'employeur n'a pas à réaliser une telle consultation sous réserve qu'il n'ait pas manqué à son obligation de mettre en place le CSE* ou qu'il puisse produire un procès-verbal de carence.

Ensuite, qu'il s'agisse d'un licenciement individuel ou de moins de dix salariés dans une même période de trente jours, la même procédure en trois étapes - convocation à l'entretien préalable, entretien préalable et notification - est mise en œuvre selon les **règles de droit commun sauf** la notification du licenciement qui ne peut être expédiée moins de **sept jours ouvrables** - voire quinze jours ouvrables s'il s'agit d'un cadre - à compter de la date de l'entretien préalable (L. 1233-15).

L'employeur doit également **informer la DREETS*** du ou des licenciements prononcés et lui communiquer le procès-verbal de la réunion du CSE* consulté sur ce projet de licenciement collectif (L. 1233-19 et L. 1233-20).

B. Le licenciement collectif de dix salariés ou plus sur une même période de trente jours

En vertu de l'article L. 1233-26, lorsqu'une entreprise d'au moins cinquante salariés a procédé pendant trois mois consécutifs au licenciement de plus de dix salariés au total, sans cependant atteindre sur une même période de trente jours dix licenciements, tout nouveau licenciement pour motif économique envisagé au cours des trois mois suivants, est soumis aux règles du licenciement d'au moins dix salariés. La règle a pour but d'éviter qu'un employeur retarde sa décision afin de bénéficier d'une procédure beaucoup moins lourde. Il en va de même, lorsqu'une entreprise d'au moins cinquante salariés a procédé au cours d'une année civile à des licenciements pour motif économique de plus de dix-huit salariés au total, sans avoir été tenue de présenter de plan de sauvegarde de l'emploi, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois premiers mois de l'année civile suivante, est soumis aux règles du licenciement d'au moins dix salariés (art. L. 1233-27). Ces dispositions sont destinées à **éviter la fraude** qui consisterait à licencier successivement pour ne jamais rentrer dans le cadre de la procédure de licenciement collectif de dix salariés ou plus.

L'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours **réunit et consulte le CSE*** (L. 1233-28) selon des modalités différentes en fonction de l'effectif de l'entreprise :

- dans les entreprises de **moins de cinquante salariés**, le CSE* tient **deux réunions séparées** par un délai maximum de quatorze jours (L. 1233-29) ;
- dans les entreprises de **cinquante salariés et plus**, la première consultation du CSE* porte sur **deux points** : d'une part, l'opération projetée et ses modalités

d'application et d'autre part, le projet de licenciement collectif (nombre de suppressions d'emplois, catégories professionnelles concernées, critères d'ordre, calendrier, mesures sociales d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi voire conséquences des licenciements projetés en matière de santé, sécurité ou conditions de travail lorsque tel est le cas). Sur ces deux points, le CSE* rend ses **deux avis**, au moins quinze jours après la première réunion, dans un délai maximum fixé par l'article L. 1233-30, II, qui varie selon le nombre de licenciements envisagés. En l'absence d'avis du CSE*, celui-ci est réputé avoir été consulté.

Lors de la première réunion, le CSE* peut décider de **recourir à une expertise** pouvant porter sur les domaines économiques et comptables ainsi que sur la santé, la sécurité ou les effets potentiels du projet sur les conditions de travail. Le rapport de l'expert est remis au CSE* et, le cas échéant, aux organisations syndicales, au plus tard quinze jours avant la dernière réunion du CSE* (art. L. 1233-34 dernier al.).

Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un **plan de sauvegarde de l'emploi (PSE*)** qui doit comporter d'une part, des **mesures pour éviter les licenciements** ou en **limiter le nombre** et d'autre part, des mesures visant à **faciliter le reclassement des salariés** dont le licenciement est inéluctable. Ainsi, le PSE* peut prévoir par exemple, des actions de formation, des créations d'activités nouvelles par l'entreprise ou encore des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail.

Le PSE* peut être mis en place, soit par un accord collectif, soit par un document unilatéral élaboré par l'employeur. Lorsque le PSE* est fixé par **un accord collectif** (L. 1233-21 et s.), la négociation de cet accord a lieu au plus tard, juste après la première réunion du CSE*

et l'administration est informée sans délai de l'ouverture de la négociation. Cet accord est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli **au moins 50 % des suffrages exprimés** lors du premier tour des élections professionnelles. L'accord collectif porte sur le contenu du PSE* et éventuellement sur les modalités d'information et de consultation du CSE*, le calendrier des licenciements, le nombre de suppressions d'emploi ou encore les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement. En revanche, il ne peut déroger aux obligations rappelées par l'article L. 1233-24-3 telles que par exemple, l'obligation d'effort de formation, d'adaptation et de reclassement incombant à l'employeur. Cet accord collectif fait l'objet d'un contrôle de conformité à la loi par la DREETS* qui le valide.

Lorsqu'à défaut d'accord, le PSE* est fixé par **un document unilatéral** (L. 1233-24-4) élaboré par l'employeur après la dernière réunion du CSE*, il précise l'obligation d'effort de formation, d'adaptation et de reclassement, les règles d'information et de consultation du CSE*, l'obligation pour l'employeur de proposer aux salariés le contrat de sécurisation professionnelle ou le congé de reclassement, la communication aux représentants du personnel des renseignements utiles sur le projet de licenciement (L. 1233-31) et les règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Le document unilatéral doit, quant à lui, être homologué par la DREETS* qui procède à un contrôle de proportionnalité. La DREETS* dispose de 21 jours pour rendre sa décision sur le PSE*, à défaut, le document unilatéral est réputé avoir été homologué.

En cas de contentieux relatif à l'accord ou au document unilatéral, ou aux décisions prises par l'administration, ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du **tribunal administratif** qui n'est pas compétent pour se

prononcer sur le motif du licenciement, cette question continuant à relever du conseil de prud'hommes.

Section 3. Le contrôle des droits et des obligations des parties

Le licenciement économique produit un certain nombre d'effets qui sont destinés à assurer une véritable protection au salarié licencié. À cette fin, le code du travail impose des obligations précises à la charge des employeurs (§ 1). Les procédures de contrôle et de sanctions en matière de licenciement économique contribuent au bon respect des droits et obligations des parties (§ 2).

§ 1. La protection du salarié licencié et les obligations de l'employeur

Les procédures de licenciement pour motif économique comportent des obligations particulières destinées à protéger le salarié licencié (A) tout en imposant à l'employeur d'appréhender ces procédures dans une perspective d'anticipation des mutations économiques de l'entreprise (B).

A. La protection du salarié licencié

Une fois que le salarié s'est vu notifier son licenciement, il doit en principe exécuter son préavis et peut ensuite bénéficier des indemnités de licenciement. Dans le cadre du licenciement économique, le salarié licencié dispose de plusieurs avantages supplémentaires : il a droit d'abord, au contrat de sécurisation professionnelle ensuite, à un congé de reclassement et enfin, à une priorité de réembauchage.

Le **contrat de sécurisation professionnelle** (L. 1233-65 et s.) a pour objet l'organisation et le déroulement d'un parcours de retour à l'emploi, le cas échéant au moyen d'une reconversion ou d'une création ou reprise

d'entreprise. Ce parcours, d'une durée maximale de douze mois, comporte des mesures d'accompagnement, des périodes d'évaluation des compétences et d'orientation professionnelle ainsi que des périodes de formation et de travail. Lorsque le salarié adhère au contrat de sécurisation professionnelle, le contrat de travail est rompu d'un commun accord entre les parties (L. 1233-67).

Dans les entreprises d'au moins mille salariés, l'employeur propose à chaque salarié concerné par le projet de licenciement économique, un **congé de reclassement** qui a pour objet de permettre au salarié de bénéficier d'actions de formation et des prestations d'une cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi (L. 1233-71). La durée du congé de reclassement ne peut excéder douze mois, voire vingt-quatre mois en cas de formation de reconversion professionnelle.

En vertu de l'article L. 1233-45, le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une **priorité de réembauche** durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il en fait la demande au cours de ce même délai. Dans ce cas, l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. L'employeur doit pouvoir apporter la preuve qu'il a satisfait à son obligation soit en prouvant qu'il a proposé les postes disponibles, soit en justifiant de l'absence de tels postes (Cass. soc, 16 sept. 2020, n° 19-14078). En outre, l'employeur informe les représentants du personnel des postes disponibles. Le salarié ayant acquis une nouvelle qualification bénéficie également de la priorité de réembauche au titre de celle-ci, s'il en informe l'employeur. Enfin, les salariés dont la priorité de réembauchage n'a pas été respectée ont droit à une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire (L. 1235-13).

B. Les obligations de l'employeur

L'employeur qui engage une procédure de licenciement pour motif économique doit, non seulement respecter les critères d'ordre des licenciements mais aussi respecter l'obligation d'adaptation et de reclassement. Le code du travail l'incite aujourd'hui, par ailleurs, à davantage d'anticipation et de prévision, dans le cadre de sa gestion prévisionnelle des emplois et des parcours professionnels.

Tout d'abord, l'employeur doit, lorsqu'il décide de procéder à des licenciements pour motif économique, s'appuyer sur des **critères d'ordre** fixés à titre indicatif par l'article L. 1233-5. Ces critères prennent notamment en compte les charges de famille, l'ancienneté du salarié, les qualités professionnelles appréciées par catégorie ou encore la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés. L'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères. Le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être fixé par un accord collectif.

Ensuite, l'article L. 1233-4 pose **l'obligation d'adaptation et de reclassement** comme préalable à tout licenciement pour motif économique. Il s'agit d'une **obligation de moyens renforcée** qui suppose que l'employeur adresse soit par écrit et de façon précise les offres de reclassement, soit diffuse par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés. Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. Ce reclassement ne peut être opéré que sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou dans les autres entreprises du groupe - au

sens du droit commercial - dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel. À défaut, la recherche de reclassement est limitée à l'entreprise à laquelle appartient le salarié.

Enfin, le législateur a, au fil des ans, multiplié les dispositions visant à **anticiper** sur les éventuelles transformations de l'emploi, les départs à la retraite ou encore la formation des salariés. Plus précisément, le code du travail impose d'une part, que le **CSE*** **soit informé et consulté** notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs (L. 2312-8) et d'autre part, dans les entreprises de trois cents salariés et plus, qu'une négociation soit engagée sur le fondement des orientations stratégiques de l'entreprise et de leurs conséquences, sur **la gestion des emplois et des parcours professionnels et sur la mixité des métiers** (GEPPMM*) (L. 2242-20).

Autant d'obligations à la charge de l'employeur mais aussi des salariés qui devront s'adapter et se former au regard des évolutions prévisibles de l'emploi dans l'entreprise, et ce, aussi afin d'éviter les sanctions.

§ 2. Prévention, contrôles et sanctions du licenciement économique

Le législateur a, depuis plusieurs années, développé des dispositifs conventionnels de prévention des licenciements pour motif économique dont il ne reste aujourd'hui qu'un dispositif unique : l'accord de performance collective (A). Lorsque le licenciement économique n'a pu être évité, des contrôles et éventuellement des sanctions vont pouvoir être décidés (B).

A. Les accords de performance collective, dispositif de prévention ?

Ces accords de performance collective prévus par l'article L. 2254-2 visent à **répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou à préserver ou développer l'emploi**. Ces accords doivent permettre à l'entreprise de s'adapter aux évolutions à la hausse ou à la baisse du marché et ne sont pas subordonnés à l'existence de difficultés économiques. Ils peuvent même s'inscrire dans une stratégie offensive en vue de la création d'emplois. Ces accords doivent définir leurs objectifs dans un préambule.

Ces **accords majoritaires** peuvent alternativement ou cumulativement :

- aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- aménager la rémunération, dans le respect des salaires minima hiérarchiques ;
- déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

La durée de l'accord peut être fixée par les parties dans le cadre de l'accord. Il peut s'agir d'un accord à durée déterminée (maximum cinq ans) ou à durée indéterminée.

Les salariés sont informés par tout moyen conférant date certaine et précise de l'existence et du contenu de l'accord et de la possibilité pour chacun d'eux, soit d'accepter, soit de refuser l'application de l'accord de performance collective.

Lorsque **le salarié accepte l'application de l'accord** collectif de performance collective, **les dispositions de ce dernier se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail**, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Lorsque **le salarié souhaite refuser l'application de l'accord**, il dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur, à compter de la date à laquelle il a été informé par l'employeur. Le refus de l'accord de performance collective constitue un **motif spécifique de licenciement**, l'entreprise dispose d'un délai de deux mois, à compter de la réception du refus pour engager une procédure de licenciement. Sur la forme, ce licenciement est soumis aux règles du licenciement individuel pour motif personnel. Le salarié licencié dans de telles conditions bénéficie de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, de l'indemnité compensatrice de congés payés le cas échéant et voit son compte personnel de formation abondé par l'employeur. Enfin, il peut s'inscrire et être accompagné comme demandeur d'emploi.

B. Les contrôles et les sanctions des procédures de licenciement économique

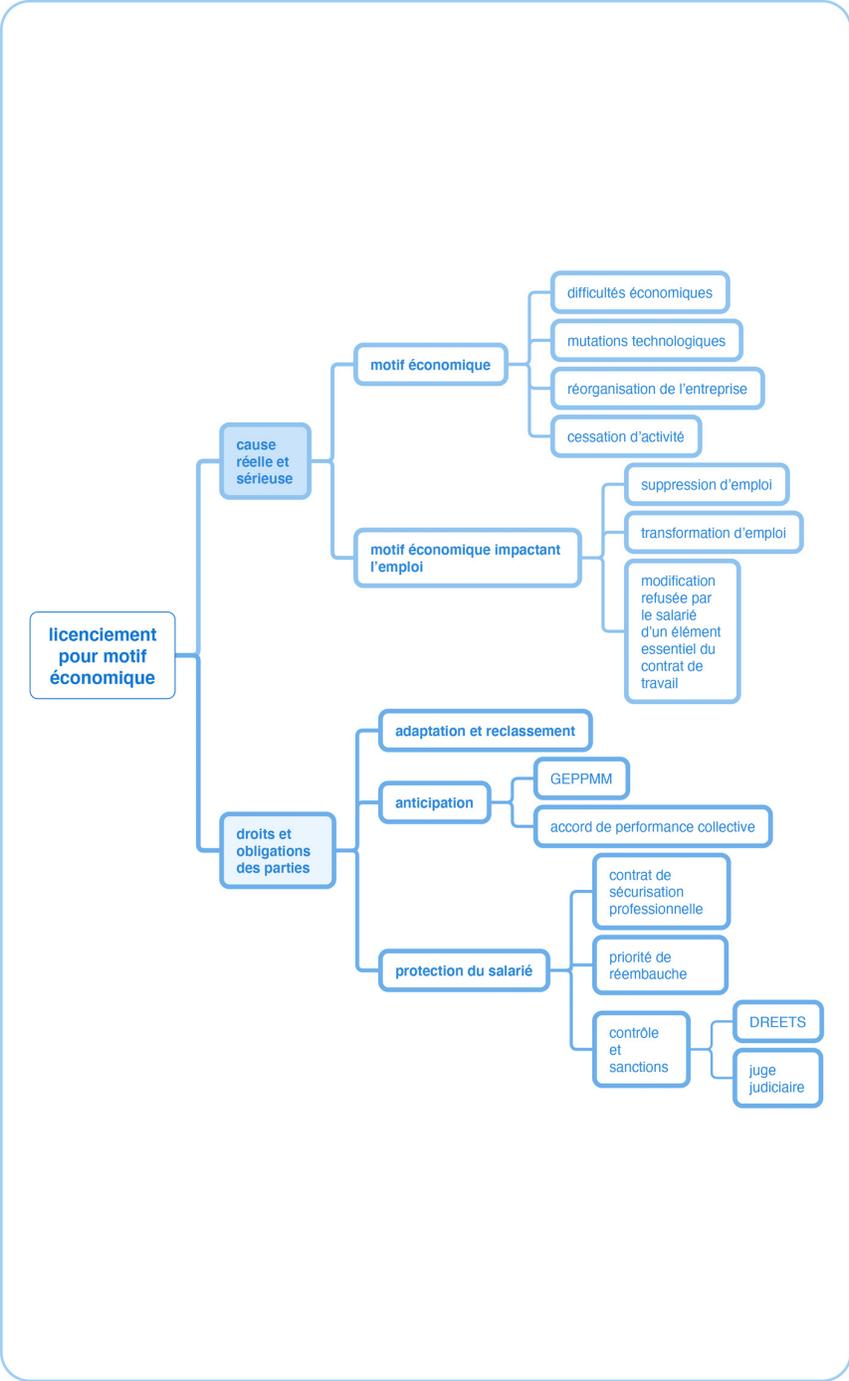
Il convient de préciser que le licenciement pour motif économique peut faire l'objet de plusieurs contrôles non seulement **par l'autorité administrative** (DREETS*) mais aussi par le **juge judiciaire** qui, lorsqu'il est saisi, doit s'assurer de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement et apprécier le cas échéant, la cause économique au regard des exigences posées par l'article L. 1233-3. Ce dernier vérifie notamment que le licenciement économique, est bien, au regard du contexte, la solution ultime, quel que soit le motif invoqué.

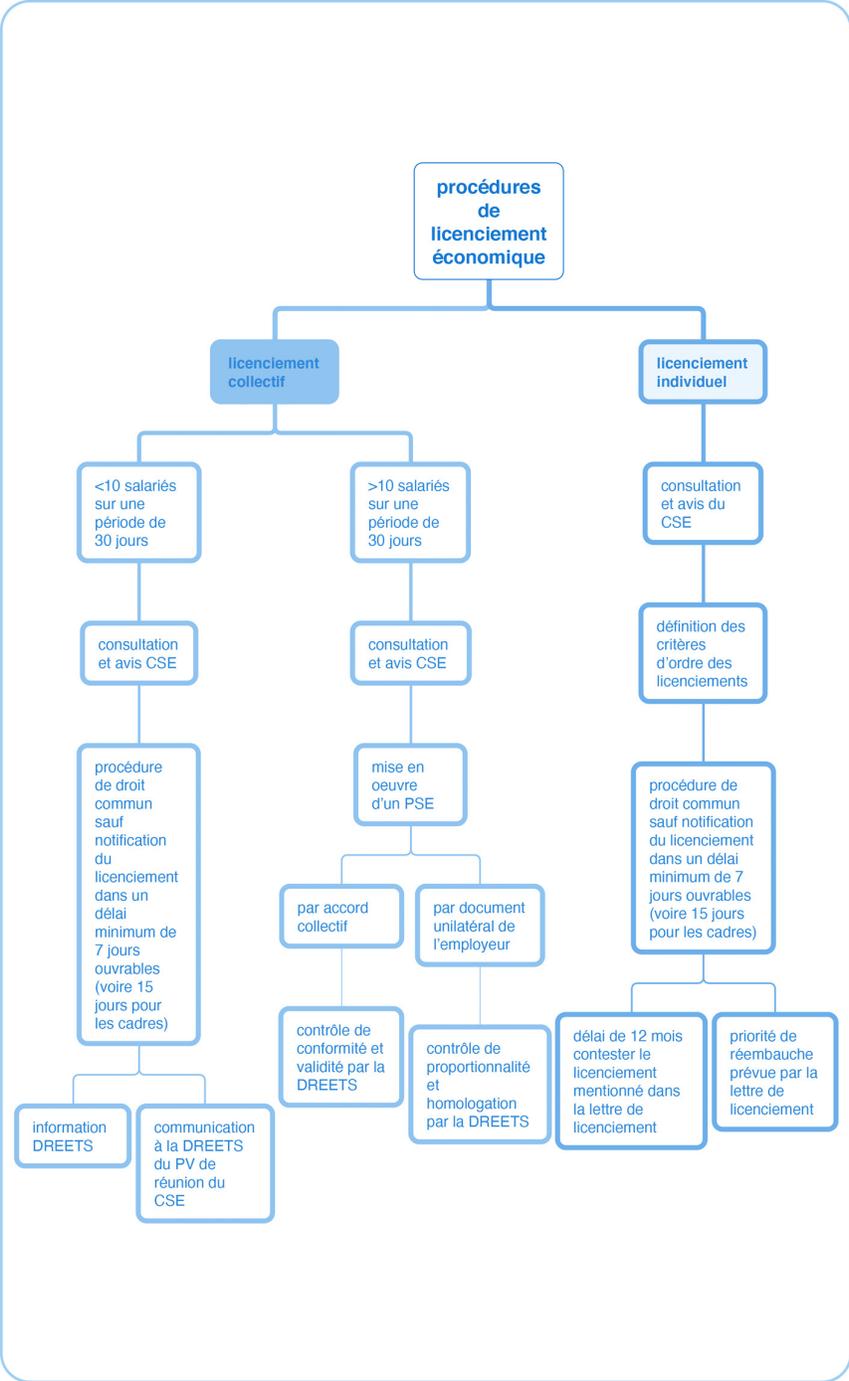
Le code du travail (L. 1235-10) permet de sanctionner par la **nullité** des licenciements, les licenciements économiques collectifs notifiés aux salariés en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation de l'accord portant sur le PSE* ou du document unilatéral de l'employeur par la DREETS* ou alors qu'une décision

négative a été rendue. De même, la nullité est encourue lorsque le juge administratif annule la décision de validation ou d'homologation de l'autorité administrative en raison d'une insuffisance ou d'une absence de plan de sauvegarde de l'emploi. Lorsque le juge judiciaire constate que le licenciement est intervenu alors que la **procédure de licenciement est nulle**, il peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié. Le salarié a le droit d'être réintégré dans son emploi (L. 1235-11 et L. 1235-16 al. 1) sauf lorsque la **réintégration** est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible. En cas d'impossibilité constatée par le juge, le juge octroie une **indemnité à la charge de l'employeur** qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

D'autres indemnisations peuvent être allouées par le juge afin de sanctionner le non-respect par l'employeur de ses obligations dans le cadre de la procédure de licenciement pour motif économique, en fonction de l'ancienneté du salarié et de l'effectif de l'entreprise (L. 1235-14). Ainsi, d'abord, en cas de **non-respect de l'obligation de reclassement**, le salarié peut obtenir des dommages et intérêts. Ensuite, en cas de **non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative**, le juge accorde au salarié compris dans un licenciement collectif pour motif économique, une indemnité à la charge de l'employeur calculée en fonction du préjudice subi (L. 1235-12). De même encore, **en cas de non-respect de la priorité de réembauche**, le juge accorde au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire (L. 1235-13). Enfin, en cas de licenciement pour motif économique mis en œuvre dans

une entreprise où **le CSE* n'a pas été mis en place alors qu'elle est assujettie à cette obligation** et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi, le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut, sans préjudice des indemnités de licenciement et de préavis (L. 1235-15).





Les conséquences et les modalités de la rupture du contrat de travail

La mise en œuvre de la rupture du contrat de travail a pour conséquences non seulement le respect d'un préavis et le paiement d'indemnités de licenciement (S 1) mais aussi l'accomplissement de formalités obligatoires auxquelles peuvent s'ajouter le recours facultatif à la transaction (S 2).

Section 1. Le préavis et les indemnités

Le préavis (§ 1) est la période durant laquelle le contrat de travail continue de produire effet alors même que l'une des parties a notifié à l'autre sa décision de le rompre. Cette rupture lorsqu'elle se réalise par la voie d'un licenciement, peut donner lieu au versement d'indemnités (§ 2).

§ 1. Le préavis

En **principe**, en cas de démission, de licenciement, de départ ou de mise à la retraite, le salarié doit accomplir un préavis.

Par **exception**, la loi prévoit plusieurs cas dans lesquels il n'y a pas de préavis : licenciement pour faute grave ou lourde, licenciement pour inaptitude professionnelle,

rupture conventionnelle du contrat de travail, prise d'acte par le salarié, licenciement économique avec adhésion du salarié au contrat de sécurisation professionnelle et quelques cas particuliers de démission.

La **durée du préavis** varie selon l'origine de la rupture du contrat de travail, cette durée est fixée par les conventions collectives et dans certains cas par la loi. Ainsi, par exemple, en matière de licenciement non fondé sur une faute grave, le salarié a droit, en vertu de l'article L. 1234-1 à un préavis d'un mois s'il justifie d'une ancienneté comprise entre six mois et deux ans. Cette disposition ne s'applique que si les autres sources de droit applicables à la relation de travail ne prévoient pas un préavis ou une condition d'ancienneté de services plus favorable pour le salarié.

Cette durée s'apprécie en **semaines civiles** et en **mois calendaires**. Ce préavis est un **délai préfix** c'est-à-dire qu'il ne peut être interrompu ou suspendu. Ainsi par exemple, si le salarié tombe malade, le préavis continue à courir jusqu'à son terme, sans report possible. Il y a cependant **trois exceptions pour lesquelles le préavis est suspendu** : le salarié est en arrêt pour accident du travail, en congé maternité ou en congés payés. Le délai commence à courir en cas de licenciement à compter de la date de la première présentation de la lettre recommandée au domicile du salarié et en cas de démission à compter de la réception de la lettre de démission par l'employeur. Pendant toute la durée du préavis, **le contrat de travail continue à s'exécuter normalement**. Mais, si au cours du préavis, le salarié commet une faute grave, d'une part, cela entraîne la cessation immédiate du contrat de travail et d'autre part, cela aura une incidence sur le montant de l'indemnité de licenciement qui prend en compte l'ancienneté du salarié à l'expiration du contrat (Cass. soc, 11 sept. 2019, n° 18-12.606).

Lorsque le salarié n'exécute pas son préavis, il a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité compensatrice. Lorsque c'est l'employeur qui **dispense** le salarié d'exécuter son préavis, le salarié ne peut se maintenir dans l'entreprise mais les **obligations découlant du contrat de travail demeurent**, à l'exception de l'exécution de la prestation de travail. Enfin, l'employeur est tenu de respecter le préavis même en cas de cessation d'activité de l'entreprise.

§ 2. Les indemnités liées au licenciement

Lors de la rupture du contrat de travail par l'employeur, le salarié peut, sous conditions, bénéficier d'une part, d'une indemnité de licenciement (A) et d'autre part, d'autres indemnités compensatrices de préavis ou de congés payés (B).

A. L'indemnité de licenciement

L'indemnité de licenciement peut être prévue par plusieurs sources de droit : soit la loi (indemnité **légale**), soit les conventions et accords collectifs (indemnité **conventionnelle**), soit le contrat de travail (indemnité **contractuelle**), soit encore les usages professionnels. **Ces indemnités ne se cumulent pas entre elles** ; le salarié bénéficie de celle qui est la plus avantageuse pour lui.

L'indemnité légale de licenciement est une indemnité soumise par l'article L. 1234-9 à une **double condition** :

- le salarié, titulaire d'un CDI*, doit compter 8 mois d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur ;
- le salarié ne doit pas être licencié pour faute grave ou lourde.

Bien souvent, les dispositifs conventionnels ou contractuels, voire les usages professionnels posent des

conditions moins restrictives, ce qui permet, en application du **principe de faveur**, d'en faire bénéficier plus facilement le salarié licencié.

Pour le **calcul de l'indemnité de licenciement**, le salaire à prendre en considération est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié :

- soit la moyenne mensuelle des douze derniers mois précédant le licenciement ;
- soit le tiers des trois derniers mois.

Cette indemnité est calculée par année de service dans l'entreprise et, en cas d'année incomplète, proportionnellement au nombre de mois complets.

L'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à :

- un quart de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans ;
- un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans.

L'indemnité de licenciement peut se cumuler avec d'autres indemnités liées elles aussi à la rupture du contrat de travail.

B. Les autres indemnités

Lors du licenciement, si le salarié n'exécute pas son préavis, il peut, sous certaines conditions, bénéficier d'une **indemnité compensatrice de préavis**. Cette indemnité est versée au salarié qui n'a pas pu, du fait de son employeur, exécuter sa période de préavis. Dès lors que l'employeur s'oppose à ce que le salarié exécute son préavis, il est tenu de lui verser une indemnité compensatrice de préavis, que la rupture résulte d'un licenciement ou d'une démission. Cette indemnité est également due en cas de prise d'acte de rupture par le

salarié ou de résiliation judiciaire aux torts de l'employeur, ou encore lorsque le salarié n'a pu exécuter son préavis en raison de son inaptitude professionnelle découlant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

Inversement, le salarié ne peut bénéficier de l'indemnité compensatrice de préavis s'il a lui-même sollicité la dispense de préavis, s'il a fait l'objet d'un licenciement pour faute grave ou faute lourde ou encore s'il se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son préavis pour des raisons non professionnelles telles que la maladie, l'incarcération ou encore la perte de son permis de conduire. Il faut ajouter que même en cas de faute grave, si le contrat de travail prévoit un préavis, sans l'écarter pour les fautes graves, le salarié licencié pour faute grave peut réclamer une indemnité compensatrice de préavis (Cass. soc, 20 mars 2019, n° 17-26.999).

Le **montant** de l'indemnité compensatrice de préavis est **égal à la rémunération brute** (salaires et autres primes et avantages venant à échéance pendant le préavis) que le salarié aurait perçue s'il avait effectué sa période de préavis. Sont donc exclus du calcul, les primes exceptionnelles et les remboursements de frais. Elle est versée soit chaque mois de préavis non exécuté, soit en intégralité, lors du départ effectif de l'entreprise.

Cette indemnité est **cumulable** avec l'indemnité de licenciement, mais aussi avec les indemnités pour irrégularités de la procédure ou licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou encore l'indemnité compensatrice de congés payés.

L'indemnité compensatrice de congés payés est destinée à payer au salarié dont le contrat est rompu, la part des congés auxquels il avait droit et dont il n'a pas bénéficié. **Cette indemnité est due quel que soit le mode de rupture**, indépendamment également du type de contrat de travail (CDI*, CDD*, contrat d'apprentissage

etc..) et quel que soit le moment auquel intervient la rupture (ex : pendant la période d'essai).

L'employeur ne peut pas imposer au salarié de prendre ses congés pendant son préavis et si le salarié est en congés lors de la rupture de son contrat de travail, la période de préavis ne commencera à courir qu'à compter de la fin des congés.

Cette indemnité est calculée, selon les mêmes modalités que l'indemnité classique de congés payés (L. 3141-24 et s.) en fonction des jours ouvrés de congés c'est-à-dire en fonction des jours qui auraient été effectivement travaillés par le salarié. Elle doit être **versée au salarié au moment où il quitte effectivement l'entreprise.**

Section 2. Les formalités obligatoires et la transaction éventuelle

Lors de la rupture du contrat de travail, l'employeur doit remettre au salarié un certain nombre de documents (§ 1). Il peut aussi en profiter pour recourir à la transaction (§ 2).

§ 1. La remise obligatoire de documents

À l'expiration du contrat de travail, l'employeur délivre au salarié **trois documents** :

- le certificat de travail (L. 1234-19) ;
- le reçu pour solde de tout compte (L. 1234-20) ;
- l'attestation d'assurance-chômage (R. 1234-9).

Le **certificat de travail** précise uniquement les dates d'entrée et de sortie du salarié, la nature de l'emploi ou des emplois successivement occupés et les périodes pendant lesquels ces emplois ont été tenus.

Le **reçu pour solde de tout compte** permet à l'employeur d'établir le solde de tout compte dans lequel il

fait l'inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail, ce dont le salarié lui donne reçu. Il est établi en double exemplaire. Il peut être dénoncé par lettre recommandée, dans les six mois qui suivent sa signature, délai au-delà duquel il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées.

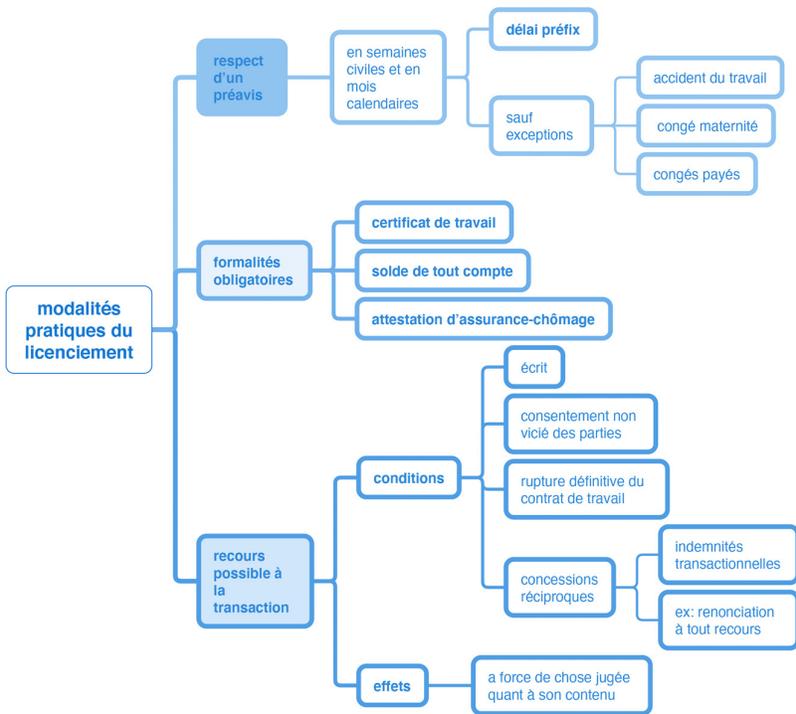
L'attestation d'assurance-chômage est quant à elle, destinée à Pôle emploi. Elle est remise au salarié à la fin du contrat de travail avec le dernier bulletin de paye et transmise à Pôle emploi, en principe par voie électronique.

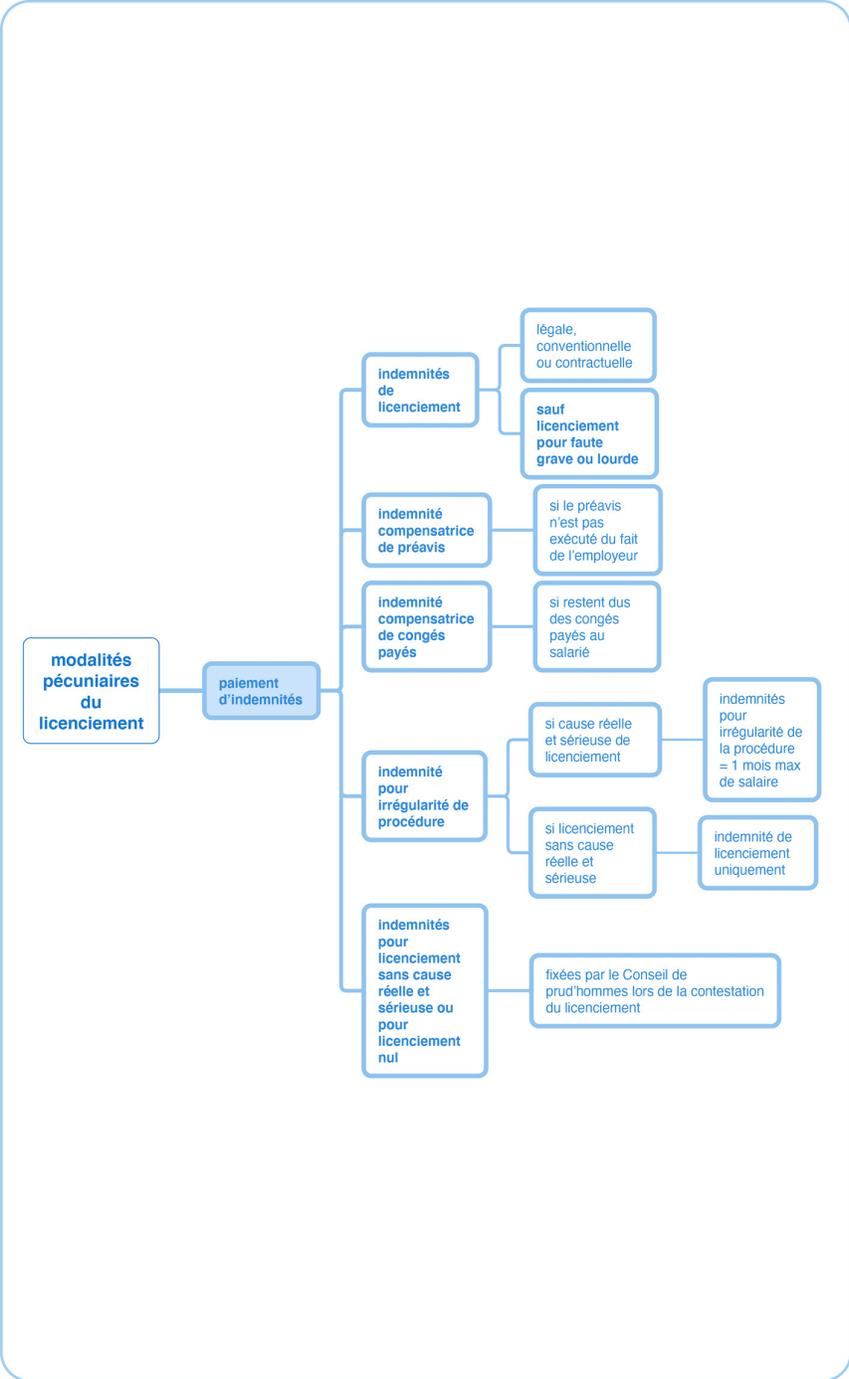
§ 2. Le recours possible à la transaction

Selon l'article 2044 cciv., la transaction est « *un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». La jurisprudence a admis le recours aux transactions pour régler les conséquences de la rupture du contrat de travail, mais elle a posé plusieurs conditions afin que la transaction puisse produire ses effets.

Quant aux **conditions** d'abord, la transaction doit être rédigée par **écrit et doit être le fruit d'un consentement non vicié des parties**. Ensuite, elle ne peut être conclue que lorsque **la rupture du contrat de travail est intervenue et devenue définitive** (ex : réception de la lettre de licenciement ou notification de la démission), à défaut la transaction est nulle (Cass. soc, 12 févr. 2020, n° 18-19149). Elle doit également comporter des **concessions réciproques** et réelles (ex : l'employeur renonce au paiement de congés payés et en contrepartie le salarié n'a pas à effectuer de préavis et à respecter la clause de non-concurrence, Cass.soc., 1^{er} déc. 2004, n° 02-46341).

Quant aux **effets de la transaction** valablement conclue, il faut souligner que seul ce qui a été prévu dans **la transaction a force de chose jugée**, dès lors, le salarié reste libre de saisir la juridiction prud'homale sur d'autres demandes que celles réglées par la transaction. La transaction met fin à toutes les contestations qui y sont mentionnées et à toute demande en justice à laquelle les parties ont déclaré renoncer. Ainsi, la jurisprudence a confirmé la validité d'une clause de renonciation générale (Cass. soc. 20 févr. 2019, n° 17-19.676). Lorsque l'employeur verse au salarié des indemnités transactionnelles, ces dernières ne doivent avoir que pour objet de réparer un préjudice subi par le salarié du fait de la rupture de son contrat de travail, afin de pouvoir bénéficier d'un régime social et fiscal avantageux, mais à défaut, le redressement par l'URSSAF* est encouru (Cass. Civ. 2, 4 avril 2019, n° 18-12.898).





Sous-titre 3

Les modes de rupture d'un commun accord

La rupture conventionnelle du contrat de travail peut prendre soit une forme individuelle (chapitre 1), soit une forme collective (chapitre 2).

Chapitre 1

La rupture conventionnelle individuelle

Ce mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée connaît un fort succès (plus d'un million de ruptures conventionnelles individuelles ont été signées) depuis son instauration en 2008. Ce mode de rupture prend sa source dans le droit des obligations, notamment l'article 1193 cciv qui précise que « *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ». Ainsi, en vertu des articles L. 1237-11 et suivants « *l'employeur et le salarié peuvent convenir ensemble des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie* ».

Depuis le 1^{er} janvier 2020, ce **dispositif est également ouvert**, à titre définitif, aux **contractuels de la fonction publique** en CDI* et, à titre expérimental, pour une durée de six ans, aux **titulaires des trois fonctions publiques**.

La rupture conventionnelle individuelle **ne peut être mise en œuvre** ni dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des parcours professionnels (accord GEPPMM*), ni dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, ni enfin, dans le cadre d'un accord de rupture conventionnelle collective (L. 1237-16).

Cette rupture conventionnelle individuelle obéit à des modalités précises pour sa mise en place (section 1) et répond à un régime juridique étroitement contrôlé par le juge social (section 2).

Section 1. Les modalités de mise en œuvre

La rupture conventionnelle individuelle résulte d'une **convention librement signée par les parties**. La négociation de cette convention se fait à l'occasion d'un ou plusieurs **entretiens** au cours desquels les parties conviennent du principe d'une rupture conventionnelle et déterminent ses modalités.

L'absence d'entretien entraîne la nullité de la convention de rupture (Cass. soc, 1^{er} déc. 2016, n° 15-21609). Le salarié, a le **droit, pour ces entretiens, de se faire assister** soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, soit, en l'absence d'IRP*, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative. L'employeur est dans l'obligation d'informer le salarié de l'existence de ce droit. Il ne peut se faire assister lui-même, en principe, par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, que si le salarié décide de l'être également. Le non-respect de ces règles d'assistance n'entraîne la nullité de la rupture que si le salarié démontre que le défaut d'information sur son droit à être assisté ou la surreprésentation de l'employeur a provoqué une contrainte ou une pression à son égard (Cass. soc, 5 juin 2019, n° 18-10901).

