



Faire Son Droit

# *Les droits du salarié*

Julien Lacabanne

Julien Lacabanne est doctorant en droit et science politique. Il est diplômé des facultés de Toulouse, Nantes et Montpellier. Il a travaillé en collaboration avec les Universités de Paris Descartes, du Luxembourg et du Québec à Montréal. On lui doit des travaux sur le consociationalisme dont une publication préfacée par Arend Lijphart et Franz Clément.

Julien Lacabanne is a Law and Political Science PhD student. He holds degrees of Toulouse, Nantes and Montpellier Universities (*with honors*). He worked with the Universities of Paris Descartes, Luxembourg and Québec in Montréal. He published an *Introduction to consociational democracy* prefaced by Arend Lijphart and Franz Clément.

**Le document suivant est à jour des dispositions en vigueur au 1<sup>er</sup> Janvier 2018. Les références légales et jurisprudentielles qu'il contient forment des liens hypertextes renvoyant à la plateforme en ligne Légifrance.**

**Ce document est vivant et ainsi susceptible de connaître des modifications régulières afin de coller au maximum à la réalité du droit du travail.**

1

---

**La version intégrale de ce document est disponible en accès libre sur le site :**

**<http://www.faire-son-droit.com>**

# Table des matières

<b>PROLÉGOMÈNES .....</b>	<b>7</b>
A] Considérations historiques sur le développement du droit du travail : .....	7
B] La question de l'effectivité du droit du travail : .....	10
<b>CHAPITRE 1.....</b>	<b>13</b>
<b>LES DONNÉES FONDAMENTALES DE LA RÉFLEXION.....</b>	<b>13</b>
<b>SECTION 1.....</b>	<b>13</b>
<b>LES SOURCES INTERNES .....</b>	<b>13</b>
§1 - <i>Les normes d'origine étatique</i> .....	13
A] Les références constitutionnelles : .....	13
B] Les sources légales et réglementaires : .....	14
§2 - <i>Les normes d'origine professionnelle</i> : .....	16
A] Le droit de la négociation collective : .....	16
B] Le règlement intérieur et les usages : .....	17
<b>SECTION 2.....</b>	<b>20</b>
<b>LES SOURCES EXTERNES .....</b>	<b>20</b>
§1 – <i>Une construction planétaire</i> .....	20
§2 – <i>Une dimension continentale</i> .....	21
A] Le droit européen non-communautaire : .....	21
B] Le droit communautaire : .....	22
<b>SECTION 3.....</b>	<b>24</b>
<b>LA HIÉRARCHIE DES NORMES : .....</b>	<b>24</b>
<b>CHAPITRE 2.....</b>	<b>26</b>
<b>LE RESPECT DES DISPOSITIONS RELATIVES AU DROIT DU TRAVAIL.....</b>	<b>26</b>
<b>SECTION 1.....</b>	<b>26</b>
<b>LES CONTRÔLES ADMINISTRATIFS.....</b>	<b>26</b>
§1 - <i>Les moyens de contrôle</i> .....	26
A] Le droit de visite : .....	26
B] Le droit de prélèvement : .....	27
C] Le droit d'accès aux documents : .....	27
§2 - <i>Les moyens de contrainte</i> .....	27
<b>SECTION 2.....</b>	<b>28</b>
<b>LES CONTRÔLES JUDICIAIRES.....</b>	<b>28</b>
§1 - <i>Les conseils de Prud'hommes</i> .....	28
A] une juridiction élue et paritaire : .....	28
B] Une juridiction spécialisée et conciliatrice : .....	29
C] Les voies de recours : .....	30
§2 – <i>La dispersion du contentieux</i> .....	30
A] Les juridictions de l'ordre judiciaire : .....	30
B] Les juridictions administratives : .....	31
<b>CHAPITRE 3.....</b>	<b>32</b>

<b>LA PHASE DE RECRUTEMENT</b> .....	<b>32</b>
SECTION 1.....	32
LES MÉTHODES DE RECRUTEMENT.....	32
§1 - <i>La liberté de recruter</i> .....	32
A] Les garanties prévues par la loi : .....	32
1) La finalité des méthodes de recrutement : .....	32
2) L'information du candidat : .....	34
B] Le principe de non-discrimination : .....	34
§2 - <i>Les limites à la liberté de recruter</i> .....	36
A] Les obligations de recrutement : .....	36
B] Les interdictions de recruter : .....	36
SECTION 2.....	38
LA PHASE D'EMBAUCHE .....	38
<b>CHAPITRE 4</b> .....	<b>40</b>
<b>LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL</b> .....	<b>40</b>
SECTION 1.....	40
DÉFINITION ET CRITÈRES DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	40
§1 – <i>Qu'est-ce qu'un contrat de travail ?</i> .....	40
§2 - <i>Les critères du contrat de travail</i> .....	41
A] Les critères indicatifs : .....	41
1) Le lieu d'exécution du travail : .....	41
2) La détermination des horaires de travail : .....	41
3) Le caractère exclusif du contrat de travail : .....	42
B] Les critères déterminants ou décisifs : .....	42
1) L'existence d'une rémunération : .....	42
2) Un lien de subordination : .....	42
§3 – <i>Les contrats périphériques</i> .....	42
A] La distinction entre travail subordonné et travail indépendant : .....	42
B] La différence entre contrat d'avocat-collaborateur et contrat de travail : .....	43
C] La distinction entre les stages et les contrats : .....	43
D] La distinction entre entraide, travail bénévole et contrat de travail : .....	44
§4 - <i>La qualification du contrat de travail</i> : .....	44
§5 - <i>Les présomptions légales</i> : .....	45
SECTION 2.....	46
LES CLAUSES DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	46
§1 - <i>Les clauses de non-concurrence</i> .....	46
A] Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : .....	46
B] Une contrepartie pécuniaire : .....	47
1) L'absence de contrepartie pécuniaire : .....	47
2) Le calcul du montant de la contrepartie pécuniaire : .....	47
3) Le paiement de la contrepartie pécuniaire : .....	48
C] La renonciation de l'employeur à l'égard de la clause de non-concurrence : .....	48
§2 - <i>Les clauses d'essai</i> : .....	49
A] La distinction entre l'essai et l'essai professionnel : .....	49
B] L'encadrement légal et jurisprudentiel de la période d'essai : .....	49

1) La détermination de la période d'essai : .....	49
a) Le caractère impératif de la période d'essai : .....	50
b) La possibilité de reconduire la période d'essai : .....	50
2) La rupture de la période d'essai : .....	51
a) L'exigence d'un délai de prévenance : .....	51
b) L'absence de motivation de la rupture : .....	51
<b>§3 - Les autres clauses :</b> .....	<b>52</b>
A) Les clauses de dédit-formation : .....	52
B) La clause de responsabilité pécuniaire : .....	53
C) La clause de mobilité : .....	53
D) Les clauses d'objectif : .....	54
<b>CHAPITRE 5</b> .....	<b>55</b>
<b>LES CONTRATS DE TRAVAIL DE TYPE PARTICULIER</b> .....	<b>55</b>
<b>SECTION 1</b> .....	<b>55</b>
<b>LE CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE</b> .....	<b>55</b>
<b>§1 – La possibilité de recourir au contrat à durée déterminée</b> .....	<b>56</b>
A) Le remplacement d'un salarié absent : .....	56
B) L'accroissement temporaire d'activité de l'entreprise : .....	57
C) Les archétypes de contrats à durée déterminée : .....	57
1) Les contrats saisonniers : .....	57
2) Les contrats d'usage : .....	58
D) Les contrats à durée déterminée à objet défini : .....	58
<b>§2 – La formalisation des contrats à durée déterminée</b> .....	<b>59</b>
A) Les mentions obligatoires : .....	59
B) La détermination du terme du contrat : .....	59
1) Les contrats à terme précis : .....	59
2) Les contrats à terme imprécis : .....	60
C) Le renouvellement du contrat à durée déterminée : .....	60
<b>§3 - La requalification du contrat :</b> .....	<b>61</b>
A) La violation des conditions de forme : .....	61
B) Le non-respect des conditions de fonds : .....	61
1) Le remplacement des salariés absents : .....	61
2) L'accroissement temporaire d'activité : .....	62
3) Les contrats saisonniers : .....	62
4) Les contrats d'usage : .....	63
<b>§3 - Les droits du salarié sous contrat à durée déterminée</b> .....	<b>63</b>
<b>§4 - La fin du contrat à durée déterminée</b> .....	<b>64</b>
A) Les cas de rupture anticipée : .....	64
B) L'indemnité de précarité : .....	65
C) La poursuite du contrat entre les mêmes parties : .....	66
<b>SECTION 2</b> .....	<b>67</b>
<b>LE RECOURS À DE LA MAIN D'ŒUVRE EXTÉRIEURE</b> .....	<b>67</b>
<b>§1 - Le travail temporaire</b> .....	<b>67</b>
A) Le contrat de mission : .....	68
B) Le contrat de mise à disposition : .....	68
C) Le contrat à durée indéterminée pour les intérimaires : .....	69

§2 - <i>Le portage salarial</i> .....	69
§3 - <i>Le travail à temps partagé</i> .....	70
SECTION 3.....	72
LE TRAVAIL À TEMPS PARTIEL.....	72
§1 - <i>Les conditions de mise en œuvre du travail à temps partiel</i> .....	72
§2 - <i>Les conditions d'application du travail à temps partiel</i> .....	73
A) <i>La répartition du temps de travail</i> : .....	73
B) <i>Les heures complémentaires</i> : .....	74
C) <i>L'égalité de traitement entre tous les salariés</i> :.....	74
§3 - <i>Le travail intermittent</i> .....	74
§4 - <i>Des contrats de type particulier</i> .....	74
A) <i>Les contrats d'apprentissage</i> : .....	75
B) <i>Les contrats d'insertion ou de réinsertion</i> :.....	75
CHAPITRE 6.....	77
LES POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR .....	77
SECTION 1.....	78
LE POUVOIR NORMATIF DE L'EMPLOYEUR.....	78
§1 - <i>Le champ d'application et le contenu du règlement intérieur</i> .....	78
A) <i>Le contenu du règlement intérieur</i> : .....	78
B) <i>Les notes de service</i> : .....	79
C) <i>Les chartes d'éthique et les codes de bonne conduite</i> :.....	79
§2 - <i>L'élaboration du règlement intérieur</i> .....	80
§3 - <i>Les contrôle administratifs et judiciaires</i> .....	80
A) <i>Les contrôles administratifs</i> :.....	80
B) <i>Le contrôle judiciaire</i> :.....	81
SECTION 2.....	82
L'EXERCICE DU POUVOIR DISCIPLINAIRE.....	82
§1 - <i>L'appréciation des fautes</i> .....	82
A) <i>Un agissement fautif</i> : .....	82
1) <i>Les fautes commises en dehors du temps et du lieu de travail</i> : .....	82
a) <i>Les fautes commises à l'occasion d'actes concernant la vie personnelle</i> .....	83
b) <i>Un fait de la vie personnelle constitutif d'un manquement au contrat de travail</i> : .....	83
c) <i>La reconnaissance du droit d'expression des salariés</i> :.....	84
2) <i>Les comportements fautifs dans le cadre de la vie professionnelle</i> : .....	84
CHAPITRE 7.....	85
LES MODIFICATIONS DU CONTRAT DE TRAVAIL .....	85
§1 – <i>La modification de la situation du salarié</i> .....	85
A) <i>La modification d'un élément essentiel du contrat de travail</i> : .....	85
B) <i>La modification des conditions de travail</i> : .....	85
C) <i>Les autres modifications</i> :.....	85
§2 – <i>Les droits du salarié face aux évolutions de sa situation</i> .....	85
A) <i>Les droits du salarié face à la modification d'un élément essentiel du contrat</i> :.....	86
B) <i>Les droits du salarié face au changement de ses conditions de travail</i> : .....	86
§3 – <i>Les droits et obligations incombant à l'employeur</i> .....	86

A] L'employeur et le refus de la modification des éléments essentiels du contrat : .....	86
B] L'employeur et le refus de modification des conditions de travail : .....	86
<b>CHAPITRE 8</b> .....	<b>88</b>
<b>LA RUPTURE DU CONTRAT</b> .....	<b>88</b>
<b>SECTION 1</b> .....	88
<b>LES CAS DE RUPTURES AUTRES QUE LE LICENCIEMENT</b> .....	88
§1 – <i>La démission</i> .....	88
A] La notion : .....	88
B] Le régime : .....	89
§2 – <i>La prise d'acte</i> .....	89
§3 – <i>Les accords de rupture</i> .....	90
A] Les ruptures d'un commun accord : .....	90
B] Les ruptures conventionnelles : .....	91
1) Le formalisme : .....	91
2) Les conséquences de la rupture conventionnelle : .....	92
§4 – <i>La retraite</i> .....	92
<b>SECTION 2</b> .....	93
<b>LE LICENCIEMENT POUR MOTIF PERSONNEL</b> .....	93
§1 – <i>La Loi du 13 Juillet 1973</i> .....	93
A] Une procédure préalable : .....	93
1) La convocation à l'entretien : .....	93
2) L'entretien : .....	94
3) La notification du licenciement : .....	94
B] L'exigence d'une cause réelle et sérieuse du licenciement : .....	95
1) L'insuffisance professionnelle : .....	96
2) La question de la santé du salarié : .....	96
§2 – <i>Le régime de la preuve</i> .....	97
§3 – <i>Les suites de la rupture</i> .....	98
A] Le préavis ou délai-congé : .....	98
B] Les documents délivrés par l'employeur à l'issu du préavis : .....	99
1) Le reçu pour solde de tout compte : .....	99
2) Le certificat de travail : .....	99
3) L'attestation d'assurance chômage : .....	100
C] La transaction : .....	100
§4 – <i>Les indemnités de rupture</i> .....	100
A] La sanction des irrégularités de procédure : .....	101
B] La sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse : .....	101
C] L'indemnité de licenciement : .....	101
D] L'indemnité de congés payés : .....	102
§5 – <i>La nullité des licenciements</i> .....	102
<b>CHAPITRE 9</b> .....	<b>104</b>
<b>LES RÉFORMES RÉCENTES DU DROIT DU TRAVAIL</b> .....	<b>104</b>

## Prolégomènes

### A] Considérations historiques sur le développement du droit du travail :

Comparé au droit civil qui demeure aujourd'hui encore le « droit commun », le droit du travail est bien souvent considéré comme une discipline mineure. Pourtant, cette matière est essentielle au bon fonctionnement de nos sociétés modernes. Du reste d'ailleurs, il ne faut jamais perdre de vue que lorsque l'on étudie le droit du travail, on se réfère au Code civil ; notamment aux **articles 1780 et 1781** (le premier existe toujours, le second fut abrogé en 1868).

**L'article 1780** du Code civil dispose : « *On ne peut engager ses services qu'à temps pour une entreprise déterminée* ». En Décembre 1981, cet article fut complété par un second alinéa ; lequel précise : « *Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes* ». Quant à l'article 1781 du même Code, il a été purement et simplement abrogé en 1868 (Cf. chronologie des conditions de travail → [De la Loi le Chapelier à la Loi de Modernisation de l'économie](#)). Cet article disposait jadis de manière choquante que : « *Le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante* ». Le problème de cet article, c'est qu'il obligeait le juge à statuer selon les dires de l'employeur (il n'y avait donc ni principe du contradictoire, ni possibilité pour l'employé de rapporter la preuve contraire... ce que nous pourrions traduire par : « *La parole est à l'employeur. La parole de l'employeur, c'est la parole du juge* »).

Lorsque le Code civil fut promulgué (en 1804), on ne s'en remettait qu'au seul principe dit de « *l'autonomie de la volonté* » (avec l'acception "vouloir" → on fait/dit ce que l'on veut). Le problème dans ce contexte, c'est que la volonté n'est pas la même du côté de l'employeur et du côté de l'employé (l'employeur détient les capitaux qu'il distribue à ceux qui proposent, en échange, leur force de travail ; mais ce dans les conditions fixées par le patron). Ainsi, lorsque c'est la théorie de la volonté qui prime, la condition ouvrière se dégrade très rapidement.

En 1840, va apparaître une nette augmentation du taux de mortalité en France (bien sûr, les conditions de travail n'était pas les mêmes mais le travail, lui-même, n'était pas de la même nature : il est essentiellement physique et occupe la majorité du temps de vie). Ce taux élevé de mortalité va vite alarmer les pouvoirs publics qui constatent, d'ailleurs, que les jeunes sont extrêmement touchés (ce qui pose problème puisque la société ne peut, par cette réalité, se renouveler). Très vite, les pouvoirs publics vont charger un médecin (Dr. **Villermé**) de mener une enquête afin de savoir ce qui pourrait être amélioré. De cette enquête, le Docteur Villermé tira les conclusions suivantes : les conditions de travail déplorables ont une influence négative sur la psychologie des individus ainsi que sur leur santé physique. De plus, Villermé va dénoncer ouvertement (ce qui est incompréhensible pour l'époque) le travail des enfants (Cf. [extrait des travaux de Villermé](#)). À la suite de ces conclusions, vont apparaître les premières esquisses du droit travail. En effet, la première loi relative au droit du travail entrera en vigueur en 1841. Elle eut pour objet de limiter la durée du travail des enfants de moins de douze ans à 48 heures par semaine (soit 8 heures par jour, six jours sur sept) et celle des enfants de 12 à 16 ans à 72 heures (soit 12 heures par jour, six jours sur sept). Toutefois, cette loi ne fut jamais appliquée (à l'époque, car aujourd'hui les enfants de moins de 16 ans ont interdiction de travailler) ; et ce à cause des importants mouvements de manifestation qu'elle déclencha (les parents de l'époque n'étaient pas d'accord pour renoncer à une partie des revenus du foyer que leur procurait le travail de leur progéniture).

En 1864, le droit du travail va connaître quelques avancées non-négligeables. Tout d'abord, la grève ne constitue plus un délit... mais une faute (elle est interprétée comme un abandon du travail ; comme une démission entraînant automatiquement la rupture du contrat de travail). Quelques années plus tard, en 1884, les salariés obtiendront le droit de s'organiser collectivement pour défendre leurs intérêts ; autrement dit, le droit de former des syndicats. En outre, la très grande **Loi de 1898** prévoyant l'indemnisation forfaitaire des salariés victimes d'accidents du travail demeurera comme un progrès capital en la matière.

Le premier Code du travail fut promulgué en 1910 (à l'époque, le Code n'est pas très épais ; on est donc bien au début d'un processus). En 1919, des textes essentiels seront adoptés tels que l'établissement des conventions collectives ou encore l'encadrement du temps de travail (8 heures par jour). Dix ans plus tard, en 1929, une grave crise économique va bousculer tout l'Occident (elle fera même trembler les Etats-Unis d'Amérique). C'est dans ce climat particulièrement tendu qu'en 1936, les forces de Gauche (connues sous la dénomination de « *Front populaire* ») vont remporter les élections et vont entamer des réformes historiques (ex → l'apparition des congés payés [2 semaines par an], la semaine de 40 heures, l'augmentation des salaires les plus modestes, etc...). Malheureusement, chacun le sait, les années qui suivirent furent parmi les plus sombres de l'Histoire de l'humanité.