La négociation de la convention de rupture implique de fixer les conditions de celle-ci et notamment :

- le montant de **l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle** qui ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement ;
- la **date de la rupture du contrat de travail** qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation.

La rédaction de la convention nécessite de remplir le **formulaire Cerfa** n° 14598*01. Celui-ci doit être signé par les parties et un exemplaire doit être remis au salarié, sous peine de **nullité de la convention** (Cass. soc, 23 sept. 2020, n° 18-25770). Ainsi, la jurisprudence a pu considérer que d'une part, la mention « *remis en deux exemplaires* » inscrite dans la convention de rupture ne permet pas de présumer que l'acte a été effectivement remis au salarié (Cass. soc, 3 juil. 2019, n° 18-14.414) et d'autre part, la remise au salarié d'un exemplaire non signé par l'employeur emporte nullité de la convention de rupture (Cass. soc, 3 juil. 2019, n° 17-14.232).

À compter de la date de signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son **droit de rétractation**, en adressant une lettre par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie. L'employeur comme le salarié sont soumis aux mêmes conditions de rétractation (Cass. soc, 19 juin 2019, n° 18-22897).

À l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une **demande d'homologation** de la convention à la DREETS*, avec un exemplaire de la convention de rupture. L'autorité administrative dispose alors, à compter de la réception de la demande, d'un délai de quinze jours pour vérifier les modalités de la rupture. À défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise. Comme le rappelle l'article L. 1237-14al 3, « **la validité de la convention est subordonnée à son homologation** ».

Section 2. Le régime juridique

La rupture conventionnelle est exclusive du licenciement ou de la démission et **ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties**. Cependant, l'existence de différends voire de tensions entre l'employeur et le salarié n'interdit pas le recours à la rupture conventionnelle (Cass. soc, 15 janv. 2014, n° 12-23942). De même, l'existence d'un fait de harcèlement n'affecte pas elle-même la validité de la rupture conventionnelle sauf si le salarié établit que lors de la rupture son consentement a été vicié du fait du harcèlement (Cass. soc, 23 janv. 2019, n° 17-21550). Aussi, l'employeur ne peut abuser de son pouvoir disciplinaire pour faire pressions sur le salarié et obtenir la rupture conventionnelle (Cass. soc, 8 juil. 2020, n° 19-15441).

La jurisprudence élargit au fil du temps **les bénéficiaires de la rupture conventionnelle individuelle**. Ainsi, elle l'a déjà considérée comme possible en cas d'arrêt de travail du salarié (Cass. soc, 30 sept. 2014, n° 13-16297), ou encore avec une salariée enceinte, en congé maternité ou à son retour de congé (Cass. soc, 25 mars 2015, n° 14-10149) ou enfin, avec un salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail, sauf en cas de fraude ou de vice du consentement (Cass. soc, 9 mai 2019, n° 17-28767).

La rupture conventionnelle est également possible pour **les salariés protégés**, elle est alors soumise à **l'autorisation de l'inspecteur du travail**. La rupture ne peut intervenir que le lendemain du jour de l'autorisation. En cas de contestation de l'autorisation donnée par l'administration, ce sont les **juridictions administratives** qui sont compétentes.

Pour les salariés non protégés, tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence exclusive du **conseil des prud'hommes**. Lorsqu'un recours est formé, il doit l'être, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un **délai de**

douze mois à compter de la date d'homologation de la convention.

Enfin, si après la rupture conventionnelle homologuée, des différends demeurent entre les parties, sur d'autres points que la rupture, il est possible de recourir à la **transaction** (Cass. soc, 26 mars 2014, n° 12-21136).

La rupture conventionnelle collective

Créée par les ordonnances Macron du 22 septembre 2017, la rupture convention collective vise à encadrer les départs volontaires, exclusifs du licenciement ou de la démission. Elle nécessite le respect des modalités de mise en place prévues par les articles L. 1237-19 et suivants (Section 1) et obéit à un régime juridique spécifique (Section 2).

Section 1. Les modalités de mise en place

La rupture conventionnelle collective ne peut être mise en place que par un **accord collectif majoritaire** conclu au niveau de l'entreprise, de l'établissement ou du groupe. En amont de la conclusion de cet accord, il est possible d'adopter un accord d'adaptation afin de fixer le cadre et les modalités de la négociation. L'autorité administrative doit être informée dès l'ouverture d'une négociation en vue d'un accord de rupture conventionnelle collective.

Le **contenu obligatoire de l'accord** prévu à l'article L. 1237-19-1 détermine :

« 1° Les modalités et conditions **d'information du comité social et économique**, s'il existe ;

2° Le **nombre maximal de départs envisagés**, de suppressions d'emplois associées, et la **durée** pendant

laquelle des ruptures de contrat de travail peuvent être engagées sur le fondement de l'accord ;

3° Les **conditions que doit remplir le salarié** pour en bénéficier ;

4° Les modalités de **présentation et d'examen des candidatures** au départ des salariés, comprenant les conditions de transmission de l'accord écrit du salarié au dispositif prévu par l'accord collectif ;

4° bis Les modalités de conclusion d'une **convention individuelle de rupture** entre l'employeur et le salarié et d'exercice du droit de rétractation des parties ;

5° Les **modalités de calcul des indemnités de rupture garanties au salarié**, qui ne peuvent être inférieures aux indemnités légales dues en cas de licenciement ;

6° Les **critères de départage** entre les potentiels candidats au départ ;

7° Des mesures visant à faciliter **l'accompagnement et le reclassement externe des salariés sur des emplois équivalents**, telles que le congé de mobilité dans les conditions prévues aux articles L. 1237-18-1 à L. 1237-18-5, des **actions de formation**, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion ou des **actions de soutien à la création** d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés ;

8° Les **modalités de suivi** de la mise en œuvre effective de l'accord portant rupture conventionnelle collective. »

Lorsque l'accord est conclu, il est transmis à la DREETS* pour **validation** (L. 1237-19-3 et L. 1237-19-5). Elle doit alors vérifier que l'accord est conforme à l'article L. 1237-19, qu'il comporte bien les clauses obligatoires, que les mesures d'accompagnement, de reclassement, de formation sont précises et concrètes et que le CSE* a bien été informé. L'autorité administrative dispose d'un délai de quinze jours à compter de la réception de l'accord pour

valider celui-ci, par décision motivée. L'absence de réponse de la DREETS* dans ce délai vaut décision d'acceptation de validation. Elle **notifie** sa décision de validation à **l'employeur**, au **CSE*** et aux **signataires de l'accord**. La décision de validation ainsi que les délais et voies de recours doivent être portés à la **connaissance des salariés** par voie d'affichage sur les lieux de travail ou par tout autre moyen permettant de donner date certaine à cette information. En cas de **refus de validation**, un nouvel accord peut être négocié, il doit tenir compte de la motivation de la décision de l'autorité administrative. Dans un tel cas, le CSE* doit, à nouveau, être informé de la reprise de la négociation. Une nouvelle demande de validation doit ensuite être transmise à la DREETS* (L. 1237-19-6).

Quant à la **mise en œuvre de l'accord**, elle débute par les **candidatures** par écrit des salariés intéressés par la rupture conventionnelle collective, selon les modalités prévues par l'accord. Si l'employeur accepte, suivant les critères d'éligibilité et de départage et les modalités fixées par l'accord, une **convention individuelle de rupture** est signée. Lorsqu'il s'agit d'un salarié protégé ou d'un médecin du travail, ils bénéficient de la procédure spécifique d'autorisation de l'inspecteur du travail. Si l'employeur refuse, il doit justifier sa décision par un motif objectif. Une fois la demande du salarié acceptée par l'employeur, le contrat de travail est considéré comme **rompu d'un commun accord entre les parties**, mais il faudra attendre la fin du **délai de rétractation** prévu par l'accord et dont disposent les parties pour acter définitivement la fin du contrat. Enfin, la DREETS* participe, comme le CSE*, au **suivi de la mise en œuvre de l'accord** et est destinataire du bilan des mesures visant à faciliter le reclassement externe des salariés sur des emplois équivalents.

Section 2. Le régime juridique

Outre les exigences relatives à la mise en place de l'accord de rupture conventionnelle collective, l'accord collectif de rupture collective **exclut tout licenciement** pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois (L. 1237-19). Cet engagement du **maintien de l'emploi** doit figurer expressément dans l'accord, cela peut éviter, en cas de difficultés économiques, un risque de remise en cause pour fraude aux règles du PSE* (CAA Versailles, 14 mars 2019, n° 18VE04158, sté Téléperformance). Plus précisément, la **rupture conventionnelle collective** permet une restructuration pas forcément liée à un motif économique et **peut être proposée quelle que soit la situation financière de l'entreprise**. Un tel dispositif offre la possibilité à l'entreprise de conduire des réorganisations pour réduire les sureffectifs ou mieux gérer les compétences, dans des délais relativement courts et avec peu de contraintes puisque fondée sur une **démarche volontaire du salarié**. Ce dispositif est **ouvert à toutes les entreprises** contrairement au PSE* qui ne s'applique qu'aux entreprises employant habituellement au moins 50 salariés.

Dans le cadre de ces accords de rupture conventionnelle collective, les entreprises de plus de 1 000 salariés ou appartenant à un groupe de plus de 1 000 salariés ou de dimension communautaire employant plus de 1 000 salariés sont assujetties à **l'obligation** de « **contribuer à la création d'activités et au développement des emplois** et d'atténuer les effets de l'accord portant rupture conventionnelle collective envisagé sur les autres entreprises **dans le ou les bassins d'emploi** », lorsque les suppressions d'emplois résultant de l'accord collectif affectent, par leur ampleur, l'équilibre du ou des bassins dans lesquels elles sont implantées (L. 1237-19-9). Cette

obligation se matérialise par la conclusion d'une **convention de revitalisation** entre l'entreprise et l'autorité administrative dans laquelle sont précisées les modalités concrètes de cette contribution (L. 1237-19-9 à L. 1237-19-14).

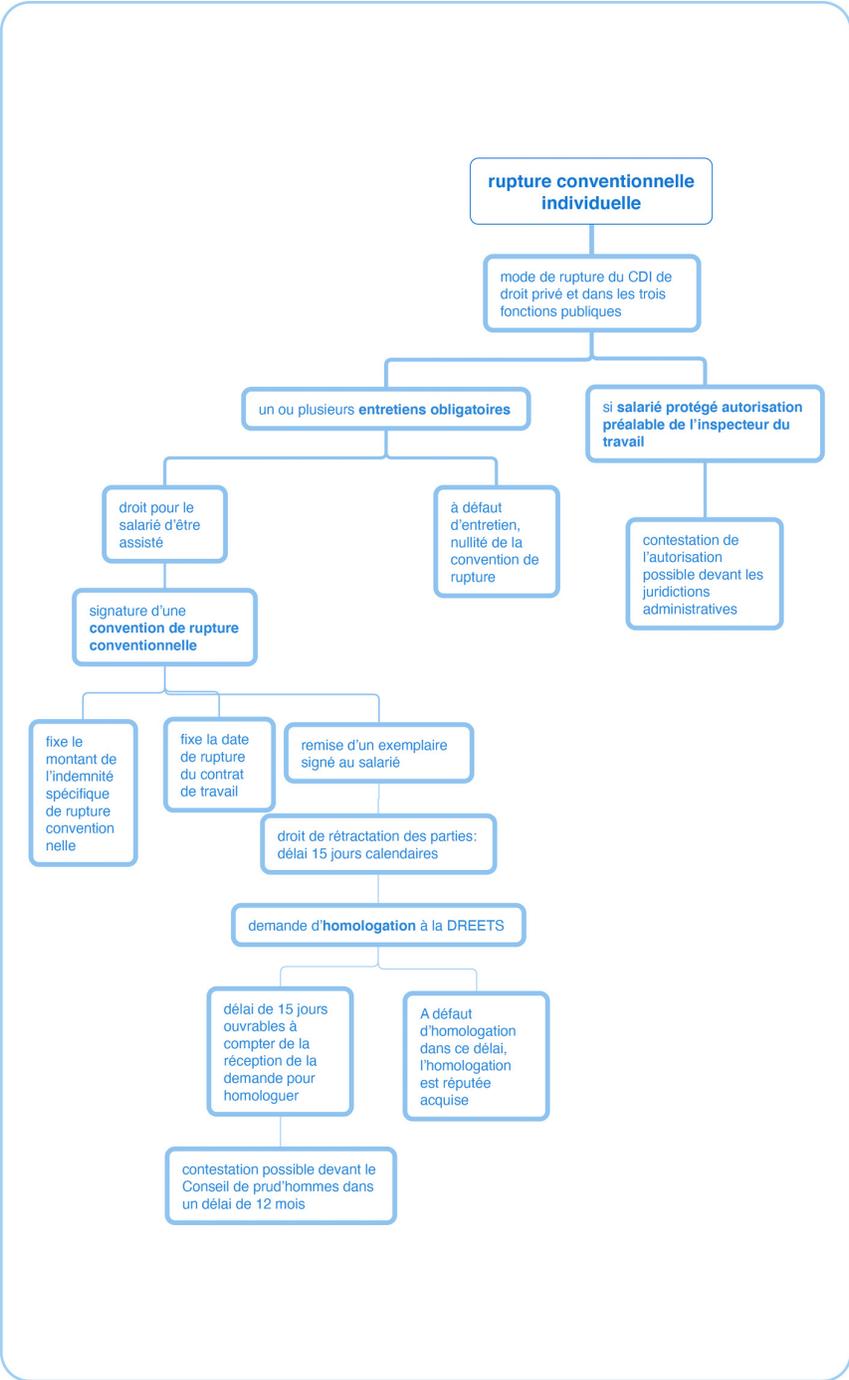
En cas de litige, comme en matière de PSE*, un **partage de compétence** entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires est prévue par la loi.

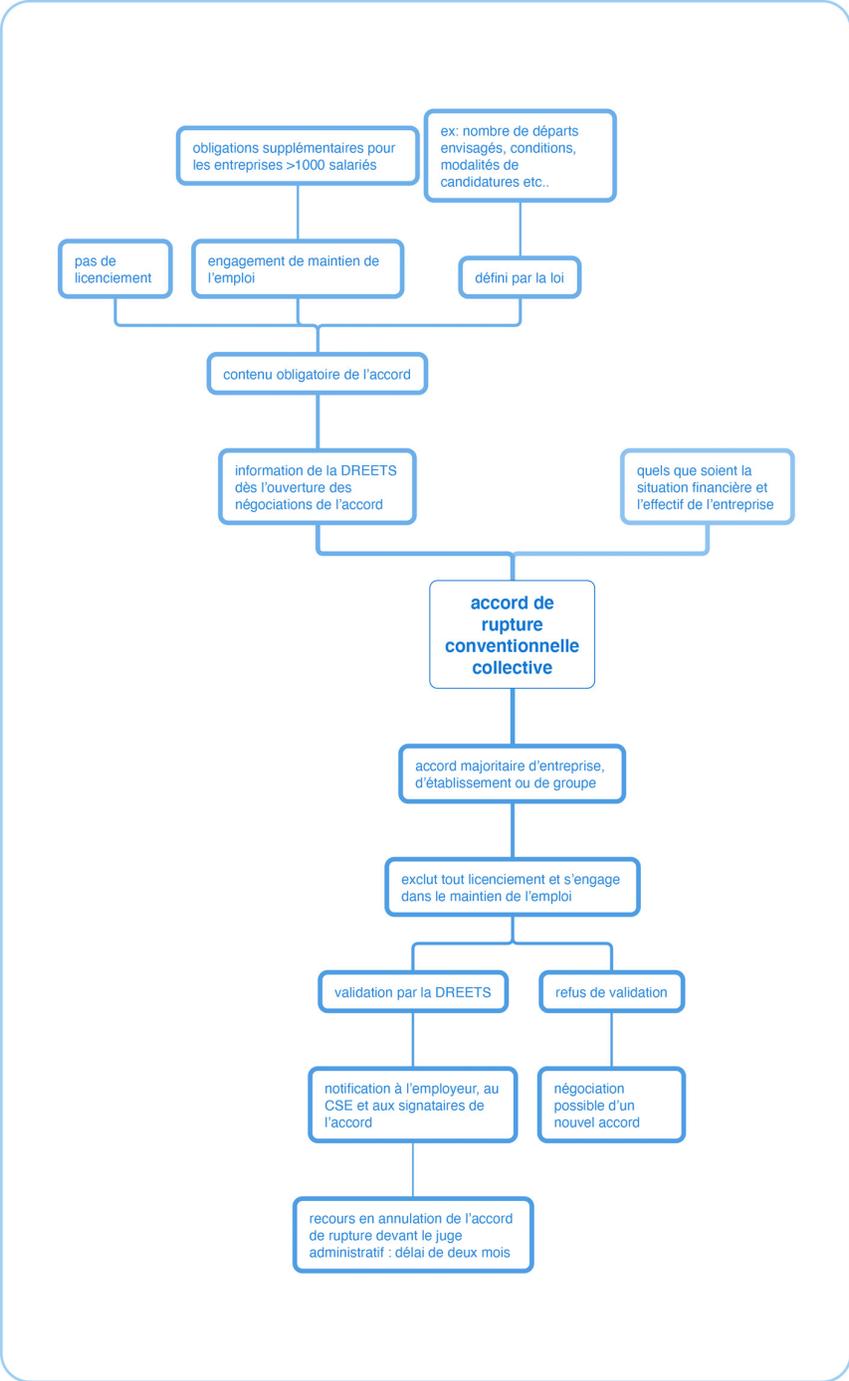
Relèvent de la **compétence des juridictions administratives** :

- les recours relatifs au **contenu de l'accord de rupture conventionnelle** collective, à la régularité de la procédure précédant la décision de l'autorité administrative (L. 1237-19-8) ;
- les recours contre la **décision de validation** de l'accord par l'autorité administrative (L. 1237-19-8a2). Ce recours doit être porté devant le tribunal administratif dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle la DREETS* a notifié sa décision. Le tribunal administratif statue alors dans un délai de trois mois. À défaut, ou en cas d'appel, l'affaire est portée devant la Cour administrative d'appel qui statue dans un délai de trois mois. À défaut d'avoir statué dans ce délai ou si un pourvoi en cassation est formé, le litige est porté devant le Conseil d'État ;
- les recours relatifs à la **contestation par un salarié protégé de l'autorisation administrative de rupture du contrat de travail** qui doivent être formés, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date de la rupture du contrat.

Relèvent de la **compétence des juridictions judiciaires** les requêtes en contestation de la rupture elle-même du contrat de travail par un salarié non protégé. Cette action

doit être engagée dans un délai de douze mois à compter de la date de rupture effective du contrat de travail.





Partie 2

Les relations collectives de travail

Les relations collectives de travail renvoient au contexte historique dans lequel des relations de travail se sont développées au fil du temps, au sein de la communauté de travail, afin de mieux défendre les salariés et agir en faveur de leur protection. C'est ainsi qu'au XVIII^e siècle, le décret d'Allarde (1791) supprime les corporations, puis la loi Le Chapelier (1791) interdit les groupements - y compris de travailleurs - tandis que le code pénal de 1810 crée le délit de coalition qui sera supprimé en 1864. Il faut attendre 1884 pour que la **loi Waldeck Rousseau** permette aux **syndicats** d'exister légalement. C'est donc à la fin du XIX^e siècle, qu'est né, en Europe, le syndicalisme dans une Europe traversée par la révolution industrielle et en quête d'une protection des travailleurs soumis à de nouvelles conditions de travail et à de nouveaux risques professionnels.

Ce sont ensuite progressivement les **institutions représentatives du personnel** qui vont apparaître en 1919 avant que le Front populaire en 1936 étende leur implantation. Dans le même temps, la loi du 25 mars 1919 permet la reconnaissance et la définition des **conventions collectives** en tant que source du droit du travail, elle servira de socle à l'extension des conventions collectives en 1936 et au développement des **négociations collectives**.

Postérieurement, de nouvelles institutions représentatives du personnel vont voir le jour, tandis que les **conflits collectifs** émaillent le xx^e siècle.

Ainsi, les relations collectives de travail reposent d'une part, sur la représentation collective des salariés dans l'entreprise (Titre 1) et d'autre part, sur le droit de la négociation collective des conventions et accords collectifs (Titre 2). Cette action collective en faveur de la protection des salariés fondée sur le **dialogue social** peut prendre une autre tournure lorsque les salariés exercent leur droit de grève dans le cadre des conflits collectifs de travail (Titre 3).

Titre 1

La représentation collective des salariés dans l'entreprise

Si à l'origine, le syndicat tel que défini en 1884 par la loi Waldeck-Rousseau est constitué comme un organe externe à l'entreprise et destiné à défendre les intérêts professionnels de ses membres, il est, au fil du temps, devenu un représentant désigné de ces salariés, au sein de l'entreprise (Chapitre 1). S'y ajoute, une représentation élue des salariés au sein de l'entreprise (Chapitre 2), notamment à travers le Comité Social et Économique (CSE*).

La représentation syndicale

La représentation syndicale existe depuis 1884 en France mais elle s'appuie notamment depuis le Préambule de la Constitution de 1946, sur la reconnaissance de la **valeur constitutionnelle de la liberté syndicale** et sur les enjeux de la représentativité qui sont au cœur des relations collectives de travail et qui concernent également les organisations patronales (S 1). Cette représentation syndicale initialement à l'extérieur des murs de l'entreprise, est depuis 1968 installée au sein de l'entreprise par la présence des sections syndicales, des délégués syndicaux et depuis 2008, des représentants de la section syndicale (S 2).

Section 1. Liberté syndicale et représentativité syndicale et patronale

Le principe de la liberté syndicale consacré par de nombreuses normes internationales (OIT*, DUDH*) et nationales permet notamment la libre constitution des syndicats et leur protection (§ 1) tandis que ceux-ci cherchent, comme les organisations patronales de leur côté, à devenir représentatifs (§ 2).

§ 1. Syndicat et liberté syndicale

En vertu de l'article L. 2131-2a11, le syndicat professionnel peut se définir comme un groupement de

personnes « *exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale* ». Ainsi, deux conditions sont posées pour la **constitution d'un syndicat** : d'une part, **l'exercice d'une profession ou d'un métier** - ce qui exclut par exemple, la possibilité pour des étudiants de constituer un syndicat - et d'autre part, la **similitude ou la connexité des professions et métiers** exercés dans le cadre de l'élaboration d'un produit (ex : syndicat de l'industrie métallurgique auquel peuvent adhérer les salariés de ce secteur, même s'ils exercent une fonction support telle que responsable paye). La constitution d'un syndicat peut se faire librement, au nom de la liberté syndicale, par le dépôt d'une déclaration, des statuts et de la liste nominative des dirigeants auprès de la mairie. Par cette formalité de dépôt, le syndicat ainsi créé acquiert la **personnalité morale**. À défaut, il demeure un groupement de fait, ce qui le prive notamment de sa capacité à agir en justice, à constituer une section syndicale mais ne le dispense pas d'assurer sa responsabilité civile si celle-ci venait à être engagée.

Cette **liberté syndicale, à valeur constitutionnelle**, revêt un double aspect individuel et collectif. En tant que **liberté individuelle** d'abord, la liberté syndicale permet au salarié d'adhérer librement, s'il le souhaite, au syndicat de son choix, d'en changer ou de ne pas se syndiquer. Quel que soit son choix, cette éventuelle appartenance ou non appartenance syndicale ne peut constituer un critère pour fonder les décisions de l'employeur, sous peine de relever de la **discrimination syndicale** (L. 2141-5). Cette interdiction vaut dès la phase de recrutement et s'applique tout au long de l'exécution du contrat de travail jusqu'à la rupture du contrat. Dès lors que la discrimination syndicale est constatée, elle entraîne la nullité de la décision prise

dans ces conditions. Le salarié peut alors demander sa réintégration ou à défaut, il a la possibilité de demander une réparation en dommages et intérêts. Cette liberté individuelle se manifeste également dans l'illicéité de la **mise à l'index** qui consiste, pour un syndicat, à faire pression sur un employeur, afin que, par exemple, il licencie un salarié démissionnaire du syndicat. De même, sont strictement interdites les **clauses de sécurité syndicale** qui imposent à un employeur de n'embaucher que des adhérents du syndicat (clause dite « *closed shop* ») ou à ce que tous les salariés embauchés adhèrent au syndicat (clause dite « *union shop* »).

Ensuite, la **liberté collective** se manifeste par la possibilité de constituer librement un syndicat dès lors que les personnes exercent la même profession ou des métiers similaires ou connexes. Dès lors, les travailleurs et les employeurs ont le droit de constituer des organisations syndicales, et ce, dans le respect du pluralisme syndical. Quant au **caractère professionnel** du syndicat, la loi ne distingue pas selon que les activités exercées par les salariés le sont, à titre exclusif, accessoire ou occasionnel et ce d'autant que les personnes qui ont cessé d'exercer leur activité professionnelle peuvent adhérer ou continuer à adhérer au syndicat professionnel de leur choix.

Ces syndicats ont exclusivement pour **objet** l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts. Il s'agit dans tous les cas de la **défense d'intérêts professionnels** de salariés adhérents ou non du syndicat. Ces syndicats professionnels peuvent être constitués pour défendre la cause tantôt de tous les salariés, tantôt d'une partie d'entre eux seulement appartenant à un seul collège électoral (**syndicats catégoriels**), tantôt enfin pour représenter les employeurs (**organisations patronales**).

En tant que **personne morale de droit privé**, le syndicat a le droit de recevoir des libéralités, de posséder un patrimoine, de le gérer, de contracter avec les tiers. Il peut également être amené à **agir en justice**. En vertu de l'article L. 2132-3 al. 2 « *ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* ». Le syndicat peut, d'abord, être amené à agir pour la **défense de ses intérêts propres** lorsqu'il subit par exemple un préjudice (ex : vol dans les locaux du syndicat). Il est également amené à agir en justice lorsque **l'intérêt collectif de la profession** est en jeu (ex : défense de l'emploi des salariés d'une entreprise). En revanche, cette action en défense de l'intérêt collectif de la profession ne peut prospérer lorsqu'il s'agit d'une part, de défendre l'intérêt individuel d'un ou plusieurs membres de la profession (ex : action en contestation de la mise en examen d'un salarié) - la défense de l'intérêt collectif n'est pas la défense de la somme d'intérêts individuels - et d'autre part, de l'intérêt général dont la défense appartient au ministère public. Cette action en défense de l'intérêt collectif de la profession peut être exercée **devant toutes les juridictions** et permet au syndicat de demander réparation des faits portant un **préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession**. Ainsi, par exemple, le défaut de respect de la législation relative au repos quotidien, ou encore le défaut de réunion obligatoire des institutions représentatives du personnel caractérisent une atteinte aux intérêts collectifs de la profession.

De manière plus spécifique, un **syndicat représentatif** - et uniquement celui-ci - peut être autorisé par la loi à exercer en justice les actions résultant des dispositions légales ou conventionnelles tendant à renforcer la protection des droits individuels des salariés. Ainsi, un

syndicat représentatif peut exercer cette **action de substitution** sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Il suffit que ce salarié ait été averti par écrit de cette action et qu'il ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention d'agir. Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat. Cette action de substitution est possible uniquement dans les cas prévus par le code de travail notamment en matière de licenciement économique d'un salarié (L. 1235-8), de travail temporaire (L. 1251-59), d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes (L. 1144-2) ou encore de lutte contre le travail illégal (L. 8233-1, L. 8242-1 et L. 8255-1).

§ 2. La représentativité des organisations syndicales et patronales

La représentativité constitue un enjeu essentiel pour les salariés comme pour le dialogue social. En effet, les **syndicats reconnus représentatifs** peuvent notamment participer aux négociations collectives, désigner un délégué syndical, un représentant syndical au CSE* ou encore exercer l'action de substitution.

Jusqu'à la loi du 20 août 2008, un syndicat affilié à l'une des cinq confédérations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel (CFDT, CGT, FO, CFTC, CGC) bénéficiait d'une présomption irréfragable de représentativité tandis qu'un syndicat dépourvu de cette affiliation devait, lui, prouver sa représentativité. Depuis la loi du 20 août 2008, cette représentativité présumée a disparu au profit d'une **représentativité prouvée pour l'ensemble des syndicats**. Cette représentativité est fondée sur **sept critères légaux cumulatifs** (L. 2121-1) :

- le **respect des valeurs républicaines** : ce critère permet de vérifier l'éthique syndicale et de considérer par

exemple qu'un syndicat qui prône des discriminations directes ou indirectes en raison de l'origine du salarié, ou qui poursuit un objectif illicite (ex : action politique) ne remplit pas ce critère ;

- **l'indépendance** : elle s'entend de l'indépendance vis-à-vis de l'employeur, de l'indépendance financière du syndicat ;
- **la transparence financière** permet de s'assurer que le syndicat tient ses comptes annuels, les fait approuver et en assure la publicité selon les modalités définies par les articles L. 2135-1 à L. 2135-6. Ce critère s'impose d'ailleurs à tout syndicat représentatif ou non dès lors qu'il permet aux salariés « *de s'assurer de l'indépendance, notamment financière, des organisations susceptibles de porter leurs intérêts* » (Cons. Const. 30 avril 2020, n° 2020-835 QPC) ;
- **une ancienneté minimale de deux ans** - à compter de la date de dépôt légal des statuts - dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Ce critère peut être un frein pour les syndicats nouvellement constitués ;
- **l'influence**, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience. Il s'agit ici de prendre en compte l'ensemble des actions réalisées par l'organisation syndicale ;
- **les effectifs et les cotisations** permettent de s'appuyer ici sur des critères quantitatifs étroitement liés. En effet, le nombre d'adhérents doit être en adéquation avec les cotisations perçues et la faiblesse des effectifs peut être compensée par l'activité, l'expérience et l'indépendance des syndicats. Autrement dit, il s'agit d'un critère relatif au regard de l'effectif global et de l'effectif des autres organisations syndicales ;

• **l'audience électorale** correspond au score réalisé par l'organisation syndicale lors des élections professionnelles. Plus précisément, **au niveau de l'entreprise**, le syndicat doit obtenir 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles, quel que soit le nombre de votants. **Au niveau de la branche**, le seuil est de 8 % des voix obtenu par addition des suffrages exprimés dans les entreprises de la branche. Mais cela n'est pas suffisant, il faut également que le syndicat prouve son « implantation territoriale équilibrée au sein de la branche ». Enfin, **au niveau national et interprofessionnel**, l'accès à la représentativité suppose au-delà des critères identiques à ceux de la branche de démontrer que l'organisation syndicale est représentative à la fois dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services (L. 2122-9).

Du côté des **organisations professionnelles d'employeurs**, la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale a fixé un cadre juridique à la détermination de la représentativité des organisations patronales (L. 2151-1) en s'inspirant de celui applicable aux organisations syndicales. Sont ainsi posés **six critères cumulatifs** :

- **le respect des valeurs républicaines** ;
- **l'indépendance** notamment dans l'organisation, le financement, le fonctionnement ;
- **la transparence financière** renvoie notamment à l'obligation de certification des comptes annuels ;
- **l'ancienneté minimale de deux ans** dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation ;
- **l'influence** caractérisée prioritairement d'une part, par les actions menées par l'organisation patronale ce qui

permet d'établir l'effectivité de sa présence par exemple, au sein d'instances de négociation collective et d'autre part, par l'expérience de l'organisation patronale, ce qui renvoie par exemple, à l'activité antérieure ou encore à l'accroissement du nombre d'adhérents ;

• **l'audience** qui se mesure en fonction du **nombre d'entreprises adhérentes**. Cette notion d'entreprise adhérente (R. 2152-1) suppose que l'entreprise verse **volontairement** une cotisation selon les modalités définies par l'organisation patronale et permettant d'identifier l'organisation bénéficiaire de cette cotisation. En principe, une entreprise adhérente a ou non des salariés, sauf pour la branche agricole pour laquelle seules les entreprises employant au moins un salarié sont prises en compte.

La représentativité pour les organisations patronale répond à plusieurs **enjeux** notamment, l'impact sur la négociation collective et l'éventuelle extension des accords, le financement du dialogue social, la répartition des conseillers prud'hommes dans les juridictions ou encore leur participation aux commissions paritaires régionales interprofessionnelles (CPRI*).

Section 2. La représentation syndicale dans l'entreprise

L'activité syndicale va pouvoir se déployer au sein de l'entreprise, dès lors que le code du travail donne les moyens aux syndicats de créer des sections syndicales (§ 1) et de désigner tantôt des délégués syndicaux, tantôt des représentants de la section syndicale (§ 2).

§ 1. La section syndicale

Le principe de la liberté syndicale permet la création de sections syndicales **dans toutes les entreprises**, et ce,

quels que soient leurs activités et leurs effectifs. Cette section syndicale peut être définie comme « *un collectif de salariés de l'entreprise adhérents au même syndicat* » qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres. Autrement dit, il s'agit d'un **groupement de fait**, dépourvu de la personnalité morale, ce qui permet au syndicat de conserver une certaine forme de pouvoir.

La création d'une section syndicale suppose de démontrer la **présence de plusieurs adhérents** (au moins deux) dans l'entreprise ou l'établissement.

Une fois cette condition remplie, la création d'une section syndicale est possible pour :

- un syndicat représentatif dans l'entreprise ;
- un syndicat affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ;
- un syndicat qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constitué depuis au moins deux ans.

Cette section syndicale est chargée de la **collecte des cotisations syndicales** qui peut être réalisée à l'intérieur de l'entreprise. Il est interdit à l'employeur de prélever les cotisations syndicales sur les salaires et de les payer au lieu et place des salariés. La section syndicale dispose également d'un **panneau d'affichage** mis à sa disposition par l'employeur dans le cadre d'un accord collectif et distinct de ceux réservés aux communications du comité social et économique (L. 2142-3). L'employeur doit, simultanément à l'affichage, recevoir un exemplaire des communications syndicales mais il n'exerce aucun contrôle direct sur leur contenu. S'il constate leur caractère illicite, il doit en demander le retrait à la section syndicale ou au délégué syndical mais en cas de refus, il ne peut agir de lui-même, il doit saisir le président du tribunal judiciaire en référé en vue d'obtenir une ordonnance l'autorisant à

retirer ces communications. S'il s'agit de contenus injurieux ou diffamatoires, ils sont constitutifs d'une infraction pénale et peuvent donc servir de fondement à la plainte de l'employeur. Le code du travail permet aussi aux membres de la section syndicale de diffuser librement aux travailleurs de l'entreprise, dans l'enceinte de celle-ci aux heures d'entrée et de sortie du travail, des **publications et des tracts**. Leur contenu est librement déterminé par le syndicat sous réserve des dispositions relatives à la presse (L. 29 juillet 1881). Cette diffusion de tracts syndicaux, y compris par voie électronique, n'est pas une prérogative réservée au délégué syndical, elle peut être réalisée par chacun des membres de la section syndicale et l'employeur qui s'y oppose, peut être condamné pour délit d'entrave (Cass. crim, 9 avril 2019, n° 18-80921).

Aujourd'hui, ce sont surtout les accords d'entreprise qui peuvent définir les conditions et les modalités de **diffusion des informations syndicales au moyen des outils numériques dans l'entreprise** (L. 2142-6). Ainsi, par exemple, un accord d'entreprise peut limiter voire interdire la diffusion d'informations syndicales sur la messagerie électronique interne des salariés de l'entreprise et prévoir les sanctions en cas de violation telles que la fermeture de la messagerie de l'auteur du message pour une durée déterminée (Cass. soc, 12 juillet 2017, n° 15-27742). **À défaut d'accord d'entreprise**, les organisations syndicales présentes au sein de l'entreprise et répondant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'ancienneté, peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de **l'intranet de l'entreprise**, lorsqu'il existe. Il faut donc distinguer le droit d'accéder à l'intranet de l'entreprise du droit d'accéder à la messagerie électronique de l'entreprise qui, lui, nécessite la conclusion d'un accord collectif d'entreprise (Cass. soc, 20 sept. 2018, n° 17-21099).

Dans tous les cas, **l'utilisation des outils numériques** mis à leur disposition doit **respecter les conditions suivantes** :

- être compatible avec les exigences de bon fonctionnement et de sécurité du réseau informatique de l'entreprise ;
- ne pas avoir de conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise ;
- préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message.

Dans les entreprises d'au moins deux cents salariés, l'employeur met à disposition des sections syndicales un **local commun** pour l'exercice de la mission des délégués syndicaux (L. 2142-8). Enfin, les adhérents de chaque section syndicale peuvent se **réunir une fois par mois** dans l'enceinte de l'entreprise, en dehors des locaux de travail et des heures de travail - sauf pour les représentants du personnel qui peuvent se réunir sur leur temps de délégation. À cette occasion, la section syndicale peut **également inviter des personnalités syndicales extérieures** à l'entreprise à participer à ces réunions dans les locaux syndicaux. À défaut de locaux syndicaux dans les entreprises de moins de 200 salariés, l'employeur peut mettre à disposition une salle pour la réunion. Lorsque cette réunion a lieu dans d'autres locaux que les locaux syndicaux, l'accord du chef d'entreprise est obligatoire. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'inviter des personnalités extérieures autres que syndicales.

§ 2. Les délégués syndicaux et les représentants de la section syndicale

Il convient de différencier le délégué syndical qui est désigné par un syndicat représentatif ayant constitué une section syndicale (A) du représentant de la section

syndicale désigné lui, par un syndicat non représentatif dans l'entreprise, ayant constitué une section syndicale (B).

A. Le délégué syndical

Le délégué syndical bénéficie d'un **statut protecteur** particulier prévu par le code du travail lui permettant de jouer son rôle principal d'interlocuteur privilégié de l'employeur lors des négociations collectives. Il doit être âgé de 18 ans révolus, travailler dans l'entreprise depuis - en principe - un an au moins et n'avoir fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à ses droits civiques (L. 2143-1).

Il est **désigné** pour toute la durée du cycle électoral (4 ans) par un **syndicat représentatif** dans l'entreprise. Ce délégué doit, en principe, être choisi parmi les candidats aux élections professionnelles ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés (L. 2143-3). Mais, par défaut, il peut, dans les conditions prévues par l'article L. 2143-3a2, être désigné par exemple, parmi les adhérents au sein de l'entreprise (Cass. soc, 8 juil. 2020, n° 19-14605).

Le **nombre de délégués syndicaux** dont dispose chaque section syndicale est fixée par la loi, sauf dispositions conventionnelles plus favorables. Par exemple, de 50 à 999 salariés, l'article R. 2143-2 fixe le nombre à un délégué syndical contre deux dans les entreprises jusqu'à 1999 salariés.

Cette désignation du délégué syndical peut intervenir lorsque **l'effectif d'au moins cinquante salariés** a été atteint pendant douze mois consécutifs et que le syndicat représentatif a créé une **section syndicale** dans l'entreprise. Dans les entreprises de **moins de cinquante salariés, un membre élu du CSE*** peut être désigné comme délégué syndical par un syndicat représentatif ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise. Dans ce dernier cas, ce mandat, sauf disposition

conventionnelle, n'ouvre pas droit à un crédit d'heures (L. 2143-6).

Cette désignation est d'une part, **portée à la connaissance de l'employeur** soit par lettre recommandée avec avis de réception, soit par lettre remise en mains propres contre récépissé et d'autre part, simultanément, **communiquée à l'inspection du travail**. Cette désignation peut faire l'objet d'une **contestation devant le tribunal judiciaire**, saisi par requête, dans les quinze jours qui suivent l'information de l'employeur. Passé ce délai, la désignation est purgée de tout vice, l'employeur ne peut soulever ultérieurement une irrégularité quelconque, sauf cas de fraude ou la survenance de faits nouveaux justifiant la révocation du mandat (ex : disparition du syndicat). Le tribunal judiciaire statue en premier et dernier ressort.

Le délégué syndical chargé de **représenter auprès du chef d'entreprise le syndicat qui l'a désigné**, est doté d'importants moyens pour exercer ses fonctions. Il est de plein droit représentant syndical au CSE* dans les entreprises de moins de 300 salariés, il **participe à la négociation des conventions et accords collectifs** et porte les **revendications** des salariés tout en animant aux côtés des adhérents, la section syndicale. Aussi, il dispose d'un **crédit d'heures** (L. 2143-13) dont la durée est variable selon l'effectif de l'entreprise (ex : 12 heures par mois dans les entreprises de cinquante à 150 salariés) pour exercer ses fonctions. Ces heures sont, de plein droit, considérées comme temps de travail. Il jouit d'une **liberté de déplacement** d'une part, hors de l'entreprise pendant les heures de délégation et d'autre part, dans l'entreprise, y compris en dehors de ses heures habituelles de travail, pour y prendre tous les contacts nécessaires avec les salariés à condition de ne pas gêner leur travail. Il est bien sûr tenu au **secret professionnel** pour toutes les

questions relatives aux procédés de fabrication. Enfin, il bénéficie d'une part, de la **protection légale contre le licenciement** en sa qualité de salarié protégé, ce qui signifie que son licenciement suppose l'autorisation préalable de l'inspection du travail (L. 2411-3) et d'autre part, de la **protection pénale dans l'exercice de ses fonctions** dès lors que le fait de priver un délégué syndical, par exemple, de la possibilité de se déplacer librement dans l'entreprise ou d'exercer ses fonctions, est constitutif du **délit d'entrave** (L. 2146-1).

B. Le représentant de la section syndicale

La désignation d'un représentant de la section syndicale est réservée aux **syndicats ayant constitué une section syndicale** dans une entreprise mais **n'ayant pas réussi à devenir représentatifs ou à le rester...** Pour constituer une section syndicale comme pour désigner un représentant de la section syndicale dans l'entreprise, un syndicat non représentatif doit justifier qu'il satisfait au **critère de transparence financière** (Cons. Const. Décision n° 2020-835 QPC du 30 avril 2020).

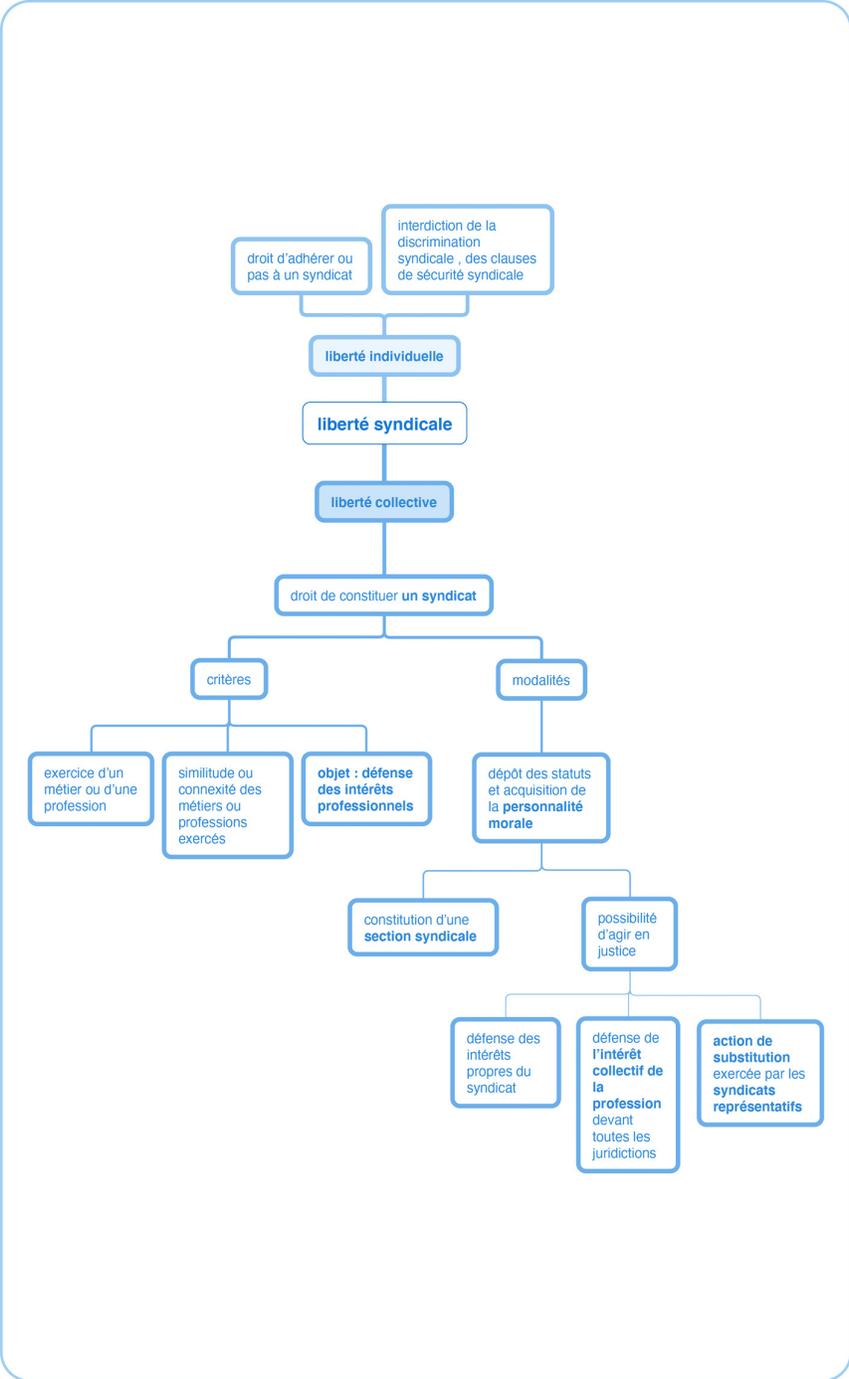
Cette désignation peut avoir lieu dans les entreprises dont l'effectif est d'au moins cinquante salariés pendant les douze mois consécutifs précédant sa désignation (Cass. soc, 29 mai 2019, n° 1819890). Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les syndicats qui constituent une section syndicale peuvent désigner pour la durée de son mandat, un membre de la délégation du personnel au CSE* en qualité de représentant de la section syndicale. Dans ce dernier cas, une disposition conventionnelle peut lui ouvrir droit à un crédit d'heures.

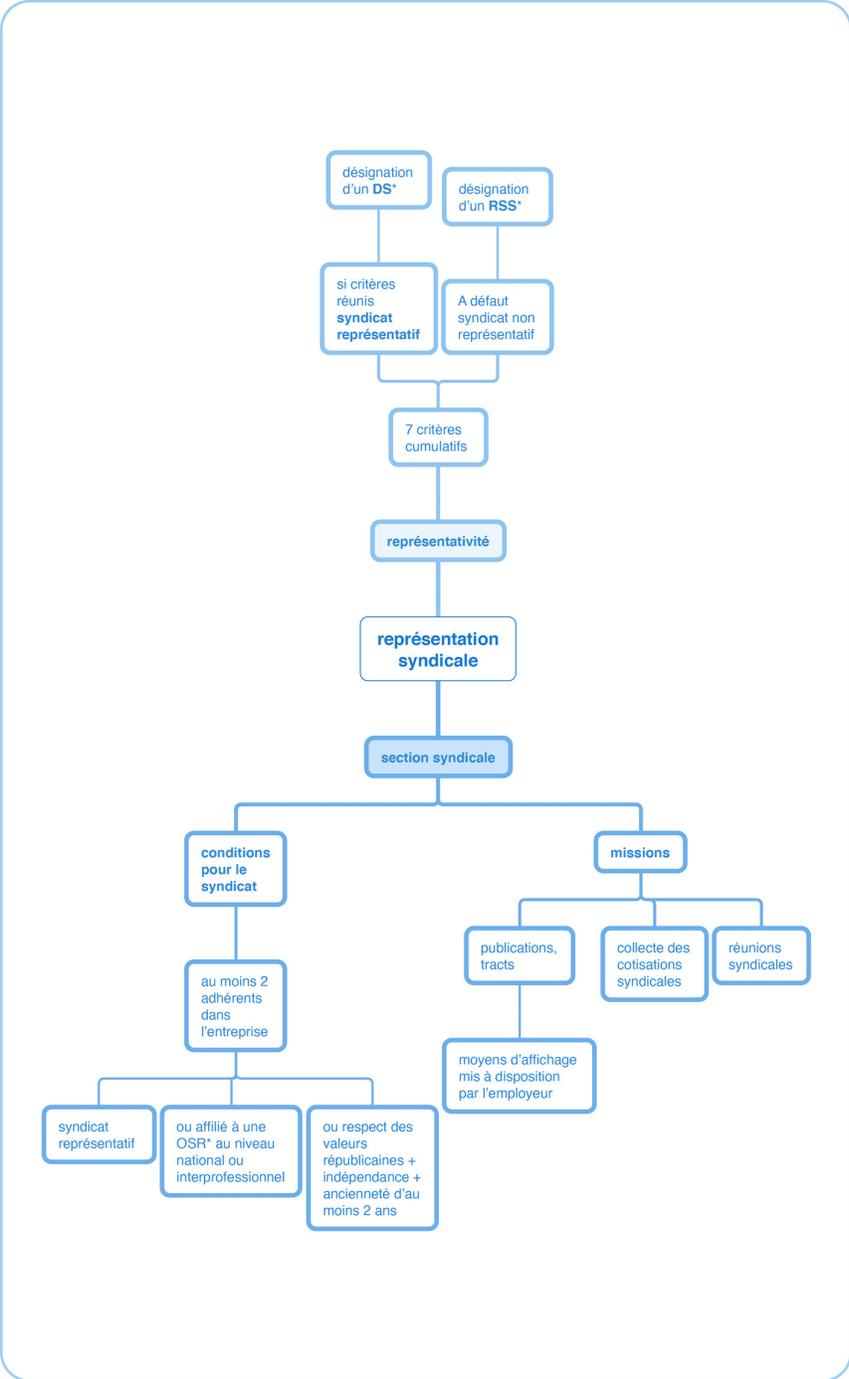
Le représentant de la section syndicale (RSS*), désigné dans les mêmes conditions que le délégué syndical, bénéficie des mêmes prérogatives que ce dernier, à

l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs (sauf cas exceptionnel L. 2143-23 et L. 2232-14).

Son mandat prend fin à l'issue des premières élections suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise. En principe donc, **le salarié qui perd ainsi son mandat de représentant de la section syndicale ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant de la section syndicale** jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles. Il en va cependant autrement lorsque le périmètre des élections est différent de celui des élections précédentes et au sein duquel le RSS* avait été désigné (Cass. soc. 9 sept. 2020, n° 19-13926). En outre, il est possible de désigner un autre salarié en qualité de représentant de la section syndicale.

Il dispose d'un **crédit d'heures** d'au moins quatre heures par mois, ces heures sont, de plein droit, considérées comme temps de travail (L. 2142-1-3). Il participe à l'animation de la section syndicale et doit se montrer actif et investi dans la défense des intérêts des salariés afin de permettre à son syndicat de devenir représentatif lors des prochaines élections professionnelles.





Chapitre 2

La représentation élue du personnel

Après que la loi Waldeck-Rousseau a reconnu en 1884 les syndicats, le législateur donne naissance aux délégués à la sécurité des ouvriers mineurs (L. 8 juillet 1890) et aux délégués d'atelier dans l'industrie de la défense nationale après 1917. Ce n'est qu'en 1936 que le Front populaire généralise les délégués du personnel dans les établissements de plus de dix salariés. Il faudra attendre d'abord, 1945 pour les comités d'entreprise, et ensuite, 1982-Lois Auroux -, pour les Comité d'Hygiène de Sécurité et des Conditions de Travail, (CHSCT*) avant que ceux-ci ne soient créés puis généralisés dans toutes les entreprises de cinquante salariés et plus. Profondément réformées par les ordonnances Macron du 22 septembre 2017, ces différentes institutions représentatives du personnel (IRP*) sont fusionnées en une instance unique le Comité Social et Économique (CSE*) au sein et aux côtés de laquelle d'autres instances peuvent être créées (CSSCT*, Représentant de proximité).

L'implantation des instances représentatives du personnel peut se faire dans des cadres juridiques différents et liés également à l'effectif de salariés (S 1). Ces institutions représentatives du personnel sont élues à l'occasion des élections professionnelles (S 2) et leur mise en place et leur fonctionnement sont définis par la loi (S 3).

Section 1. La détermination du cadre d'implantation et de l'effectif

Selon le législateur, le cadre naturel de mise en place des institutions représentatives est l'établissement et à défaut l'entreprise. Il faut parfois aller au-delà en envisageant également l'échelle du groupe voire le niveau européen (§ 1). Il faut ensuite que certains seuils d'effectifs soient franchis afin que la mise en place de ces IRP* soit imposée par la loi (§ 2).

§ 1. L'unité de représentation du personnel

Il convient de bien distinguer l'établissement (A), l'entreprise (B) et le groupe (C) afin de déterminer le cadre d'implantation des IRP*.

A. L'établissement

L'établissement correspond à l'unité technique de production et est défini, pour la désignation des délégués syndicaux, comme « *le regroupement de salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques* » (L. 2143-3 al. 4). Cette notion fonctionnelle fondée sur ces critères permet notamment de déterminer la compétence du conseil de prud'hommes, de définir le champ d'application du droit du travail (règlement intérieur, responsabilité pénale du chef d'établissement) mais aussi donner un cadre à la désignation des représentants syndicaux (DS* et RSS*) et à l'implantation du CSE*. Toutefois, la situation peut s'avérer plus complexe lorsque, dans le cadre des relations collectives de travail, il existe plusieurs unités de travail géographiquement distinctes ou fonctionnellement autonomes. Le code du travail fixe alors un critère à

l'établissement distinct pour la mise en place du CSE*, fondé sur l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement (L. 2313-4). Le fait qu'une entreprise ne dispose que d'un seul site géographique ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'un ou plusieurs établissements distincts.

Plus précisément, le code du travail prévoit que la **détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts** est fixée par **accord collectif majoritaire** d'entreprise (L. 2313-2). À défaut d'accord collectif, et en l'absence de délégué syndical, elle est fixée par accord entre l'employeur et le CSE* adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel au CSE* (L. 2313-3). Enfin, à défaut d'accord conclu dans les conditions qui précèdent, **l'employeur** fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de **l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel** (L. 2313-4). Ce n'est donc que lorsque les négociations ont échoué que l'employeur peut procéder par décision unilatérale ; il devra engager une nouvelle négociation à l'issue de chaque cycle électoral.

En cas de contestation de la décision de l'employeur, c'est la **DREETS*** du siège de l'entreprise qui fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts (L. 2313-5). Cette saisine de l'autorité administrative suspend le processus électoral jusqu'à sa décision, autrement dit, les mandats des élus en cours sont prorogés jusqu'aux résultats du scrutin (L. 2313-5, al 1). Cette décision de l'autorité administrative peut ensuite être contestée uniquement devant le tribunal judiciaire, dans un délai de quinze jours à compter de la date de la notification de sa décision. La jurisprudence récente est venue préciser notamment que *« la centralisation des fonctions support et l'existence de procédures de gestion définies au niveau du siège ne sont*

pas de nature à exclure l'autonomie de gestion des responsables de l'établissement » (Cass. soc. 11 déc. 2019, n° 19-17298) et que « caractérise un établissement distinct l'établissement qui présente, notamment en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service » (Cass. soc. 22 janvier 2020, n° 19-12011).

B. L'entreprise

Si l'entreprise constitue le cadre naturel des relations entre l'employeur et l'entreprise, cette notion d'entreprise est aujourd'hui difficile à définir. D'un point de vue économique, elle se caractérise par une **unité de production de biens et de services au service** de laquelle sont mis en œuvre des **moyens matériels et humains**, dans un **cadre organisé** dans un **but commun** défini par un organe de direction, à même de prendre des décisions de façon autonome. D'un point de vue juridique, l'entreprise peut être individuelle et se confondre donc avec l'entrepreneur personne physique, ou revêtir une forme sociétaire, et être alors définie à travers la personnalité morale de la société. Cette notion à géométrie variable sert ainsi de cadre à l'implantation des IRP* lorsqu'elle est composée d'un **établissement unique** avec lequel elle se confond. En revanche, lorsque l'entreprise est constituée **d'établissements multiples** d'au moins onze salariés, elle sert de cadre à la mise en place du **comité social et économique central d'entreprise** (CSEC*) tandis que dans ces établissements seront créés des **comités sociaux et économiques d'établissement**. Sur le même modèle, sont désignés dans les établissements de cinquante salariés et plus, un délégué syndical d'établissement chargé de relayer les revendications et problèmes rencontrés au délégué syndical central d'entreprise.

Enfin, lorsque l'entreprise sert d'écran fictif et est utilisé par l'employeur pour limiter la représentation élue du personnel, en créant des sociétés juridiquement distinctes pour échapper au seuil de mise en place des IRP*, la jurisprudence fait usage de la notion d'« **unité économique et sociale** » (UES*) pour contrecarrer la fraude. Plus précisément, l'article L. 2322-4 qui a consacré cette notion, permet de considérer que des sociétés juridiquement distinctes peuvent constituer une UES* lorsqu'est établi (Cass. soc, 2 juin 2004, Bull. civ. V. n° 157) :

- une **unité économique** caractérisée d'une part, par la **concentration des pouvoirs de direction** au sein du périmètre considéré (ex : même dirigeants, mêmes membres du Conseil d'administration ou du Directoire) et d'autre part, par la **similarité ou la complémentarité des activités** déployées dans ces différentes entités ;
- une **unité sociale** qui suppose quant à elle, l'existence d'une **communauté de travailleurs** caractérisée par un faisceau d'indices tels que la permutabilité des salariés entre les différentes sociétés, le même statut social (ex : convention collective ou accord collectif commun ou identique, règlement intérieur, régime de prévoyance) et des conditions de travail comparables (ex : rémunération, organisation du travail) et la gestion centralisée du personnel.

Concrètement, une UES* peut être reconnue par exemple, entre deux sociétés distinctes, ou encore entre les filiales françaises de sociétés étrangères. En revanche, une UES* ne peut exister entre une société et l'établissement d'une autre société, ou encore entre établissements d'une même société ou de plusieurs sociétés puisque ces établissements ne constituent pas des personnes juridiques distinctes (V. pour une exception au sein d'un groupe, Cass.soc, 21 nov.

2018, n° 16-27690). Cette UES* peut être reconnue soit par **accord collectif majoritaire** signé par les syndicats représentatifs au sein des entités composant l'UES*, soit par une **action en reconnaissance d'une UES*** devant le juge judiciaire.

Cette reconnaissance de l'UES* permet ainsi l'organisation d'élections professionnelles pour le CSE* ou encore la désignation de représentants syndicaux communs aux différentes personnes juridiques distinctes qui composent l'UES*.

C. Le groupe

Si la notion de groupe est souvent utilisée en droit du travail, tant dans les relations individuelles que collectives, elle s'avère elle aussi, complexe à définir. De manière assez simplifiée et par référence au code de commerce (art. L. 233-1, L. 233-3, L. 233-16), on considère qu'un groupe peut être reconnu dans deux situations principales :

- en présence d'une entreprise appelée **entreprise dominante**, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les **entreprises qu'elle contrôle** (ex : par les droits de vote, par la part de capital qu'elle détient) ;
- lorsqu'une **entreprise dominante** exerce une **influence dominante** (ex : majorité des voix, pouvoir de nomination de plus de la moitié des membres des organes de direction) sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, et ce, dans le cadre de relations importantes et permanentes entre ces entreprises permettant d'établir leur **appartenance à un même ensemble économique**.

Ce groupe dont le périmètre peut être défini par accord collectif ou par l'employeur, sert alors de cadre à l'implantation du **comité de groupe** (L. 2331-1).

Lorsque le groupe a une dimension européenne (UE*)- peu importe que le siège social du groupe ou de l'entreprise dominante soit situé à l'étranger -, il doit mettre en place un **comité d'entreprise européen** (L. 2341-2), et ce sous conditions :

- le groupe emploie au moins 1000 salariés ;
- le groupe comporte au moins un établissement occupant au moins 150 salariés ;
- ces établissements sont établis dans au moins deux États membres de l'Union européenne ou de l'Espace Économique Européen.

§ 2. Les seuils d'effectifs

Le **seuil d'effectif** désigne le nombre de salariés à partir duquel certaines obligations sociales et fiscales sont imposées à l'employeur par le législateur. La loi Pacte du 22 mai 2019 a rationalisé les seuils d'effectifs applicables en droit du travail pour en retenir principalement trois : 11 salariés, 50 salariés et 250 salariés. De même, cette loi tente d'unifier le mode de calcul de ces effectifs en appliquant celui prévu par le code de la sécurité sociale (L. 130-1CSS). Cependant, pour le calcul des seuils applicables notamment aux instances représentatives du personnel ou aux conditions de négociations des accords collectifs de travail, ce sont les **modes de calcul du code du travail** (L. 1111-2 et L. 1111-3) qui s'appliquent tels que présentés ci-après.

Ce calcul des effectifs pour la mise en place des IRP* se fait en équivalent temps plein. Il faut distinguer trois catégories de salariés pris en compte dans le calcul :

- les salariés pris en compte intégralement dans l'effectif** (1 salarié = 1 unité dans l'effectif) : les salariés en CDI* à temps plein, les travailleurs à domicile, les salariés au forfait jours, les cadres dirigeants uniquement

s'ils ont un contrat de travail pour une fonction distincte du mandat social et les VRP exclusifs ou multiscartes ;

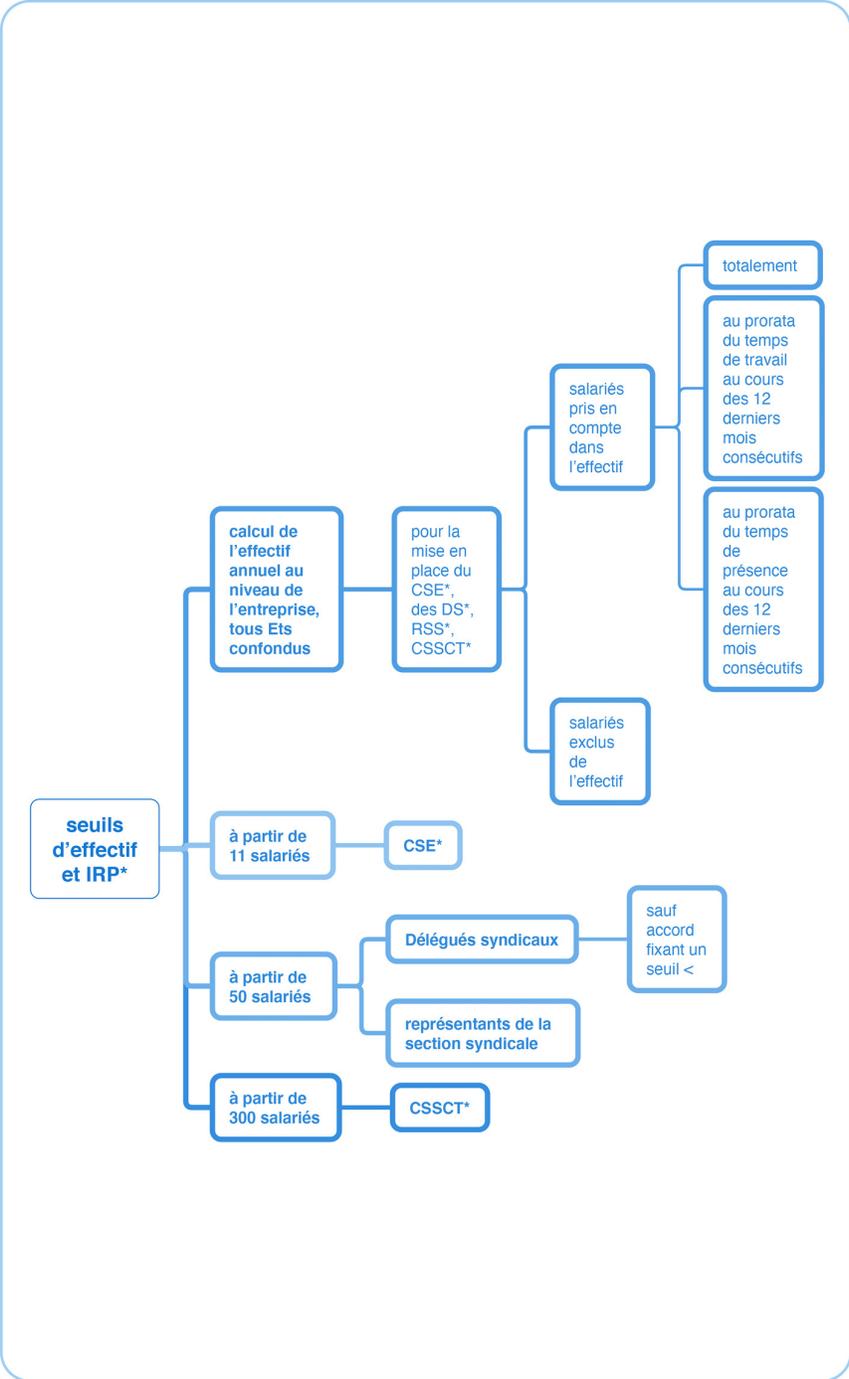
• **les salariés pris en compte au prorata de leur temps de présence au cours des douze derniers mois** : les salariés en CDD*, les salariés intérimaires et intermittents sauf lorsqu'ils remplacent un salarié absent ; les salariés mis à disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure s'ils sont présents dans l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an. Par exemple, 3 salariés en CDD* temps plein de trois mois sont pris en compte dans l'effectif comme suit : $(3/12) \times 3 = 0,75$ unité ;

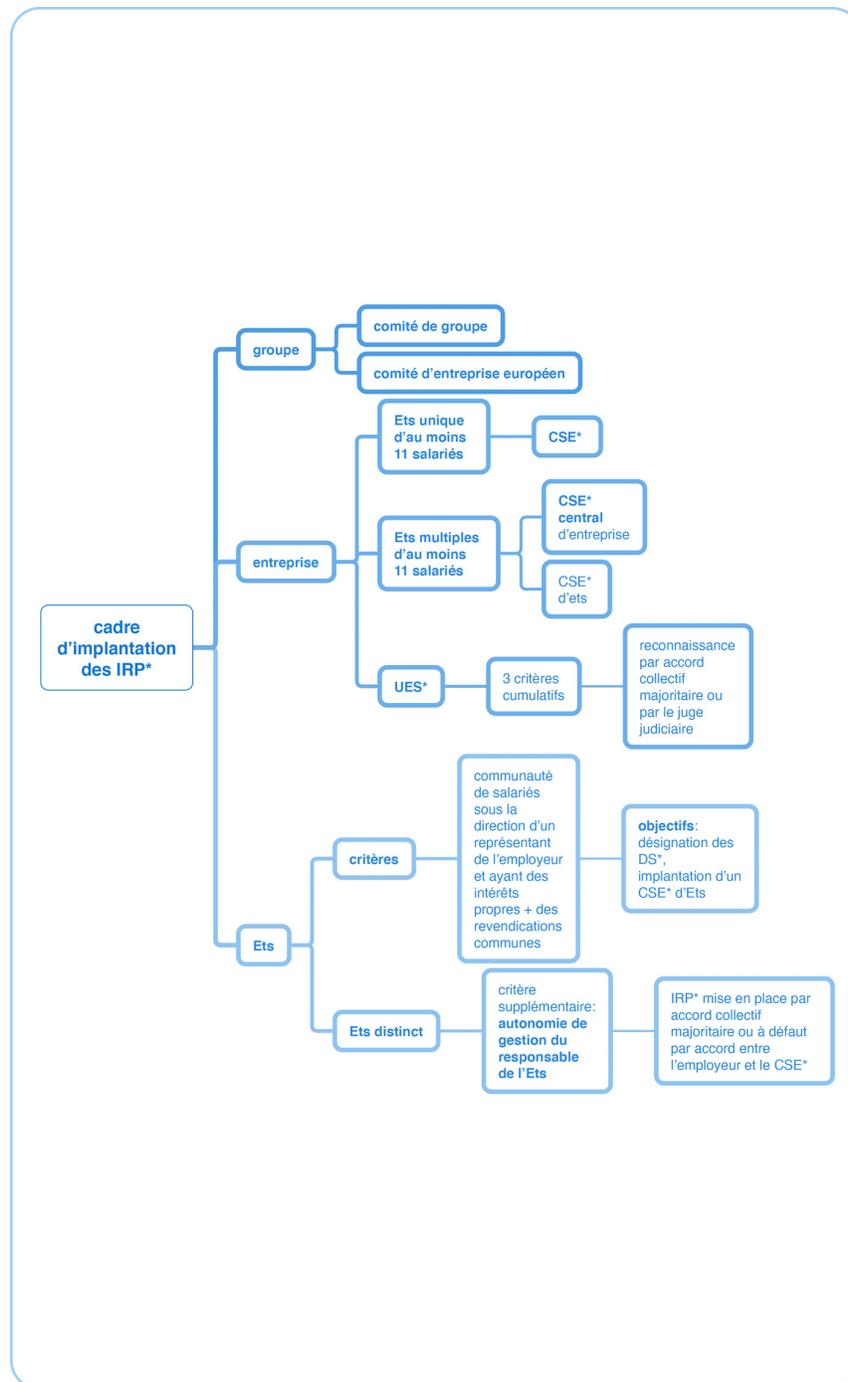
• **les salariés pris en compte au prorata de leur temps de travail** : les salariés à temps partiel quel que soit leur contrat de travail - sauf les salariés au forfait jour réduit qui comptent toujours intégralement dans l'effectif-. Leur part dans l'effectif est calculé en divisant la somme totale des horaires inscrits dans leur contrat de travail par la durée légale ou conventionnelle du travail. Par exemple, 2 salariés à temps partiel effectuent respectivement les horaires hebdomadaires suivants : 20 heures et 26 heures, dans une entreprise aux 35 heures hebdomadaire. Leur part dans l'effectif correspond à $20+26/35$ soit 1,31 unité.

Lorsque des salariés doivent être pris en compte non seulement au prorata de leur temps de présence mais aussi de leur temps de travail, il faut combiner les deux règles. Par exemple, si dans l'entreprise soumise aux 35 heures hebdomadaires, on a trois salariés en CDD* à temps partiel, l'un en CDD* de 4 mois à raison de 20 heures par semaine et deux autres en CDD* de 6 mois à raison de 26 heures hebdomadaires, leur part dans l'effectif de l'entreprise doit être calculé ainsi : $(4/12) \times (20/35) + 2 [(6/12) \times (26/35)] = 0,18 + 0,74 = 0,92$ unités.

Enfin, **certains salariés sont exclus du calcul de l'effectif pour la mise en place des IRP*** : les apprentis, les contrats de professionnalisation, les salariés en CDD* remplaçant un salarié absent, les stagiaires.

Dans le cadre de la mise en place du CSE*, **le seuil de onze salariés** prévu par la loi doit avoir été franchi **pendant les 12 mois consécutifs précédant la mise en place ou le renouvellement du CSE***. Ce seuil peut évoluer au fil des années et engendrer à l'expiration du mandat, la disparition du CSE* si le seuil exigé par la loi (11 salariés) n'est pas atteint pendant les douze mois consécutifs.





Section 2. L'organisation des élections professionnelles

Le processus électoral en vue de la mise en place du CSE* est défini par le code du travail. Il comporte une phase

préparatoire aux élections proprement dites (§ 1) et la phase du scrutin et ses suites (§ 2).

§ 1. La phase de préparation des élections professionnelles

Lorsque le **seuil de onze salariés** pendant douze mois consécutifs a été franchi, il appartient à l'employeur d'organiser les élections professionnelles **tous les quatre ans**. Il lui incombe d'abord, **d'informer les salariés**, par tout moyen permettant de conférer date certaine à cette information, de l'organisation des prochaines élections et de la date envisagée pour le premier tour. Celui-ci doit se tenir en principe, au plus tard, le quatre-vingt-dixième jour suivant la diffusion de cette information. À défaut, il peut être invité à organiser ces élections par une organisation syndicale ou un salarié, auquel cas, il doit engager la procédure d'organisation des élections dans le mois suivant la réception de cette demande (L. 2314-8a1). Ce salarié bénéficie du statut de salarié protégé pendant les six mois qui suivent (L. 2411-6).

L'employeur doit ensuite, **informer les organisations syndicales** et les **inviter à négocier le protocole d'accord préélectoral** et à établir la liste des candidats aux fonctions de membres de la délégation du personnel au CSE*. Cette information des organisations syndicales se fait, dans des délais minimaux prévus par la loi (L. 2314-5) :

- **par tout moyen** pour les organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné ;
- **par courrier** pour les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, pour

celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement ainsi que pour les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel.

Ces organisations syndicales sont informées et invitées à négocier le **protocole d'accord préélectoral** (PAP*) qui permet d'organiser la mise en place des élections professionnelles. Plus précisément, il s'agit d'abord, de déterminer le nombre et la composition des **collèges électoraux** ainsi que la répartition du personnel dans ces collèges. Ainsi, on compte en principe un **collège pour les « ouvriers et les employés »** et un second **collège pour « les ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés »**. Toutefois, un troisième **collège « cadres »** doit être constitué lorsqu'il y a au moins 25 ingénieurs, chefs de services et cadres dans l'entreprise lors de la constitution ou du renouvellement de l'instance. Le PAP* doit préciser la proportion d'hommes et de femmes dans chaque collège électoral. Le PAP* permet également de **répartir les sièges à pourvoir** entre ces collèges et définit les modalités pratiques de déroulement des élections (date et heure du scrutin, moyens matériels, vote électronique ou pas, constitution du bureau de vote etc...).

Ce **protocole d'accord préélectoral** constitue un accord collectif dont la validité est subordonnée à une **double condition de majorité** (L. 2314-6) imposant qu'il soit signé :

- par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation ;
- et parmi ces organisations signataires doivent figurer les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont

pas disponibles, par la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise.

Toutefois, sur certains points tels que l'organisation des élections en dehors du temps de travail, c'est la règle de l'unanimité qui s'applique (L. 2314-27).

Si aucun accord n'est obtenu sur le protocole d'accord préélectoral, les élections peuvent tout de même avoir lieu, c'est **l'inspection du travail** qui fixe alors les modalités d'organisation et de déroulement des opérations de vote.

§ 2. La phase du scrutin et ses suites

Les élections ont lieu en principe tous les quatre ans, au suffrage direct. Elles font appel au scrutin de liste avec élection à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne. Ces élections peuvent se dérouler en deux tours et nécessitent au préalable de déterminer d'une part, les électeurs et les candidats éligibles (A), et d'autre part, les modalités d'attribution des sièges (B).

A. L'électorat et l'éligibilité

La loi pose plusieurs conditions, appréciées à la date des élections, pour être **électeur** : être âgé de seize ans révolus, travailler depuis trois mois au moins dans l'entreprise et n'avoir fait l'objet d'aucune sanction relative aux droits civiques (ex : incapacité, interdiction). En pratique, des dérogations à la condition d'ancienneté et des interprétations jurisprudentielles favorables au salarié quant à son ancienneté dans l'entreprise doivent être prises en compte (ex : Cass.soc, 13 nov. 2008, notamment n° 08-60331 et 08-60332).

De même, sont posées des conditions **d'éligibilité** afin de déterminer les candidats aux élections. Il convient alors - sauf cas particuliers - d'être un électeur âgé de dix-huit ans révolus et de travailler dans l'entreprise depuis un an au moins, de ne pas avoir de lien de parenté (conjoint, PACS,

concubin, ascendant, descendant, frère, sœur et alliés au même degré) avec l'employeur ou de ne pas représenter l'employeur par la voie d'une délégation d'autorité.

Une fois ces conditions posées, des **listes** (une pour les titulaires et une pour les suppléants) doivent être établies dans chaque collège électoral. Un candidat aux élections doit être présenté sur une liste. Dans le souci de parvenir à une **représentation équilibrée des femmes et des hommes**, les listes doivent être composées d'un nombre d'hommes et de femmes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale. Les listes sont composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un sexe. Des modalités spécifiques sont prévues par la loi pour déterminer le nombre de candidats de chaque sexe en cas de nombre impair ou de nombre non entier (L. 2314-30). La jurisprudence contribue à appliquer ces règles en y apportant régulièrement des précisions (Cass. soc, 11 déc. 2019, n° 18-19379 ; n° 19-10826 ; n° 18-26568 ; Cass.soc., 1^{er} juil. 2020, n° 19-14222).

L'établissement des listes des candidats (titulaires et suppléants) dans chaque collège électoral incombe à l'organisation syndicale (premier tour) ou au salarié (second tour) qui présente sa liste aux élections.

Le **scrutin** est susceptible de comporter deux tours. L'élection se déroule en principe sur le lieu et au temps de travail. En principe, le vote a lieu au **scrutin secret son enveloppe**, mais si le PAP* l'a prévu, il est possible de mettre en œuvre le **vote électronique** prévu et organisé par un accord d'entreprise ou encore le **vote par correspondance**. Le déroulement de ce scrutin se fait sous la surveillance et le contrôle du bureau de vote désigné, chargé de consigner les résultats et toute observation dans un procès-verbal.

Lors du **premier tour**, peuvent seules présenter des **listes**, les organisations syndicales suivantes (L. 2314-5) :

- les **organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans** et dont le **champ professionnel et géographique** couvre l'entreprise ou l'établissement concerné ;
- les **organisations syndicales reconnues représentatives** dans l'entreprise ou l'établissement. La représentativité des syndicats s'apprécie dans le collège où ces derniers souhaitent présenter des candidats ;
- les organisations syndicales **ayant constitué une section syndicale** dans l'entreprise ou l'établissement ;
- les **syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel**.

À l'issue du premier tour, trois situations distinctes peuvent être constatées par le bureau de vote :

- **aucune liste de candidats** n'a été présentée par une organisation syndicale habilitée à le faire : il faut alors prendre acte de la carence de candidature dans un **procès-verbal de carence**. Un **second tour** est alors obligatoirement organisé ;
- **le quorum n'est pas atteint** ce qui signifie que le nombre de suffrages valablement exprimés (sans compter les bulletins blancs et nuls) est inférieur à la moitié du nombre d'électeurs inscrits dans le collège. Dans un tel cas, un **second tour** est organisé dans chacun des collèges pour lequel le quorum n'a pas été atteint ;
- **le quorum est atteint** autrement dit le nombre de suffrages valablement exprimés (hors bulletins blancs ou

nuls) est au moins égal à la moitié du nombre d'électeurs inscrits dans le collège. Il faut alors procéder au dépouillement des votes et à l'attribution des sièges. Si tous les sièges ne sont pas pourvus parce que les listes présentées étaient incomplètes, un second tour est organisé.

Lors du **second tour**, lorsque celui-ci a lieu, dans un délai de quinze jours, la **présentation des candidatures est libre**, ce qui signifie que les candidatures non portées par une organisation syndicale sont admises. Par une jurisprudence récente (Cass. soc, 25 nov. 2020, n° 19-60222), la Cour de cassation a considéré que les listes libres présentées lors du second tour n'avaient pas à respecter les règles de proportionnalité hommes/femmes posées par l'article L. 2314-30 qui ne s'appliquent, selon elle, qu'aux organisations syndicales pour les deux tours.

B. L'attribution des sièges

Que cela ait lieu lors du premier ou du second tour, l'attribution des sièges se fait en application des règles de la **représentation proportionnelle avec répartition des restes à la plus forte moyenne**. Plus précisément cela signifie qu'en vue de l'attribution des sièges, il faut déterminer d'abord, le **quotient électoral** lequel est égal à la division du nombre de suffrages valablement exprimés par le nombre de sièges à pourvoir.

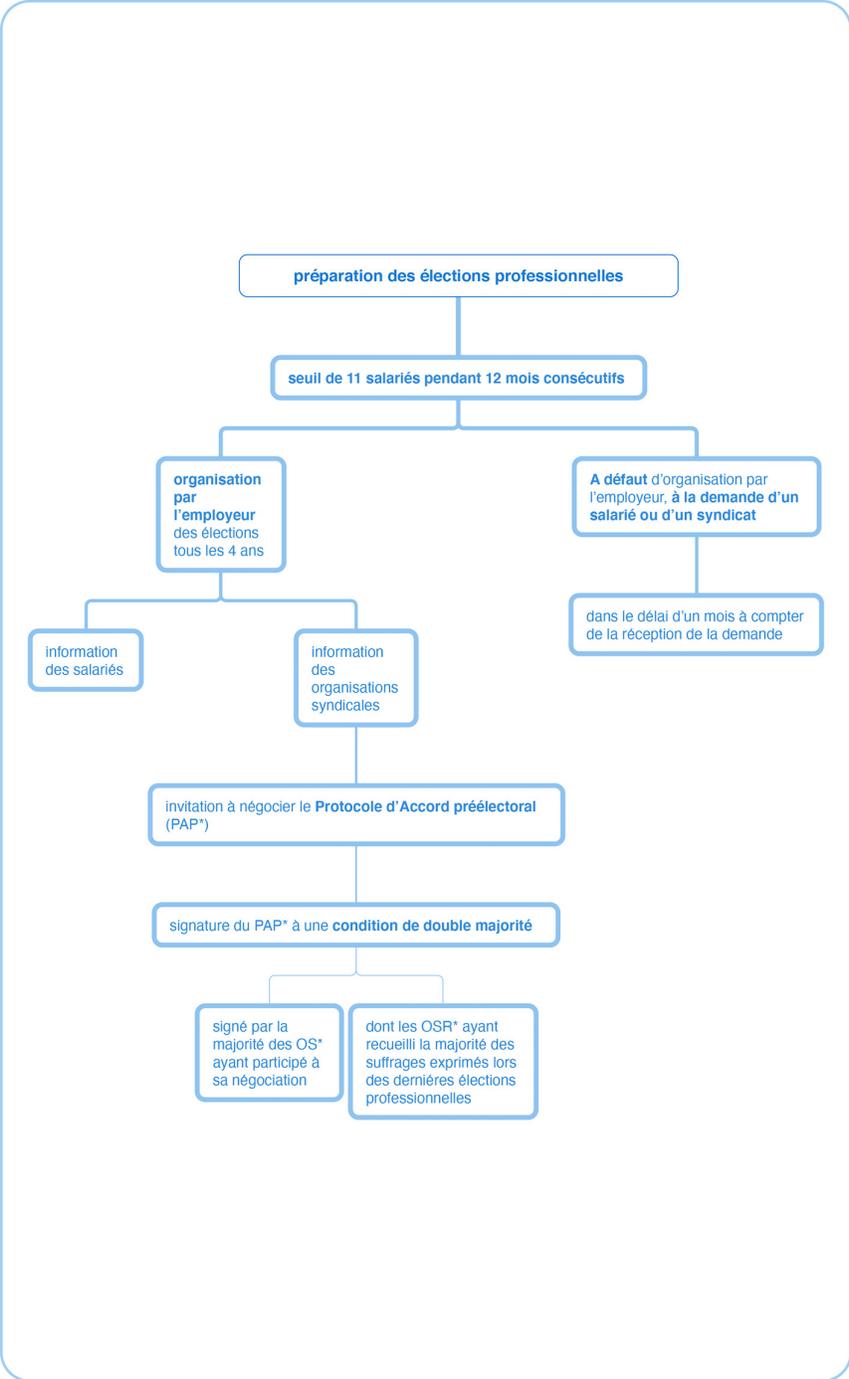
Il faut ensuite, comptabiliser le nombre de voix obtenues par chaque candidat afin d'établir le nombre de voix moyen obtenu par liste. La **moyenne des voix de chaque liste** permet d'abord l'attribution des sièges par application du quotient électoral et, le cas échéant, par application de la plus forte moyenne. Cette moyenne se calcule en divisant le nombre total de voix obtenues par une liste par le nombre de candidats présentés par cette liste.