Durant l'occupation, le Conseil National de la Résistance va élaborer un programme pour préparer les réformes que la France devra engager pour sortir de ce conflit. Ce qui est intéressant – disons-le de manière brève – c'est que le Conseil National de la Résistance était composé de personnalités de grande qualité et de tous horizons (un multiculturalisme important). La coopération des membres du Conseil National de la Résistance permettra la rédaction de l'un des plus beaux textes de droit français qu'est, encore aujourd'hui, [le préambule de la Constitution de 1946](#). Ce préambule dispose en son deuxième point que : « *Il (le peuple de France) proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après : [...] "chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi" [...] "la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs" [...] "le droit de grève" [...] "l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture" [...] "l'égalité entre les Hommes et les Femmes" ».*

Au début des années 1970, la France va être, à nouveau, confrontée à de graves problèmes économiques qu'ont été les deux premiers chocs pétroliers. C'est dans cette période que vont être votés les licenciements pour motif personnel (licenciements concernant un individu particulier) ainsi que les licenciements collectifs (également appelés « *licenciements économiques* »). Au même moment, au niveau européen, des directives concernant les licenciements économiques et les transferts d'entreprises (que deviennent les salariés lorsque leur entreprise est rachetée, cédée ?) sont adoptées.

En Mai 1981, la France va connaître, une fois encore, un des grands moments de son Histoire : l'alternance politique pour la première fois sous la V<sup>ème</sup> République. En effet, ce 10 Mai 1981, François Mitterrand devient Président de la République : « *En ce jour, où j'accède à la plus haute charge, je pense à ces millions et ces millions de femmes et d'hommes qui, des années durant, dans la paix et la guerre, par le travail et par le sang, ont façonné l'Histoire de France sans y avoir accès ; autrement que par de brèves et glorieuses fractures de notre société. C'est en leur nom d'abord que je parle, fidèle à l'enseignement de Jaurès. Alors que troisième étape d'un long cheminement : après le Front populaire et la libération, la majorité politique des français, démocratiquement exprimée, vient de s'identifier à sa majorité sociale* » dit-il en souvenir du passé lors de son investiture. François Mitterrand va lancer un programme législatif ambitieux avec des lois très importantes pour

l'avancée du droit du travail (les importantes **Lois Auroux** qui ont permis de rénover complètement le Code du travail). De ces nombreuses réformes vont naître la cinquième semaine de congés payés, le renouvellement du droit de la négociation collective, l'instauration du CHS-CT (soit Comité d'Hygiène et de Sécurité et des Conditions de Travail) ; la semaine de 39h, la retraite à soixante ans, etc.

Aujourd'hui, l'intégration de la France dans l'Union européenne a contribué à renouveler notre façon de concevoir le droit du travail ainsi que les relations dans le monde du travail (notamment en matière de discrimination). Nous verrons dans ce cours que l'Union européenne nous a fait comprendre ce qu'étaient les discriminations (directes comme indirectes). Effectivement, sous l'effet de la mondialisation, nous sommes obligés d'aborder d'une manière nouvelle les questions de l'emploi et du travail (notamment avec le phénomène des délocalisations ou celui de la recherche permanente de la réduction des coûts du travail). Toutes ces questions percutent le droit du travail et plusieurs écoles s'affrontent en permanence sur ces problématiques. En effet, le droit du travail a-t-il pour objectif de garantir des droits ainsi qu'une protection à tous les salariés ou a-t-il pour objectif de renforcer les entreprises et donc, par la même occasion l'économie. Ici, chacun peut se faire sa propre opinion car la vérité c'est qu'il n'y a pas, sur ces questions comme sur beaucoup d'autres, une vérité mais **des** vérités.

La recodification du Code du travail a été décidée (cadrée) par une loi de janvier 2008 (le nouveau Code du travail est entré en vigueur au mois de Mai de la même année). Les articles anciens ont été redistribués, renumérotés (les rédacteurs ont voulu organiser l'ensemble de manière plus lisible). L'idée de ce Code fut d'attribuer à chaque article une et une seule règle (on est ainsi passé de plus de 3000 articles à plus 7000).

Certains articles ont complètement disparu et ont trouvé refuge dans d'autres codes (ex → le problème des conjoints salariés dans les professions libérales est maintenant régi par le Code de commerce). D'autres articles qui étaient, au contraire, hors code ont été intégrés dans le nouveau code du travail (ex → il existait une loi de mensualisation ; laquelle avait pour objet de faire en sorte que les salariés soient payés au mois. Cette loi de mensualisation était, à l'origine, dans les annexes du Code du travail ; elle fait désormais partie de ce dernier). Ainsi, en conclusion, nous dirons que le Code du travail abrite encore quelques faiblesses.

**B] La question de l'effectivité du droit du travail :**

Un premier constat s'impose (il faut l'avoir bien en tête) : le droit du travail tel qu'il résulte du Code du travail ou d'autres textes (ex → les conventions collectives), ne s'applique pas automatiquement à toutes les personnes travaillant dans notre pays.

Première explication à ce phénomène, c'est qu'un clivage s'est imposé depuis plus de 200 ans entre le droit public et le droit privé. On peut en penser ce que l'on veut, ce clivage continue de se maintenir (c'est le côté conservateur de notre pays). En droit du travail, un clivage existe également : il oppose les salariés du secteur privé à ceux du secteur public. Toutefois, rationalité française oblige, on rattache le droit du travail au droit privé (c'est une branche du droit privé). En outre, il faut savoir que le droit du travail ne concerne pas les fonctionnaires ; lesquels sont régis par un statut (il existe trois types de statut dans la fonction publique : la *fonction publique d'Etat*, la *fonction publique hospitalière* et la *fonction publique territoriale*). Le statut, et c'est ce qu'il faudra retenir, est différent d'un contrat. En effet, la personne sous statut ne discute pas les conditions d'organisation de son travail (elle ne discute ni le salaire, ni les horaires au travail). Au contraire, le contrat est quant à lui, en principe, librement négociable.

Dans le secteur public, il y a une majorité de fonctionnaires mais on y trouve également de nombreux agents contractuels (ce sont des agents contractuels de droit public). Dans un [arrêt Berkani](#), le Tribunal des conflits a tranché la délicate question d'un salarié travaillant comme aide cuisinier dans un restaurant universitaire du C.R.O.U.S. Ce salarié devait-il porter son contentieux devant les juridictions de droit privé ou devant les juridictions administratives ? Dans cet arrêt, le Tribunal des conflits retient la solution suivante : « *Les personnels non-statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi* ». La qualité d'agent public dépend de deux conditions qui ont postérieurement été posées par le conseil d'Etat. La première condition, c'est que le service public doit être géré par une personne publique. Ensuite, seconde condition, posée en 2001 par le conseil d'Etat, c'est que le salarié doit être affecté à une mission de service public.

10

A ce niveau, une question devrait nous venir à l'esprit : ***quel droit appliquer aux agents contractuels de droit public ?*** Le problème est d'importance parce que, pour les agents publics non-statutaires, la situation juridique et parfois très complexe. En effet, ces derniers sont exclus de l'application des statuts et n'entrent pas dans la catégorie des bénéficiaires du code du travail. Dans le contexte actuel, c'est une curiosité difficilement justifiable mais les agents contractuels de droit public relèvent des juridictions administratives (même si l'Union européenne tente d'assainir la situation). Ces juridictions administratives cherchent les solutions aux contentieux qui leurs sont rapportés dans le Code du travail (et ce bien que ce texte ne puisse être appliqué directement). Ainsi, le Conseil d'État n'hésite pas à s'inspirer du code du travail qui organise une certaine protection des salariés. Au fil du temps, le Conseil d'État a donc dégagé un certain nombre de principes généraux relatif au droit du travail ; lesquels constituent, en quelque sorte, le socle commun à tous les salariés (qu'ils soient du secteur public ou du secteur privé. Ce qui permet d'assurer une protection pour tous).

Le premier principe général fut découvert le 8 juin 1973 dans une affaire dite « [Dame Peynet](#) ». Ce jour-là, le Conseil d'État vint poser l'interdiction de licencier une femme enceinte ([CE, Ass., 8 Juin 1973, Dame Peynet](#)). Dix ans plus tard, dans un arrêt « [Ville de Toulouse](#) », le Conseil d'État va poser pour principe que les salariés du secteur privé ne puissent pas être rémunérés sur une base inférieure au salaire minimum interprofessionnel de croissance ([CE, Sect., 23 Avril 1982, Ville de Toulouse](#)). Par la suite, de nombreux autres arrêts vont venir poser

bon nombre d'autres principes généraux tels l'interdiction des sanctions pécuniaires (on ne peut pas prélever de l'argent sur le salaire d'un individu au titre d'une amende), l'interdiction des mesures discriminatoires contre les grévistes, l'obligation de reclassement en cas d'invalidité médicale définitive (ce n'est pas parce que l'on est inapte à occuper son emploi que l'on ne peut pas en occuper un autre).

Les agents travaillant dans les services publics à caractère industriel et commercial sont des agents liés par des contrats de droit privé. Ces derniers ne sont donc pas des fonctionnaires puisqu'ils ont des contrats de droit privé : il faut ainsi combiner, à la fois, leur statut avec les règles du droit du travail (on appliquera toujours la règle la plus favorable). L'application du Code du travail, dans ce cas très précis, sera écartée ; même lorsqu'elle paraît incompatible avec les nécessités du service public (on retrouve toujours la même exigence de continuité du service public). Le Code du travail ne s'applique pas non plus aux travailleurs dits « *indépendants* ». Mais, il faut savoir que derrière l'apparence forte de travailleur indépendant, se cache, parfois, en réalité des travailleurs subordonnés (dans ce cas-là, on retient la qualification juridique qui s'impose au moyen d'un faisceau d'indices). Le droit du travail ne s'applique pas non plus aux artisans (ex → le maçon qui travaille pour son compte ne se voit pas appliquer les règles du code du travail ; sauf s'il a des employés) et aux commerçants.

Mais alors, qui est concerné, en définitive, par le droit du travail ? En vérité, il régit les rapports entre les employeurs qui font travailler les salariés et des salariés qui travaillent pour le compte de ces employeurs. Actuellement en France, selon les chiffres officiels, 17 millions de personnes sont concernées par le Code du travail.

Il existe des situations particulières qui vont obéir à des règles particulières visées par le Code du travail mais qui sont très spécifiques. Par exemple, ces situations particulières s'expliquent par des particularismes professionnels ou économiques. Mais il y a aussi un particularisme qui s'explique par la profession elle-même (ex → des voyageurs représentants placiers ; sorte de commerciaux qui démarchent de potentiels clients). Egalement, les journalistes bénéficient de règles particulières (ex → clause de conscience : on peut se dégager définitivement de son travail pour des raisons de conscience dès qu'ils estiment que ce qu'ils défendent est contraire à ce qu'ils pensent profondément).

D'autres personnes sont qualifiées de salariés par détermination de la loi : ici, la loi intervient pour poser des règles *a priori*. Par exemple, les travailleurs à domicile sont réputés comme étant salariés par détermination de la loi (la qualité de salariés est donc présumée → c'est le cas des commerçants salariés). Une fois cela dit, on sait qu'il y a une spécificité à l'intérieur de cette catégorie : c'est que tous les salariés ne vont pas être traités de la même manière (tous ne connaissant pas la même application de la loi). En effet, on distinguera entre les salariés en contrat à durée déterminée (ou CDD) et ceux en contrat à durée indéterminée (CDI). De plus, il y a parfois des différences très importantes selon l'entreprise dans laquelle on travaille ; ce qui s'explique, a priori, de façon assez simple : les salariés bénéficient d'une convention collective mais toutes ces conventions collectives n'offrent pas les mêmes avantages. Ainsi, par exemple, si l'on compare des salariés travaillant dans une grande entreprise aéronautique avec des salariés travaillant dans un petit garage, les premiers se verront appliquer la convention de la métallurgie et les second une convention toute autre.

Nous avons donc ainsi brossé à grands traits les salariés concernés par le droit du travail. Mais alors, où en est-on aujourd'hui ? Actuellement, le droit du travail fait toujours l'objet de débats passionnés et est, sans cesse, confronté à des exigences d'adaptation extrêmement fortes ; en raison notamment des données économiques. Le droit du travail est également bousculé par les effets de la mondialisation et c'est le cas des générations futures qui seront amenées à travailler par-delà le monde (les échanges sont de plus en plus

importants). Le droit du travail est soumis à des obligations incessantes et il faut, en permanence, se questionner sur le rôle que doit avoir un juriste du travail : doit-il faire évoluer les textes en permanence ou doit-il se battre pour instaurer des droits durables ? Une chose est pourtant certaine : aller trop vite ou trop loin peut devenir particulièrement gênant.

Le droit du travail a d'abord été compris comme un droit de protection des salariés (protection de ceux que l'on considère comme les plus vulnérables). C'est pour cette raison qu'il existe en droit du travail de nombreuses lois d'ordres publics. La plupart des règles d'ordre public sont celles pour lesquelles il n'y aucune marge de manœuvre (ex → le salaire minimum, la durée du travail [35 heures], etc...). Aujourd'hui, on assiste à des désirs, des tentations toujours plus grandes de remettre en cause certaines règles. Certains estiment en effet que les contraintes sont trop lourdes et souhaitent une dérèglementation du travail.

# Chapitre 1

## Les données fondamentales de la réflexion

Qui dit fondements, dit fondations. Le droit du travail est construit sur un certain nombre de règles qui constituent son socle, sa base. Ces règles émanent d'institutions ou d'acteurs différents ; c'est pourquoi, on parle de « *sources du droit* » (elles font références à celui-ci). Il existe deux grandes sources principales qui sont, d'une part, les **sources internes** (celles nationales, françaises) et, d'autre part, celles **internationales**. La pluralité des sources fait inévitablement surgir une question : celle de la hiérarchie de celles-ci. Le problème, c'est véritablement de savoir qu'elle est la règle qui va prévaloir sur l'autre. Là où tout se complique, c'est lorsqu'il y a concours de normes. Il y a concours de normes lorsque, dans un texte, on va trouver le règlement d'une question et que, dans un autre, on va trouver cette même question mais abordée de manière différente (autrement dit, le concours de normes, c'est lorsque deux normes entrent en conflit).

### Section 1

#### Les sources internes

Le droit du travail s'est développé sous l'impulsion forte et déterminante de l'Etat et ce que l'on a observé de manière générale c'est un interventionnisme législatif très fort. Le nombre de lois s'accumule, la rigidité des règles et leur complexité également. Ces trois facteurs ont été à l'origine de critiques sévères et justifiées contre l'Etat ("trop, c'est trop" !). De plus en plus, les partenaires sociaux sont invités à négocier en matière de relations sociales. Au sein des sources nationales, on distingue, d'une part les normes étatiques qui viennent du plus haut de l'Etat (le législateur et le pouvoir réglementaire). Ces **normes étatiques** ce sont des normes imposées (les textes ont force de loi et la loi s'impose). A ces normes imposées, on ajoute des **normes négociées** (lesquelles résultent des discussions / accords qui ont pu être élaborés par les partenaires sociaux et qui sont des normes professionnelles).

#### §1 - Les normes d'origine étatique

Les normes d'origine étatique découlent de la Constitution d'une part, et des règlements d'autre part. Ici, nous nous attacherons à étudier ces normes sous l'angle du droit du travail.

##### A] Les références constitutionnelles :

Notre Constitution de 1958 renvoie directement au préambule de la Constitution de 1946 ; lequel fait partie du « *bloc de constitutionnalité* ». Ce bloc de constitutionnalité comprend également, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ainsi que la Charte de l'environnement de 2004.

Le préambule de la Constitution de 1946 a consacré un certain nombre de droits économiques et sociaux jugés, à l'époque, « *particulièrement nécessaires à notre temps* » (ces droits particulièrement nécessaires à notre temps le sont tout autant aujourd'hui). Parmi ces droits, nous citerons pour l'exemple, le droit selon lequel chacun a le

droit d'obtenir un emploi ou encore celui selon lequel chacun a le devoir de travailler. D'autres droits sont également cités tels que la liberté du travail ou celle d'entreprendre. On y trouve aussi le droit de grève, le droit d'adhérer au syndicat de son choix (et donc le droit de n'adhérer à aucun), la protection du repos et des loisirs, le droit pour les salariés de participer – par l'intermédiaire de leurs délégués – à la détermination des conditions de travail, le principe de libre négociation entre employeur et salariés, le principe d'égalité entre les hommes et les femmes, le droit à l'information, le droit à l'instruction, etc... Toutes les dispositions de ce préambule sont très importantes en droit du travail ; la meilleure preuve en est que la Cour de cassation place, de plus en plus souvent, certains de ses arrêts sous le visa de tel ou tel alinéa du préambule de la Constitution de 1946. Dernièrement, la Cour de cassation l'a fait dans un arrêt du **29 Juin 2011** dans lequel elle vise l'alinéa 11 de ce préambule qui fait référence à la protection de la santé (chaque citoyen français a droit à ce que tout soit mis en œuvre pour que sa santé soit au mieux protégée).

Le Conseil constitutionnel est chargé de veiller à la conformité des lois avec la Constitution ; on est donc là en plein dans le principe de hiérarchie des normes (les lois doivent respecter ce qui est édicté par la Constitution). Jusqu'à très récemment, le Conseil constitutionnel n'exerçait ce contrôle de constitutionnalité des lois que durant une courte période entre laquelle la loi venait d'être votée par le parlement et celle où elle allait être promulguée (c'était le « *contrôle a priori* »). Mais, depuis une loi du 10 décembre 2009, entrée en vigueur le premier mars 2010 : « *tout justiciable a le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution* ». Tout justiciable peut donc maintenant dire qu'un texte n'est pas conforme à la Constitution et demander une vérification du Conseil constitutionnel. Depuis ce texte, il existe un contrôle du Conseil constitutionnel *a posteriori* ; lequel vient compléter le contrôle *a priori* qui existait jusqu'alors. Jusqu'ici, cela paraît assez simple mais en vérité cela ne l'est pas. En effet, pour que la question prioritaire de constitutionnalité (ou QPC) soit effectivement étudiée par le Conseil constitutionnel, il faut que trois conditions soient réunies. Tout d'abord, première condition, il faut que la question concerne un litige (qu'elle porte sur un différend). Deuxième condition, il faut que la question dont il s'agit n'ait pas déjà été tranchée par le Conseil constitutionnel. Enfin, troisième et dernière condition, il faut que la question soit sérieuse. Or, le caractère sérieux ou non de la question est interprété librement par la Cour de cassation qui en détermine le degré. De plus, inconvénient supplémentaire, la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité est [très] longue.

### **B] Les sources légales et réglementaires :**

[L'article 34](#) de la Constitution de 1958 énonce que : « *La loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail, du droit de la sécurité sociale et du droit syndical* ». Ainsi, dès lors que l'on veut toucher à un principe en relation avec le droit du travail, seul le législateur peut intervenir. En outre, l'article 37 de ladite Constitution énonce : « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ». Il est toutefois curieux de constater que personne, ni le législateur, ni le constituant, n'a pris soin de définir la notion de « *principes fondamentaux* ». Quoi qu'il en soit, il reste que le gouvernement est chargé d'élaborer les règlements qui permettront l'application des lois.