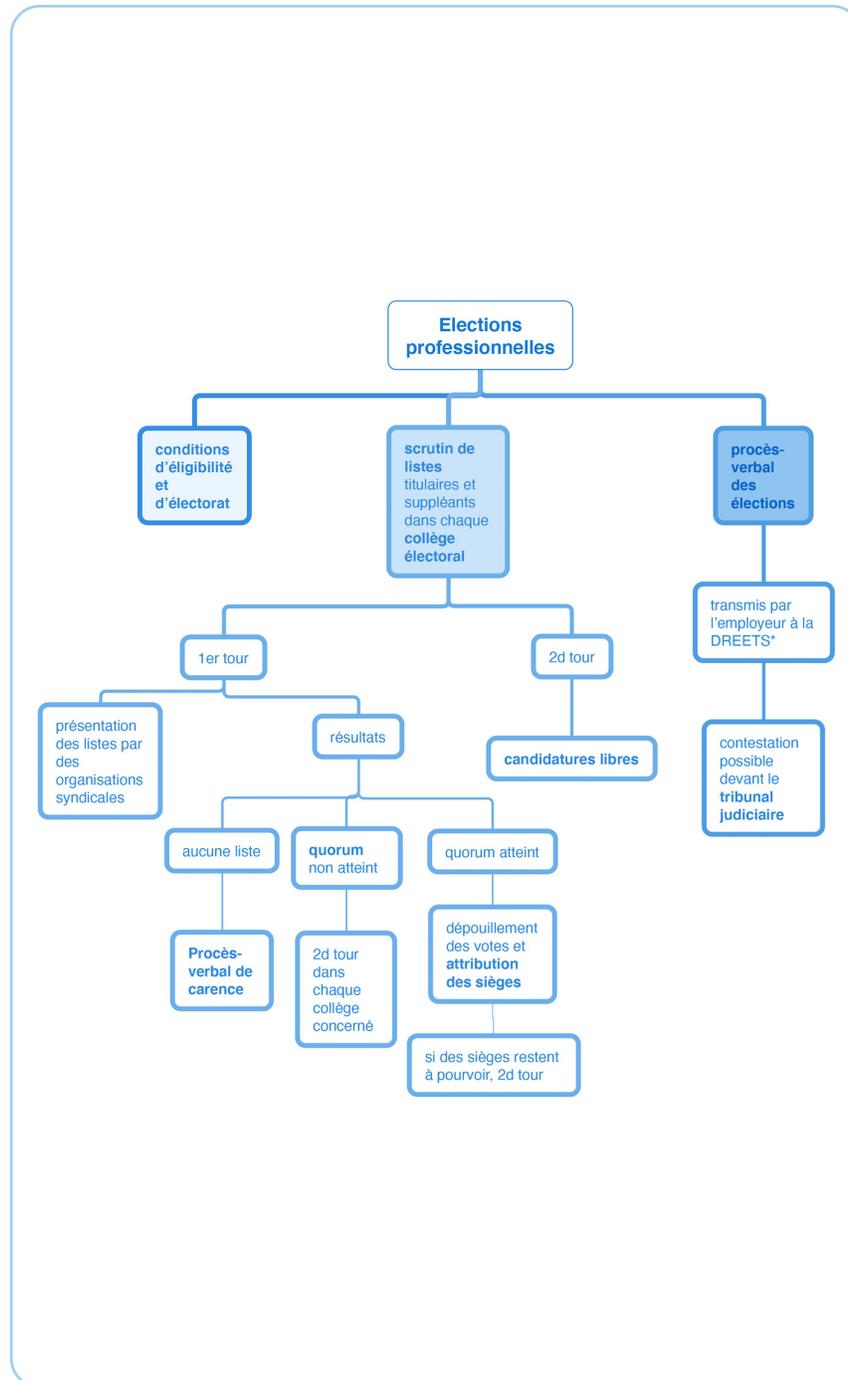
Enfin, chaque liste reçoit alors **autant de sièges que le nombre de voix (moyenne de liste) qu'elle recueille contient le quotient électoral.**

S'il reste encore des sièges à pourvoir, l'attribution se fait alors à **la plus forte moyenne.** On accorde alors virtuellement un siège supplémentaire et on divise alors la moyenne des voix obtenues par la liste par le nombre de sièges déjà obtenus +1 virtuel et on renouvelle cette opération jusqu'à ce que tous les sièges soient pourvus.

Si des candidats ont été élus, le **procès-verbal des élections** mentionnant le nom des élus et le nombre de voix obtenues par chacun est transmis par l'employeur en 2 exemplaires à l'inspection du travail, dans les 15 jours suivant l'élection. Les élus deviennent donc **membres de la délégation du personnel au CSE*.**

En cas de contestation relative à l'élection, c'est le **tribunal judiciaire** qui est compétent pour toutes les contestations relatives à l'électorat, à l'éligibilité et à la régularité des opérations électorales. Plus précisément, lorsque la contestation porte sur **l'électorat**, la requête doit être adressée **dans les 3 jours** suivant la publication de la liste électorale tandis que lorsqu'elle porte sur la **régularité de l'élection**, elle doit, quant à elle, être formée **dans les 15 jours** suivant l'élection. Ainsi, par exemple, la contestation qui porte sur la participation d'une catégorie de personnel déterminée aux opérations électorales (Cass. soc, 9 sept. 2020, n° 19-19322) ou celle relative au vote par correspondance sont recevables dans un délai de 15 jours suivant le scrutin.





Section 3. La mise en place et le fonctionnement des Institutions représentatives du personnel

Une fois les élections professionnelles réalisées, le comité social et économique (§ 1) va pouvoir être mis en place. Il pourra être complété par l'expertise de la Commission Santé Sécurité et Conditions de travail (CSSCT*) (§ 2) et par le recours facultatif à des représentants de proximité (§ 3). Dans toutes ces instances, tantôt obligatoires, tantôt facultatives, siègent des représentants tantôt élus, tantôt désignés dont le statut et les moyens sont définis par la loi (§ 4).

§ 1. Le Comité Social et Économique (CSE*)

Depuis le 1^{er} janvier 2020, la mise en place d'un CSE* est **obligatoire dans les entreprises dont l'effectif d'au moins 11 salariés est atteint pendant 12 mois consécutifs**. Il est mis en place par principe, au niveau de l'entreprise. Des comités sociaux et économiques d'établissement (L. 2316-20 à L. 2316-26) et un CSE* central d'entreprise - doté de la personnalité morale - (L. 2316-1) sont constitués dans les entreprises comportant au moins deux établissements distincts et au moins cinquante salariés (L. 2313-1a2).

On envisagera d'abord, la composition et le fonctionnement (A) puis les attributions du CSE* (B) avant de préciser les règles particulières relatives aux comités de groupe et comités d'entreprise européen (C).

A. La composition et le fonctionnement du CSE*

Quant à sa **composition** d'abord, le CSE* comprend **l'employeur** ou son représentant et une délégation du personnel comportant un nombre de membres déterminé par décret ou par accord collectif plus favorable, compte tenu de l'effectif de l'entreprise. Cette **délégation du personnel élue** lors des élections professionnelles comporte un nombre égal d'élus titulaires et suppléants. Le

suppléant assiste aux réunions du CSE* en l'absence du titulaire. Chaque titulaire dispose d'une **voix délibérative** lors des consultations du CSE*.

Un **référént en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes** est désigné par le CSE* parmi ses membres (L. 2314-1 dernier al.).

Dans les entreprises de moins de 300 salariés, le **délégué syndical** est de droit représentant syndical au CSE* (L. 2143-22) tandis que dans les entreprises de 300 salariés et plus, chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise, peut désigner **un représentant syndical au CSE***, choisi parmi les membres du personnel de l'entreprise et remplissant les conditions d'éligibilité au CSE*. Il assiste au CSE* avec **voix consultative**.

Quant au **fonctionnement** ensuite, les conditions de fonctionnement du CSE* doivent permettre une **prise en compte effective des intérêts des salariés** exerçant leur activité hors de l'entreprise ou dans des unités dispersées (L. 2315-1). Des règles de fonctionnement plus favorables que celles définies par les dispositions légales peuvent être arrêtées par accords collectifs de travail ou par usage.

Les membres de la délégation du personnel au CSE* sont tenus non seulement au **secret professionnel** pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication mais aussi à une **obligation de discrétion** quant aux informations à caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur (L. 2315-3).

Le recours à la **visioconférence** pour réunir le CSE* peut être autorisé par accord entre l'employeur et les membres élus de la délégation du personnel au CSE*. À défaut d'accord, ce recours est limité à trois réunions par année civile.

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, les membres de la délégation du personnel au CSE* disposent d'un **local** pour accomplir leur mission et notamment se réunir. Ils sont reçus collectivement par l'employeur ou son représentant au moins **une fois par mois**, ou à leur demande, notamment en cas d'urgence (L. 2315-21). En principe, ils remettent à l'employeur une note écrite exposant l'objet des **demandes présentées**, deux jours ouvrables avant la date à laquelle ils doivent être reçus. L'employeur y **répond par écrit**, au plus tard dans les six jours ouvrables suivant la réunion. L'ensemble de ces questions réponses est collecté dans un **registre** à la disposition non seulement des salariés de l'entreprise, qui peuvent le consulter, en dehors du temps de travail, pendant un jour ouvrable par quinzaine mais aussi de l'inspection du travail et des membres de la délégation du personnel au CSE* (L. 23155-22).

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le CSE* est doté de la **personnalité civile** et gère son patrimoine. Le comité désigne parmi ses membres titulaires un secrétaire et un trésorier. Le fonctionnement du CSE* est gouverné non seulement par l'application des règles du code du travail mais aussi par celles définies par le **règlement intérieur du CSE*** (L. 2315-24). Disposant d'un **local** et de la matière nécessaire à l'exercice de ses fonctions, le CSE* peut y organiser des **réunions** d'information internes au personnel ou inviter des personnalités extérieures, syndicales ou autres, dans les conditions prévues par les articles L. 2142-10 et L. 2142-11.

Le CSE* doit tenir au moins **quatre réunions par an** consacrées, en tout ou partie, aux attributions du CSE* en matière de santé, sécurité et conditions de travail. Il doit également être réuni à la suite de tout accident ayant entraîné ou ayant pu entraîner des conséquences graves

mais aussi en cas d'événement grave lié à l'activité de l'entreprise en lien avec une atteinte à la santé publique ou à l'environnement (L. 2315-27). En principe, un **accord d'entreprise** définit notamment la périodicité et les modalités des consultations récurrentes du CSE*, le nombre de réunions, les délais de consultation (L. 2312-19). Pour chaque réunion du CSE*, un **ordre du jour** est établi par le président du CSE* et son secrétaire. Les **résolutions** du CSE* sont prises à la **majorité des membres présents** (L. 2315-22). Les **délibérations** du CSE* sont consignées dans un **procès-verbal** transmis ensuite à l'employeur qui fait connaître sa décision motivée sur les propositions soumises, elle aussi consignée dans le procès-verbal.

Enfin, afin de faciliter son fonctionnement, le CSE* peut s'appuyer sur des **commissions spécialisées** créées en son sein, tantôt facultatives (ex : commission de la formation, commission d'information et d'aide au logement), tantôt obligatoire dans les cas prévus par la loi (ex : commission des marchés (L. 2315-44-1), commission santé, sécurité, conditions de travail (L. 2315-36)).

Le code du travail a prévu la possibilité de transformer le CSE* en **conseil d'entreprise** (L. 2321-1). Celui-ci peut être instauré par accord d'entreprise majoritaire ou par accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de délégué syndical. L'accord instituant le conseil d'entreprise fixe le nombre d'heures de délégation dont bénéficient ses élus participant aux négociations. À défaut, chaque élu du conseil d'entreprise participant à une négociation dispose d'un nombre d'heures de délégation qui s'ajoute aux heures de délégation dont il bénéficie en sa qualité de membre titulaire de la délégation du personnel du CSE*. Le temps passé à la négociation est de plein droit considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale.

Le conseil d'entreprise exerce alors l'ensemble des attributions du CSE*. L'accord instituant le conseil d'entreprise doit fixer la **liste des thèmes pour lesquels les décisions de l'employeur ne peuvent être prises sans son avis conforme** sachant que la formation professionnelle fait obligatoirement partie de ces thèmes (L. 2321-3).

Il devient également **seul compétent pour négocier, conclure et réviser les accords d'entreprise** ou d'établissement. La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement conclu par le conseil d'entreprise est subordonnée à sa signature, soit par la majorité des membres titulaires élus du conseil, soit par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Ainsi, dans les entreprises où est institué un conseil d'entreprise, les délégués syndicaux présents dans l'entreprise n'auront plus la capacité de conclure des accords collectifs.

L'objectif est de parvenir, sur des thèmes déterminés, à une codécision de l'employeur et des représentants du personnel.

B. Les attributions du CSE*

Les attributions du CSE* sont définies en fonction de l'effectif de l'entreprise (L. 2312-1), il convient donc de distinguer les attributions du CSE* dans les entreprises d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés et celles **supplémentaires** dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

Les attributions du CSE* dans les entreprises d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés sont définies par les articles L. 2312-5 à L. 2312-7. La délégation du personnel au CSE* est chargée de présenter à l'employeur les **réclamations individuelles ou**

collectives relatives aux salaires, à l'application des dispositions légales et conventionnelles relatives au travail et à la protection sociale. Elle apporte également sa contribution à la **promotion de la santé, de la sécurité et à l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise** ; elle réalise des **enquêtes** en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles. C'est elle également qui exerce le **droit d'alerte** en cas **d'atteinte aux droits des personnes** (L. 2312-59) ou de **danger grave et imminent** ainsi qu'en matière de **santé publique et d'environnement** (L. 2312-60). Les membres de la délégation du personnel sont également compétents pour **saisir l'inspection du travail** de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle.

Les attributions du CSE* dans les entreprises d'au moins 50 salariés sont, quant à elles, définies par les articles L. 2312-8 et suivants, elles s'ajoutent à celles définies pour les entreprises de moins de 50 salariés. Aussi le code du travail rappelle que le CSE* a pour mission d'assurer une **expression collective des salariés** permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production.

Dans le cadre de ses **attributions générales**, il est **informé et consulté** sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise notamment sur :

- les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs ;
- la modification de son organisation juridique ou économique ;

- les conditions d'emploi et de travail (ex : durée du travail, formation professionnelle) ;
- l'introduction de nouvelles technologies, tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (ex : mise en place du télétravail) ;
- les mesures prises en faveur notamment des personnes accidentées du travail, des personnes atteintes de maladies chroniques évolutives et des travailleurs handicapés, notamment sur l'aménagement des postes de travail.

Il contribue également, dans le champ de **la santé, de la sécurité et des conditions de travail**, en procédant à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les salariés, en réalisant des enquêtes ou encore en proposant des actions de prévention du harcèlement moral, du harcèlement sexuel et des agissements sexistes ou enfin en participant au processus d'adaptation et d'aménagement des postes de travail des salariés en situation de handicap et en facilitant l'accès des femmes à tous les emplois.

Des **informations et des consultations récurrentes** - ce qui signifie qu'elles sont obligatoirement présentées au CSE* à échéance régulière - doivent être réalisées auprès du CSE* qui dispose à cette fin - dans toutes les entreprises de 50 salariés minimum - de l'accès à la **base de données économiques et sociales** (BDES*) alimentée et mise à jour régulièrement par l'employeur (L. 2312-36 et s.). Cette base de données est accessible non seulement aux membres du CSE* mais aussi aux délégués syndicaux.

Elles relèvent pour l'essentiel des **attributions économiques du CSE*** et portent sur :

- les orientations stratégiques de l'entreprise (L. 2312-24) ;
- la situation économique et financière de l'entreprise (L. 2312-25) ;
- la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et d'emploi (L. 2312-26 et s.).

Les modalités (contenu, périodicité, délais) de ces informations et consultations récurrentes sont définies par **accord d'entreprise**, à défaut, elles doivent avoir lieu tous les ans (L. 2312-22).

Le CSE* dispose d'ailleurs de plusieurs **droits d'alerte** en lien avec ces attributions :

- **droit d'alerte économique** lorsque le CSE* a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise (L. 2312-63 et s.) ;
- **droit d'alerte sociale** lorsque le nombre de salariés titulaires d'un CDD* et le nombre de salariés temporaires connaissent un accroissant important (L. 2312-70 ets.).

Des **consultations et informations ponctuelles** liées à certaines situations prévues par la loi, s'ajoutent aux attributions du CSE*. C'est le cas par exemple, lors de la restructuration et de la compression des effectifs, lors d'un licenciement collectif pour motif économique ou encore lors de procédures collectives (L. 2312-37) ou encore lors du licenciement envisagé d'un membre élu - titulaire ou suppléant - à la délégation du personnel au CSE*, ou d'un représentant syndical au CSE* ou d'un représentant de proximité (L. 2421-3 et L. 2421-4).

Dès lors que le CSE* est consulté, il doit rendre un **avis** ce qui suppose un vote, et ce, après avoir été **informé** de façon précise et écrite par l'employeur et dès lors que le CSE* a pu disposer d'un **délai d'examen suffisant**. À

défaut d'éléments précis et suffisants pour rendre son avis, le CSE* peut saisir le président du **tribunal judiciaire** statuant selon la procédure accélérée au fond, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants (L. 2312-15).

Il peut, si nécessaire, recourir à des **expertises** financées tantôt totalement financées par l'employeur (L. 2315-80, 1°), tantôt cofinancées par l'employeur et le CSE* (L. 2315-80, 2°).

Les avis du CSE* ne lient pas en principe l'employeur et sont qualifiés **d'avis simples**, sauf dans certains domaines prévus par la loi pour lesquels le CSE* doit émettre un **avis conforme**, ce qui signifie que si la majorité des voix des membres présents rejettent le projet, sa réalisation ne peut être poursuivie par l'employeur (ex : le remplacement du paiement des heures supplémentaires par un repos équivalent par décision unilatérale de l'employeur, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical (L. 3121-37, al. 1). Si l'employeur ne respecte pas ses obligations de consultation du CSE*, il s'expose à des **sanctions** de nature différente selon les cas, à savoir des poursuites pénales pour délit d'entrave à l'action du CSE* (L. 2317-1), à la censure de sa décision par l'inspection du travail mais aussi au risque que ses décisions prises dans de telles conditions soient inopposables aux salariés.

Enfin, le CSE* se voit également confier des **attributions en matière d'activités sociales et culturelles** (L. 2312-78 et s.) qui peuvent consister :

- soit dans la gestion de ces activités sociales et culturelles ;
- soit dans la participation à cette gestion ;
- soit dans le contrôle de la gestion de ces activités.

Ces activités sociales et culturelles, non définies par le code mais énumérées de façon non exhaustives (L. 2312-

35) sont mises en place dans l'entreprise prioritairement au bénéfice des salariés, de leur famille et des stagiaires. Elles consistent par exemple dans la mise en place de crèches, de colonies de vacances, dans la contribution financière à des événements culturels ou de loisir. Ces activités sociales et culturelles sont financées par une **contribution spécifique de l'employeur** fixée en principe par accord collectif, ou à défaut par le code du travail (L. 2312-81 et s.).

C. Les spécificités du comité de groupe et du comité d'entreprise européen

Institué en 1982, le **comité de groupe** a vocation à assurer une meilleure représentation des intérêts des salariés travaillant dans un groupe de sociétés. Selon l'article L. 2331-1 c. trav., « *un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée **entreprise dominante**, dont le **siège social est situé sur le territoire français**, et les **entreprises qu'elle contrôle** dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce* ». Il faut donc avant la mise en place du comité de groupe, identifier une **entreprise dominante** située en France, peu importe que celle-ci soit elle-même contrôlée par une ou plusieurs sociétés domiciliées à l'étranger (Cass. soc, 14 nov. 2019, n° 18-21723). Le comité de groupe est **constitué à l'initiative de l'entreprise dominante**, soit dès que la configuration du groupe est définie, soit à la suite d'un accord des parties intéressées, soit à défaut, par une décision de justice.

Quant à la **composition** du comité de groupe, celui-ci comprend d'une part, le **chef d'entreprise** assisté de deux personnes de son choix avec voix consultative et d'autre part, des **représentants du personnel des entreprises du groupe** désignés par les organisations syndicales de

salariés parmi leurs élus aux CSE* de l'ensemble des entreprises du groupe et à partir des résultats des dernières élections (L. 2333-1 et L. 2333-2). La durée du mandat des membres est de quatre ans par défaut. Néanmoins, un accord collectif peut déterminer une durée comprise entre deux et quatre ans (L. 2333-3).

Dans son **fonctionnement**, le comité de groupe est présidé par le chef de l'entreprise dominante et se réunit au moins une fois par an sur convocation de son président. Le comité de groupe est **destinataire d'informations économiques essentielles** telles que les comptes et bilans consolidés et le rapport du commissaire aux comptes, lorsqu'ils existent mais aussi les informations sur l'activité, la situation financière, l'évolution et les prévisions d'emploi annuelles ou pluriannuelles et les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions, dans le groupe et dans chacune des entreprises qui le composent. Il est informé dans ces domaines, des **perspectives économiques du groupe** pour l'année à venir (L. 2232-1). Enfin, en cas d'annonce d'offre publique d'acquisition portant sur l'entreprise dominante d'un groupe, l'employeur de cette entreprise en informe immédiatement le comité de groupe.

De manière assez similaire au comité de groupe, le droit de l'Union européenne a créé le **comité d'entreprise européen** afin de garantir aux salariés le droit à l'information et à la consultation à l'échelle européenne. Aussi, lorsque le **groupe a une dimension européenne** - peu importe que le siège social du groupe ou de l'entreprise dominante soit situé à l'étranger -, il doit mettre en place un **comité d'entreprise européen** (L. 2341-2), et ce, dès lors que trois conditions sont réunies :

- le groupe emploie au moins 1 000 salariés ;

- le groupe comporte au moins un établissement occupant au moins 150 salariés ;
- ces établissements sont établis dans au moins deux États membres.

Ce comité d'entreprise européen est constitué en principe par la **conclusion d'un accord** entre les partenaires sociaux européens dans le cadre d'un **groupe spécial de négociation** (L. 2342-1 et s.). À défaut d'accord, le comité est constitué en application des dispositions des articles L. 2343-1 et suivants. Le comité d'entreprise européen est composé du **chef d'entreprise** et de **représentants du personnel** des établissements de l'entreprise ou des entreprises constituant le groupe à l'échelle européenne qui réalisent leur mandat pour une durée de quatre ans.

Dans son fonctionnement, le comité d'entreprise européen est doté de la **personnalité civile**. Il adopte un règlement intérieur et applique des règles de fonctionnement définies par le code du travail (L. 2343-7 et s.). Il **se réunit au moins une fois par an et à cette occasion est informé** sur de nombreuses thématiques notamment la situation économique et financière, les licenciements collectifs, ou encore la situation et l'évolution probable de l'emploi (L. 2343-2). Il est **consulté en cas de circonstances exceptionnelles** ou de **décisions affectant considérablement les intérêts des salariés** (ex : délocalisation, fermeture d'entreprise).

Enfin, le fait d'apporter une entrave soit à la constitution, soit au fonctionnement du comité d'entreprise européen, est constitutif du **délit d'entrave** et passible d'un an d'emprisonnement et 7 500 € d'amende (L. 2346-1).

§ 2. La Commission Santé, Sécurité et Conditions de Travail (CSSCT*)

Pour compenser la disparition des CHSCT*, une commission santé, sécurité et conditions de travail doit être **créée au sein du CSE*, dans les entreprises et établissements distincts d'au moins 300 salariés** ainsi que dans les établissements classés Seveso, les installations nucléaires de base et certains gisements miniers (L. 2315-36). Dans les entreprises et établissements de moins de 300 salariés, **l'inspecteur du travail peut imposer cette commission** s'il l'estime nécessaire notamment en raison de la nature des activités ou de l'équipement des locaux. En dehors de ces cas, la décision d'instaurer ou non une CSSCT* se prend au sein de l'entreprise, soit par **accord d'entreprise**, soit en l'absence de délégués syndicaux, par un **accord entre l'employeur et le CSE***, adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du CSE* (L. 2315-42).

Après avoir envisagé ses modalités de fonctionnement (A), les attributions de la CSSCT* seront présentées (B).

A. Les modalités de fonctionnement

La commission est **présidée par l'employeur** ou son représentant. Elle comprend au minimum **trois membres représentants du personnel** dont au moins un représentant du second collège ou le cas échéant du troisième collège. Ces membres sont désignés parmi les membres du CSE*, par un **vote des membres du CSE*** à la majorité des voix des membres présents lors du vote (Cass. soc, 27 nov. 2019, n° 19-14224). Ils sont soumis au **secret professionnel** et à une **obligation de discrétion** et bénéficient d'une **formation** nécessaire à l'exercice de leurs missions (L. 2315-40).

Lorsque la commission est mise en place par un **accord d'entreprise**, cet accord précise notamment les missions de la commission, ses modalités et moyens de

fonctionnement. À défaut d'accord, c'est le **règlement intérieur du CSE*** qui définit ces éléments (L. 2315-41 et L. 2315-44). Enfin, il est tout à fait possible de déterminer par accord le nombre et le périmètre de ces commissions, **dans toute entreprise qui souhaite mettre en place une CSSCT***.

Le **médecin du travail** ou un membre de l'équipe pluridisciplinaire du service de santé au travail délégué par le médecin du travail, le responsable interne du service de sécurité et des conditions de travail, **l'agent de contrôle de l'inspection du travail** et les agents des services de prévention des CARSAT **assistent avec voix consultative** aux réunions de la CSSCT* et aux réunions du CSE* relatives à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail (L. 2314-3).

B. Les attributions de la CSSCT*

Par principe, les attributions relatives à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail sont celles du **CSE***. Toutefois, par **délégation**, il peut confier à la CSSCT*, tout ou partie de ses attributions en la matière, **à l'exception du recours à un expert et des attributions consultatives** du CSE*. La CSSCT* peut quant à elle, proposer le recours à un expert mais elle n'a pas le pouvoir de décider puisqu'elle **n'a pas la personnalité juridique**.

La CSSCT* peut réaliser **l'analyse des risques professionnels**, proposer des **actions de prévention** du harcèlement moral et sexuel, ou encore procéder à des **enquêtes**, se faire présenter les livres, registres et autres documents obligatoires. Enfin, les membres de la représentation du personnel à la CSSCT* peuvent exercer le **droit d'alerte** en cas d'atteinte aux droits des personnes (L. 2312-5a13), ou de danger grave et imminent (L. 4131-2) ou en matière de santé publique et d'environnement (L. 2312-5a13).

§ 3. Les représentants de proximité

La mise en place de représentants de proximité est **facultative** et nécessite la négociation d'un **accord d'entreprise** qui définit les modalités de leur désignation, leur nombre, leurs attributions ainsi que les modalités de fonctionnement (L. 2313-7). Cet accord d'entreprise ne peut pas être conclu avec les membres du CSE* ou par recours au référendum et par conséquent la mise en place de représentants de proximité suppose la présence d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

Les représentants de proximité sont **membres du CSE* ou désignés par lui** pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité.

Ils sont chargés **d'assurer l'interface** entre le chef d'entreprise, les salariés et le CSE*, en tant que représentant du personnel. Leurs **missions** sont définies par l'accord d'entreprise et concernent notamment la santé, la sécurité et les conditions de travail (ex : analyse des risques professionnels, prévention du harcèlement, etc.).

Ces représentants de proximité sont intéressants notamment afin d'assurer une représentation des salariés dans les différents sites géographiques de l'entreprise.

S'ils sont membres du CSE*, ils disposent, pour l'exercice de leur mission, de leur crédit d'heures de délégation voire d'un crédit supplémentaire défini par l'accord. En revanche, lorsqu'ils ne sont pas membres du CSE*, ils ne peuvent bénéficier de plein droit des moyens consentis aux membres du CSE*, il faut que l'accord d'entreprise qui les instaure le prévoit de manière spécifique.

Enfin, les représentants de proximité sont des **salariés protégés**, qu'ils soient membre du CSE* ou qu'ils soient simplement désignés par lui.

§ 4. Le statut des salariés protégés

Outre les moyens octroyés aux salariés protégés pour réaliser leurs missions, le code du travail assure aux salariés visés par l'article L. 2411-1, une **protection contre le licenciement**, y compris lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire.

Sont ainsi considérés comme des salariés protégés, **les salariés investis notamment de l'un des mandats suivants** :

- délégué syndical ;
- membre élu à la délégation du personnel du CSE* ;
- représentant syndical au CSE* ;
- représentant de proximité ;
- salarié mandaté dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ;
- conseiller prud'homme ;
- défenseur syndical.

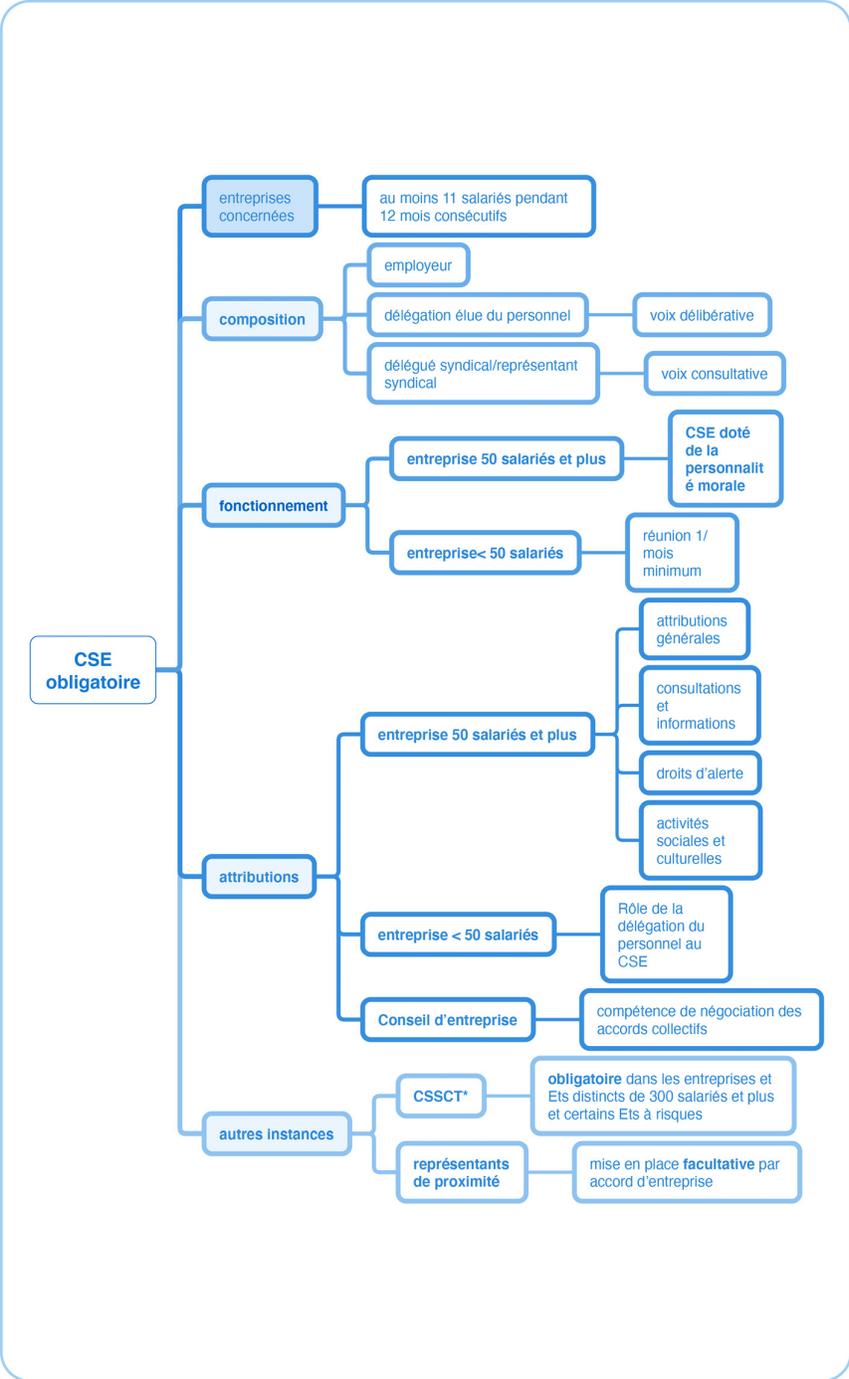
Cette protection est également accordée à des **salariés particulièrement exposés** tels que les candidats aux fonctions de membres élus de la délégation du personnel au CSE*, les salariés qui ont demandé l'organisation des élections professionnelles ou encore aux anciens représentants ou salariés mandatés, et ce, pour une certaine durée définie par la loi (L. 2411-3 et s.).

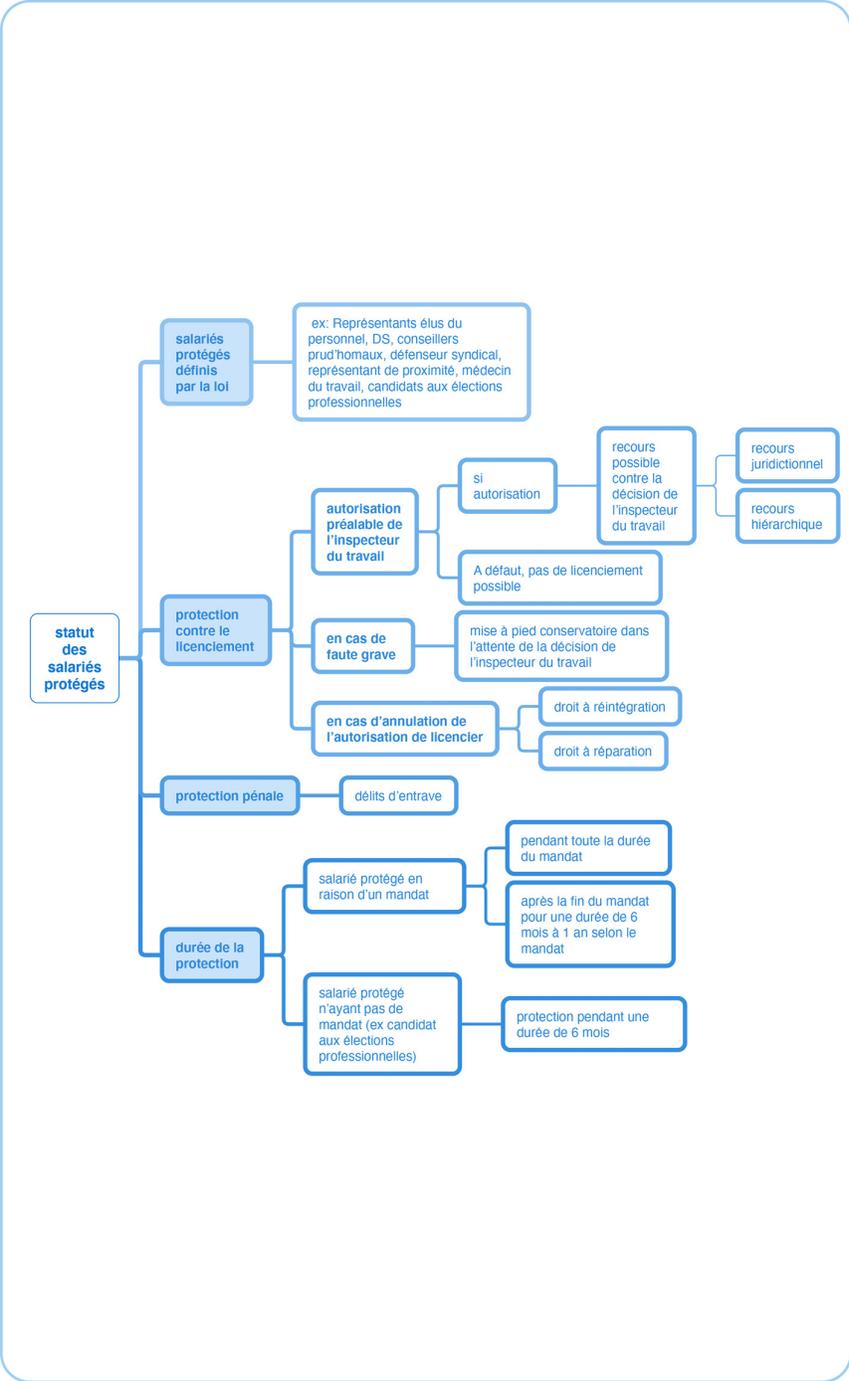
Cette protection se traduit par la nécessité pour l'employeur d'obtenir **l'autorisation préalable de l'inspection du travail** au licenciement. À cette occasion, l'inspecteur du travail sera amené à vérifier notamment, par la voie d'une enquête contradictoire, que le **motif de licenciement est sans rapport avec l'exercice des**

fonctions ou l'appartenance syndicale de ces salariés. Il peut donc, accorder ou ne pas accorder l'autorisation, cette décision est susceptible de faire l'objet d'un **recours hiérarchique** et/ou contentieux contre cette décision, sous réserve d'une part, de respecter le délai de recours de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur du travail et d'autre part, de veiller à ce que cette décision mentionne bien les voies et délais de recours (CE, 18 nov. 2019, req. n° 415470). En cas de rejet - exprès ou à défaut de réponse dans le délai de deux mois - du recours par le ministre du travail, l'intéressée peut encore exercer un **recours juridictionnel** devant le juge administratif (recours contentieux).

Ainsi, lorsque le ministre du travail annule sur recours hiérarchique l'autorisation de licenciement, ou lorsque le juge administratif, sur recours juridictionnel, annule l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ou le ministre du travail, **le salarié concerné a le droit**, s'il le demande, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision, **d'être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent**, voire dans certains cas dans son mandat (L. 2422-1 et L. 2422-2). Il peut enfin bénéficier d'une **indemnité compensatrice** pour le préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration ou l'expiration d'un délai de deux mois s'il n'a pas demandé sa réintégration (L. 2422-4).

Enfin, la protection de ces salariés est également assurée par les **dispositions pénales** du code du travail qui viennent notamment réprimer **l'entrave** à l'exercice de ces différentes fonctions (L. 1443-1, L. 2346-1, L. 2335-1), en faisant encourir pour ce **délit**, un an d'emprisonnement et 7 500 € d'amende.





Titre 2

La négociation collective et l'articulation des sources conventionnelles

L'État ne détient pas le monopole de la production des normes sociales. En effet, le préambule de la Constitution de 1946 affirme que tout salarié « *participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail* », et l'article L 2221-1 du code du travail reconnaît « *le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi et de travail et de leurs garanties sociales* ».

Le code du travail fixe un cadre à la négociation collective. Il convient de distinguer la négociation collective d'entreprise (Ch. 1) des autres niveaux de négociation (Ch. 2) avant d'envisager l'application des conventions et accords collectifs qui découlent éventuellement de ces négociations (Ch. 3). En effet, la loi du 13 novembre 1982 a mis en place des négociations périodiques, mais sans imposer d'obligation de conclure ni une **convention collective**, qui détermine l'ensemble des conditions de travail et des garanties sociales, ni un **accord collectif**, qui ne porte lui, que sur quelques-uns de ces sujets (L. 2221-2). Aujourd'hui, ces deux termes semblent interchangeables puisque par exemple, l'article L. 2232-11 al. 2 souligne que « *les termes convention d'entreprise désignent toute*

convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement ».

Chapitre 1

La négociation collective d'entreprise

Si la négociation collective d'entreprise est une obligation légale, sa mise en œuvre peut parfois s'avérer compliquer notamment dans les entreprises de moins de cinquante salariés. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective a institué au niveau départemental des **observatoires d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation collective** qui ont pour objectif de favoriser et d'encourager le développement du dialogue social et de la négociation collective.

Ces observatoires sont composés :

- de **membres salariés ayant leur activité dans la région**, désignés par des organisations syndicales représentatives au niveau interprofessionnel et du département et **d'employeurs ayant leur activité dans la région**, désignés par des organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national interprofessionnel et multiprofessionnel ;
- de **représentants de l'inspection du travail** au niveau départemental.

Ces observatoires sont chargés d'établir un bilan annuel du dialogue social dans le département, d'apporter son expertise juridique aux entreprises de son ressort dans le domaine du droit social. Ils peuvent être saisis par les organisations syndicales de salariés et les organisations

professionnelles d'employeurs en cas de difficultés rencontrées dans le cadre de la négociation (L. 2234-6).

Par ailleurs, afin de veiller à la protection des droits des salariés y compris dans les dispositifs conventionnels, la négociation collective d'entreprise s'opère de manière harmonisée au sein d'une branche, grâce au contrôle opéré par les **commissions paritaires permanentes de négociation et d'interprétation** (CPPNI*) qui exercent notamment un rôle de veille sur les conditions de travail et d'emploi (L. 2232-9).