Evoquons à présent, un principe important qu'il faut connaître et qui est posé à [l'article 2](#) du Code civil : « *La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif* ». Nous verrons cependant, que les règles du droit du travail sont presque toutes des règles d'ordre public et, par conséquent, elles échappent en grande partie à l'application de cet article 2. La partie législative du Code du travail est très volumineuse et les articles que l'on y trouve sont toujours précédés de la lettre L. Il faut également savoir que de nombreuses lois renvoient à des décrets d'application ; lesquels sont insérés dans le Code sous la forme d'articles et sont précédés soit de la lettre

R ; soit de la lettre D. De plus, au-delà des textes qui figurent dans le Code, il existe aussi de nombreux arrêtés ministériels.

**Exemple :**

- Lorsque les acteurs sociaux ont élaboré une convention collective, celle-ci n'est valable que dans un champ d'application délimité. Mais, quelquefois, il arrive que cette convention soit si merveilleusement élaborée que le ministre du travail la reprenne pour l'étendre à un cercle plus large. Ainsi, par cet élargissement du cercle, le texte (la convention collective initiale) va s'adresser à des salariés autres que ceux pour lesquels il avait été pris initialement.

En outre, il existe également pléthore d'arrêtés préfectoraux.

**Exemple :**

- Le lundi est un jour de fermeture pour éviter des concurrences déloyales.
- Certains arrêtés préfectoraux autorisent l'ouverture de certains magasins le Dimanche.

Il faut également dire un mot des circulaires ministérielles. Ces circulaires ministérielles ne figurent pas dans le Code du travail mais sont de plus en plus souvent publiées. Mais alors, quel est l'objet de ces circulaires ? En vérité, elles sont rédigées par les services du ministre (et signées par lui) à l'intention principalement de l'administration du travail. Pourquoi ? Tout simplement pour proposer fermement aux membres de l'administration l'interprétation d'un texte qui a été nouvellement adopté ; et ce, dans le but d'harmoniser, d'unifier l'interprétation et l'application de ce texte. Il faut également savoir que, même si les circulaires partent souvent d'une bonne intention, parfois elles dépassent des limites qui ne doivent normalement pas être franchies.

**Exemple :**

- Les salariés ont un droit d'expression sur leur lieu de travail. Le ministre a cru bon d'envoyer une circulaire pour faire des aménagements et des directives au sujet de ce droit d'expression. Or, le ministre n'étant pas législateur, il outrepassa sa condition.

La publication de ces circulaires ministérielles est normalement destinée à l'usage de l'administration. Mais, il est regrettable de constater que la publication de ces circulaires a pour conséquence fâcheuse d'inciter les partenaires sociaux à adopter, de manière trop automatique, l'interprétation préconisée par le ministre du travail. De ce fait, ces circulaires vont parfois figer (réduire) certaines évolutions.

Rappelons également que les circulaires ministérielles ne s'imposent pas aux tribunaux de l'ordre judiciaire. C'est à dire qu'un employeur qui, pour sa défense, ferait référence à la circulaire ministérielle, n'obtiendrait pas forcément gain de cause (le juge tranchera la question selon son humble avis). Il arrive également que le gouvernement demande au parlement l'autorisation de prendre un certain nombre de mesures qui, normalement, sont du domaine de la loi (le gouvernement ne peut normalement pas déborder sur le rôle du parlement). Attention, cette disposition est exceptionnelle à double titre : d'une part, elle est encadrée dans un délai limité (c'est à dire que le gouvernement peut prendre des ordonnances mais de telle date à telle date) et, d'autre part, cette possibilité n'est envisageable que sur un programme très précis (sur des questions très délimitées).

Le nouveau Code de travail contient un chapitre préliminaire ; lequel tient sur une page et comporte trois articles : à savoir les articles [L1](#), [L2](#) et [L3](#). Mais alors, que trouve-t-on dans ces articles ? En vérité, ces articles dévoilent une approche nouvelle des relations professionnelles. Ces articles prévoient, entre autre, que tout projet de réforme envisagé par le gouvernement, portant sur les relations individuelles et collectives du travail, sur l'emploi et la formation professionnelle, doit faire l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employés. Pour donner un exemple, nous parlerons des projets de réforme concernant les licenciements (notamment les licenciements collectifs) ; lesquels ne devraient normalement arriver devant le parlement qu'après l'organisation de discussions avec les organisations syndicales. Toutefois, précisons que ce dispositif de concertation préalable et obligatoire peut être écarté en cas d'urgence.

### §2 - Les normes d'origine professionnelle :

Les normes d'origine étatique (notamment les lois) se caractérisent par leur très grande généralité. Elles se caractérisent également par une certaine rigidité ; et ce, par ce que l'on ne peut pas réécrire la loi en permanence. Les règles élaborées par les acteurs sociaux (employeurs et syndicats) présentent, quant à elles, des avantages inverses. En effet, ces règles sont d'abord mieux adaptées à tel ou tel milieu professionnel (car, lorsque la loi parle à tous les français, elle ne doit pas parler qu'à une seule catégorie d'entre eux). De plus, elles (les règles élaborées par les acteurs sociaux) sont aussi beaucoup plus souples. Par conséquent, il y a une évolution très sensible en France pour mieux équilibrer et même renforcer le droit dit conventionnel qui devient maintenant une **source capitale** du droit du travail. Ce droit conventionnel est complété par les décisions des chefs d'entreprise ; lesquelles vont également revêtir une grande importance dans les sources du droit.

16

#### A] Le droit de la négociation collective :

Quelle est la différence entre une convention et un accord ? En vérité, la convention traitera de **plusieurs questions** (en l'espèce des questions relative au droit de travail) alors que l'accord sera **plus ciblé** (l'accord traite une question ciblée). Les conventions et accords collectifs constituent une source capitale en droit du travail. La négociation collective est un droit directement visé par le préambule de la Constitution (c'est donc un droit à valeur constitutionnelle). Ce qu'il faut retenir également, c'est que la négociation collective est fondée sur la **reconnaissance de l'autonomie** des partenaires sociaux : libre à eux de trouver un terrain d'entente. Les partenaires sociaux - ou les acteurs sociaux - représentent les intérêts du patronat et ceux des salariés (on a donc deux parties ; deux grands « blocs » dans ces négociations). Ces acteurs sociaux peuvent conclure des conventions ou des accords dans des branches d'activité extrêmement différentes (ex → il existe des conventions conclues dans la métallurgie, dans la chimie, la boulangerie ou encore dans le notariat [convention collective du notariat qui est une convention collective à portée nationale]). La négociation collective correspond donc, *grosso modo*, à une organisation de la profession par la profession (ou d'un secteur par ce secteur) ; c'est ce qu'on appelle la « **démocratie sociale** » (le fait de pouvoir s'exprimer sur des questions sociales).

Les conventions et accords peuvent également être conclus à un niveau plus modeste comme, par exemple, au niveau des entreprises. Ainsi, existera-t-il des conventions spécifiques à une entreprise en particulier. Mais, on peut aller encore plus loin lorsqu'une entreprise possède plusieurs établissements (on peut imaginer des conventions collectives spécifiques à chaque établissement). Autrement dit, on peut donc discuter et négocier à **tous** les niveaux ; à condition, toutefois, de respecter la hiérarchie des normes que nous verrons plus tard dans ce cours.

En outre, et il est très important de le souligner, il est également possible de conclure des **conventions nationales** à un niveau **interprofessionnel**. Cela signifie que ces conventions vont couvrir tout le territoire et toutes les professions ; c'est ce qu'on appelle des « *accords nationaux interprofessionnels* ».

**Exemples :**

- Constitue un accord international interprofessionnel le régime d'indemnisation du chômage.
- Constitue un accord international interprofessionnel les régimes complémentaires de retraite.

De plus, et surtout, il est déjà arrivé, à plusieurs reprises que le législateur s'inspire d'un texte conventionnel de ce type pour élaborer un projet de loi (ce fut le cas en matière de contrat à durée déterminée, en matière de licenciements économiques ou même en ce qui concerne la formation professionnelle).

Les accords nationaux interprofessionnels préfigurent, très souvent (mais pas toujours), ce que l'on appelle très souvent des « *lois négociées* ». La particularité des conventions et accords collectifs de travail, c'est que ce sont des actes conclus comme des contrats mais, qu'au final, ceux-ci ont des effets réglementaires ; c'est-à-dire qu'ils créent de véritables règles de droit. En effet, une convention conclue entre les organisations syndicales et un/des employeur(s) va s'appliquer immédiatement à tous les salariés entrant dans son champ d'application ; et ce, alors même qu'ils n'ont pas été, eux-mêmes, partie à l'acte (c'est-à-dire que même les salariés non-syndiqués bénéficieront des effets de la convention). Ainsi, en réalité, lorsque le champ d'application est déterminé et la convention signée, cette dernière s'applique à tous les salariés.

Le droit conventionnel permet beaucoup de choses ; notamment d'adapter certaines règles de droit (on fait, en quelque sorte, du « *sur mesure* »). En outre, parfois, le droit conventionnel permet également de combler certaines lacunes ou certains silences de la loi (on en verra des exemples notamment pour les personnes en préavis de licenciement).

En France, actuellement, environ 95% des salariés bénéficient de l'application d'une convention collective. Attention toutefois, il est important de rappeler que, même si le droit est le même pour tous, les conventions collectives ne prévoient pas les mêmes avantages pour tous.

**B] Le règlement intérieur et les usages :**

Le règlement intérieur est obligatoire dans certaines entreprises (les entreprises dont l'effectif est supérieur ou égal à 20 salariés) et va préciser certaines règles de fonctionnement interne. Quant aux usages, ils viennent fréquemment compléter les normes applicables aux relations de travail.

Tout d'abord, il existe des « *usages professionnels* » ; lesquels ont, toutefois, tendance à disparaître. Ces usages professionnels s'appliquent dans certaines branches d'activité. Par exemple, il est d'usage pour ceux qui travaillent dans le secteur des mines ou pour les pompiers, de ne pas travailler le jour du 4 Décembre. Mais, nous le disions, les usages professionnels sont en perdition ; et ce tout simplement parce qu'ils étaient, très souvent, associés à des fêtes religieuses. Il existe cependant des survivances assez fortes d'usages professionnels et d'usages locaux dans certaines régions (notamment en Alsace et en Lorraine). Ceci étant dit, les usages professionnels se perdent.

Ensuite, il existe des « *usages d'entreprise* » qui eux, pour le coup, sont très vivants et bien vivants (ils sont d'autant plus vivants qu'ils touchent des questions qui intéressent les salariés). Ces usages vont concerner des questions sensibles dans le monde du travail et sont extrêmement volatiles (« *usage hier, pas usage aujourd'hui* »). Mais alors, comment se crée un usage ? En vérité, un usage se crée à partir du moment où un employeur accorde, unilatéralement et implicitement, sans que la loi ne le lui impose, et sans qu'une convention collective ne le prévoi, un droit ou un avantage au profit de ses salariés ou au profit d'une partie d'entre eux (encore qu'aujourd'hui, il existe le principe de non-discrimination qui rend compliquer le fait d'accorder des avantages à seulement une partie des salariés). L'usage peut également découler d'une pratique qui s'est installée subrepticement dans l'entreprise sans que l'employeur ne s'y soit opposé.

### Exemple :

- **Le café du matin :** les salariés d'une entreprise prennent l'habitude de se retrouver chaque matin devant la machine à café. Si l'employeur ne dit rien, cela peut très rapidement devenir un usage.

Pour qu'un usage s'impose comme source de droit, il doit présenter trois critères : la **généralité** (il doit s'appliquer à une majorité de salariés), la **constance** et la **fixité**. De plus, ces trois caractères sont cumulatifs (s'il en manque un, on aura du mal à déterminer un usage). Une pratique habituelle et durable (qui peut faire penser à un usage) ne nécessite pas une longue durée : il faut surtout qu'il existe, chez les salariés (parmi les salariés) de telle ou telle entreprise, l'intime conviction que cette pratique est véritablement bien ancrée dans l'entreprise (cela signifie que les salariés s'attendent à ce que cette pratique perdure). Attention toutefois, et c'est ce qui va permettre de distinguer l'usage d'une simple tolérance (ex → normalement on ne doit pas arriver en retard mais, en raison de circonstances exceptionnelles, l'employeur peut le tolérer). Les usages présentent donc un caractère impératif lorsqu'ils consacrent une pratique stable et durable.

On le verra dans la suite de ce cours, le Code du travail renvoie parfois directement aux usages (ex → c'est le cas du préavis de démission pour lesquels [l'article L1237-1](#) fait explicitement référence aux usages). Les usages diffèrent des engagements unilatéraux dans la mesure où les engagements unilatéraux résultent d'une **décision explicite** alors que les usages résultent de **décisions implicites** (toutefois, pour simplifier les catégories juridiques, la jurisprudence les assimile aux engagements unilatéraux. Autrement dit, les juges leur attribueront la même force qu'un engagement unilatéral). Une fois installé, l'usage s'impose à l'employeur (il devra le respecter pour la simple raison que, même si cela découle d'une décision implicite, il en est à l'origine). Mais, les salariés, de leur côté, pourront invoquer un usage pour en réclamer l'application (il y a tout de même une petite difficulté, c'est que les salariés devront rapporter la preuve de l'existence de l'usage).

L'usage permet de bien vivre au sein de l'entreprise (il amène un peu de convivialité) mais, c'est également une partie du savoir vivre en entreprise. L'employeur pourra, toutefois, se désengager d'un usage (il peut le dénoncer ; le faire disparaître) ; à condition de respecter trois conditions cumulatives dégagées par la jurisprudence. Tout d'abord, première condition, l'employeur devra **respecter un délai de préavis suffisant** pour permettre d'engager des négociations avec les salariés ; et ce pour chercher ensemble des contreparties à la suppression de l'usage (attention, les négociations ne sont pas obligatoires ; l'employeur peut passer outre). Le caractère suffisant du délai sera laissé à l'appréciation du juge. Habituellement, le juge considère qu'un délai de trois mois est délai normal ; un délai suffisant. Cependant, il se peut que le juge considère qu'un délai d'un mois est un délai raisonnable. Ensuite, deuxième condition, l'employeur doit donner à cette décision de dénonciation une **publicité suffisante**. Cela signifie qu'il doit informer individuellement les salariés qui étaient concernés par cet usage ; c'est à dire les salariés auxquels l'usage profitait. Enfin, troisième et dernière condition, l'employeur

doit également en **informer les représentants du personnel** ; c'est à dire que la question de la suppression de l'usage doit être mise à l'ordre du jour d'une Assemblée générale des représentants (un simple courrier ne suffit pas ; il faut débattre de l'information). Si l'une de ces trois conditions n'est pas respectée, la décision est inopposable aux salariés. Par conséquent, les salariés pourront continuer de s'en prévaloir et demander au juge l'application de l'usage. Autrement dit, un usage non régulièrement dénoncé reste en vigueur.

**Exemple :**

- Suppression d'une prime de treizième mois : l'employeur doit le faire à la fin de l'été et en informer tous les salariés. S'il s'y prend trop tard ou s'il le fait mal, il devra respecter l'usage jusqu'à ce qu'il pratique une dénonciation correcte.

La dénonciation n'a pas à être motivée et, si elle l'est, le motif doit être licite. Si le motif de la dénonciation est illicite, celle-ci ne sera pas valable.

**Exemple :**

- un employeur met fin à un usage pour empêcher ses salariés de faire grève (c'est illicite car le droit de grève est un droit constitutionnel).

Si un accord collectif est conclu dans l'entreprise, et qu'une disposition de cet accord reprend une question qui, jusqu'alors, faisait l'objet d'un usage en vigueur dans l'entreprise, alors l'usage disparaît en tant qu'usage et devient une disposition conventionnelle. Dans ce cas-là, une dénonciation en bonne et due forme n'est pas nécessaire (il n'y a pas besoin de dénonciation).

## Section 2

### Les sources externes

Le droit du travail n'est pas une spécialité française ; c'est d'abord une construction à un niveau planétaire et à un niveau continental (droit européen à double niveau).

#### §1 – Une construction planétaire

Il existe, au sein de l'organisation des Nations-unies (ONU) une institution spécialisée dans la thématique du travail : c'est l'organisation internationale du travail (ou OIT). Cette organisation compte, au 1<sup>er</sup> Janvier 2017, 187 Etats-membres et fonctionne sur le modèle du tripartisme (cela signifie qu'il y a trois partis) : on y trouve des représentants des Etats, des représentants des employeurs (du patronat) et des représentants des travailleurs de chacun des pays. Chaque Etat membre va désigner deux représentants auxquels viendront s'ajouter deux autres représentants (l'un désigné par les employeurs et l'autre désigné par les associations syndicales de salariés). Ce qui est intéressant dans ce fonctionnement, c'est que patronat et syndicat sont associés à l'élaboration des conventions internationales.

Mais alors, quel est le programme d'action de l'organisation internationale du travail ? En vérité, ce programme d'action repose sur une plateforme large et vise à l'amélioration des conditions de travail et de vie. Les normes de l'organisation internationale du travail organisent donc la protection des droits fondamentaux des salariés au rang desquels, on va trouver **la liberté du travail** (l'interdiction du travail forcé), **la liberté syndicale** ou encore **l'égalité des chances** (égalité d'accès à la formation et à l'instruction) **et de traitement**. Depuis 1999, l'organisation internationale du travail met également l'accent sur l'exigence d'un travail digne pour tous (chacun doit avoir des conditions dignes de travail).

La conférence internationale du travail tient, au minimum, une session par an (programmée généralement au mois de Juin) ; session au cours de laquelle, elle prépare et elle vote les conventions ou les recommandations. Les conventions doivent être votées à la majorité des deux tiers. Attention, on parle bien ici d'un vote qui a lieu sur la scène internationale : une fois les conventions adoptées au niveau international, elles doivent donc être proposées à la ratification dans les différents Etats-membres (c'est à dire qu'elles ne sont pas directement applicables en droit interne). Cette proposition de ratification doit être formulée dans un délai d'un an suivant le vote. On retiendra donc que, seuls les Etats ayant ratifié une convention, sont obligés de l'appliquer. Par application de [l'article 55](#) de la Constitution française de 1958, les conventions internationales ratifiées par la France l'emportent sur les règles nationales contraires (on verra que la France a rencontré ce problème, il n'y a pas si longtemps que cela). De nos jours, la France a ratifié environ une centaine de conventions. Dès qu'une convention internationale est ratifiée, elle peut être directement invoquée par les salariés à l'encontre de leur employeur ; c'est ce qui a été décidé par un arrêt du 29 Mars 2006. Dans ce cas, le juge national doit vérifier la conformité des textes de droit interne à la convention en cause. Le 1<sup>er</sup> Juin 2008, la Chambre sociale de la Cour de cassation a déclaré que la loi sur les contrats nouvelles embauches était contraire à la convention numéro 158 de l'organisation internationale du travail ; et ce, au motif qu'elle rendait possible la rupture d'un contrat de travail sans aucun motif pendant une durée de deux ans (sans explication) alors même que la fameuse convention 158 exige que toute rupture d'un contrat de travail soit valablement motivée.