La négociation collective d'entreprise qui s'inscrit dans le cadre du dialogue social obéit à des règles non seulement quant aux modalités de négociation (S 1) mais aussi quant aux modalités de conclusion des accords d'entreprise (S 2).

Section 1. Les modalités de la négociation collective d'entreprise

C'est après les événements de mai 1968 que le gouvernement a reconnu l'entreprise, comme un niveau de négociation pertinent. Il faudra attendre les lois dites « Auroux » de 1982, pour qu'à ce niveau de négociation qu'est l'entreprise soient créés d'une part, « *une obligation annuelle de négocier sur les salaires et le temps de travail* » et d'autre part, « *un droit d'expression des salariés* ». Aujourd'hui, la négociation collective d'entreprise repose sur des négociations collectives obligatoires (§ 1) qui s'ajoutent à celles facultatives que l'entreprise peut encourager. Ces négociations sont portées par des acteurs définis par la loi (§ 2).

§ 1. Les négociations obligatoires en entreprise

Conformément à l'architecture des dispositions du code du travail, celles relatives à la négociation obligatoire en

entreprise conduisent à distinguer d'une part, les dispositions d'ordre public (A) et d'autre part, les dispositions relevant du champ de la négociation collective et les dispositions supplétives (B).

A. Les dispositions d'ordre public

Dans les entreprises où sont constituées **au moins une section syndicale d'organisation représentative**, la négociation va pouvoir être engagée. À cette fin, l'employeur doit mettre à disposition et tenir à jour, dans la **Base de Données Économiques et Sociales (BDES*)** - obligatoire dans les entreprises de cinquante salariés et plus - toutes les informations sur les grandes orientations économiques et sociales de l'entreprise qui servent de socle à la négociation.

Dans ces entreprises, l'employeur doit, au titre des dispositions d'ordre public- auxquelles il n'est pas possible de déroger -, engager des négociations sur **trois thèmes** (L. 2242-1, L. 2242-2) :

- d'abord, une **négociation sur la rémunération**, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée. En l'absence d'accord visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise, cette négociation sur la rémunération doit inclure la **programmation de mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération** et les **différences de déroulement de carrière entre les femmes et les hommes** (L. 2242-3 dernier al.). Lors du dépôt de l'accord sur les salaires effectifs, auprès de la DREETS*, l'employeur doit y joindre un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et comportant les propositions respectives des parties (L. 2242-6) ;

•ensuite, une **négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes**, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et la qualité de vie au travail (QVT). Si à l'issue de la négociation aucun accord n'a été trouvé, il doit établir **un plan d'action annuel** destiné à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes en se fondant sur des critères clairs, précis et opérationnels, afin de définir les objectifs à atteindre et les actions qualitatives et quantitatives déployées à cette fin. Ce plan doit être déposé auprès de la DREETS* (L. 2242-3).

Sur ces deux premiers thèmes de négociation, tant que la négociation est en cours, **l'employeur ne peut, sur ces sujets, prendre de décision unilatérale concernant la collectivité des salariés**, sauf si l'urgence le justifie (L. 2242-4).

•une **négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels**, dans les entreprises et groupes d'au moins 300 salariés (L. 2242-2).

Lorsqu'aucun accord n'a été conclu sur l'une de ces trois thématiques, au terme de la négociation, un **procès-verbal de désaccord** doit être établi, dans lequel sont consignées, d'une part, les dernières propositions respectives des parties et d'autre part, les mesures que l'employeur s'engage à mettre en œuvre unilatéralement. Ce procès-verbal doit également être déposé auprès de la DREETS* (L. 2242-5).

Enfin, les entreprises qui ne respectent pas ces dispositions d'ordre public s'exposent à des **pénalités financières** fixées par la DREETS*, dans les conditions définies par le code du travail (L. 2242-7, L. 2242-8).

B. Les dispositions relevant de la négociation collective et les dispositions supplétives

Dans le **champ de la négociation collective**, l'employeur peut, à son initiative ou à la demande d'une organisation syndicale représentative, engager la négociation d'un **accord dit d'adaptation**. Cet accord conclu pour une **durée maximale de quatre ans**, au niveau du groupe, de l'entreprise ou de l'établissement permet de préciser les thèmes des négociations, leur périodicité (au moins tous les quatre ans), le calendrier, les lieux de réunions, les informations remises par l'employeur en vue de ces négociations et leur date de remise et enfin les modalités de suivi des engagements souscrits par les parties (L. 2242-10 à L. 2242-12).

À défaut d'accord d'adaptation ou en cas de non-respect des dispositions de l'accord d'adaptation, ce sont les **dispositions supplétives** qui s'appliquent alors (L. 2242-13). Plus précisément, **chaque année**, doivent avoir lieu dans ces entreprises, d'une part, la négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée et d'autre part, celle relative à l'égalité professionnelle femmes hommes et la qualité de vie au travail. Quant à celle relative à la gestion des compétences et des parcours professionnels, sa **périodicité est fixée à trois ans**. Dans le cadre de ces dispositions supplétives, il appartient à l'employeur d'engager ce processus de négociation. À défaut d'initiative de l'employeur dans le respect de la périodicité fixée par les dispositions supplétives, une négociation s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative de salariés.

§ 2. Les acteurs de la négociation collective en entreprise

La négociation collective s'appuie par principe sur le **dialogue social** entre l'employeur et les délégués syndicaux, voire de manière dérogatoire dans le cadre d'un conseil d'entreprise (A). Toutefois, lorsque l'entreprise est dépourvue de tels représentants syndicaux ou d'un conseil d'entreprise, des acteurs de substitution sont prévus (B) afin de permettre de négocier.

A. Dans les entreprises dotées de délégués syndicaux ou d'un conseil d'entreprise

Par principe, la négociation de convention ou d'accord d'entreprise se fait entre d'une part, **l'employeur** et d'autre part, les **organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise** qui ont désigné un **délégué syndical** (L. 2232-16).

Dans certaines entreprises, le choix peut avoir été fait de transformer le CSE* en **conseil d'entreprise** auquel cas ce dernier est **seul compétent** pour négocier, conclure et réviser les conventions et accord d'entreprise ou d'établissement. Selon les modalités définies dans l'accord qui met en place le conseil d'entreprise, soit une délégation de celui-ci est en charge de la négociation, soit cette compétence revient à l'ensemble des membres titulaire du conseil d'entreprise participant aux négociations (L. 2321-7).

Le mandat des **délégués syndicaux** dans l'entreprise dotée d'un conseil d'entreprise ne disparaît pas pour autant, ces derniers continuent d'exercer l'ensemble de leurs attributions restantes mais restent **privés de leur principale attribution**.

B. Dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ou d'un conseil d'entreprise

Le **principe des négociations obligatoires** étant posé par la loi, le législateur n'a eu de cesse de trouver des solutions pour les entreprises qui sont dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise. Ces négociations doivent se dérouler dans le respect de **l'indépendance des négociateurs** vis-à-vis de l'employeur, en veillant à **l'élaboration conjointe** du projet d'accord avec les négociateurs, en **concertation avec les salariés**. Il est toujours possible pour ces négociateurs de substitution qui doivent recevoir de l'employeur **toutes les informations nécessaires à la négociation**, de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche (L. 2232-29).

Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, un accord de branche étendu peut prévoir la possibilité de mettre en place un conseil d'entreprise (L. 2321-1) qui est alors compétent pour négocier avec l'employeur. Il appartient à l'employeur d'initier l'institution de ce conseil d'entreprise.

Lorsqu'il n'y a ni délégués syndicaux, ni conseil d'entreprise, le code du travail a mis en place quatre dispositifs fondés sur **l'effectif habituel de l'entreprise** afin d'organiser la négociation collective :

- dans les entreprises de moins de 11 salariés (L. 2232-21), **un projet d'accord d'entreprise sera proposé par l'employeur aux salariés ;**
- dans les entreprises de 11 à 20 salariés dépourvues de membres élus de la délégation du personnel au CSE* (L. 2232-23), là aussi la négociation s'appuie sur **le projet d'accord d'entreprise proposé par l'employeur aux salariés ;**
- dans les entreprises de 11 à 49 salariés dotées d'un CSE* (L. 2232-23-1), l'employeur peut, à défaut de délégué syndical, **négocier au choix** avec soit, **un ou plusieurs**

salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, soit **un ou des membres titulaires de la délégation du personnel au CSE*** ;

- dans les entreprises de 50 salariés et plus, l'employeur (L. 2232-24), l'employeur doit **prioritairement** négocier avec **les membres titulaires de la délégation du personnel au CSE* expressément mandatés** à cet effet, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau de la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel. **À défaut** d'élu titulaire expressément mandaté, l'employeur peut négocier avec des **élus titulaires du CSE* non mandaté** par une organisation syndicale, mais le champ de la négociation est restreint aux seuls accords relatifs à des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif sauf les accords de méthode dans le cadre d'un licenciement économique. Enfin, **à défaut encore**, les accords d'entreprise peuvent être négociés par **un ou plusieurs salariés expressément mandatés** par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou à défaut, au niveau national et interprofessionnel.

Le temps consacré par ces acteurs de substitution à la négociation collective ne vient pas s'imputer sur leur crédit d'heure de délégation liées à leur mandat ; ils bénéficient en effet, d'un **crédit d'heures spécifique** - en principe dix heures par mois - pour la négociation (L. 2232-27).

Ces conditions de négociation ont un impact sur les modalités de conclusion de l'accord.

Section 2. Les modalités de conclusion d'un accord collectif d'entreprise

Une convention ou un accord collectif de travail nécessite pour sa conclusion le respect d'exigences de fond (§ 1), de forme et de publicité (§ 2).

§ 1. Les exigences de fond

La convention ou l'accord est conclu entre d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de l'accord et d'autre part, l'employeur.

Comme tout accord ou toute convention, quel que soit le niveau de négociation, il comporte obligatoirement le **calendrier des négociations** – sauf exception – (L. 2222-3) mais aussi un **préambule** qui présente de manière succincte les objectifs et le contenu de l'accord. L'absence de ce préambule n'entraîne pas la nullité de la convention ou de l'accord (L. 2222-3-3).

Il est conclu pour une **durée déterminée ou indéterminée**. À défaut de précision sur ce point dans l'accord, la durée de l'accord est fixée à cinq ans. Quand l'accord arrive à expiration, il cesse de produire ses effets (L. 2222-4). Il doit également prévoir les formes et le délai de son éventuel **renouvellement** ainsi que les modalités – formes et délai – de **révision**.

La convention ou l'accord collectif doit aussi définir les modalités de prise en compte, dans la branche ou l'entreprise, des demandes relatives aux thèmes de négociation émanant d'une ou des organisations syndicales représentatives. C'est ce que l'on appelle le « **droit de saisine** » (L. 2222-3, 2°).

Enfin, il définit les conditions de **suivi**, comporte des « **clauses de rendez-vous** » dites aussi « clauses de revoyure » (L. 2222-5-1) et précise les conditions de son éventuelle **dénonciation** (L. 2222-6).

Ce sont surtout les **conditions de validité** de l'accord d'entreprise qui sont importantes et qui diffèrent selon les conditions dans lesquelles la négociation a eu lieu. Plus précisément, il convient de distinguer, les conditions de validité dans les entreprises dotées de délégués syndicaux ou d'un conseil d'entreprise (A) de celles applicables dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux (B).

A. Les conditions de validité dans les entreprises dotées de délégués syndicaux ou d'un conseil d'entreprise

Dans les entreprises dotées de **délégués syndicaux** en charge de la négociation collective, la validité d'un **accord d'entreprise** est subordonnée à sa signature par d'une part, **l'employeur** ou son représentant et d'autre part, **par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés** au premier tour des élections des titulaires au CSE*, quel que soit le nombre de votants (L. 2232-12). Il s'agit donc de poser le **principe** d'un **accord majoritaire**.

Cependant, par **exception**, cet accord d'entreprise est également valable s'il a été signé à la fois par **l'employeur** et par des **organisations syndicales représentatives de salariés ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés lors du premier tour des élections**. Il faut alors que ces organisations demandent à l'employeur l'organisation d'un **référendum** auprès des salariés. L'organisation de cette consultation suppose d'abord que la demande soit faite à l'employeur dans le délai d'un mois à compter de la signature de l'accord. À l'issue de ce délai,

l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation. Si à l'issue d'un délai de huit jours à compter de cette demande ou de l'initiative de l'employeur, l'accord n'a toujours pas été signé par plus de 50 % des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, l'employeur organise cette consultation dans un délai de deux mois. L'accord est valide s'il est **approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés**. En revanche, faute d'approbation dans ces conditions, l'accord est réputé non écrit.

Dans les entreprises dotées d'un **conseil d'entreprise**, la validité d'un accord d'entreprise conclu par le conseil d'entreprise est subordonnée à sa signature **par la majorité des membres titulaires élus du conseil ou par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles**. Pour ce dernier seuil, il est tenu compte des suffrages recueillis lors du premier tour pour les élus au premier tour du scrutin, et de ceux du second tour, pour les élus au second tour du scrutin (L. 2321-9).

B. Les conditions de validité dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ou de conseil d'entreprise

Lorsqu'il n'y a **ni délégués syndicaux, ni conseil d'entreprise**, les conditions de validité de l'accord d'entreprise diffèrent selon les conditions dans lesquelles il a été négocié :

- **dans les entreprises de moins de 11 salariés et dans les entreprises de 11 à 20 salariés dépourvues de membres élus de la délégation du personnel** au CSE*, le projet d'accord d'entreprise est communiqué par l'employeur à chaque salarié qui dispose d'un délai de quinze jours pour en prendre connaissance avant de se

prononcer lors du **référéndum**. Le projet d'accord doit être approuvé à la **majorité des deux tiers du personnel** pour être considéré comme un accord d'entreprise valide (L. 2232-21 et L. 2232-23) ;

•**dans les entreprises de 11 à 49 salariés dotées d'un CSE*** (L. 2232-23-1), l'employeur peut négocier et valablement conclure l'accord :

- soit, avec un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. Si ces salariés ne sont pas membres de la délégation du personnel au CSE*, la validité de l'accord est subordonnée à son **approbation par les salariés, par référendum, à la majorité des suffrages exprimés**. Les salariés sont informés, quinze jours au moins avant la date prévue du scrutin du contenu de l'accord et de la question soumise au vote ainsi de la date et de l'heure du référendum (D. 2232-4) ;
- soit, avec un ou des membres titulaires de la délégation du personnel au CSE* qui doivent alors représenter la **majorité des suffrages exprimés** lors des dernières élections professionnelles ;

•**dans les entreprises de 50 salariés et plus**, l'employeur peut négocier et valablement conclure un accord d'entreprise :

- prioritairement, avec les membres titulaires de la délégation du personnel au CSE* expressément mandatés à cet effet auquel cas, l'accord doit être approuvé par **référendum par les salariés à la majorité des suffrages exprimés** (L. 2232-24 al. 1) ;
- à défaut d'élu titulaire expressément mandaté, l'accord négocié avec des élus titulaires du CSE* non mandatés par une organisation syndicale est subordonné à sa signature par **les membres de la délégation du personnel au CSE* représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du**

CSE* lors des dernières élections ;

- à défaut encore, les accords d'entreprise négociés par un ou plusieurs salariés expressément mandatés doivent pour être valablement conclus être approuvés par **référendum par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.**

§ 2. Les exigences de forme et de publicité

La convention ou l'accord collectif est, à peine de nullité, un **acte écrit**. Il doit être rédigé **en français**, à défaut, toute clause rédigée en langue étrangère est inopposable au salarié si elle lui fait grief (L. 2231-1).

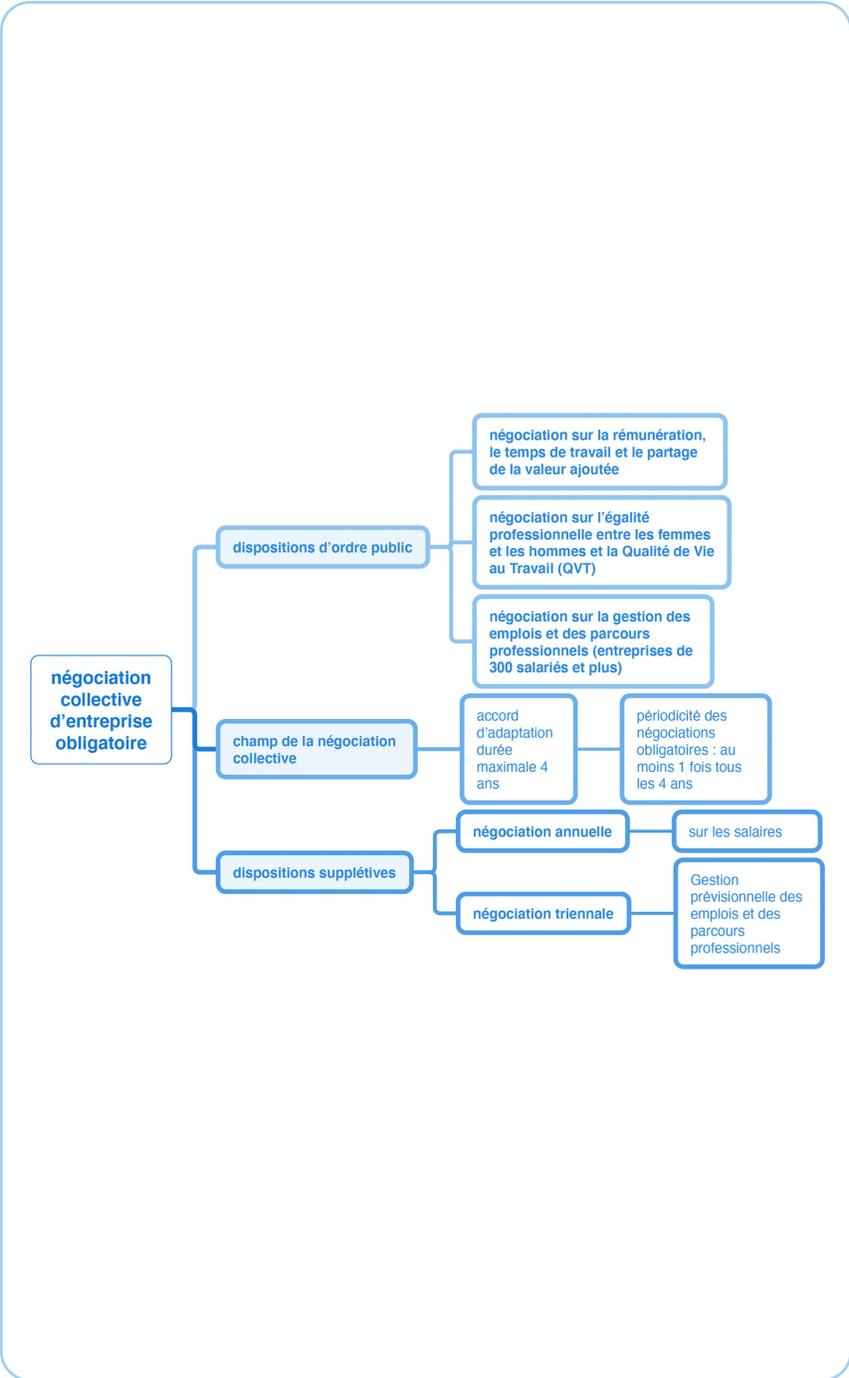
La partie la plus diligente doit **déposer sur la plateforme en ligne de téléprocédure** « TéléAccords », les accords et conventions collectifs d'entreprise. Il en va de même, des plans d'actions liés aux négociations obligatoires, des procès-verbaux de désaccord ou encore des décisions unilatérales de l'employeur. Ces documents sont ensuite automatiquement transmis à la DREETS* géographiquement compétente (R. 2231-1 à R. 2231-9).

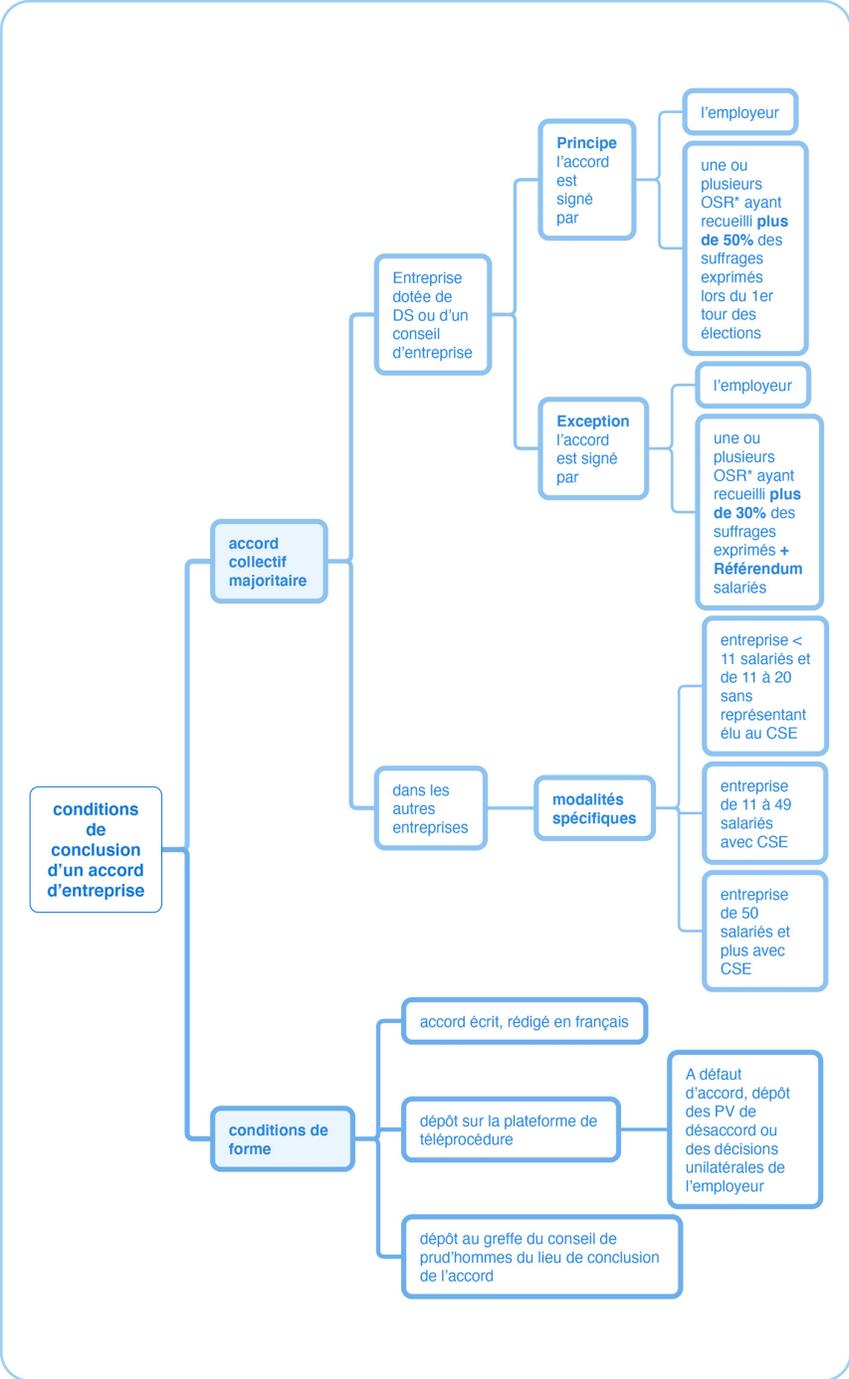
Un exemplaire de l'accord doit être **déposé au greffe du conseil de prud'hommes** du lieu de conclusion de l'accord (D. 2231-2, III).

Une fois ces formalités obligatoires accomplies, **l'accord est applicable**, sauf stipulation contraire, **à partir du jour qui suit son dépôt** auprès des autorités compétentes (L. 2261-1).

En outre, tous les accords conclus - quel que soit le niveau de conclusion - depuis le 1^{er} septembre 2017, sont **publiés sur Légifrance** et donc accessibles au public. Cependant, dans cette version de publication, les accords ne comportent pas les noms et prénoms des négociateurs et des signataires. Enfin, certains accords tels que ceux d'intéressement, de participation ou encore les plans

d'épargne d'entreprise, bénéficient du secret et ne sont pas publiés sur cette base de données nationale.





Les autres niveaux de la négociation collective

Le droit du travail est devenu au fil du temps un **droit du travail négocié** dans lequel, le recours à la négociation collective est devenu le principe pour permettre aux entreprises mais aussi aux branches de façonner un droit au plus près des besoins réels des secteurs d'activités.

Ce droit de la négociation collective a permis de résoudre les conflits sociaux qui ont émaillé l'histoire du pays, au fil des évolutions industrielles, de la mondialisation et de la transformation digitale de l'économie. C'est ainsi que la négociation collective est d'abord apparue dans la loi du 25 mars 1919 qui définit une nouvelle norme « **la convention collective** ». Celle-ci va très vite devenir le moyen de protéger les salariés appartenant à un même secteur d'activité ce qui va donner naissance à la branche professionnelle qui devient un nouveau niveau de négociation. Une fois ce maillage sectoriel réalisé par les **accords et conventions de branche**, et sous l'influence grandissante des confédérations syndicales, des accords collectifs applicables à plusieurs branches professionnelles vont voir le jour et donner naissance à la négociation d'**accord interprofessionnel** (S 1). Il faudra attendre des périodes beaucoup plus récentes pour que le **groupe** ou **l'établissement** deviennent des niveaux de négociation collective pris en compte par le droit (S 2).

Section 1. La négociation interprofessionnelle et la négociation de branche

Si la négociation interprofessionnelle (§ 1) est longtemps restée limitée, la négociation de branche elle, a connu un essor au fil des révolutions - industrielle, économique, digitale - et des transformations de la société (§ 2).

§ 1. La négociation interprofessionnelle

Les premiers accords collectifs interprofessionnels ont été négociés au sein du Conseil national du travail, établissement public institué en 1952 au niveau national et interprofessionnel, et composé de façon paritaire de représentants des employeurs et des salariés. Par la loi du 5 décembre 1968, ce Conseil se voit confier le soin de conclure des accords collectifs à portée interprofessionnelle afin de régir tous les secteurs d'activité à l'échelle du pays (ex : ANI* sur le télétravail du 26 novembre 2020).

La négociation d'un **accord national interprofessionnel** (ANI*) peut être engagée librement par les partenaires sociaux au regard d'une thématique qu'ils arrêtent. Mais ce niveau de négociation est souvent utilisé pour préparer une réforme législative d'ampleur. C'est ainsi que depuis la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (dite loi Larcher), avant toute réforme initiée par le gouvernement, dans les domaines des relations de travail, de l'emploi ou de la formation professionnelle, une **concertation préalable avec les partenaires sociaux représentatifs au niveau national doit être engagée**. À cette fin, le gouvernement transmet aux partenaires sociaux un document d'orientation sur les objectifs et les modalités de la négociation qui doit s'engager. Ces partenaires sociaux

tentent ensuite d'aboutir à la conclusion d'un Accord National Interprofessionnel qui sert souvent de préalable à la transposition de son contenu dans l'environnement législatif.

Mais, ces accords interprofessionnels négociés et signés entre les **organisations patronales et les organisations syndicales représentatives de salariés à la fois dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services** peuvent avoir un champ d'application territorial autre que national, par exemple, régional ou local (L. 2232-1).

Ces accords sont soumis à plusieurs règles de validité. Plus précisément d'abord, du côté des **organisations syndicales de salariés signataires**, elles doivent être représentatives au niveau national interprofessionnel et donc satisfaire aux **critères de représentativité** de l'article L. 2121-1 dont notamment la **représentativité à la fois dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services** (L. 2122-9) et une **audience électorale de 8 %** des suffrages exprimés. Ce seuil est atteint par addition des résultats obtenus au premier tour des élections professionnelles et lors des scrutins dans les entreprises de moins de 11 salariés. Du côté des organisations patronales, aucune condition particulière n'est posée par la loi, à ce niveau de négociation.

Quant à la **conclusion** de l'accord national interprofessionnel, **deux conditions cumulatives** sont posées pour sa **validité** :

- celui-ci doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales ayant obtenu **au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur des organisations reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel** ;

• l'accord **ne doit pas faire l'objet d'une opposition** par des organisations représentatives syndicales de salariés - uniquement elles - ayant recueilli la **majorité des suffrages exprimés** en faveur des organisations reconnues représentatives au niveau visé par l'accord. Lorsque cette opposition est exprimée, elle doit l'être par écrit, dans un délai de quinze jours à compter de la notification de l'accord, et comporter une motivation notamment quant aux points de désaccord, qu'ils soient juridiques ou purement économiques ou sociaux. L'opposition est alors notifiée aux signataires de l'accord. L'opposition a pour effet de rendre l'accord réputé non écrit et donc de le priver de tout effet juridique.

§ 2. La négociation de branche

Lorsqu'on utilise le terme de « branche » c'est pour désigner un secteur d'activité (ex : métallurgie, chimie). Au sens du code du travail, les termes « **conventions de branche** désignent la **convention collective** et les **accords de branche**, les **accords professionnels** et les **accords interbranches** » (L. 2232-5). Un **accord professionnel** définit les règles conventionnelles applicables à une profession qui appartient elle-même à une ou plusieurs branches d'activité (ex : accord professionnel relatif aux stagiaires des cabinets d'avocats). Ces conventions de branche et accords professionnels peuvent avoir un champ d'application national, régional ou local.

Selon le code du travail, la branche a pour **missions** :

• de **définir les conditions d'emploi et de travail des salariés** ainsi que les **garanties** qui leur sont applicables dans les domaines définis par les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 ;

•de **réguler la concurrence entre les entreprises** relevant de son champ d'application.

Les branches encore très nombreuses – environ 700 – sont en cours de **restructuration** depuis plusieurs années, et ce, notamment pour réduire le nombre de branches à environ 300, ce qui conduit par exemple, à tenter de regrouper les branches dans lesquelles les effectifs ou les accords sont peu nombreux, ou encore celles qui ne comportent que peu d'entreprises adhérentes à une organisation patronale représentative. Cependant, il n'est pas possible pour le Ministre du travail de « *fusionner plusieurs branches afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives* », au regard notamment de la **liberté contractuelle** qui constitue le fondement même de la négociation collective (Cons. Const. 29 nov. 2019, décision n° 2019-816 QPC).

Dans chaque branche, peut être mise en place une **commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation (CPPNI*)** chargée de missions d'intérêt général telles que la représentation de la branche notamment dans l'appui aux entreprises vis-à-vis des pouvoirs publics, un rôle de veille sur les conditions de travail et d'emploi ou enfin, la rédaction d'un rapport annuel d'activité dressant notamment le bilan des actions de la branche en faveur de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes (L. 2232-9).

Le code du travail impose au niveau de la branche, comme au niveau de l'entreprise, des obligations de négocier et non de conclure (A) et soumet la validité de la convention de branche à plusieurs conditions (B).

A. La négociation collective obligatoire de branche

Comme pour la négociation d'entreprise, les dispositions relatives à la négociation de branche s'articulent autour des dispositions d'ordre public (a), de celles ouvertes à la négociation collective (b) et enfin des dispositions supplétives (c).

a. Les dispositions légales d'ordre public

L'article L. 2241-3 al. 2 rappelle l'obligation, pour les parties, **d'engager sérieusement et loyalement les négociations** ce qui implique notamment pour l'organisation patronale d'une part, de communiquer aux organisations syndicales les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et d'autre part, de répondre de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales. À défaut, une commission mixte paritaire est réunie.

Les organisations liées par une convention de branche ou à défaut, par des accords professionnels ont **l'obligation d'engager des négociations selon une périodicité et sur des thèmes définis** par l'article L. 2241-1.

Ainsi, elles doivent négocier **au moins une fois tous les quatre ans** - ce qui donne de la flexibilité pour fixer cette périodicité- sur :

- les **salaires** ;
- les mesures tendant à assurer **l'égalité professionnelle** entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées ainsi que sur la mise à disposition **d'outils pour prévenir et agir contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes** ;
- les mesures destinées à faciliter la **conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés proches aidants** ;

- les **conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences** ;
- la prise en compte des **effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels** ;
- les mesures tendant à **l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés** ;
- les priorités, les objectifs et les moyens de la **formation professionnelle** des salariés.

De la même manière, la négociation doit avoir lieu **au moins une fois tous les cinq ans** sur :

- l'examen de la nécessité de réviser les **classifications** en prenant en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et de mixité des emplois ;
- l'institution d'un ou plusieurs **plans d'épargne interentreprises ou plans d'épargne pour la retraite**.

Enfin, lorsqu'au moins un tiers de l'effectif de la branche professionnelle occupe un emploi à temps partiel, une négociation sur **les modalités d'organisation du temps partiel** doit être organisée (L. 2241-2).

b. Le champ de la négociation collective

Comme ce qu'il est possible de faire au niveau de l'entreprise, des **accords d'adaptation** peuvent également être conclus au niveau de la branche - pour une durée maximale de cinq ans - afin de définir la périodicité et le contenu des négociations obligatoires.

Cet accord d'adaptation, conclu selon les conditions de validité des conventions de branche, doit alors préciser :

- les **thèmes de la négociation**, le **contenu** de chacun des thèmes et leur **périodicité** en respectant non seulement les thématiques imposées dans le cadre des

dispositions d'ordre public mais aussi la périodicité minimale ;

- le **calendrier** et les lieux de réunion ;
- les **informations** remises par les organisations patronales et la date de remise de ces informations ;
- les **modalités de suivi** des engagements souscrits.

c. Les dispositions supplétives

À défaut d'accord d'adaptation ou en cas de non-respect des dispositions de celui-ci, les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par un accord professionnel, doivent remplir leurs obligations de négocier selon la périodicité suivante :

- **négociation annuelle** sur les salaires (L. 2241-8 et s.) ;
- **négociation triennale** (L. 2241-11 et s.) sur l'égalité professionnelle, les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, l'insertion et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, la formation professionnelle et l'apprentissage ;
- **négociation quinquennale** (L. 2241-15 et s.) sur les classifications et l'épargne salariale.

Lorsque les négociations permettent d'aboutir à la conclusion d'une convention de branche, celle-ci doit respecter les conditions de validité.

B. Les conditions de validité de la convention de branche

Les conventions de branche sont soumises à des conditions de validité qui s'appuient sur le droit commun (V. notamment les exigences de fond présentées à propos de l'accord d'entreprise) même si elles présentent quelques particularismes qui seront seules ici énoncées.

La **validité** d'une convention de branche ou d'un accord professionnel est ainsi subordonnée à une **double condition** (L. 2232-6) :

- la convention de branche doit être **signée** par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives - seuil de 8 % - ayant recueilli lors des élections professionnelles **au moins 30 % des suffrages exprimés** en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau ;
- la convention de branche signée **ne doit pas faire l'objet d'une opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives majoritaires** - ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des mêmes organisations à ces mêmes élections. Cette opposition est exprimée par écrit et de façon motivée dans un délai de quinze jours à compter de la notification de la convention ou de l'accord. Si elle produit effet, la convention est réputée non écrite et n'a donc aucun effet juridique.

Comme toute convention collective, elle doit faire l'objet de **formalités de dépôt** et de **mesures de publicité**, identiques à celles présentées pour le niveau de l'entreprise.

Section 2. La négociation de groupe et la négociation d'établissement

La prise en compte de la négociation de groupe (§ 1) par le code du travail date de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 tandis que la négociation d'établissement découle la loi du 20 août 2008 qui reconnaît la légitimité électorale des syndicats au niveau de l'établissement (§ 2).

§ 1. La négociation de groupe

Encouragée par la loi du 4 mai 2004, la négociation de groupe a été consacrée notamment par la loi Travail du 8 août 2006 et la loi du 29 mars 2018 ratifiant les ordonnances Macron, aux articles L. 2232-30 et suivants.

L'accord de groupe fixe son **champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe** (L. 2232-30) ce qui permet aux parties à la négociation de jouir d'une grande liberté dans la définition du périmètre de la négociation de groupe.

Quant aux **parties à la négociation**, l'accord de groupe est négocié et conclu entre (L. 2232-31) :

- d'une part, **l'employeur de l'entreprise dominante** ou un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées par le champ de l'accord ;
- d'autre part, les **organisations syndicales de salariés représentatives dans le groupe** ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de l'accord. L'appréciation de la représentativité des organisations syndicales au niveau du groupe se fait, conformément aux règles relatives à la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise, par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés (L. 2122-4). Les organisations syndicales de salariés représentatives dans chacune des entreprises ou chacun des établissements compris dans le périmètre de l'accord doivent être informées avant l'ouverture d'une négociation dans ce périmètre (L. 2232-32).

Les organisations syndicales représentatives au niveau du périmètre de l'accord peuvent « *désigner un ou des **coordonnateurs syndicaux de groupe** choisis parmi les délégués syndicaux du groupe et habilités à négocier et signer la convention ou l'accord de groupe* » (L. 2232-32a2). En pratique, ces interlocuteurs syndicaux de groupe

sont désignés par la voie de la négociation d'un accord collectif définissant la mise en place de délégués syndicaux de groupe chargés, au niveau du groupe, des mêmes fonctions que celles des délégués syndicaux d'entreprise (Cass. soc, 30 avr. 2003, n° 01-10027).

Quant aux **conditions de validité des conventions et accords de groupe**, elles sont définies par l'article L. 2232-34. Ce sont ainsi les mêmes conditions que celles pour la validité d'un accord d'entreprise à savoir un accord directement (taux de plus de 50 %) ou indirectement (taux de 30 % + référendum) majoritaire mais **l'appréciation des taux se fait à l'échelle de l'ensemble des entreprises ou établissements compris dans le périmètre de cet accord**. L'ensemble des autres exigences de fond et de forme de l'accord d'entreprise valent également pour la convention ou l'accord de groupe.

§ 2. La négociation d'établissement

Le code du travail consacre de manière implicite la possibilité de négocier au niveau des établissements en précisant que les termes « *convention d'entreprise désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, soit au niveau de l'entreprise, soit **au niveau de l'établissement*** » (L. 2232-11a2). De la même manière, « *une convention ou des accords peuvent être conclus au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements* » (L. 2232-16a2).

À ce niveau de négociation, ce ne sont pas les modalités ou les thèmes de la négociation collective obligatoires qui posent des difficultés puisque ce sont ceux de l'entreprise. En revanche, cette possibilité donnée de négocier au niveau de l'établissement a conduit la jurisprudence à veiller au respect du **principe de non-discrimination** dans le contenu même de ces accords d'établissement.

Plus précisément, la jurisprudence a considéré pendant longtemps qu'il était possible d'opérer des **différences de traitement** entre salariés d'une même entreprise appartenant à des établissements distincts dès lors que ces salariés n'étant pas placés dans une situation identique, il n'y avait pas lieu d'appliquer le principe d'égalité de traitement (Cass. soc, 27 oct. 1999, n° 98-40.769, 98-40.783).

Mais, en 2009, un revirement intervient et soumet ces salariés au **principe d'égalité de traitement** sauf si les différences de traitement reposent sur des raisons objectives dont la réalité et la pertinence doivent être contrôlées par le juge (Cass. soc, 21 janv. 2009, n° 07-43.452). Le principe d'égalité de traitement est également consacré comme un principe général du droit de l'Union européenne (Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, articles 20 et 21).

Au fil du temps, la jurisprudence a posé une **présomption de justification des différences de traitement opérées par la voie d'accord collectif** autre que d'établissements, entre des salariés relevant de catégories professionnelles distinctes (Cass. soc, 27 janv. 2015, Bull. civ. V, n° 8, 9, 10) ou appartenant à la même catégorie professionnelle mais exerçant des fonctions distinctes, (Cass. soc. 8 juin 2016 n° 15-11324) avant d'étendre cette présomption de justification des différences de traitement à celles réalisées par voie d'accord d'établissement (Cass.soc, 3 nov. 2016, n° 15-18444). Ces **différences de traitement sont présumées justifiées** et il appartient à celui qui les conteste de démontrer **qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle** (ex : le degré d'implication dans une grève, motif de discrimination, Cass.soc, 13 déc. 2017, n° 16-12397). Cependant, la chambre sociale a, depuis 2019, **rejeté la généralisation de la présomption de**

justification des différences de traitement par des accords collectifs (Cass. soc, 3 avril 2019, n° 17-11970).

Quant aux **conditions de validité** des conventions et accords d'établissement, elles sont définies par l'article L. 2232-12. Ce sont ainsi les **mêmes conditions que celles pour la validité d'un accord d'entreprise** à savoir un accord directement (taux de plus de 50 %) ou indirectement (taux de 30 % + référendum) majoritaire mais l'appréciation des taux se fait **à l'échelle de l'établissement concerné par l'accord**. L'ensemble des autres exigences de fond et de forme de l'accord d'entreprise valent également l'accord d'établissement.

L'application des conventions et des accords collectifs

L'entreprise n'a pas nécessairement de couverture conventionnelle, en dehors des éventuelles conventions et accords d'entreprise qu'elle a pu conclure en son sein. Elle peut être amenée à déterminer si elle peut ou si elle doit appliquer une convention de branche (S 1) et parvenir à articuler les différentes sources conventionnelles entre elles mais aussi avec le contrat de travail (S 2).