Les Etats qui ne ratifient pas une convention doivent s'en expliquer (ils doivent dire pourquoi) ; on comprendra bien que certains Etats ont du mal à ratifier certaines conventions puisque leur situation ne leur permet pas de se

hisser rapidement au niveau d'exigence demandé par la convention. Dans une déclaration du 19 Juin 1998, la fameuse conférence sur le droit du travail a rappelé à tous les Etats-membres qu'ils doivent impérativement respecter huit conventions internationales précises concernant, chacune, les droits fondamentaux : la liberté d'association, la liberté syndicale, le droit à la négociation collective, l'abolition du travail des enfants, l'élimination du travail forcé et obligatoire ou encore l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de profession. C'est un grand bond en avant puisque tous les Etats devront respecter ces conventions même s'ils ne les ont pas ratifiées.

Le droit international est faible parce que la déclaration est déniée de force contraignante ; c'est à dire que l'organisation du travail n'a pas les moyens de faire respecter ces conventions. cette déclaration a tout de même permis de déboucher sur l'élaboration de code de conduite dans certains grand groupe internationaux. On s'est engagé avec cette déclaration dans une politique dite de responsabilité sociale des entreprises (RSE).

Il existe également au niveau international des recommandations (*Soft Law*) parce qu'elles s'apparentent à des vœux adressés aux Etats dans le but d'orienter l'action des gouvernements. Les recommandations ne sont pourtant pas inintéressantes puisqu'elles permettent de mieux prendre en compte les différences de niveau d'évolution des différents Etats (on ne peut pas comparer la France avec d'autres pays au niveau de développement plus faible). Il y a donc le souci d'éviter la course à ce que l'on appelle parfois le « *moins disant social* » (ou dumping social). Au sein de l'organisation internationale du travail, il existe un bureau international du travail (BIT) qui détient en quelque sorte un pouvoir exécutif ; c'est à dire qu'il a pour tâche d'assurer le fonctionnement régulier et permanent de l'Organisation. C'est un bureau très complexe, un lieu d'échanges d'informations et donc un lieu relationnel où l'on apprécie les niveaux de développement. C'est également un organe de contrôle. En effet, grâce à presque deux mille fonctionnaires internationaux, le bureau international du travail va pouvoir enquêter dans les différents pays pour s'assurer de la façon dont les conventions sont appliquées. Les fonctionnaires internationaux vont sillonner le monde (ils ont le statut de diplomate) et peuvent par exemple demander à entrer dans les prisons. Le problème, en définitive, c'est l'effectivité (la mise en œuvre réelle) des normes internationales (problème d'autant plus aigu qu'il n'y a pas de juridiction internationale sur le plan des questions de droit du travail et il n'y a pas de sanctions : un Etat qui n'applique pas les conventions n'est pas sanctionnées). Les seules sanctions existantes sont des sanctions morales (elles consistent en fait en des pressions internationales). La seule sanction qui a été évoquée deux fois mais qui n'a jamais été appliquée, c'est l'exclusion. Dans ces cas précis, tout s'est bien terminé (il s'agit de l'Afrique du Sud ; et la deuxième fois de la Pologne). En dehors du cadre de l'organisation internationale du travail proprement dite, il faut savoir qu'il y a d'autres sources internationales plus restreintes que sont les traités multilatéraux et bilatéraux et ces traités engagent les Etats signataires sur un certain nombre de questions ; il ne faut donc pas les négliger.

## **§2 – Une dimension continentale**

Le droit social européen est en plein développement au sein de deux grands cercles concentriques (l'un est large, l'autre étroit). Le cercle le plus large correspond à ce que l'on appelle l'Europe non-communautaire. Le cercle le plus étroit quant à lui fait référence à l'Europe communautaire. On a assisté au cours des dernières années à un élargissement de l'Europe communautaire notamment par l'intégration de certains Etats d'Europe de l'Est.

### **A] Le droit européen non-communautaire :**

Le droit européen non-communautaire est élaboré par le Conseil de l'Europe qui regroupe 47 Etats (c'est bien plus large que l'Union européenne) et concerne environ 800 millions d'européens. A ce niveau, existent deux grands textes : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) et d'autre par la Charte sociale européenne. La Convention européenne des droits de l'Homme a été conclue en 1950 et a été ratifiée par la France en 1974. Les principes fondamentaux qui y sont inscrits sont d'application directe. Cela signifie que les citoyens français peuvent invoquer ce texte (un article de ce texte) devant la Cour européenne des droits de l'Homme qui est l'organe juridictionnel au niveau de l'Europe non-communautaire. Ce texte, est pourvu d'un effet direct ; il peut donc, à ce titre, être directement invoqué devant nos juridictions nationales.

### **Exemple :**

- Cas d'un Salarié travaillant dans la région parisienne et qui est muté. Son employeur lui enjoint de fixer son domicile sur le lieu de sa mutation. Il refuse. Pour cette raison, il est licencié et ce salarié va saisir la justice en se fondant sur un article de la Convention européenne des droits de l'Homme qui précise que chacun peut choisir le lieu de son domicile. Il ne retrouve pas son emploi mais se voit attribuer des indemnités en conséquence.

[L'article 8§1](#) de cette Convention a ainsi été visée par la Chambre sociale de la Cour de cassation pour affirmer le principe du libre choix de domicile des salariés. Ce même texte prévoit également que toute personne a droit à un procès équitable et dans un délai raisonnable ainsi qu'à un tribunal indépendant et impartial.

### **Exemples :**

- Le 18 Janvier 2008, le tribunal de grande instance de Paris condamne l'Etat français pour déni de justice au motif que les salariés se présentant devant la justice avaient attendu de deux à trois ans avant qu'un juge ne se prononce sur leur litige
- La France a également été rappelée à l'ordre en ce qui concerne le droit du temps de travail (toujours au niveau européen) à propos de ce que l'on appelle le forfait jour ; lequel, permettant de raisonner en nombre de jours travaillés sur l'année, entraînait un dépassement important des 35 heures légales hebdomadaires.

Il existe aussi un autre texte qu'est la Charte sociale européenne et qui comprend 31 droits rappelant à de nombreux égards les droits fondamentaux. Ce que l'on peut dire, c'est que la Chambre sociale de la Cour de cassation intègre parfaitement bien l'importance de ces textes de droit européen non-communautaire.

## **B] Le droit communautaire :**

Le droit communautaire trouve son origine dans le traité de Rome signé le 25 Mars 1957. C'est un peu le même objectif de la protection des conditions de travail : on veut une évolution vers le progrès. Ce traité va introduire le principe de libre-circulation ainsi que le principe de non-discrimination fondée sur la nationalité. Cela signifie que tout citoyen européen peut circuler librement en Europe et s'établir dans certains pays de l'Union européenne.

Les questions de droit du travail se retrouvent essentiellement abordées dans les directives ; lesquelles obligent tous les Etats-membres destinataires quant aux buts à atteindre. Toutefois, si les Etats-membres se voient opposer une obligation de résultat, ils n'ont en revanche pas véritablement d'obligation de moyens (les moyens à mettre en œuvre relevant de la compétence de chaque Etat → entre la France et le Royaume-Uni, les moyens sont différents). Chaque directive laisse une certaine durée aux Etats pour parvenir aux résultats fixés (délai variable de deux à trois ans). Cela explique, par exemple, que la directive sur l'aménagement du temps de travail de 1996 ait été abordée par le droit français qu'en l'an 2000. Les directives sont très importantes à plusieurs titres. D'abord, elles organisent une certaine harmonisation entre les droits (du travail) des différents pays européens.

**Exemple :**

- Si une entreprise française est vendue à une entreprise italienne, les salariés français bénéficient de la même protection que l'employeur soit français ou italien (car en cas de transfert d'entreprise, ce sont les mêmes règles qui s'appliquent).

Ensuite, elles permettent l'évolution des droits nationaux. Ainsi, le droit français est obligé d'évoluer sous l'impulsion de certaines directives. Il a été obligé d'évoluer de façon très rapide dans certains domaines (ex → directive sur égalité de traitement et toutes les directives anti-discriminations). On a évidemment des directives très importantes sur la santé et la sécurité au travail (directive indispensable puisque les mêmes principes de sécurité seront à l'œuvre dans toutes les entreprises de l'Union européenne).

Toutes ces sources sont régies par la Cour de justice de l'Union européenne ; laquelle ne tranche pas les litiges. Elle va simplement donner une réponse abstraite (générale) mais avec des fondements très concrets. En aucun cas, elle n'est compétente pour traiter de l'interprétation d'une loi nationale. En réalité, elle va donc donner l'interprétation qui, selon elle, découle d'un texte, d'une directive. Et une fois cette interprétation donnée, celle-ci vaut pour toutes les juridictions nationales. Il existe en effet une obligation d'interprétation conforme (la Cour de cassation française doit se conformer à cette interprétation-là ; ce qui a nécessairement entraîné des revirements de jurisprudence). Le juge national peut également saisir la Cour de justice pour lui demander, lorsqu'il a un doute, l'interprétation d'un texte communautaire (le juge national s'interroge ; il frappe à la porte de la Cour de justice pour lui demander l'interprétation à adopter). Lorsqu'un Etat n'applique pas une directive, il manque à ses obligations et la Cour de justice peut être saisie d'un recours en manquement. La France a déjà fait les frais de cette procédure : condamnée à deux reprises ; notamment pour avoir laissé persister dans le Code du travail des dispositions qui interdisaient le droit du travail aux femmes. Elle l'a également été pour des textes concernant la santé et la sécurité des salariés ; lesquels n'étaient pas respectés en droit interne.