Section 1. La détermination de la convention collective applicable à l'entreprise

Ainsi, outre les conventions et accords d'entreprise qui s'appliquent nécessairement dans le périmètre de l'entreprise qui les a valablement conclus, des conventions de branche peuvent trouver application dans l'entreprise, en fonction de différents critères prévus par la loi (§ 1). Mais le champ d'application de ces conventions de branche est susceptible d'évoluer, que ce soit par la voie de l'extension et de l'élargissement (§ 2) ou du fait d'une dénonciation, d'une révision ou d'une mise en cause de cette convention collective (§ 3).

§ 1. Les critères d'application d'une convention de branche à l'entreprise

La détermination de la convention collective de branche éventuellement applicable à l'entreprise s'appuie sur **trois critères cumulatifs** :

- l'entreprise rentre dans le **champ d'application territorial** de la convention (ex : industries métallurgiques des Bouches-du-Rhône). Ce périmètre géographique est librement fixé par les parties à la convention, il peut donc s'étendre à tout le territoire national ou ne concerner qu'une partie de celui-ci. C'est le **siège de l'entreprise ou de l'établissement** qui permet de désigner la convention ou l'accord collectif territorialement applicable ;
- l'entreprise rentre dans le **champ d'application professionnel** défini par la convention (ex : industries métallurgiques). À cette fin, il faut déterminer précisément l'activité de l'entreprise, sachant que la référence à l'activité économique définie par l'INSEE à travers l'attribution d'un code NAF* (Nomenclature des activités françaises) ou APE* (Activité principale exercée), n'a qu'une valeur indicative, de même que les mentions figurant dans les statuts de l'entreprise. C'est donc **l'activité réelle** de l'entreprise qui permet de déterminer l'activité de l'entreprise. En cas de pluralité d'activités au sein de l'entreprise, il faut appliquer la convention collective de branche dont relève **l'activité principale de l'entreprise**, par référence notamment au nombre de salariés et au chiffre d'affaires. En revanche, si l'entreprise comporte des établissements distincts qui effectuent des activités différentes, chacun de ces établissements peut être soumis à une convention collective de branche distincte ;
- **l'employeur doit être lié par la convention collective concernée**, ce qui est possible dans les **cinq cas** suivants : il est personnellement signataire de cette

convention, il a volontairement adhéré à cette convention ou à un groupement patronal signataire, il en fait une application volontaire ou enfin la convention a fait l'objet d'une extension. S'il a **personnellement signé** la convention collective concernée, il se trouve, comme toute partie à un contrat, tenu de l'appliquer. Ensuite, lorsque tel n'est pas le cas, il peut avoir **adhéré à un groupement patronal signataire** de cette convention, ce qui l'engage là aussi. Dans un tel cas, sa démission du groupement signataire ne lui permet pas de s'affranchir de l'application des dispositions de la convention. Il peut également **avoir personnellement adhéré à la convention (L. 2261-3)**, ce qui est possible non seulement pour tout employeur mais aussi pour toute organisation syndicale représentative de salariés. Cette adhésion doit être notifiée aux signataires de l'accord et doit faire l'objet d'un dépôt auprès de la DREETS* et du greffe du conseil de prud'hommes dépositaire de la convention à laquelle il adhère. L'employeur est également lié par la convention de branche ou l'accord de branche s'il décide d'en faire une **application volontaire**. Tel est notamment le cas lorsque l'entreprise ne relève d'aucune convention de branche par rapport à son secteur d'activité. L'employeur décide alors de faire bénéficier ses salariés ou certaines catégories d'entre eux, de tout ou partie des dispositions d'une convention ou d'un accord de branche relatif à des secteurs d'activité assez proches. Enfin, l'employeur est également tenu d'appliquer la convention collective de branche dont il relève au regard des champs d'application professionnel et territorial, lorsque celle-ci a fait l'objet d'un **arrêté d'extension** (cf. *infra*).

§ 2. L'extension et l'élargissement d'une convention collective

Le champ d'application de la convention de branche ou d'un accord professionnel peut être modifié par la mise en œuvre soit d'une procédure d'extension, soit d'une procédure d'élargissement. **L'extension précède nécessairement l'éventuel élargissement.**

L'extension consiste à **rendre obligatoire l'application d'une convention collective de branche ou d'un accord professionnel à toutes les entreprises comprises dans le champ d'application professionnel et territorial de la convention**, et ce sans que ces entreprises n'en soient signataires ou adhérentes. Pour pouvoir être étendue, la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, voire leurs avenants ou annexes, doivent avoir été négociés et conclus au sein de la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation (CPPNI*) mise en place dans chaque branche (L. 2261-19). Il appartient au ministre du travail, soit de sa propre initiative, soit sur demande de l'une des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives, de décider de **l'opportunité d'une telle extension**. Lorsqu'il envisage l'extension, un avis est publié au Journal Officiel et ce projet d'extension peut alors faire l'objet d'une **opposition** par des organisations professionnelles d'employeurs dans les conditions prévues par la loi (L. 2261-19 al. 2, D. 2261-3 et s.). À l'issue de la procédure d'extension, le ministre du travail peut prendre un **arrêté d'extension**, publié au Journal Officiel qui vaut, en principe, pour toute la durée de la convention. Cet arrêté devient caduc à compter du jour où la convention ou l'accord cesse de produire effet (L. 2261-28). Cette extension a donc pour effet de rendre applicable la convention étendue à toutes les entreprises comprises dans son champ d'application professionnel et territorial.

L'élargissement consiste à **rendre obligatoire l'application d'une convention collective de branche**

ou d'un accord professionnel préalablement étendu, à un autre champ d'application territorial ou à un autre champ d'application **professionnel** (L. 2261-17). Cette situation intervient **en cas d'absence ou de carence des organisations syndicales ou patronales dans une branche d'activité déterminée ou dans un secteur territorial déterminé**, ce qui se traduit par une impossibilité persistante de conclure une convention ou un accord. Le ministre du travail peut alors, à la demande d'une des organisations représentatives intéressées ou de sa propre initiative - sauf opposition écrite et motivée de la majorité des membres de la Commission nationale de la négociation collective - procéder à l'élargissement, selon la procédure définie par la loi (D. 2261-3, L. 2261-17). Si la procédure aboutit, le ministre du travail peut prendre un **arrêté d'élargissement**, publié au Journal Officiel qui vaut, en principe, pour toute la durée de la convention. Cet arrêté devient caduc à compter du jour où l'arrêté d'extension de la convention concernée cesse de produire effet (L. 2261-29). Cet élargissement a donc pour effet de faire rentrer dans le champ d'application de la convention élargie, des entreprises qui ne relevaient ni du champ d'application territorial et/ou ni du champ d'application professionnel.

§ 3. Dénonciation, révision et mise en cause de la convention collective

Les **conventions collectives à durée indéterminée** peuvent être amenées à évoluer dans leur contenu et/ou champ d'application, par la voie de trois procédures distinctes que sont la dénonciation (A), la révision (B) et la mise en cause (C).

A. La dénonciation de la convention collective

La **dénonciation** d'une convention collective n'est possible que pour les conventions à durée indéterminée. Cette dénonciation consiste pour la ou les parties à l'origine de la dénonciation à demander à ne plus être liée par l'application de cette convention. En principe, les modalités et les effets de la dénonciation sont prévus par la convention elle-même, mais par exception, ce sont les dispositions légales (L. 2261-9 et s.) qui s'appliquent.

La dénonciation porte en principe **sur la totalité de la convention** d'entreprise, mais la dénonciation partielle est possible si l'ensemble des parties signataires y consentent et si cette modalité est prévue par la convention.

La dénonciation nécessite le respect de la **procédure** prévue par la loi. Ainsi, la dénonciation doit être **notifiée par son auteur aux autres parties signataires** de la convention ou de l'accord. Cette déclaration de dénonciation doit être déposée sur la plateforme de téléprocédure du ministère du travail et auprès du greffe du Conseil de prud'hommes du lieu de conclusion de la convention. À compter de ce **dépôt**, un préavis commence à courir. En l'absence de disposition sur ce point dans la convention ou l'accord dénoncé, ce **préavis** est de trois mois. Dès le début de ce préavis, il est possible de commencer les négociations avec toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, en vue de conclure un **accord de substitution** (Cass. soc, 6 juin 2018, n° 16-22361). Dans une entreprise dépourvue de délégués syndicaux ou de conseil d'entreprise, des modalités spécifiques de dénonciation sont prévues (L. 2232-22-1, L. 2232-23-1, L. 2232-25).

Quant aux **effets** de la dénonciation, il convient de distinguer deux situations :

- si la **dénonciation émane de la totalité des signataires** de l'accord dénoncé, celui-ci continue à

produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur d'un accord de substitution ou à défaut, pendant une durée d'un an, à compter de l'expiration du délai de préavis. Autrement dit, sauf disposition contraire prévue par l'accord, l'accord dénoncé bénéficie d'une **période de survie** de 15 mois maximum (3 mois de préavis + un an maximum) ;

• si la **dénonciation émane d'une partie seulement des signataires de l'accord, ce dernier reste en vigueur entre les autres parties signataires**. L'accord dénoncé continue de produire effet à l'égard du ou des auteurs de la dénonciation jusqu'à l'entrée en vigueur d'un **accord de substitution** ou à défaut pendant une durée d'un an (période de survie) à compter de l'expiration du préavis (soit 15 mois maximum sauf disposition conventionnelle contraire).

Dans les deux situations, lorsque l'accord dénoncé n'a pas été remplacé par un accord de substitution, dans le délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés bénéficient d'une **garantie de rémunération** dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par le contrat de travail, **ne peut être inférieur à la rémunération versée, en application de la convention ou de l'accord dénoncé et du contrat de travail, lors des douze derniers mois**. Cette garantie de rémunération peut prendre la forme d'une **indemnité différentielle** évaluée sur la base des salaires perçus au cours des douze derniers mois en additionnant les éléments de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale nés de l'accord collectif et ceux nés du contrat de travail. Cette garantie de rémunération est susceptible d'évoluer dans son montant chaque année, à la date anniversaire, en fonction des évolutions de rémunération.

B. La révision de la convention collective

La convention ou l'accord prévoit les formes selon lesquelles et le délai au terme duquel il pourra être révisé (L. 2222-5). **L'avenant de révision** résultant de la négociation doit être conclu selon les mêmes modalités que celles prévues, selon le niveau de révision, pour la validité d'un accord d'entreprise (L. 2232-12) ou pour la validité d'un accord de branche ou d'un accord interprofessionnel (L. 2232-2, L. 2232-6).

La loi précise les modalités de mise en œuvre de la **procédure de révision** des conventions et accords collectifs en distinguant d'une part, la révision des accords interprofessionnels et des accords de branche (L. 2261-7), et d'autre part, la révision des accords d'entreprise ou d'établissement (L. 2261-7-1).

Sont habilitées à engager la **procédure de révision de la convention ou de l'accord d'entreprise** :

• **jusqu'à la fin du cycle électoral** au cours duquel l'accord a été conclu, les **organisations syndicales de salariés représentatives** dans le champ d'application de l'accord **et signataires ou adhérentes** ;

• **à l'issue de ce cycle**, les **organisations syndicales de salariés représentatives** dans le champ d'application de l'accord.

Sont habilitées à engager la **procédure de révision de la convention ou d'un accord interprofessionnel, d'une convention ou d'un accord de branche** :

• **jusqu'à la fin du cycle électoral** au cours duquel l'accord a été conclu, les **organisations syndicales de salariés représentatives** dans le champ d'application de l'accord et signataires ou adhérentes ainsi que les **organisations professionnelles d'employeurs signataires ou adhérentes**. Lorsqu'il s'agit d'une convention ou d'un accord étendu, les organisations patronales signataires ou adhérentes doivent également

être représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord ;

• **à l'issue de ce cycle**, une plusieurs **organisations syndicales de salariés représentatives** dans le champ d'application de l'accord ainsi que les **organisations professionnelles d'employeurs de la branche**. En cas de norme conventionnelle étendue, la représentativité de ces organisations professionnelles d'employeurs est exigée.

Les avenants de révision doivent être **négociés et conclus selon les mêmes conditions de validité que celles applicables aux accords**. Dès lors qu'il est valablement conclu, l'avenant portant révision de tout ou partie de la convention ou de l'accord, **se substitue de plein droit aux stipulations de la convention ou de l'accord qu'il modifie**. Il est opposable à l'ensemble des employeurs et des salariés liés par la convention ou l'accord, dès lors que les formalités de dépôt imposées par la loi, pour toute convention ou accord, ont été réalisées (L. 2231-6).

C. La mise en cause de la convention collective

La mise en cause d'une convention ou d'un accord dans une entreprise, résulte **notamment** d'une fusion, d'une cession, ou d'un changement d'activité (L. 2261-14). Dans un tel cas, la convention ou **l'accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur d'un accord de substitution ou à défaut, pendant une durée d'un an** à compter de l'expiration du délai de préavis - fixé à défaut de disposition conventionnelle expresse à trois mois. Cela signifie qu'une nouvelle négociation doit s'engager, dans les trois mois suivant la mise en cause, à la demande d'une des parties intéressées afin d'adapter les dispositions conventionnelles ou d'en élaborer de nouvelles, dans un

accord dit d'adaptation dont les conditions de validité sont celles de droit commun.

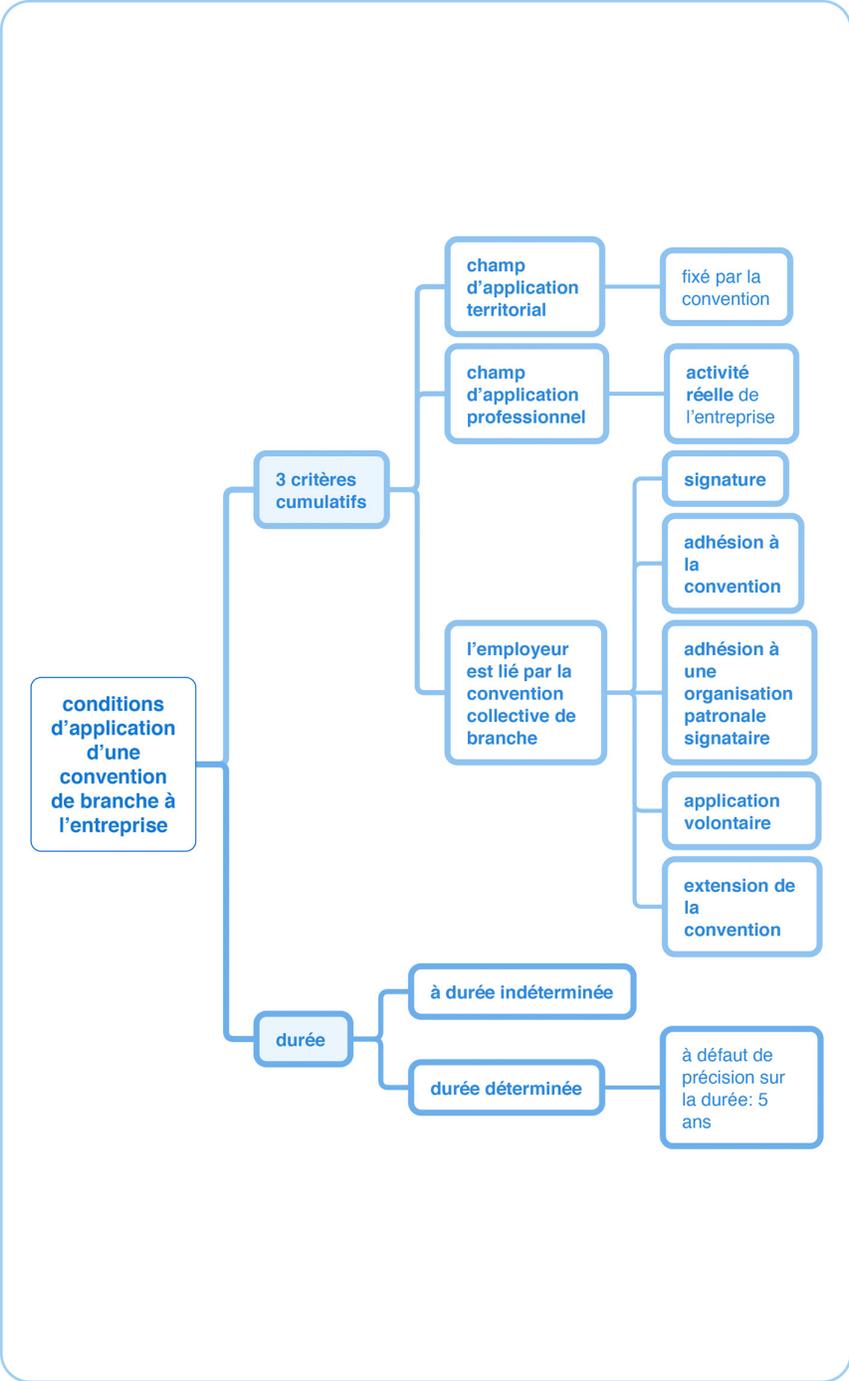
Il est également **possible d'anticiper une telle situation**, dès lors qu'est envisagée une fusion, une cession, une scission ou toute autre modification juridique qui aurait pour effet la mise en cause d'une convention ou d'un accord :

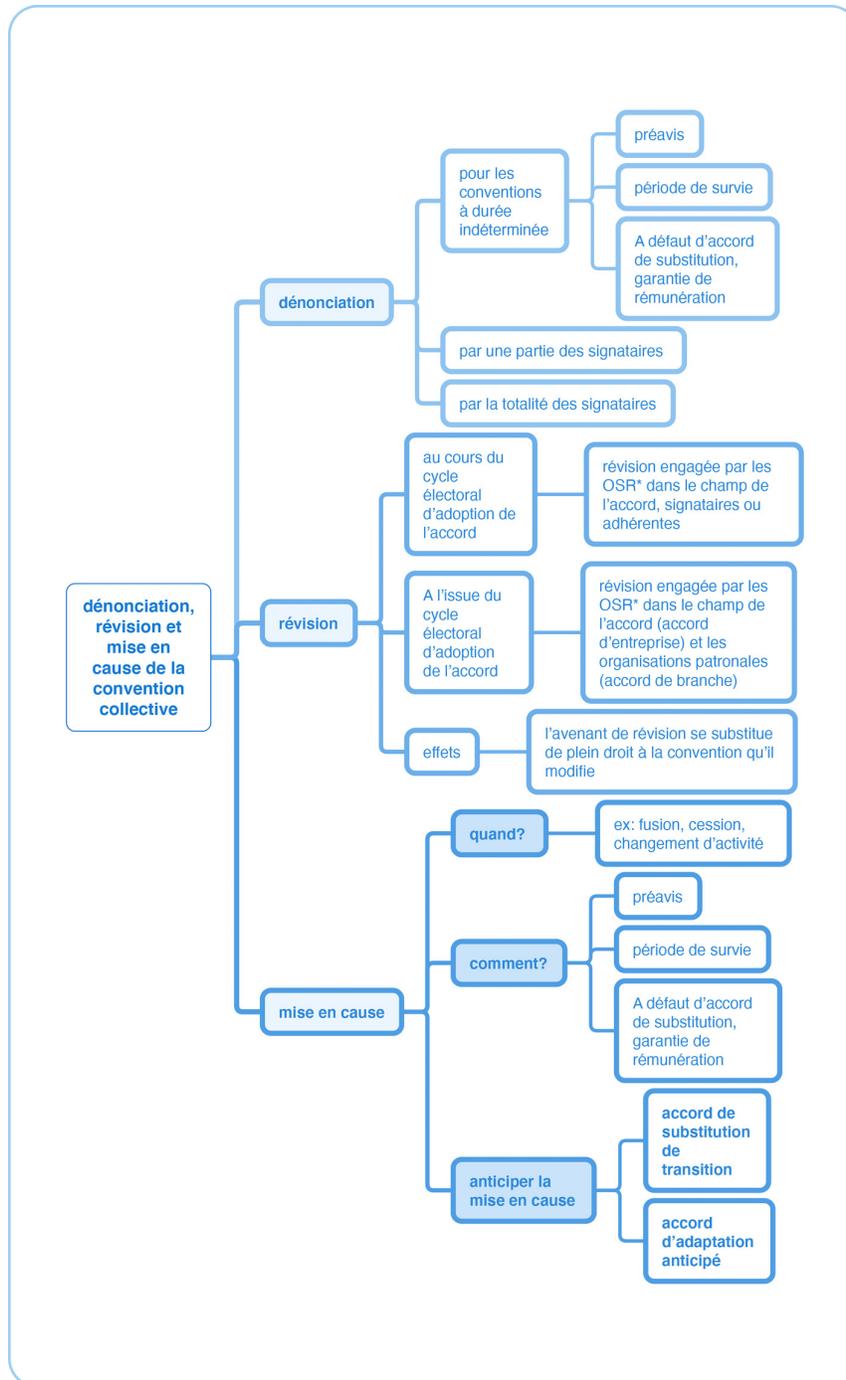
- les employeurs et les organisations syndicales représentatives de salariés de l'entreprise dont proviennent les salariés peuvent conclure un **accord de substitution dit de transition** qui a pour objet de se substituer à l'accord mis en cause. La durée de cet accord ne peut excéder trois ans. L'accord s'applique aux salariés dont les contrats de travail sont **susceptibles d'être transférés** dans le cadre de la mise en cause. À l'expiration de l'accord, les accords applicables dans l'entreprise ou l'établissement dans lequel les contrats de travail des salariés ont été transférés s'appliquent aux salariés transférés. L'appréciation du caractère majoritaire de l'accord ainsi adopté se fait dans le périmètre de l'entreprise employant les salariés dont les contrats de travail sont transférés (L. 2261-14-4, 1°) ;
- les employeurs et les organisations syndicales de salariés représentatives des entreprises ou établissements concernés - entreprise d'origine et entreprise d'accueil - peuvent conclure un **accord d'adaptation anticipé** qui **se substitue à l'accord mis en cause et révisé les conventions et accords applicables dans l'entreprise ou l'établissement dans lequel les contrats de travail sont transférés**. L'appréciation du caractère majoritaire de l'accord ainsi adopté se fait dans le périmètre de chaque entreprise ou établissement concerné. Il en va de même en cas de référendum organisé pour l'adoption de cet accord (L. 2261-14-4, 2°).

Lorsque la convention mise en cause n'a pas été remplacée par une nouvelle convention dans le délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, le salarié bénéficie, comme en cas de dénonciation, et selon les mêmes modalités, de la **garantie de rémunération**.

En cas de **mise en cause d'un accord à durée déterminée** (L. 2261-14 al. 3), la garantie de rémunération :

- s'applique jusqu'au terme initialement prévu, si ce terme est postérieur à la date à laquelle l'accord mis en cause cesse de produire ses effets ;
- ne s'applique pas si ce terme est antérieur à la date à laquelle cette convention ou cet accord cesse de produire ses effets.





Section 2. L'articulation des normes conventionnelles entre elles et avec les normes contractuelles

Le code du travail a organisé l'articulation entre les conventions et accords de branche et les conventions d'entreprise à travers **trois blocs de négociation** qui permettent de limiter la primauté de la norme conventionnelle de branche à l'égard de celle de l'entreprise, de manière obligatoire pour certaines thématiques définies par le **premier bloc** et facultatives pour celles du **second bloc**. En dehors de ces cas, le principe est posé de la primauté de la convention ou de l'accord d'entreprise sur les thématiques définies par défaut par le **troisième bloc** (§ 1). Des règles spécifiques sont prévues afin d'articuler d'une part, la convention d'entreprise avec le contrat de travail (§ 2) et d'autre part, les accords de groupe, les accords d'entreprise et les accords d'établissement (§ 3).

§ 1. L'articulation entre conventions de branche et conventions d'entreprise

L'ordonnance Macron n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a confié à la branche la charge de définir les conditions d'emploi et de travail des salariés. Elle peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables sur les **13 thématiques** du **premier bloc** (L. 2253-1).

Plus précisément, et par **principe**, **la norme conventionnelle de branche** ou un accord couvrant un champ d'application territorial ou professionnel plus large **prévaut sur la convention d'entreprise**, quelle que soit sa date de conclusion, et ce, **sur les thématiques suivantes** :

- les **salaires minima** hiérarchiques ;
- les **classifications** ;
- la **mutualisation des fonds de financement du paritarisme** ;

- **la mutualisation des fonds de la formation professionnelle ;**
- **des garanties collectives complémentaires de protection sociale ;**
- **les mesures relatives au CDI* de chantier ou d'opération ;**
- **l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;**
- **les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai ;**
- **les modalités du transfert conventionnel des contrats de travail entre deux entreprises** lorsque les conditions du transfert légal ne sont pas réunies (L. 1244-1) ;
- **la rémunération minimale du salarié porté** ainsi que le montant de l'indemnité d'apport d'affaire ;
- **certaines mesures relatives à la durée du travail :** celles relatives au régime d'équivalence (L. 3121-14), à la période de référence utilisée pour l'aménagement et l'organisation du temps de travail sur une période supérieure à la semaine (L. 3121-44, 1°), à la fixation du nombre d'heures minimales permettant la qualification du travail de nuit (L. 3122-16), à la durée minimale du travail à temps partiel (L. 3123-19a1), au taux de majoration des heures complémentaires (L. 3123-21) et à l'augmentation temporaire de la durée du travail à temps partiel (L. 3123-22) ;
- **certaines mesures relatives aux CDD* et aux contrats de travail temporaire :** celles relatives à la durée totale de ces contrats (L. 1242-8 et L. 1251-12), au nombre maximal de renouvellements (L. 1243-13, L. 1251-

35) et au délai de carence en cas de succession de contrats (L. 1244-3, L. 1251-36) ;

- les **cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice** dans lesquels soit, la mission vise à favoriser le recrutement de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières (L. 1251-7,1°), soit l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice s'engagent à assurer un complément de formation professionnelle au salarié (L. 1251-7, 2°).

Par **exception**, la **convention ou l'accord d'entreprise prime sur la norme conventionnelle de branche**, sur ces 13 thématiques dans plusieurs cas :

- la norme conventionnelle d'entreprise assure des **garanties au moins équivalentes**. Cette équivalence s'apprécie alors par ensemble de garanties se rapportant à la même matière ;
- il n'y a **pas de convention de branche** applicable à l'entreprise ;
- la norme conventionnelle d'entreprise est **plus favorable** que la norme conventionnelle de branche.

La norme conventionnelle de branche peut également prévoir expressément, par une **clause de verrouillage**, qu'elle **prime sur l'accord ou la convention d'entreprise conclue postérieurement**, et ce, sur **quatre thèmes** définis par la loi (L. 2253-2) qui constituent le **second bloc** dans la répartition des attributions entre la branche et l'entreprise :

- la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels de L. 4161-1 ;
- l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ;

- l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical ;

- les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

Là encore, des **exceptions** sont possibles dans plusieurs cas :

- il n'y a **pas de convention de branche applicable à l'entreprise** ;

- la convention de branche ne comporte **pas de clause de verrouillage** ;

- la **convention d'entreprise a été conclue antérieurement** à la convention de branche et s'applique donc sur ces thèmes aux salariés, même si elle est moins favorable ;

- la **convention d'entreprise est postérieure** à la norme conventionnelle de branche mais elle **plus favorable** ;

- la convention d'entreprise postérieure à la norme conventionnelle de branche assure des **garanties au moins équivalentes**. Cette équivalence s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière.

Enfin, **dans les matières qui ne relèvent ni du premier bloc, ni du second bloc, les normes conventionnelles d'entreprise priment sur les normes conventionnelles de branche**, peu importe qu'elles soient plus ou moins favorables (L. 2253-3). Ce **troisième bloc** défini par défaut est constitué par exemple du préavis et des indemnités de rupture du contrat de travail, des primes d'ancienneté, ou encore des primes de 13^e mois.

En l'absence de norme conventionnelle d'entreprise, c'est **la norme conventionnelle de branche** ou l'accord couvrant un champ d'application territorial ou professionnel plus large qui **s'applique** (L. 2253-3).

§ 2. L'articulation entre convention d'entreprise et contrat de travail

En **principe**, lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail qu'il a conclus avec ses salariés. Dès son entrée en vigueur, **les dispositions plus favorables de la convention collective se substituent de plein droit à celles des contrats de travail relevant de son champ d'application**. Il n'est donc pas possible pour les salariés de s'opposer à l'application de cette norme conventionnelle à leur relation contractuelle.

Par **exception**, si le contrat de travail prévoit des dispositions plus favorables que la norme conventionnelle, les dispositions de la norme conventionnelle sont écartées. Ainsi, par exemple, la clause d'un contrat de travail prévoyant un montant d'indemnités de licenciement supérieur à celui prévu par la loi et par la convention collective doit bénéficier au salarié. Il est ainsi fait application du **principe de faveur**.

Le législateur a cependant prévu que dans certains cas, **un accord d'entreprise peut s'imposer au contrat de travail alors même qu'il prévoit des dispositions moins favorables pour le salarié**. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a fusionné les accords de préservation ou de développement de l'emploi, les accords de réduction du temps de travail, de maintien de l'emploi et de mobilité interne pour donner naissance à **l'accord de performance collective** (L. 2254-2).

Cet accord de performance collective peut être conclu au niveau de l'entreprise afin de répondre aux **nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi**.

Pour parvenir à cet objectif défini précisément dans le **préambule** l'accord, l'accord de performance collective peut :

- **aménager la durée du travail**, ses modalités d'organisation ou de répartition ;
- **aménager la rémunération** - en respectant le SMIC* et les salaires minima hiérarchiques ;
- **déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.**

Ainsi, un accord de performance collective, **accord d'entreprise majoritaire**, peut par exemple, diminuer la rémunération des salariés ou de certains d'entre eux, augmenter le temps de travail et non la rémunération, accompagner la mobilité des salariés susceptibles d'être concernés par un changement de leur lieu de travail à raison du déménagement du service ou de l'activité dont ils dépendent.

Les stipulations de l'accord de performance collective **se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail**, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Selon les modalités définies par la loi, le salarié peut accepter ou refuser l'application de cet accord. En cas de refus de la modification de son contrat de travail par l'application de l'accord, le salarié peut être licencié pour un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse.

§ 3. L'articulation entre accord de groupe, accord interentreprises, accord d'entreprise et accord d'établissement

Comme précisé déjà, le code du travail consacre de manière implicite la possibilité de négocier au niveau des

établissements en précisant que les termes « *convention d'entreprise désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement* » (L. 2232-11a2). Il permet également aux entreprises appartenant à un groupe de ne pas avoir à mener les négociations obligatoires au niveau de l'entreprise lorsque ces négociations sont menées au niveau du **groupe** (L. 2232-33). Enfin, des **accords interentreprises** peuvent valablement être négociés et conclus entre d'une part, les employeurs de ces entreprises et d'autre part, les organisations syndicales représentatives à l'échelle de l'ensemble de ces entreprises (L. 2232-36).

La présence d'accords de niveaux différents pose la question de leur articulation entre eux.

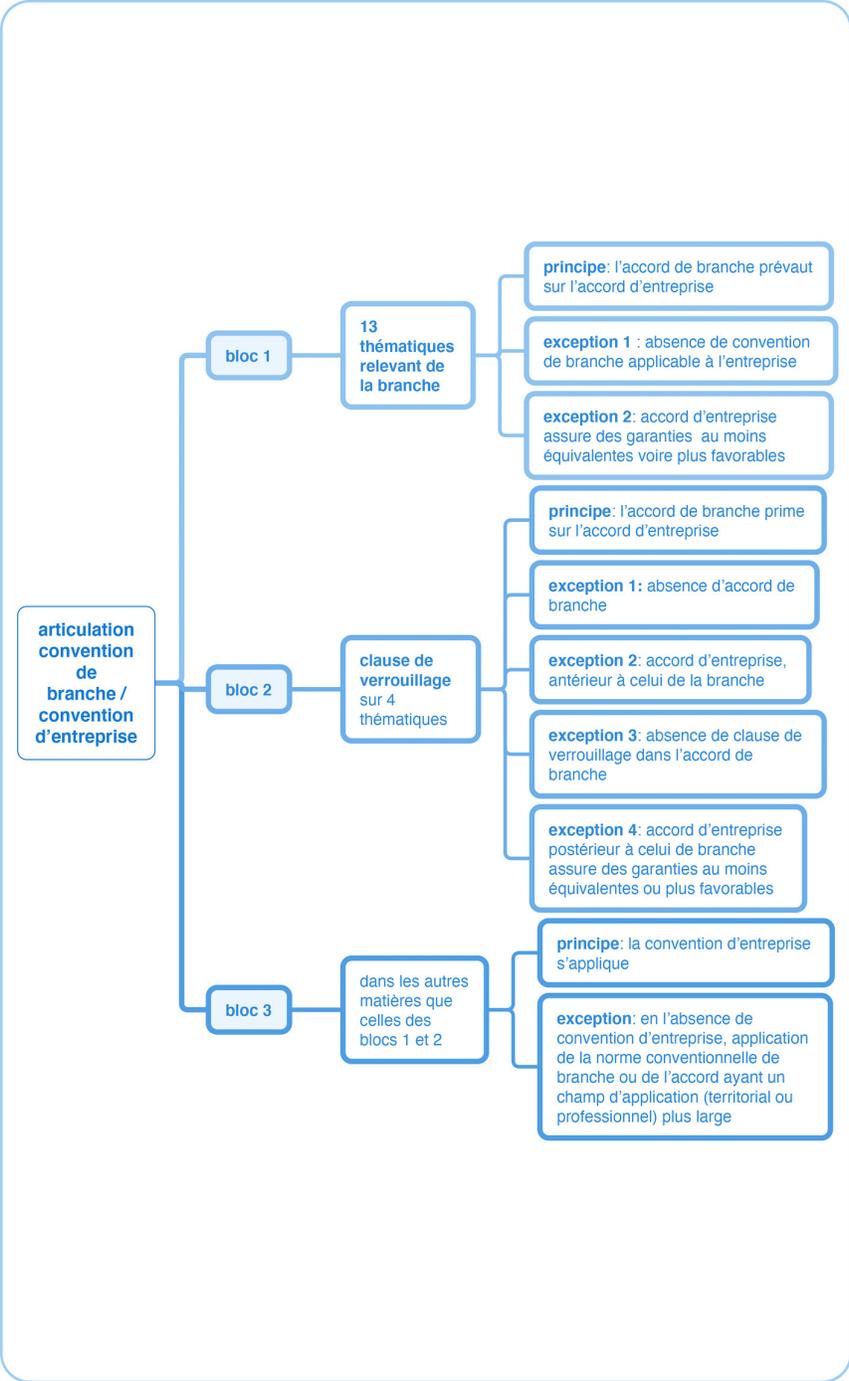
Si **l'articulation entre l'accord de groupe et l'accord de branche** n'est pas expressément mentionnée dans le code du travail, l'article L. 2232-11a2 disposant que « *sauf disposition contraire, les termes "convention d'entreprise" désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement* », on applique les règles relatives à l'articulation norme conventionnelle de branche et norme conventionnelle d'entreprise.

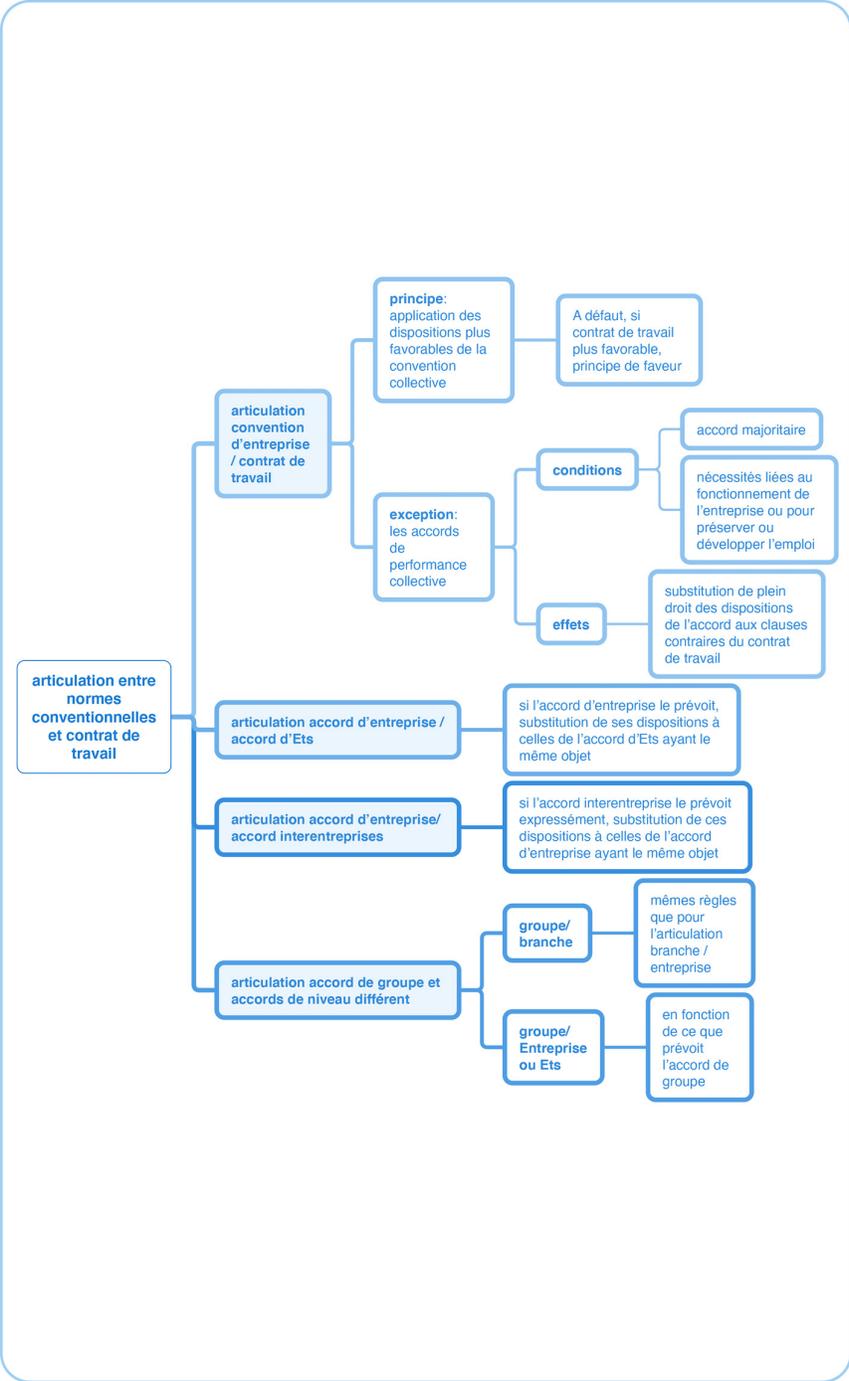
Quant à **l'articulation ensuite entre l'accord de groupe et l'accord d'entreprise ou d'établissement** : si l'accord de groupe le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet, contenues dans des accords d'entreprise ou d'établissement – quelle que soit la date de leur conclusion – compris dans le périmètre de cet accord (L. 2253-5).

De la même manière, **l'articulation entre l'accord d'entreprise et les accords d'établissement** conduit si l'accord d'entreprise le prévoit expressément à substituer ses stipulations à celles ayant le même objet, contenues

dans des accords d'établissement compris dans le périmètre de l'accord d'entreprise (L. 2253-6).

Enfin, **l'articulation entre l'accord interentreprises et l'accord d'entreprise** permet si l'accord interentreprises le prévoit expressément de substituer ses stipulations à celles ayant le même objet et contenues dans l'accord d'entreprise- conclu antérieurement ou postérieurement - compris dans le périmètre de l'accord interentreprises (L. 2253-7).





Titre 3

Le droit de grève et le règlement des conflits collectifs

La Constitution de 1958 qui reprend le Préambule de la Constitution de 1946 a prévu que « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* » (art. 7). Le Conseil constitutionnel a consacré la **valeur constitutionnelle du droit de grève** dès 1979 (Cons. Const. 25 juillet 1979, 79-105 DC) donnant ainsi une place nouvelle aux droits sociaux. Mais le droit de grève **n'est pas un droit absolu**, il comporte des limites qu'il appartient au législateur de définir. Le juge social veille au respect de ce droit et rappelle « *qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux* » (Cass. Soc. 7 janvier 1995, Dr. Soc. 1995.835 obs. J.E. Ray).

Dans le champ international, le droit de grève est consacré notamment par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (art. 8), par la Charte sociale européenne révisée en 1996 (art. 7.4), ou encore par la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne de décembre 2000 (art. 28). La Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans plusieurs arrêts

(CEDH, 5^e sect., 5 mars 2009, arrêt Barracco c/France, n° 31684/05) a rappelé notamment que « **le droit à la liberté de réunion est un droit fondamental dans une société démocratique** et, à l'instar du droit à la liberté d'expression, l'un des fondements de pareille société. Dès lors, il ne doit pas faire l'objet d'une interprétation restrictive ».

La grève reste avant tout l'expression d'un conflit social collectif (Ch. 1). Le droit du travail permet, en cas de conflit collectif, de mettre en œuvre des procédures légales de règlement des conflits collectifs (Ch. 2).

Chapitre 1

La grève, expression d'un conflit social collectif

La grève en tant que manifestation d'un conflit social ne correspond pas nécessairement à ce que la jurisprudence définit comme le « droit de grève » (Section 1). Il peut entraîner des réactions de la part de l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, en vue de limiter l'impact de la grève sur l'entreprise mais aussi pour obtenir parfois la sanction de certains comportements (Section 2).

Section 1. Le droit de grève

Les premières règles relatives à la grève ont été des règles de répression. Ainsi, par exemple, la **loi Le Chapelier de 1791** interdisait les **coalitions**, actes préparatoires de la grève. Au XIX^e siècle, les coalitions et les grèves quoique illicites sont toutefois fréquentes. Mais la loi du 25 mai 1864 abolit le **délit de coalition** et parallèlement instaure le **délit d'atteinte à la liberté du travail**. Il s'agit donc d'une dépénalisation partielle, la grève restant en outre civilement illicite. Par la suite, le droit de grève est apparu puis s'est affirmé comme une **immunité** attachée à un certain mode d'action collective, la grève.

Il n'existe pas de définition légale de la grève mais elle produit de nombreux effets sur le contrat de travail (§ 1).

L'exercice de la grève doit se faire selon des modalités définies par la loi et la jurisprudence (§ 2).

§ 1. La définition et les effets du droit de grève

Le droit a simplement attaché une **immunité légale** au fait de grève. Selon une première définition donnée par la Cour de cassation, « *la grève est une cessation concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles déjà déterminées auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction* » (Cass. soc, 17 janvier 1968, Bull. civ. V. n° 35, 1er arrêt). Par la suite, la jurisprudence a précisé que « ***l'exercice du droit de grève résulte objectivement d'un arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles*** » (Cass. soc, 23 octobre 2007, n° 06-17802) donnant ainsi une définition du droit de grève (A). L'exercice du droit de grève n'est pas sans incidence sur la relation individuelle de travail (B).

A. Un arrêt collectif et concerté du travail à l'appui de revendications professionnelles

Afin d'éviter que tout comportement gênant pour l'entreprise ou les usagers d'un service soit qualifié de grève, la jurisprudence exige qu'il s'agisse d'un arrêt collectif et concerté du travail effectué à l'appui de revendications professionnelles portées à la connaissance de l'employeur. Ces conditions sont **cumulatives**.

La grève suppose tout d'abord, un **arrêt total du travail**. Ainsi, les arrêts de travail de courte durée souvent appelés des « débrayages » remplissent bien cette première condition de cessation totale du travail.

La grève étant un **acte collectif**, on ne peut pas faire grève tout seul, en revanche, un seul salarié de l'entreprise peut participer à la grève dont le mot d'ordre a été donné

au plan national. De même, un salarié, seul salarié dans l'entreprise peut exercer le droit de grève.

L'arrêt de travail doit être **concerté** entre plusieurs salariés mais elle n'a pas, à être précédée par une décision majoritaire des salariés concernés.

L'arrêt de travail doit également avoir lieu **à l'appui de revendications professionnelles**. Dès lors, la grève politique est illicite puisqu'elle n'est pas axée sur la défense des intérêts professionnels. Inversement, la menace sur l'emploi que fait peser un projet de licenciement pour motif économique caractérise « *une revendication professionnelle de défense et de maintien de l'emploi intéressant l'ensemble du personnel* » (Cass. soc, 22 nov. 1995, n° 93-44017). Les revendications professionnelles ne doivent pas être déraisonnables, par exemple, lorsque les revendications ne peuvent de toute évidence être satisfaites. Toutefois, la jurisprudence de la chambre sociale a exclu que le juge porte quelque appréciation, que ce soit sur la légitimité ou le bien-fondé des revendications des grévistes (Cass. soc, 2 juin 1992, n° 90-41368).

Enfin, **l'employeur doit avoir été informé**, avant l'arrêt de travail, **des revendications professionnelles** des salariés, peu important les modalités de cette information.

C'est ainsi que la grève doit être distinguée de mouvements qui ne remplissent pas l'ensemble des conditions précédentes et qui, de ce fait, sont qualifiés de « **mouvements illicites** ». Il en va ainsi des mouvements qui ralentissent le travail sans faire cesser l'activité appelés « **grève perlée** ». De même, par principe une **grève politique** est illicite. Se pose parfois la question des grèves présentant tout à la fois des revendications professionnelles et politiques. Selon la chambre sociale, les **grèves mixtes** sont illicites. Il n'en est pas de même pour la chambre criminelle qui, pour sa part estime que ces

grèves mixtes sont licites même si les revendications professionnelles n'ont qu'un caractère accessoire par rapport aux motivations politiques. La situation est beaucoup plus délicate concernant les **grèves de solidarité** déclenchées en faveur d'intérêts qui ne sont pas ceux de la collectivité de travail à laquelle appartiennent les grévistes. En pratique, la jurisprudence opère une distinction : il y a **solidarité externe**, quand la grève appuie des revendications professionnelles de salariés d'autres entreprises et **solidarité interne**, quand les salariés se mobilisent dans l'intérêt de l'un ou de quelques-uns d'entre eux. La **grève de solidarité interne** peut être licite quand elle vise par exemple, à protester contre la convocation d'un délégué syndical à un entretien préalable au licenciement et au soutien de revendications professionnelles intéressant l'ensemble du personnel (Cass. soc, 5 janv. 2011, n° 10-10685). Elle est en revanche illicite si la sanction ou le licenciement décidé pour des motifs purement personnels au salarié concerné est totalement justifié. Ainsi, la jurisprudence opère une double distinction au sein des licenciements : ceux pour cause personnelle et ceux pour motif économique. Dans ce dernier cas, la grève de solidarité interne semble être admise puisqu'elle est une manifestation de l'inquiétude qui pèse sur toute la collectivité de travail. Cette admission de la grève de solidarité est également valable en cas de licenciement d'un salarié protégé, dès lors que la défense des droits collectifs est en jeu et plus précisément que les droits collectifs sont remis en cause (Cass. Soc. 18 janv. 1995, Bull. Civ. V. n° 27). Quant à **la grève de solidarité externe**, elle est licite, par exemple, lorsque des salariés d'une entreprise se joignent à un mouvement de protestation régulier reposant sur des revendications susceptibles de les intéresser. Inversement, elle est illicite si elle est déclenchée à l'appui d'une grève, elle-même, irrégulière.

Concernant ensuite, les **grèves d'autosatisfaction**, la jurisprudence a plusieurs fois rappelé, en se référant à la définition même de la grève, que les relations entre la grève et les revendications ne doivent pas être telles qu'en faisant grève les salariés parviennent à satisfaire eux-mêmes leurs revendications initiales. Ainsi, la jurisprudence a condamné la « *grève des samedis* » en rappelant que ce n'est pas faire grève que de se dispenser soi-même d'exécuter le travail selon les horaires fixés (Cass. Soc. 21 juin 1989, Bull. civ. V. n° 457). Cependant, la jurisprudence a progressivement apporté des limites à cette interdiction de principe. Elle a notamment admis l'autosatisfaction lorsque la revendication est insérée dans un ensemble de revendications que l'arrêt de travail a pour objet de faire aboutir (Cass. Soc., 12 avr. 1995, Bull. Civ. V. n° 129). Elle conduit finalement à autoriser en fait au moins, la grève d'autosatisfaction. En droit, le principe demeure, à savoir le refus d'intégrer ces mouvements d'autosatisfaction dans le droit de grève.

Enfin, la grève doit également être distinguée du **droit de retrait**. Ce droit de retrait peut être défini comme le droit pour tout salarié de se retirer « *d'une situation dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé* » (L. 4131-3). Il arrive qu'une grève suive l'exercice d'un droit de retrait sans que ces deux comportements puissent être confondus. En effet, même si ces deux situations entraînent une **cessation du travail**, un certain nombre de **différences** sont à relever. D'abord, par l'exercice du droit de retrait, les salariés peuvent systématiquement auto-satisfaire leurs revendications, dès lors qu'elles présentent un caractère urgent. Ensuite, le droit de retrait ne peut donner lieu à une sanction comme le droit de grève, en revanche, la sanction illégale du droit de retrait ne peut donner droit qu'à des dommages-intérêts ou au prononcé d'un

licenciement sans cause réelle et sérieuse alors qu'en matière de droit de grève, le licenciement est nul et donne droit à réintégration du salarié. Enfin, l'exercice du droit de retrait ne peut donner lieu à une retenue sur salaire puisque le retrait ne suspend pas le contrat de travail alors que le droit de grève entraîne la suspension du contrat de travail.

B. Les incidences de la grève sur la relation individuelle de travail

La grève doit être citée parmi les principales **causes de suspension du contrat de travail**. Pendant cette période de suspension, le travail n'étant pas fourni, le salaire n'est pas dû. Par exception à cette règle, la jurisprudence admet que, dans certains cas, les salariés grévistes peuvent prétendre à une indemnité correspondant au salaire des heures ou des jours de grève. La grève suspend le contrat de travail du salarié gréviste. Outre une suppression du salaire, la grève écarte le bénéfice de divers avantages alors que d'autres ne sont pas affectés par l'exercice du droit de grève. En ce qui concerne tout d'abord, le **contrat de travail**, la grève suspend le contrat de travail dès lors le salarié ne peut être embauché par un autre employeur sans risquer d'être déclaré démissionnaire. Ensuite quant au **salaire**, en raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, l'employeur n'est pas tenu de verser le salaire des salariés en grève. Cette solution vise **tous les éléments de la rémunération** (prime, indemnité etc...). La retenue de salaire doit être proportionnelle à l'arrêt de travail. Toutefois, des situations complexes peuvent se présenter. Ainsi, le temps nécessaire à la remise en marche des machines à la fin d'un conflit, ne peut justifier une retenue de salaire en raison de la perte de production qui en résulte, même à l'encontre de salariés gréviste, si la grève est licite (Cass. soc, 6 juin 1989, JCP 1990.II.21452

note Saint jours). De même, un service minimum assuré par des grévistes à la demande de l'employeur, doit être rémunéré. En revanche, la **retenue de salaire** peut être qualifiée de sanction pécuniaire illicite par exemple, lorsque l'employeur opère une retenue supérieure à celle autorisée. L'employeur doit prouver la légitimité de la retenue sur salaire. À cet égard, il doit prouver qu'une reprise du travail n'avait pas eu lieu après chacun des débrayages. Les salariés peuvent obtenir le paiement intégral de leur salaire lorsqu'ils se sont trouvés dans une situation les ayant contraints à cesser le travail pour faire respecter leurs droits. Ainsi, par exemple, une faute de l'employeur est constituée quand celui-ci retarde le paiement des rémunérations des salariés ou encore quand il refuse la suppression d'une prime illicite (Cass. soc, 21 mai 1997, TPS, 1997, comm.211). Par contre, une faute de l'employeur ne peut être invoquée quand il retarde le paiement des salaires alors que l'entreprise était soumise à une procédure de redressement judiciaire (Cass. soc, 27 octobre 1997, TPS, 1998, comm.16). La jurisprudence a rappelé le mode de calcul de la retenue qui doit être opéré : « *pour être proportionnel à l'interruption du travail, l'abattement de salaire pour fait de grève doit être calculé sur l'horaire mensuel des salariés* », et ce, « *même si la convention collective dispose que les nécessités inhérentes à la profession ne permettent pas de déterminer la répartition des heures de travail* » (Cass. Soc. 19 mai 1998, Bull. civ. V. n° 262).

Si le salarié ne perd pas sa qualité d'assuré social au cours de la grève et demeure bénéficiaire des prestations familiales ; en revanche, **il perd les journées de grève pour le calcul de ses congés payés**. En outre, parce que la grève suspend l'exécution du contrat de travail, l'accident survenu au cours de celle-ci **ne peut être qualifié d'accident du travail**. La grève ne suspend pas

les mandats représentatifs et le temps consacré par les représentants du personnel aux négociations et à l'information du personnel doit s'imputer sur les heures de délégation. Enfin, **le règlement intérieur** est normalement **inapplicable** aux grévistes.

De manière **exceptionnelle** toutefois, les grévistes peuvent obtenir une **indemnisation** ou une **aide financière**. Ainsi d'abord, **en cas de situation contraignante**, circonstance strictement contrôlée par la jurisprudence puisque l'exception d'inexécution demeure le principe, le gréviste peut être indemnisé. La **notion de situation contraignante** a été retenue par la jurisprudence afin de permettre aux salariés de faire grève et d'être rémunérés lorsque la grève a été provoquée par un manquement de l'employeur à ses obligations. Dès lors, le seul manquement de l'employeur à ses obligations ne suffit pas à justifier le paiement du salaire pendant la grève puisque la jurisprudence pose trois conditions. D'abord, **la faute de l'employeur** doit être précisée. Il peut s'agir par exemple, du non-paiement injustifié du salaire, ou encore du non-respect des règles de sécurité - bien que dans ce dernier cas, les salariés puissent exercer un droit de retrait plutôt que leur droit de grève. Mais, Il n'y a pas manquement délibéré de la part de l'employeur lorsque le retard dans le paiement des salaires est dû au redressement judiciaire de l'entreprise (Cass. soc. 28 oct. 1997, Bull. civ. V, n° 335). Ensuite, la jurisprudence s'attache à préciser le **caractère contraignant de la situation** par exemple, elle a considéré que les salariés qui ne peuvent pas justifier qu'ils n'avaient pas d'autres solutions que la grève pour faire valoir leurs droits, ne peuvent obtenir indemnisation pour leurs journées de grève (Cass. soc. 2 juin 1993, Union des Industries Métallurgiques et minières, Jurisp. Soc., 1993, pp. 312-313). Enfin, quant à **l'objet de la grève**, la jurisprudence

retient la notion de **situation contraignante** par exemple, quand les revendications portent sur les salaires ou sur la sécurité des salariés. C'est le cas lorsque l'employeur refuse de supprimer une prime incitant les salariés à dépasser la durée normale de travail et les temps de conduite autorisés ; ce comportement portant atteinte à la sécurité des salariés (Cass. Crim., 21 mai 1997, Bull. civ. V. n° 183). Il arrive également que l'employeur dans le cadre de **l'accord de fin de conflit** s'engage à rémunérer ou à faire récupérer les jours de grève.

Ensuite, dans des situations encore plus limitées, les grévistes peuvent parfois obtenir des **soutiens financiers**. De manière générale, la jurisprudence tolère les aides émanant des syndicats ou de fonds financés par des particuliers (ex : compte de soutien en ligne sur un site de financement participatif) ou encore par des salariés non-grévistes, notamment parce que ces aides sont relativement rares.

Enfin, en ce qui concerne les **salariés non-grévistes**, ils doivent percevoir leur salaire ou une indemnité compensatrice s'ils sont restés à la disposition de l'employeur. En revanche, un non-gréviste ne perçoit pas son salaire en cas de force majeure. La **force majeure** est alors caractérisée par l'impossibilité pour l'employeur de fournir du travail au salarié. De manière générale, la jurisprudence fait appel à la notion de nécessité contraignante pour caractériser la force majeure déliant l'employeur de son obligation de payer le salaire.

§ 2. Les modalités d'exercice du droit de grève

Toute grève entraîne forcément un certain **trouble dans l'entreprise**, mais il y a toutefois des limites à ne pas franchir. En principe, dans les entreprises privées, aucune procédure n'est exigée préalablement à la cessation du travail, si ce n'est l'information de l'employeur quant à

l'objet de la grève. Cette solution est favorable aux salariés qui peuvent attendre le moment du déclenchement de l'arrêt de travail pour informer l'employeur, qui aura parfois du mal à s'organiser pour faire face à la grève. Mais l'exercice du droit de grève ne doit pas être anormal, autrement dit, l'exercice du droit de grève ne peut être abusif, ni donner lieu à l'accomplissement d'actes illicites (A). En outre, lorsque la grève est exercée dans les services publics, elle obéit à des règles spécifiques (B).

A. L'interdiction de l'exercice anormal du droit de grève

L'exercice anormal du droit de grève se traduit soit par l'exercice abusif du droit de grève, soit par l'accomplissement d'actes illicites à l'occasion de la grève. Il prive les auteurs de ces actes de la protection légale et constitutionnelle attachée au droit de grève.

La grève étant un droit, il appartient à l'employeur d'apporter la démonstration que l'usage qui en a été fait est **abusif**. Cet abus est reconnu par la jurisprudence lorsque la grève entraîne la **désorganisation de l'entreprise** (Cass. soc 4 novembre 1992, n° 90-41899). Ainsi, par exemple, des débrayages inopinés et intermittents paralysant la production et procédant d'une volonté de désorganiser l'entreprise ou de porter atteinte à la situation économique de l'entreprise, sont constitutifs d'un **abus du droit de grève**. De la même manière, une grève bouchon - en principe licite - ne doit pas, sous peine de présenter un caractère abusif, entraîner une complète désorganisation de l'entreprise, lui causant un préjudice excessif.

Relèvent également de l'exercice anormal du droit de grève, les **actes illicites accomplis à l'occasion de la grève**. Sont ainsi visées un certain nombre d'infractions de droit commun que sont la séquestration, l'exercice de

violences, des dégradations de matériels (véhicule, machine etc.), des délits d'entrave à la liberté du travail.

Se pose également la question de **l'occupation des locaux de l'entreprise par des grévistes**. La Cour de cassation pose le principe que « *le droit de grève n'emporte pas celui de disposer arbitrairement des locaux de l'entreprise* » (Cass. soc, 21 juin 1984, Dr. soc. 1985.18 note J. Savatier). Mais, la Cour de cassation justifie l'illicéité de l'occupation non pas par l'atteinte portée au droit de propriété mais par celles portées à la liberté de travail des non-grévistes et les entraves à l'activité de l'employeur lui-même. En outre, la participation d'un salarié à l'occupation des locaux ne constitue pas par elle-même, une faute lourde. Il faut pour cela que l'occupation se soit prolongée malgré les décisions de justice ordonnant l'évacuation puis l'expulsion.

Il en va parfois différemment lorsque sont établis des **piquets de grève** consistant à inciter les non-grévistes à participer au mouvement de grève en rendant l'accès au lieu de travail plus difficile. Les piquets de grève peuvent être institués à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise. Les membres d'un piquet de grève ne peuvent être sanctionnés pour faute lourde s'ils ont maintenu un accès au lieu de travail et aucun délit d'entrave à la liberté du travail ne peut leur être reproché. Il est jugé que la pratique des piquets de grève **dès lors qu'elle ne bloque pas totalement l'accès à l'entreprise et n'empêche pas les non-grévistes d'entrer, ne constitue pas un trouble manifestement illicite** et peut donc rentrer dans le cadre de **l'exercice normal du droit de grève**. Par contre, dès lors que les piquets de grève entravent la liberté du travail, ils constituent un mode anormal d'exercice du droit de grève.

B. Les particularismes de la grève dans les services publics

Le droit de grève a été reconnu tardivement (CE, Ass., 7 juill. 1950, Dehaene) dans la fonction publique. Le droit de grève est prévu par le statut de la fonction publique : « *les fonctionnaires exercent le droit de grève dans le cadre des lois qui le réglementent* ». Ce droit est étendu à tous les agents publics (Article 10, loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

L'exercice du droit de grève dans les services publics fait l'objet de dispositions spécifiques dans le code du travail (L. 2512-1 à L. 2512-5) dès lors qu'il convient d'assurer la **continuité du service public**, principe également à valeur constitutionnelle. Le régime juridique de la grève dans les services publics s'appuie sur un socle commun mais révèle également de nombreuses spécificités propres à certains services publics.

Le socle commun, d'abord, de l'exercice du droit de grève dans les services publics repose sur **trois caractéristiques** :

- le **préavis est obligatoire** et doit émaner d'une organisation syndicale représentative au niveau national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service concerné (L. 2512-2). Le préavis doit préciser les motifs du recours à la grève, le champ géographique et l'heure du début ainsi que la durée limitée ou non de la grève envisagée. Il doit enfin parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme concerné. Pendant la durée du préavis, les parties sont tenues de négocier, car il s'agit pour l'employeur de parvenir à réduire les conséquences néfastes de la grève pour les usagers. Aucune disposition légale n'interdit à plusieurs organisations syndicales représentatives de présenter

chacune un préavis de grève prévoyant une date de cessation du travail différente (Cass. soc, 4 février 2004, D. 2004.2190 obs. Debord). Il peut d'ailleurs s'agir de préavis successifs mentionnant des motifs différents (Cass. soc, 30 janvier 2008, n° 470) ;

- les **grèves tournantes sont interdites** (L. 2512-3a2) dans les services publics alors qu'elles relèvent de l'exercice normal du droit de grève dans le secteur privé ;
- des **sanctions disciplinaires** peuvent être prononcées dès lors qu'elles sont prévues par les statuts ou par les règles concernant les personnels intéressés (L. 2512-4). Ces sanctions ne peuvent être prononcées qu'après que les intéressés ont été mis à même de présenter leurs observations sur les faits et d'avoir accès au dossier. L'inobservation des modalités d'exercice de la grève peut donner lieu à des sanctions disciplinaires nécessitant la mise en œuvre de la procédure disciplinaire, notamment si la révocation et la rétrogradation sont envisagées.

Des **spécificités** ensuite doivent être signalées dans certains services publics :

- **plusieurs systèmes de retenue sur salaire** coexistent fondés sur la **règle du paiement après service fait** (L. 2512-5). D'une part, dans la **fonction publique d'État**, une retenue forfaitaire correspondant à une journée de travail est faite sur le traitement - que l'agent ait fait grève une heure ou la journée entière - en application de la **règle du « trentième indivisible »**. Dans les **autres fonctions publiques**, cette règle a été amendée, les retenues pour grève ne sont prévues par aucune disposition législative spécifique. Selon la jurisprudence, la **retenue sur rémunération doit être proportionnelle** à la durée du service non fait ;
- au nom du principe de continuité du service public, **certains fonctionnaires ou agents publics sont**

privés de l'exercice du droit de grève en raison de leurs missions. Cela est le cas notamment pour les fonctionnaires actifs de la police nationale, les magistrats judiciaires, les militaires, ou encore les fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire ;

- d'autres agents publics voient leur droit de grève limité par l'obligation d'assurer un **service minimum** (ex : dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, le service public de l'audiovisuel, l'hôpital). La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique est venue étendre aux **agents des collectivités territoriales** (ex : restauration collective et scolaire, transport public de personnes) l'encadrement du droit de grève. Il est ainsi désormais possible de conclure les concernant, un accord collectif afin d'assurer la continuité du service public ;

- certaines catégories de personnels (ex : aide-soignant, infirmier, médecin) ont non seulement l'obligation d'assurer, même en période de grève, un **service minimal**, mais ils peuvent aussi être **réquisitionnés** par le préfet en cas de grève portant gravement atteinte à la continuité du service public ou aux besoins de la population.

Section 2. Les ripostes à la grève

Pour faire face à la grève, l'employeur peut être amené à faire usage de son pouvoir de direction (§ 1), voire de son pouvoir disciplinaire, si nécessaire en sollicitant l'autorité judiciaire (§ 2).

§ 1. L'exercice du pouvoir de direction de l'employeur

En usant de son pouvoir de direction, le chef d'entreprise peut, soit tout mettre en œuvre pour assurer le fonctionnement de l'entreprise, malgré la grève (A), soit

décider de fermer l'entreprise afin de ne pas avoir à rémunérer les non-grévistes (B).

A. La mise en œuvre de mesures d'organisation du travail

Il s'agit ici pour l'employeur de veiller au **maintien d'une main d'œuvre suffisante** afin d'assurer la production nécessaire de l'entreprise.

La grève n'interdit pas à l'employeur de **recourir à d'autres salariés ou à d'autres entreprises**. En revanche, l'interdiction de la récupération des jours de grève est une **règle d'ordre public** qui empêche la conclusion d'un accord avec les organisations syndicales favorables à une récupération dans un protocole de fin de grève.

En ce qui concerne le **remplacement des grévistes**, l'employeur ne peut embaucher par contrat de travail à durée déterminée (L. 1242-6, 1°) ou par contrat de mission (L. 1251-10, 1°) un salarié pour remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un conflit collectif de travail. En revanche, l'employeur peut embaucher des travailleurs intérimaires ou en contrat à durée déterminée avant le déclenchement du conflit afin d'anticiper les effets de la grève dont il était informé (TGI Bobigny, 26 mars 2007, JCP S 2007, 1459, note L. Drai).

Par ailleurs, l'employeur peut faire appel à la **sous-traitance** et donc à un autre salarié ou à d'autres entreprises. Il peut également avoir **recours au prêt de personnel** tout en respectant l'art L. 8241-1 c. trav. qui interdit « *toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre* ». Il peut aussi engager un salarié par **contrat de travail à durée indéterminée**, procéder à des **mutations** de non-grévistes sur les postes des grévistes pour assurer la bonne marche de l'entreprise. Enfin, en plus de ces nombreuses possibilités, la Cour de

Cassation s'est également prononcée en faveur du recours à des **travailleurs bénévoles** afin de remplacer les grévistes, dans la perspective d'assurer la continuité de l'activité pendant le conflit social (Cass. soc. 11 janv. 2000, RJS 2000.135, n° 203). Il faut veiller à ce qu'il n'existe pas de lien de subordination entre l'employeur et le bénévole sinon des poursuites pour délit de travail dissimulé pourraient être engagées.

B. La mise en œuvre de mesures de libération de l'entreprise ou de fermeture de l'entreprise

La grève emporte souvent occupation des locaux, implantation de piquets de grève et autres moyens destinés à faire pressions sur l'employeur. L'employeur en fonction de la situation agit soit, pour libérer l'entreprise des occupants soit pour fermer l'entreprise dès lors que l'activité de production n'est plus possible.

La **libération de l'entreprise** nécessite souvent le **recours à la force publique** afin **d'expulser les grévistes**, de **dispenser les piquets de grève**. Cette pression est d'autant plus forte qu'en cas d'abstention de l'autorité publique, la responsabilité de l'État peut être mise en cause.

Si le droit de grève n'emporte pas le droit de disposer arbitrairement des locaux de l'entreprise, il appartient alors au juge de constater le caractère **manifestement illicite du trouble** justifiant la compétence du président du tribunal judiciaire statuant en qualité de juge des référés pour ordonner **l'expulsion des grévistes**. Ce trouble manifestement illicite doit être analysé comme « *la violation d'une disposition particulière, formellement identifiée, et non comme tout comportement contraire à un ordre public souverainement défini par le juge* » (C. Radé, Dr. Soc. 2003/6, p. 621). C'est ainsi que la pratique des

piquets de grève dès lors qu'elle ne bloque pas totalement l'accès à l'entreprise et n'empêche pas les non-grévistes d'entrer, ne constitue pas un trouble manifestement illicite. Lorsque le juge des référés est saisi, il peut refuser l'expulsion ou l'ordonner. En pratique, il décide souvent de nommer un expert judiciaire chargé d'analyser la situation et d'y apporter les moyens d'y mettre fin. Lorsque l'employeur a obtenu une **ordonnance d'expulsion** et que les forces de police ou de gendarmerie n'ont pas agi pour expulser par la force les grévistes, il peut engager la **responsabilité de l'État** devant les juridictions administratives. Cette responsabilité de l'État peut également être engagée par les usagers dès lors qu'ils ont subi du fait de la grève, un préjudice anormal et spécial qui résulte de l'abstention des autorités administratives compétentes (CE, 27 mai 1977, JCP. 1978.II.18778, 2^e esp., note B. Pacteau).

Malgré toutes ces mesures destinées à libérer l'entreprise, il arrive que la situation soit telle que l'employeur ne puisse plus assurer la production dans l'entreprise et envisage finalement la fermeture de l'entreprise.

La **fermeture de l'entreprise ou d'un établissement**, même de manière temporaire, est une décision affectant la marche de l'entreprise. À ce titre, elle nécessite la consultation du comité social et économique (CSE*). Cette fermeture de l'entreprise ou même simplement d'un établissement, d'un atelier ou d'un service lors d'un conflit collectif, appelée **lock-out** est par principe illicite. Cette illicéité du lock-out subit toutefois quelques exceptions, notamment en cas de force majeure.

Par **principe, le lock-out est une mesure illicite** qui engage la responsabilité de l'employeur. Ainsi, la jurisprudence sanctionne le **lock-out préventif**, fermeture de l'entreprise dès l'annonce de la grève, destinée

uniquement à briser le mouvement de grève. En agissant ainsi, alors qu'aucun cas de force majeure n'était établi, la jurisprudence a considéré que la direction avait privé les salariés qui souhaitaient suivre le mot d'ordre national, d'un droit constitutionnellement reconnu (Cass. soc. 27 juin 1989, Bull. civ. V. n° 470). Il en est de même d'ailleurs, si l'employeur utilise **le lock-out pour se défendre face à la grève**, de façon concomitante à la grève. Ainsi, l'employeur qui a l'obligation de fournir le travail promis aux salariés ne peut s'en dégager unilatéralement par une décision hâtive de fermer les ateliers ou services non intéressés par la grève, au seul motif des incidences financières de leur maintien en activité (Cass. soc. 10 janv. 1973, Bull. civ. V. n° 8). Enfin, est également illicite ce que l'on appelle **le lock-out de rétorsion**, la fermeture de l'entreprise postérieure à la grève. Ainsi, la décision d'une compagnie aérienne de suspendre ses vols à titre de sanction contre l'exercice normal du droit de grève est illicite (Cass. soc. 29 janv. 1975, Bull. civ. V. n° 35).

Enfin, il faut ajouter que **le lock-out trouve parfois sa justification**, soit dans l'exception d'inexécution, soit dans le souci de sauvegarde de l'ordre et de la sécurité. Concernant d'abord **l'exception d'inexécution**, il s'agit de l'inexécution par les salariés de leurs obligations contractuelles (ex : fermeture justifiée par une centaine d'arrêts de travail pendant plus de deux mois). Concernant ensuite, la **sauvegarde de l'ordre et de la sécurité dans l'entreprise**, l'employeur a l'obligation de prendre des mesures de fermeture tout à fait limitées et temporaires afin d'assurer l'ordre et la sécurité dans l'entreprise, par exemple, lorsque des actes de violence, de dégradation ou de séquestration peuvent se produire. Ainsi, le lock-out est utilisé lorsque l'entreprise s'est trouvée « *du fait de la grève, dans une situation contraignante, qui ne lui était pas imputable et qui rendait impossible la fourniture de*

travail aux salariés non-grévistes » (Cass. soc, 22 février 2005, Dr. soc. 2005.599, note C. Radé).

Le lock-out entraîne la **suspension du contrat de travail**, l'employeur n'est donc plus tenu de verser une rémunération aux salariés sauf s'il est établi qu'ils ont fourni un travail « effectif et productif ».

Si le lock-out reste, en France, interdit, en revanche, l'employeur peut invoquer avec succès et à certaines conditions, la force majeure. Dans certaines circonstances, **la grève peut constituer un cas de force majeure**, auquel cas l'employeur n'est plus tenu de fournir du travail à son personnel. Afin de pouvoir retenir cette circonstance particulière qu'est la force majeure, plusieurs conditions doivent être réunies. D'abord, l'employeur doit **avoir tout mis en œuvre pour éviter la grève et y mettre fin**. Ensuite, il doit **avoir fait le nécessaire pour obtenir l'évacuation des grévistes en cas d'occupation des locaux**. Enfin, il doit rapporter la preuve de **l'impossibilité de fournir un travail aux non-grévistes**. Dès lors, l'employeur qui ne rapporte pas la preuve d'un cas de force majeure susceptible d'empêcher l'exécution du contrat de travail, est débiteur des salaires perdus lors de la fermeture de l'entreprise (Cass. soc. 26 févr. 1975, Bull. civ. V. n° 97).

§ 2. L'engagement des responsabilités

L'employeur peut riposter à la grève en faisant usage de son pouvoir disciplinaire mais celui-ci est fortement restreint fin d'assurer une véritable protection au salarié gréviste (A). Il peut aussi saisir l'autorité judiciaire pour engager la responsabilité civile et/ou pénale des grévistes et des syndicats (B).

A. La limitation du pouvoir disciplinaire de l'employeur

En vertu de l'article L. 2511-1 al. 1 du code du travail « *l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf **faute lourde** imputable au salarié* ». Il en découle que pendant la grève, le pouvoir disciplinaire de l'employeur est réduit, sauf pour lui à démontrer l'existence d'une faute lourde imputable au salarié gréviste. La Cour de Cassation a défini cette faute en posant **deux conditions** (Cass. soc, 29 nov. 1990, Dr. social 1991, 105, note Couturier). Tout d'abord, la faute doit être individuelle et indépendante de toutes les autres fautes qui auraient pu être commises par les autres grévistes. C'est donc **la faute qui est directement et personnellement imputable au salarié**. Ensuite, la faute lourde est **une faute d'une particulière intensité**. Ainsi par exemple, la jurisprudence a retenu la faute grave du salarié gréviste qui a personnellement participé aux faits d'entrave à la liberté du travail des personnels non-grévistes en bloquant la sortie du camion du dépôt et en exerçant des pressions sur ses collègues afin de les inciter à empêcher les salariés non-grévistes de quitter leur lieu de travail (Cass. soc. 6 juin 2018 n° 17-18770). Par contre, ne saurait constituer une faute lourde le fait pour des salariés grévistes de diffuser des tracts auprès de quelques entreprises du même secteur d'activité, dès lors que la perturbation de l'entreprise ne revêt pas un caractère manifestement disproportionné et que le mouvement n'a pas empêché la poursuite des contrats avec les clients, ni le fonctionnement de la société dont une partie du personnel administratif a continué le travail (CA Paris, 25 juin 1998, RJS 10/1998, n° 1338, p. 800).

La faute lourde du salarié gréviste n'exclut pas une **faute de l'employeur** et ne nécessite pas la présence d'un dommage subi par l'employeur. Par ailleurs, l'employeur est en droit de sanctionner différemment les salariés qui ont participé à des actes constitutifs d'une faute lourde

(Cass. soc, 1^{er} févr. 1995, RJS 1995. p. 169, n° 233). En outre, le fait de sanctionner des grévistes pour faute lourde ne peut être considéré comme une atteinte à l'exercice du droit syndical ou une discrimination syndicale quand il ne résulte pas des constatations des juges que les mesures annoncées ou prises par l'employeur sont destinées à briser l'action des syndicats (Cass. soc, 4 avr. 1995, RJS. 1995.435, n° 666). Cette solution est pleinement conforme à **l'interdiction, posée par l'article L. 2511-1a2c.trav, de toute mesure discriminatoire notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux, en raison de l'exercice du droit de grève.**

Ainsi, le pouvoir disciplinaire de l'employeur trouve là encore ses limites d'autant que l'existence de la faute lourde est soumise à l'appréciation des juges. En effet, **la faute lourde du salarié n'entraîne pas par elle-même, la rupture du contrat de travail, elle constitue seulement un motif de résiliation du contrat.** Cette faute lourde doit être prouvée par l'employeur qui doit alors réunir les différents éléments à même de caractériser la faute lourde (Cass. soc, 5 mai 1960, JCP. 1960.II.11692, note Lindon). Cette solution se veut protectrice du salarié et répond à la philosophie du code du travail qui fait profiter le salarié du doute. Étant donné qu'elle constitue une exception à la suspension du contrat de travail, la faute lourde reçoit une interprétation stricte par la jurisprudence qui exige d'ailleurs que cette faute soit caractérisée.

Une fois cette faute lourde établie, l'employeur peut procéder au licenciement du salarié fautif en respectant la procédure applicable. **Tout licenciement d'un salarié gréviste prononcé en l'absence de faute lourde est nul de plein droit** (L. 1235-3-1). La faute lourde peut cependant justifier des sanctions moins graves, par exemple, une mise à pied, une mutation, un blâme.

Lorsque la **faute lourde est commise par un salarié protégé**, son licenciement est soumis à l'autorisation préalable de l'inspection du travail.

Cette faute lourde appréciée par l'autorité administrative et par le juge administratif est la même que celle retenue par le juge judiciaire : *« lorsque la demande d'autorisation de licenciement du salarié protégé est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'autorité administrative de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé, notamment dans le cas de faits survenus à l'occasion d'une grève, de l'article L. 521-1 du Code du travail et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont celui-ci est investi »* (CE, 1^{er} avril 1992, Dr. Social 1992.689. concl. Kessler). Aussi, *« le juge d'appel, qui n'est pas tenu de rechercher si le comportement du salarié protégé révèle une intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise, peut déduire que des violences lors d'un mouvement de grève revêtent le caractère d'une faute de nature à justifier le licenciement de l'intéressé »* (CE, 6 mars 2002, RJS. 2002.551, n° 699).

La Cour de cassation reconnaît alors le principe de **l'autorité de chose jugée par le juge administratif sur le juge judiciaire**. Toutefois, elle apporte plusieurs limitations à ce principe. D'abord, elle considère que *« si en matière de licenciement, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, la décision de l'inspecteur du travail s'impose au juge judiciaire, en revanche, dès lors que la sanction prononcée n'est pas un licenciement, les juges judiciaires retrouvent la plénitude de leurs pouvoirs. Il leur appartient d'apprécier alors en toute liberté la gravité de la faute commise par le salarié protégé, quelle que soit l'appréciation portée par l'inspecteur du travail sur*

les mêmes faits » (Cass. Crim, 4 avril 1995, RJS 6/95, n° 666, pp. 435-437). Ensuite, « **la décision de l'autorité administrative** statuant sur la demande d'autorisation de licenciement de représentants du personnel, **n'a d'autorité qu'en ce qui concerne ces salariés** et ne s'impose pas au juge judiciaire appelé à se prononcer sur le comportement des salariés non protégés » (Cass. Soc, 1^{er} avril 1997, RJS 5/97, n° 592, pp. 385-386).

Outre l'exercice de son pouvoir disciplinaire, l'employeur peut également décider d'engager la responsabilité civile et/ou pénale des salariés grévistes et des syndicats.

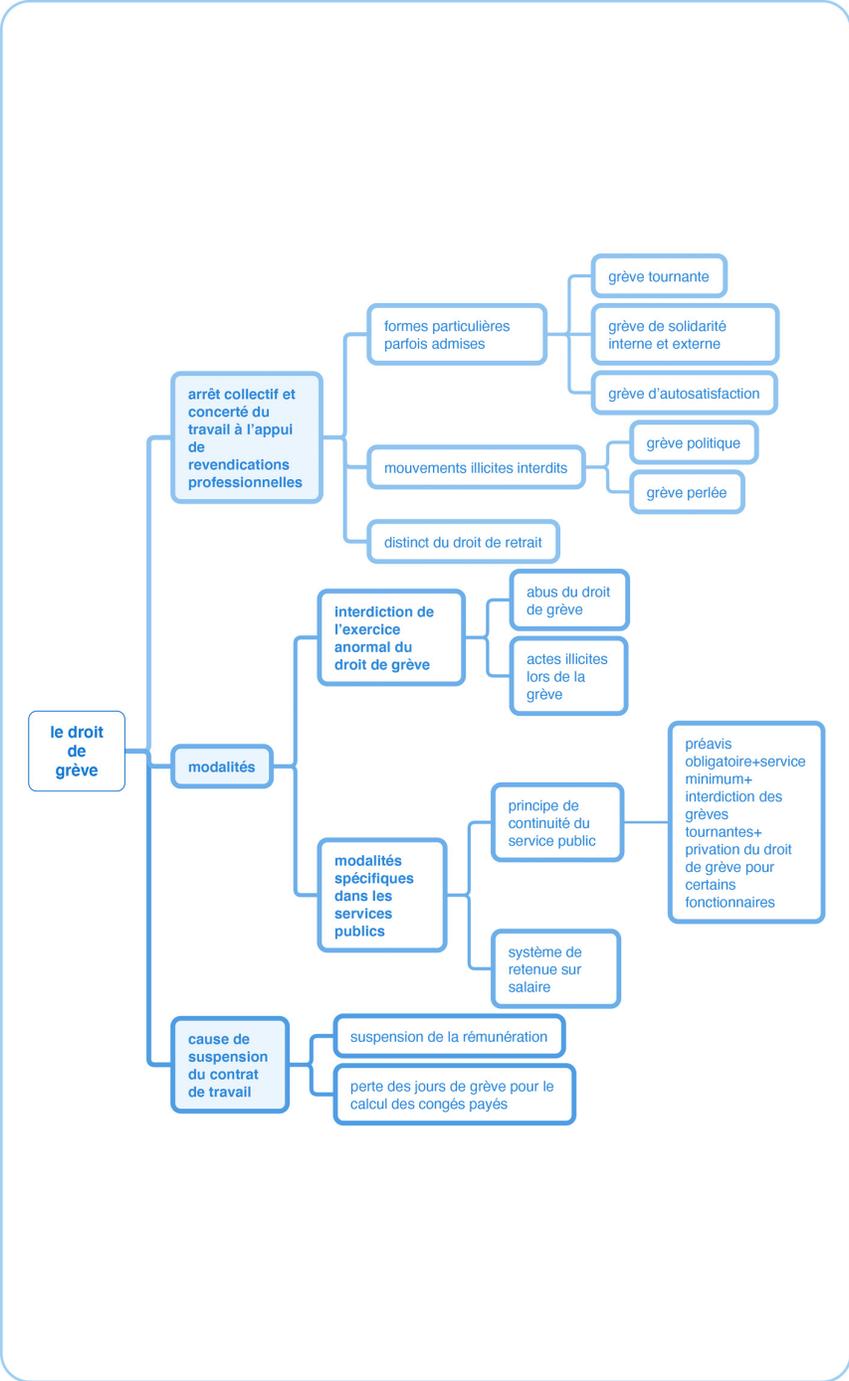
B. Les responsabilités civiles et pénales des salariés grévistes et des syndicats

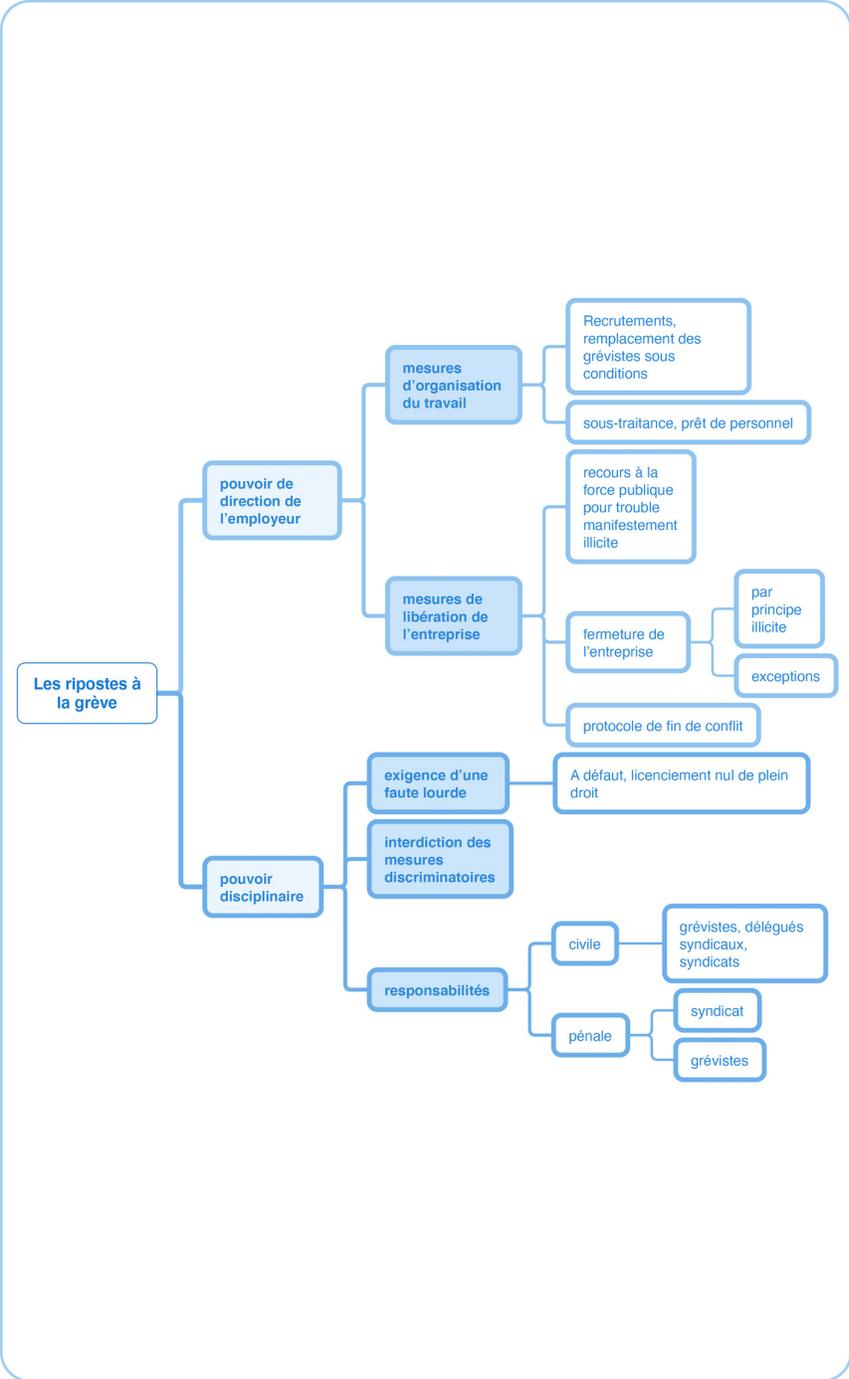
Le chef d'entreprise a la possibilité d'engager des actions en responsabilité civile ou pénale. Ainsi, la **responsabilité civile des grévistes, des délégués syndicaux ou des syndicats** peut être recherchée s'il existe une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. La grève cause presque systématiquement un préjudice à l'employeur, un préjudice financier notamment. La **responsabilité civile des grévistes** est mise en cause devant le **conseil des prud'hommes** sur le fondement de l'article 1240cciv notamment par l'employeur ou les non-grévistes. En revanche, lorsque la responsabilité est engagée par un tiers, l'action relève de la compétence du **tribunal judiciaire**.

Quant à la responsabilité civile des **syndicats** devant le **tribunal judiciaire**, elle peut être engagée sur le fondement de l'article 1240cciv mais elle est très rare. Elle peut intervenir par exemple, lorsque le syndicat est l'instigateur et l'organisateur du mouvement de grève et a, par ses directives, incité les salariés grévistes à commettre des actes fautifs (Cass. soc, 26 janvier 2000, Bull. civ. V. n° 38).

De même, la **responsabilité pénale des grévistes** peut être recherchée devant les juridictions pénales sur le fondement de nombreuses infractions prévues par le code pénal (CP), soit sur plainte de la victime (l'entreprise ou le chef d'entreprise), soit à l'initiative du parquet. Sont visés par la loi par exemple, l'entrave à la liberté d'expression, l'atteinte à la liberté du travail, d'association, de réunion ou de manifestation (art. 431-1CP) ; le délit de séquestration (art. 224-1 et s. CP) ; le délit de détérioration de marchandises (art. 322-1CP), le délit de violation de domicile, le délit de violences volontaires. Les **syndicats** en tant que personnes morales peuvent aussi engager leur responsabilité pénale, pour toutes les infractions.

Bien souvent les parties conviennent de mettre fin au conflit collectif par la signature d'un **protocole de fin de conflit**. Cet accord vise à organiser la reprise du travail et à régler les conséquences de la grève. Il prend tantôt la forme d'un engagement unilatéral de l'employeur, tantôt celle d'un accord collectif, et matérialise la volonté commune des parties de mettre fin au conflit collectif. À défaut, des procédures légales de règlement des conflits peuvent être mises en œuvre.





Les procédures de règlement des conflits collectifs

Les procédures de règlement des conflits collectifs (L. 2521-1 à L. 2525-2) que sont la conciliation, la médiation (section 1), et l'arbitrage (section 2) s'appliquent aux employeurs de droit privé et à leurs salariés. Elles s'appliquent également aux établissements publics à caractère industriel et commercial ainsi qu'aux établissements publics assurant à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé.

La mise en œuvre de ces procédures est possible soit lorsque les conventions et accords collectifs applicables comportent des dispositions à cet effet, soit lorsque les parties intéressées en prennent l'initiative.

Section 1. La conciliation et la médiation

Il convient de distinguer la conciliation (§ 1) de la médiation (§ 2), ces procédures pouvant, dans certains cas, se succéder.

§ 1. La conciliation

Tous les conflits collectifs de travail peuvent être soumis aux procédures de conciliation (L. 2522-1). En l'absence de procédure de conciliation conventionnelle, le

conflit peut être porté devant une commission nationale ou régionale de conciliation.

Les parties comparaissent en personne devant les **commissions de conciliation** ou, en cas d'empêchement grave, se font représenter par une personne ayant pouvoir pour négocier et conclure un accord de conciliation. Lorsqu'une personne morale est partie au conflit, elle doit nommer un représentant dûment mandaté et ayant pouvoir pour négocier et conclure un **accord de conciliation**. Lorsqu'une partie régulièrement convoquée ne comparait pas ou ne se fait pas représenter, elle est convoquée à une nouvelle réunion dans les huit jours qui suivent. Si elle ne comparait pas à nouveau, sans motif légitime, un rapport est rédigé par la commission et remis à l'autorité administrative qui le transmet au procureur de la République. À l'issue des réunions de la commission, le président établit un **procès-verbal** qui constate soit l'accord, soit le désaccord total des parties. Cet accord a les mêmes effets qu'une convention ou un accord collectif et est applicable - sauf disposition contraire - dès le jour suivant son dépôt auprès de l'autorité administrative compétente.

En cas d'échec de la conciliation, le conflit est soumis soit à la procédure de médiation, soit à la procédure d'arbitrage, si les deux parties en conviennent.

§ 2. La médiation

La procédure de médiation (L. 2523-1) peut être **engagée par le président de la commission de conciliation** qui, dans ce cas, invite les parties à désigner un **médiateur** dans un délai déterminé, afin de favoriser le règlement amiable du conflit collectif. À défaut de choix convergent entre les parties, c'est l'autorité administrative qui désigne le médiateur sur une liste de personnalités choisies en fonction de leur autorité morale et de leur compétence

économique et sociale. Cette médiation peut aussi être engagée **par l'autorité administrative** à la demande écrite et motivée de l'une des parties ou de sa propre initiative. Les parties doivent fournir les documents demandés par le médiateur, à défaut ce dernier remet un rapport à l'autorité administrative qui le transmet au procureur de la République.

Les parties sont convoquées dans les mêmes conditions que pour la conciliation et après avoir, lorsqu'il est nécessaire, essayé de concilier les parties, le médiateur leur soumet, sous forme de **recommandation motivée**, des propositions en vue du règlement des points de désaccord, dans un délai d'un mois à compter de sa désignation. À compter de la réception de cette proposition de règlement du conflit, les parties peuvent, pendant un délai de huit jours, notifier au médiateur, de façon motivée, qu'elles rejettent sa proposition. Le médiateur en informe alors les autres parties intéressées. **L'accord des parties sur la recommandation du médiateur lie celles qui ne l'ont pas rejetée** et produit les effets d'un accord collectif dès le lendemain du jour de son dépôt auprès de l'autorité administrative compétente.

En cas d'échec de la tentative de médiation et après l'expiration d'un délai de 48 heures à compter de la constatation du désaccord, le médiateur communique au ministre du travail, la recommandation motivée et signée ainsi qu'un rapport détaillé sur le différend et les points de désaccord. Ce rapport peut être rendu public par le ministre du travail, dans un délai de trois mois.

Section 2. L'arbitrage

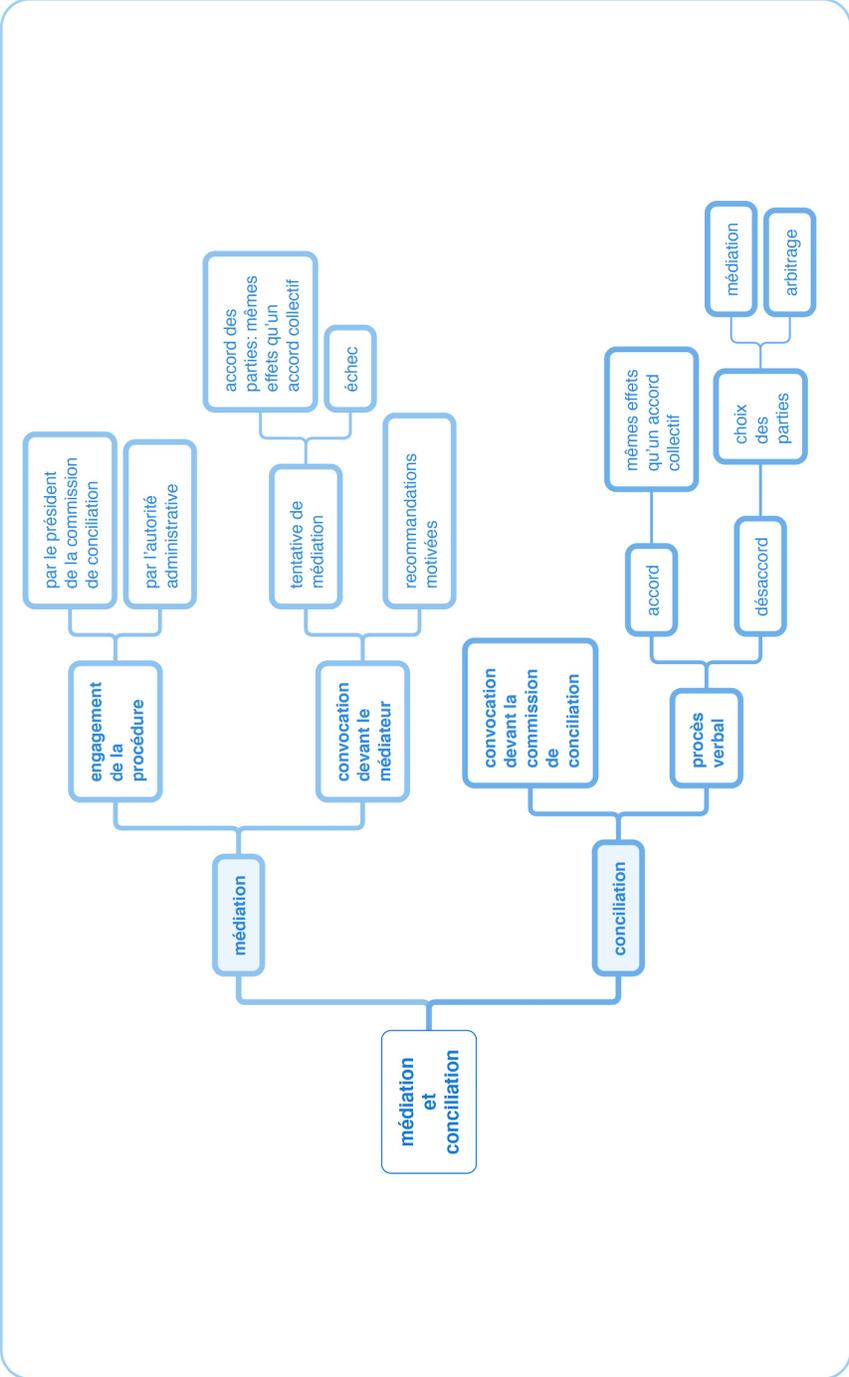
Il est possible de prévoir, dans une convention ou un accord collectif de travail, le recours à une **procédure contractuelle d'arbitrage** et de dresser, d'un commun

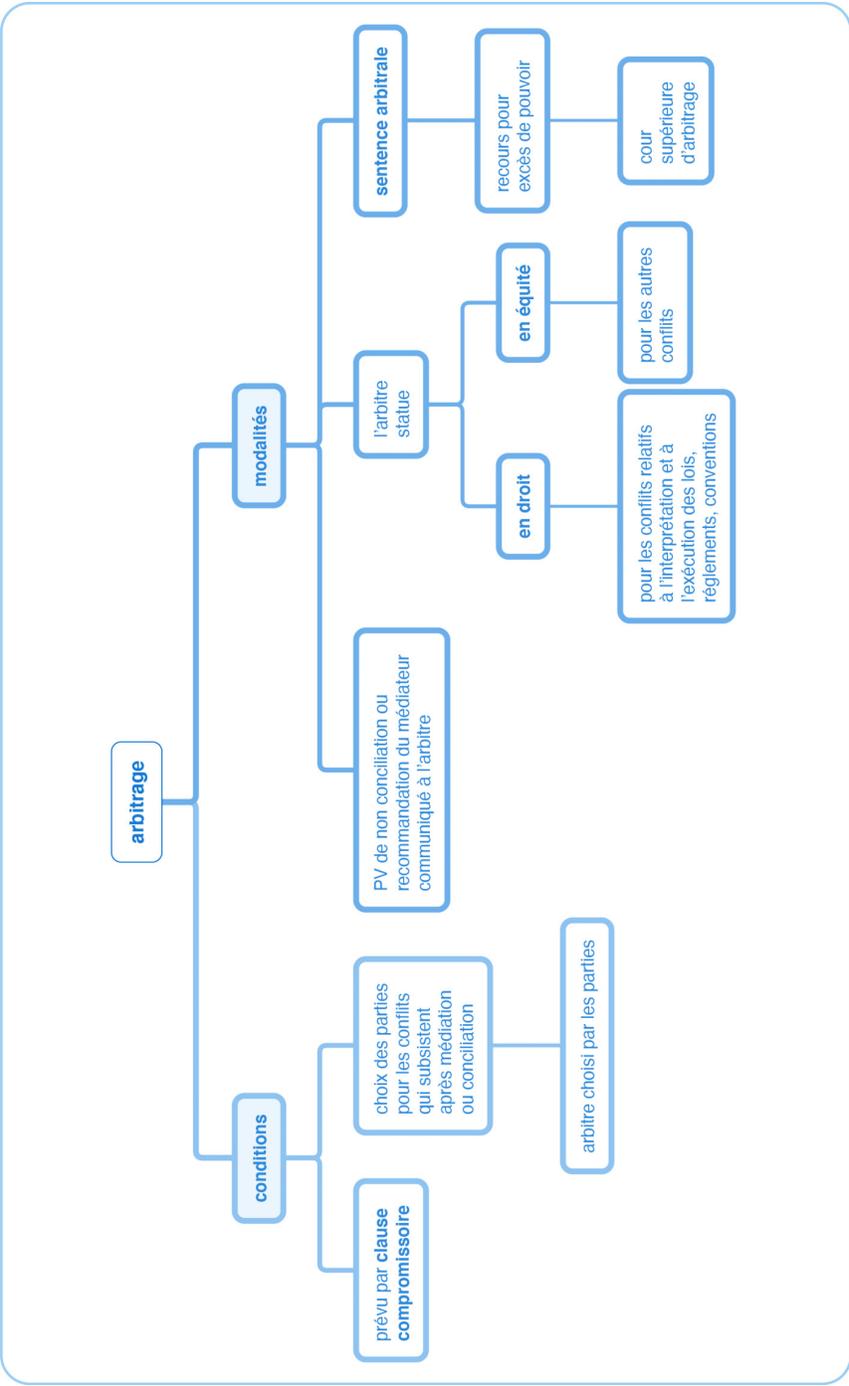
accord entre les parties, une liste d'arbitres. Une telle **clause compromissoire** rend obligatoire le recours à l'arbitrage lorsque surgit un litige entrant dans ses prévisions. À défaut, les parties peuvent décider d'un commun accord de soumettre à l'arbitrage **les conflits qui subsisteraient à l'issue d'une procédure de conciliation ou de médiation** (L. 2524-2), auquel cas l'arbitre est choisi par les parties.

L'arbitre reçoit communication des pièces établies dans le cadre des procédures de conciliation ou de médiation. En principe l'arbitre ne peut statuer sur d'autres objets que ceux qui sont mentionnés notamment dans le procès-verbal de non-conciliation ou dans la recommandation du médiateur et qui sont la conséquence du conflit en cours.

Lorsqu'il statue sur les conflits relatifs à l'interprétation et à l'exécution des lois, règlements et conventions en vigueur, **il statue en droit**. En revanche, il **statue en équité** sur les autres conflits. Sa décision appelée « **sentence arbitrale** » est motivée et notifiée aux parties dans les 24 heures et doit concomitamment être déposée auprès de l'autorité administrative compétente. Cette sentence arbitrale peut, le cas échéant, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la **Cour supérieure d'arbitrage** (L. 2524-7 et s.).

Ces procédures légales de règlement des conflits collectifs ne présentent que peu d'efficacité en matière de grève. Les parties en conflit préfèrent recourir à un accord de fin de conflit. Ce **protocole de fin de conflit** est valablement conclu selon les règles applicables à l'accord majoritaire. Lorsque le protocole de fin de conflit vaut accord collectif (V. à défaut, Cass.soc, 13 déc. 2017, n° 16.12397), la présomption de justification des différences de traitement instaurées entre des salariés d'établissements différents trouve alors à s'appliquer (Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-12782).





Index

A

accord d'adaptation 161, 216, 229, 241
accord de branche 35, 45, 50, 56, 58, 59, 62, 73, 74, 200, 217, 236, 239, 240, 248
accord de groupe 231, 247, 248
accord d'entreprise 50, 56, 59, 68, 71, 72, 73, 74, 177, 193, 200, 202, 205, 206, 207, 216, 217, 218, 219, 220, 230, 231, 232, 239, 244, 245, 246, 247, 248
accord de performance collective 142, 143, 246, 247
accord d'établissement 232, 247
accord majoritaire 219, 273
agissements sexistes 99, 198, 202, 228
alerte 33, 87, 89, 128, 201, 202, 206
arbitrage 271, 272, 273

B

base de données économiques et sociales 202
branche 43, 50, 58, 62, 68, 69, 71, 75, 76, 225, 227, 228, 229, 230, 235, 236, 237, 239, 244, 245, 246, 248

C

calendrier 19, 137, 138, 139, 215, 218, 229
cause réelle et sérieuse 62, 84, 113, 115, 121, 122, 124, 126, 127, 133, 134, 135, 143, 150, 247, 256
changement dans les conditions de travail 91, 92
charte sociale européenne 10
clause de verrouillage 245
comité de groupe 186, 204
comité d'entreprise européen 187, 204, 205
compensatrice de préavis 28, 149, 150
conciliation 16, 17, 18, 19, 71, 127, 228, 271, 272, 273
conflit collectif 49, 251, 262, 263, 268, 272
conseil d'entreprise 200, 216, 217, 219, 220, 238

conseil de prud'hommes 16, 17, 18, 19, 20, 21, 49, 104, 113, 115, 126, 128, 139, 184, 236
contrat de mise à disposition 48, 49, 51, 52
contrat de mission 34, 48, 49, 50, 51, 62, 262
contrat de travail à durée déterminée 34, 41, 262
contrat de travail à durée indéterminée 25, 31, 34, 65, 107, 109, 111, 119, 157, 262
contrôle 10, 13, 14, 15, 16, 28, 46, 68, 75, 97, 98, 100, 101, 102, 111, 113, 121, 139, 176, 186, 193, 201, 203, 204, 206, 213, 266
convention collective 56, 69, 71, 79, 81, 92, 100, 161, 186, 211, 225, 227, 230, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 246, 251, 257
CSE 3, 56, 68, 70, 73, 74, 94, 98, 127, 136, 137, 138, 139, 141, 144, 162, 163, 169, 174, 178, 179, 183, 184, 186, 188, 191, 195, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 216, 217, 219, 220, 263
CSSCT 183

D

défenseur syndical 20
délai de carence 44, 45, 46, 50, 51, 245
délégué syndical 125, 174, 176, 178, 179, 180, 184, 185, 198, 200, 203, 208, 216, 217, 255
démission 62, 87, 109, 111, 113, 147, 148, 149, 151, 159, 161, 236
dénonciation 128, 218, 235, 238, 239, 241
dialogue social 10, 167, 174, 175, 213, 214, 216, 226
difficultés économiques 56, 133, 134, 135, 142, 163
disciplinaire 36, 92, 100, 101, 102, 121, 122, 124, 125
discrimination 9, 29, 30, 80, 84, 86, 93, 100, 123, 172, 232, 265
document unique d'évaluation des risques professionnels 15, 83
droit du travail 5, 7, 8, 9, 10, 13, 85, 101, 167, 184, 186, 187, 225, 251
durée du travail 15

E

effectif 29, 53, 67, 68, 71, 73, 74, 81, 86, 127, 134, 136, 138, 144, 150, 174, 178, 179, 183, 187, 188, 198, 201, 217, 229, 245, 264
élargissement 235
élections professionnelles 183
employeur 5, 8, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 42, 44, 52, 53, 56, 57, 59, 62, 65, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 107, 111, 113, 114, 115, 119, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 148, 149, 150, 151, 152, 157, 158, 159, 162, 172, 174, 176, 177, 178, 184, 185, 186, 187, 191, 193, 195, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208,

214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 231, 236, 246, 253, 254, 256, 257,
258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268

engagement unilatéral 8, 268

entrave 177, 179, 203, 205, 208, 259, 265, 267

entreprise 5, 8, 9, 15, 18, 28, 29, 33, 34, 35, 41, 42, 43, 45, 48, 49, 50, 51, 52,
56, 57, 58, 59, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 76, 79, 80, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 91,
93, 94, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 133,
134, 135, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 148, 149, 150, 158, 161,
163, 167, 169, 171, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 183, 184, 185, 186,
187, 188, 191, 192, 193, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207,
211, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 228, 229, 230, 231, 232,
235, 236, 238, 239, 240, 241, 244, 245, 246, 247, 248, 253, 254, 255, 257,
258, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 267

entretien préalable 124, 125, 136, 137, 255

établissements 236

extension 167, 175, 235, 236, 237

F

faute disciplinaire 102, 103, 121, 122

forfait 74

G

grève 7, 10, 123, 128, 167, 232, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260,
261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 273

groupe 186, 198, 204, 230, 231, 244, 248

H

harcèlement moral 33, 86, 88, 93, 128, 202, 206

harcèlement sexuel 198, 202, 228

heures complémentaires 245

heures supplémentaires 81

I

inaptitude 44, 86, 122, 147, 149

indemnité 21, 28, 44, 48, 51, 52, 53, 59, 72, 81, 94, 111, 114, 127, 128, 129,
141, 143, 144, 148, 149, 150, 158, 208, 239, 244, 256, 258

interentreprises 229

interprofessionnelle 225, 226

L

lettre 18, 20, 34, 35, 43, 52, 57, 113, 124, 136, 148, 151, 158, 178

liberté d'embauche 27

liberté d'entreprendre 27

liberté syndicale 9, 123, 171, 172, 176

licenciement économique 128, 134, 135, 136, 137, 139, 140, 142, 143, 147, 217

licenciement pour motif personnel 94, 121, 122, 136, 143
lien de subordination 31, 101, 262
lock out 263

M

maladie 36, 42, 72, 84, 87, 99, 122, 123, 128, 149
médiation 87, 271, 272, 273
mineur 30, 32
mise à pied 100, 103, 266
mise en cause 235, 238, 240, 241, 263, 267
modification du contrat de travail 56, 65, 91, 92

N

négociation collective 5, 8, 9, 10, 167, 175, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218,
219, 225, 227, 228, 229, 232, 237
niveaux de négociation 211, 225
nullité 32, 48, 124, 126, 128, 129, 143, 157, 158, 172, 218, 221

O

obligation de sécurité 33, 87, 88, 89
ordre des licenciements 136, 137, 141
ordre public 18, 79, 93, 214, 215, 228, 229, 262, 263
organisation patronale 175, 227, 228
organisation syndicale 173, 174, 175, 176, 191, 193, 194, 198, 215, 216, 217,
220, 236, 260

P

période d'essai 33, 34, 35, 43, 44, 48, 50, 52, 59, 85, 150, 244
période probatoire 34
périodicité 200, 202, 215, 216, 228, 229
personnalité morale 172, 176, 185, 198
pouvoir de direction 92, 121, 253, 261, 262
pouvoir disciplinaire 65, 97, 101, 102, 121, 125, 159, 261, 265, 266, 267
préavis 8, 21, 44, 51, 62, 111, 113, 140, 144, 147, 148, 149, 150, 151, 238, 239,
240, 241, 246, 251, 260
prescription 18, 125
principe de faveur 149, 246
priorité de réembauchage 140
prise d'acte 109, 111, 112, 113, 147, 149
procédure disciplinaire 16, 36, 100, 101, 102, 103, 122, 261
protocole d'accord préélectoral 191, 192
publicité 97, 98, 174, 218, 221, 230

R

recrutement 25, 27, 28, 29, 30, 32, 41, 49, 86, 172, 245
reçu pour solde de tout compte 151
référéndum 70, 207, 219, 220, 231, 232, 241
règlement intérieur 8, 16, 33, 65, 68, 97, 98, 99, 100, 101, 104, 184, 186, 199, 205, 206, 257
réintégration 126, 127, 128, 129, 143, 172, 208, 256
rémunération 31, 35, 43, 44, 48, 51, 52, 53, 57, 59, 62, 65, 67, 69, 70, 72, 73, 75, 77, 79, 80, 81, 85, 87, 91, 94, 103, 113, 136, 141, 142, 143, 150, 173, 186, 214, 215, 216, 239, 241, 244, 247, 256, 261, 264
représentant de la section syndicale 178, 179, 180
représentant de proximité 125, 203
représentation du personnel 184, 206
représentativité 17, 171, 174, 175, 193, 226, 231, 240
résiliation judiciaire 20, 109, 114, 115, 149
responsabilité 83, 172, 184, 263, 265, 267
rupture conventionnelle collective 157, 161, 162, 163, 164
rupture conventionnelle individuelle 157, 159

S

salaire 32, 44, 51, 58, 72, 73, 75, 79, 80, 81, 84, 89, 125, 127, 129, 141, 144, 149, 256, 257, 258, 261
salarié protégé 17, 36, 92, 114, 115, 124, 125, 128, 162, 164, 179, 191, 255, 266, 267
santé et sécurité 33
section syndicale 171, 172, 176, 177, 178, 179, 180, 191, 193, 214
service public 27, 260, 261, 271
seuil d'effectif 187
statut protecteur 178
syndicat 17, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 267

T

temps partiel 245
transfert d'entreprise 65, 91, 93

U

union européenne 9
unité économique et sociale 185
usage 5, 8, 15, 42, 44, 45, 49, 50, 62, 89, 98, 99, 121, 185, 199, 259, 261, 265

Table des matières

Sigles et abréviations (signalés dans le texte par un astérisque*)

Introduction

Chapitre 1. Les sources du droit du travail

Section 1. Les sources internes du droit du travail

§ 1. Les sources d'origine étatique

§ 2. Les sources d'origine professionnelle

Section 2. Les sources internationales du droit du travail

§ 1. Droit interne, droit de l'union européenne et droit européen

§ 2. Droit du travail et sources internationales

Chapitre 2. Les institutions spécifiques du droit du travail

Section 1. Une autorité administrative dédiée : l'inspection du travail

§ 1. Un pouvoir de contrôle

§ 2. Un pouvoir de décision

Section 2. Une juridiction spécialisée : le Conseil de prud'hommes

§ 1. La compétence des conseils de prud'hommes

§ 2. La procédure devant les conseils de prud'hommes

Partie 1. Les relations individuelles de travail

Titre 1. La formation et la conclusion du contrat de travail

Chapitre 1. La naissance de la relation contractuelle de travail

Section 1. Le recrutement des salariés

§ 1. Le principe de la liberté d'embauche

A. Différentes filières de recrutement

B. Le recrutement du futur salarié

§ 2. Une liberté encadrée

A. Des règles protectrices au profit de certains salariés

a. Les priorités d'emplois et de réembauche

b. Des mesures spécifiques pour les jeunes et les étrangers

B. Le principe de non-discrimination

Section 2. Les caractères généraux du contrat de travail

§ 1. La formation du contrat de travail

A. Les caractéristiques du contrat de travail

B. Les conditions de validité du contrat de travail

§ 2. Les obligations contractuelles des parties au contrat de travail

- A. Principe de loyauté et respect des droits et libertés des salariés
- B. Conditions et modalités de la période d'essai
 - a. Les conditions d'existence de la période d'essai
 - b. La fin de la période d'essai

Chapitre 2. Différents types de contrats de travail dérogatoires

Section 1. Le contrat de travail à durée déterminée

§ 1. Les conditions d'utilisation et les modalités d'exécution

- A. Le recours au CDD* dans les conditions prévues par la loi
 - a. L'exécution d'une tâche précise et temporaire dans les cas prévus par la loi
 - b. Les mesures pour l'emploi ou pour assurer une formation professionnelle
- B. Des modalités de conclusion et d'exécution spécifiques
 - a. Contenu du CDD*
 - b. L'exécution du CDD*

§ 2. Le renouvellement et la succession de CDD*

- A. Le renouvellement du Contrat à durée déterminée
- B. La succession de Contrat à durée déterminée

Section 2. Le contrat de travail temporaire

§ 1. Les conditions d'utilisation et les modalités d'exécution spécifiques

A. Les cas de recours au travail temporaire

B. Les modalités d'exécution spécifiques

§ 2. Le CDI* intérimaire

A. Des conditions de recours au CDI* intérimaire

B. Des modalités d'exécution hybrides

Section 3. Le contrat de travail à temps partiel et le CDI* de chantier ou d'opération

§ 1. Le contrat de travail à temps partiel

A. La mise en œuvre du temps partiel

B. L'organisation du travail du salarié à temps partiel

a. La durée du travail et les heures complémentaires

b. Le statut du salarié à temps partiel

§ 2. Le CDI* de chantier ou d'opération

Titre 2. L'exécution du contrat de travail à durée indéterminée

Chapitre 1. Le temps de travail

Section 1. La détermination du temps de travail effectif

§ 1. La durée légale du travail et le temps de travail effectif

§ 2. Les repos et les congés

A. Les repos

a. Le repos quotidien et le repos hebdomadaire

b. Le travail dominical

B. Les congés

a. Les congés payés

b. Le statut juridique des jours fériés

Section 2. La durée du travail et les régimes particuliers

§ 1. Les heures supplémentaires

A. Les heures supplémentaires dans le contingent annuel

B. Les heures supplémentaires au-delà du contingent annuel

§ 2. Modes particuliers d'organisation du travail

A. La convention de forfait

B. Le travail de nuit et le travail de soirée

Chapitre 2. La rémunération du travail

Section 1. La fixation du salaire

§ 1. La liberté contractuelle et le salaire minimum

§ 2. La liberté contractuelle et le principe d'égalité

Section 2. Les éléments de la rémunération et le paiement du salaire

§ 1. Les éléments de la rémunération

§ 2. Le paiement du salaire

Chapitre 3. Santé et sécurité au travail

Section 1. La santé au travail

§ 1. La santé physique au travail

A. La maladie et l'accident

B. La maternité

C. La situation de handicap

§ 2. La santé mentale des salariés

A. Le harcèlement moral

B. Le stress et le suicide au travail

Section 2. La sécurité au travail

§ 1. Une obligation générale de sécurité

§ 2. Le droit de retrait

Chapitre 4. La modification du contrat de travail et le transfert d'entreprise

Section 1. Les modifications du contrat de travail

§ 1. La modification d'un élément substantiel du contrat de travail

§ 2. Le changement dans les conditions de travail

Section 2. Le transfert d'entreprise et le maintien du contrat de travail

§ 1. Le maintien des contrats de travail en cours

§ 2. Les effets du transfert

Chapitre 5. Règlement intérieur et pouvoir disciplinaire

Section 1. Le règlement intérieur

§ 1. L'établissement du règlement intérieur

§ 2. Le contenu du règlement intérieur

A. La fixation par la loi du contenu du règlement intérieur

a. Les mesures relatives à la santé et à la sécurité

b. Les règles relatives à la discipline

B. L'interdiction par la loi de certaines clauses

Section 2. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur

§ 1. Le pouvoir de contrôle et de surveillance des salariés

§ 2. Le pouvoir de sanctions

Titre 3. La rupture du contrat de travail à durée indéterminée

Sous-titre 1. Les modes de rupture du CDI* à l'initiative du salarié

Chapitre 1. La démission

Chapitre 2. La prise d'acte de rupture

Chapitre 3. La résiliation judiciaire

Sous-titre 2. Les modes de rupture à l'initiative de l'employeur

Chapitre 1. Le licenciement pour motif personnel

Section 1. Le motif personnel

§ 1. Le motif personnel disciplinaire

§ 2. Le motif personnel non disciplinaire

Section 2. La procédure de licenciement

§ 1. Les étapes de la procédure de licenciement de droit commun

§ 2. Les procédures de
licenciement dérogatoires

Section 3. Un licenciement justifié par
une cause réelle et sérieuse

§ 1. Le licenciement sans cause
réelle et sérieuse

§ 2. Le licenciement nul

Chapitre 2. Le licenciement pour motif économique

Section 1. La détermination du motif
économique

§ 1. Un motif économique non
inhérent à la personne du
salarié

§ 2. Un motif économique
impactant l'emploi

Section 2. Les procédures de
licenciement économique

§ 1. La procédure de
licenciement individuel pour
motif économique

§ 2. Les procédures de
licenciement collectif pour
motif économique

A. Le licenciement collectif
de moins de dix salariés
dans une même période de
trente jours

B. Le licenciement collectif
de dix salariés ou plus sur
une même période de
trente jours

Section 3. Le contrôle des droits et
des obligations des parties

§ 1. La protection du salarié licencié et les obligations de l'employeur

A. La protection du salarié licencié

B. Les obligations de l'employeur

§ 2. Prévention, contrôles et sanctions du licenciement économique

A. Les accords de performance collective, dispositif de prévention ?

B. Les contrôles et les sanctions des procédures de licenciement économique

Chapitre 3. Les conséquences et les modalités de la rupture du contrat de travail

Section 1. Le préavis et les indemnités

§ 1. Le préavis

§ 2. Les indemnités liées au licenciement

A. L'indemnité de licenciement

B. Les autres indemnités

Section 2. Les formalités obligatoires et la transaction éventuelle

§ 1. La remise obligatoire de documents

§ 2. Le recours possible à la transaction

Sous-titre 3. Les modes de rupture d'un commun accord

Chapitre 1. La rupture conventionnelle individuelle

Section 1. Les modalités de mise en œuvre

Section 2. Le régime juridique

Chapitre 2. La rupture conventionnelle collective

Section 1. Les modalités de mise en place

Section 2. Le régime juridique

Partie 2. Les relations collectives de travail

Titre 1. La représentation collective des salariés dans l'entreprise

Chapitre 1. La représentation syndicale

Section 1. Liberté syndicale et représentativité syndicale et patronale

§ 1. Syndicat et liberté syndicale

§ 2. La représentativité des organisations syndicales et patronales

Section 2. La représentation syndicale dans l'entreprise

§ 1. La section syndicale

§ 2. Les délégués syndicaux et les représentants de la section syndicale

A. Le délégué syndical

B. Le représentant de la section syndicale

Chapitre 2. La représentation élue du personnel

Section 1. La détermination du cadre d'implantation et de l'effectif

§ 1. L'unité de représentation du personnel

- A. L'établissement
- B. L'entreprise
- C. Le groupe

§ 2. Les seuils d'effectifs

Section 2. L'organisation des élections professionnelles

§ 1. La phase de préparation des élections professionnelles

§ 2. La phase du scrutin et ses suites

- A. L'électorat et l'éligibilité
- B. L'attribution des sièges

Section 3. La mise en place et le fonctionnement des Institutions représentatives du personnel

§ 1. Le Comité Social et Économique (CSE*)

- A. La composition et le fonctionnement du CSE*
- B. Les attributions du CSE*
- C. Les spécificités du comité de groupe et du comité d'entreprise européen

§ 2. La Commission Santé, Sécurité et Conditions de Travail (CSSCT*)

- A. Les modalités de fonctionnement
- B. Les attributions de la CSSCT*

§ 3. Les représentants de proximité

§ 4. Le statut des salariés protégés

Titre 2. La négociation collective et l'articulation des sources conventionnelles

Chapitre 1. La négociation collective d'entreprise

Section 1. Les modalités de la négociation collective d'entreprise

§ 1. Les négociations obligatoires en entreprise

A. Les dispositions d'ordre public

B. Les dispositions relevant de la négociation collective et les dispositions supplétives

§ 2. Les acteurs de la négociation collective en entreprise

A. Dans les entreprises dotées de délégués syndicaux ou d'un conseil d'entreprise

B. Dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ou d'un conseil d'entreprise

Section 2. Les modalités de conclusion d'un accord collectif d'entreprise

§ 1. Les exigences de fond

A. Les conditions de validité dans les entreprises dotées de délégués syndicaux ou d'un conseil d'entreprise

B. Les conditions de validité dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ou de conseil d'entreprise

§ 2. Les exigences de forme et de publicité

Chapitre 2. Les autres niveaux de la négociation collective

Section 1. La négociation interprofessionnelle et la négociation de branche

§ 1. La négociation interprofessionnelle

§ 2. La négociation de branche

A. La négociation collective obligatoire de branche

a. Les dispositions légales d'ordre public

b. Le champ de la négociation collective

c. Les dispositions supplétives

B. Les conditions de validité de la convention de branche

Section 2. La négociation de groupe et la négociation d'établissement

§ 1. La négociation de groupe

§ 2. La négociation d'établissement

Chapitre 3. L'application des conventions et des accords collectifs

Section 1. La détermination de la convention collective applicable à l'entreprise

§ 1. Les critères d'application d'une convention de branche à l'entreprise

§ 2. L'extension et l'élargissement d'une convention collective

§ 3. Dénonciation, révision et mise en cause de la convention collective

- A. La dénonciation de la convention collective
- B. La révision de la convention collective
- C. La mise en cause de la convention collective

Section 2. L'articulation des normes conventionnelles entre elles et avec les normes contractuelles

- § 1. L'articulation entre conventions de branche et conventions d'entreprise
- § 2. L'articulation entre convention d'entreprise et contrat de travail
- § 3. L'articulation entre accord de groupe, accord interentreprises, accord d'entreprise et accord d'établissement

Titre 3. Le droit de grève et le règlement des conflits collectifs

Chapitre 1. La grève, expression d'un conflit social collectif

Section 1. Le droit de grève

- § 1. La définition et les effets du droit de grève
 - A. Un arrêt collectif et concerté du travail à l'appui de revendications professionnelles
 - B. Les incidences de la grève sur la relation individuelle de travail
- § 2. Les modalités d'exercice du droit de grève
 - A. L'interdiction de l'exercice anormal du droit de grève

B. Les particularismes de la
grève dans les services publics

Section 2. Les ripostes à la grève

§ 1. L'exercice du pouvoir de direction
de l'employeur

A. La mise en œuvre de mesures
d'organisation du travail

B. La mise en œuvre de mesures
de libération de l'entreprise ou
de fermeture de l'entreprise

§ 2. L'engagement des responsabilités

A. La limitation du pouvoir
disciplinaire de l'employeur

B. Les responsabilités civiles et
pénales des salariés grévistes et
des syndicats

Chapitre 2. Les procédures de règlement des conflits collectifs

Section 1. La conciliation et la médiation

§ 1. La conciliation

§ 2. La médiation

Section 2. L'arbitrage

Index