## Section 3

### La hiérarchie des normes :

Lorsque des textes se trouvent en conflit, il convient de déterminer préalablement les règles qui permettront de dégager une solution et d'assurer une certaine sécurité juridique. La première de ces règles est d'établir une hiérarchie entre les normes en concours. La seconde règle, c'est que le droit du travail a longtemps été marqué par le principe de faveur. Ce principe de faveur est très simple en apparence : la règle la plus favorable aux salariés est celle qui va s'appliquer (le conflit de normes sera donc ainsi résolu). En principe, la règle de faveur reçoit l'application mais ce principe connaît un certain déclin depuis certaines années ; pour la raison simple que nous connaissons une période économique difficile.

#### Exemple :

- Deux règles de calcul pour les congés payés : on fait les deux calculs et on retient la règle la plus favorable.

D'une manière générale, et très simplement, un texte de catégorie inférieure est subordonné à un texte de catégorie supérieure (logique de [l'article 55](#) de la Constitution qui précise que les traités ont une valeur supérieure à celle des lois. De même, les directives européennes l'emportent sur les normes nationales contraires). Dans notre droit interne, les lois occupent une place privilégiée ; leur autorité est bien évidemment supérieure aux conventions et accords collectifs de travail. La plupart des lois en droit du travail ont pour caractéristique d'être des lois d'ordre public ; elles ont pour spécificité de régir immédiatement les effets futurs des contrats de travail. Pourquoi ? Tout simplement parce qu'elles sont censées assurer une protection plus grande aux salariés. Les lois d'ordre public sont intangibles : aucune autre norme interne ne saurait y contrevenir (que cela soit dans un sens défavorable ou dans un sens favorable).

Les contrats de travail qui figurent dans cette hiérarchie des normes sont bien sûr au bas de la pyramide (ils en constituent le socle) ; par conséquent, ils ne peuvent pas déroger aux lois dans un sens défavorable. Mais, principe de faveur oblige, il existe une grande part du droit du travail qui obéit à un ordre public social ; lequel s'est construit autour de ce fameux principe. C'est le Conseil d'Etat qui, dans un avis du 22 mars 1973 a, en quelque sorte, donné le ton sur ce principe de faveur en précisant que : « *les dispositions législatives et réglementaires présentent un caractère d'ordre public en garantissant aux salariés des règles de protection minimales* » ([CE, 22 Mars 1973, Dr Ouvrier](#)). Ces avantages minimaux ne peuvent être ni supprimés, ni même réduits. Attention toutefois, ils peuvent être accrus (améliorés). Lorsqu'il y a conflit de normes, la Cour de cassation précise depuis 1996 que « *la plus favorable aux salariés doit recevoir application* » ([C. cass., Ch. Soc., 17 Juillet 1996, n°95-41313](#)). Les conventions collectives qui ne peuvent déroger aux lois d'ordre public, peuvent néanmoins prévoir des dispositions plus favorables.

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le principe de faveur et a refusé de reconnaître à ce principe une valeur *supra* législative ([C. const., 13 janvier 2003, n°2002-465-DC](#)). Le législateur, à partir de là, dispose d'une réelle marge de manœuvre et de nombreuses lois ouvrent la possibilité aux acteurs sociaux de déroger à la loi mais dans un sens qui n'est pas nécessairement plus favorable aux salariés. On va même plus loin ; la loi de dire qu'elle ne s'appliquera qu'à défaut d'une convention collective contraire même défavorable aux salariés. Depuis 1980, des lois de plus en plus nombreuses sont organisées elles-mêmes de manière à prévoir des dérogations *in pejus* ; c'est à dire des dérogations qui ne sont pas forcément favorables aux salariés.

**Exemple :**

- La loi prévoit une règle de majoration pour les heures supplémentaires. Mais, la loi ajoute aussitôt que les acteurs sociaux peuvent prévoir des majorations de salaires inférieures. Dans ce cas, attention, le législateur doit cependant préciser, d'une part, les questions sur lesquelles il autorise les acteurs sociaux à déroger dans un sens plus défavorable et, d'autre part, le législateur va souvent fixer un plancher au-dessous duquel on ne peut pas descendre. On peut donc dire que le principe de faveur a un peu de plomb dans l'aile.

Cette tendance semble s'amplifier. En effet, sous le poids des considérations économiques, le souci de protection des salariés s'infléchit. Le droit du travail s'est engagé sur les pistes de la flexibilité et certains mêmes redoutent que le droit du travail soit un droit réversible (retour en arrière).

## Chapitre 2

# Le respect des dispositions relatives au droit du travail

L'application des textes en droit du travail peut faire l'objet de contrôles administratifs ; lesquels sont assurés par des agents de l'administration du travail. En revanche, si des litiges surgissent à l'occasion des relations du travail, l'administration du travail n'est plus compétente ; les parties devront alors saisir le juge.

### Section 1

#### Les contrôles administratifs

Les contrôles administratifs sont organisés par les organismes (services) déconcentrés de l'administration au niveau des régions et des départements. La réforme de l'administration territoriale de l'Etat a abouti, en 2010, à la fusion de huit entités au niveau régional. Désormais, on ne parle plus de direction régionale du travail mais d'une direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Au plan départemental, des unités territoriales ont été substituées aux anciennes directions départementales. Les inspecteurs et contrôleurs du travail sont des fonctionnaires qui sont chargés de veiller à l'application des lois et des règlements en droit du travail et des conventions collectives applicables dans les entreprises. Aujourd'hui, un peu plus de deux mille inspecteurs et contrôleurs du travail sont chargés de cette mission. Deux mille, c'est relativement peu lorsque l'on sait qu'il y a 1,6 million d'entreprises et 17 millions de salariés.

En raison de la nature de la fonction qu'ils occupent, ces inspecteurs bénéficient de droits particuliers qui découlent des conventions internationales [81](#) et [129](#) ; à savoir le **droit à l'indépendance** (protection contre toute influence extérieure et contre tout changement de gouvernement ou d'orientation politique) et le **droit à la protection** (comme tous les fonctionnaires même si leur cas est considéré avec attention dans la mesure où leurs missions comportent certains risques). Outre ces droits particuliers, les inspecteurs du travail doivent obéir à certaines obligations que sont notamment le respect du **secret professionnel** et l'**impartialité** (ils ne sont ni du côté des salariés, ni du côté des employeurs). Enfin, pour exercer correctement leurs missions diverses et variées, ils disposent de moyens de contrôle et de contrainte.

#### §1 - Les moyens de contrôle

Parmi les moyens de contrôle, nous pouvons citer le droit de visite, le droit de prélèvement ainsi que le droit d'accès aux documents.

##### A] Le droit de visite :

Le droit de visite est fixé par [l'article L8113-1](#) du Code du travail ; lequel dispose que les inspecteurs du travail ont un droit de visite dans les entreprises (y compris dans les ateliers familiaux). Ce droit de visite

s'exerce de jour comme de nuit (s'il y a du travail de nuit ou s'ils suspectent un travail de nuit). Bien évidemment, ils n'ont aucune obligation de prévenir le chef d'entreprise de leur visite. En revanche, dès qu'ils arrivent dans l'entreprise, ils doivent indiquer leur présence. Le but de la visite est de vérifier que les normes, les règles applicables dans l'entreprise, sont bien respectées. A cette fin, ils vont contrôler l'application des normes sur le plan théorique mais également sur le plan technique (par exemple, ils vérifient si la hauteur des marches est convenable, etc...). Ces visites peuvent être systématiques ou ponctuelles (organisées à la demande d'un salarié par exemple) dans toutes les entreprises où il y a des risques particuliers. Une fois dans l'entreprise, les inspecteurs du travail peuvent circuler librement ; c'est à dire qu'ils ont accès à tous les locaux (y compris aux vestiaires, les lieux de restauration, etc.). De la même manière, ils peuvent être amenés à enquêter sur des problèmes très précis (ex → à la suite d'un accident du travail, les inspecteurs vont chercher à savoir si les installations étaient aux normes au moment des faits) et bénéficient de pouvoirs d'investigation très larges (ils peuvent aller jusqu'à interroger les membres du personnels).

### **B] Le droit de prélèvement :**

Les inspecteurs du travail peuvent prélever soit des matières, soit des produits qui sont utilisés ou fabriqués dans les entreprises qu'ils visitent ; dans le but de procéder à des analyses afin de détecter éventuellement l'existence de substances dangereuses pour l'organisme humain.

### **C] Le droit d'accès aux documents :**

Les inspecteurs du travail peuvent également exiger de contrôler sur pièces l'application du droit du travail en se faisant communiquer tous les registres et tous les documents que l'employeur doit impérativement tenir à jour (attention, il est interdit de tenir ces registres avec du crayon de papier).

## **§2 - Les moyens de contrainte**

Lorsque les inspecteurs constatent des irrégularités, ils peuvent user de moyens de contrainte. Tout d'abord, et dans un premier temps, ils peuvent adresser à l'employeur une **mise en demeure** pour rappeler à ce dernier ses obligations et l'inciter à se mettre rapidement en conformité avec la loi. Ensuite, lorsque les faits constatés présentent un danger grave et imminent pour l'intégrité physique des travailleurs, l'inspecteur du travail dressera immédiatement un **procès-verbal** ; lequel sera transmis au parquet et fera foi jusqu'à ce que soit rapportée la preuve contraire. Enfin, lorsque la situation présente des risques sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un salarié, l'inspecteur du travail peut saisir directement le juge des référés. Mais alors, que va-t-il demander au juge ? En réalité, il va lui demander d'ordonner la suspension d'une activité spécialement dangereuse (bien évidemment le juge des référés peut tout à fait ordonner la mise hors service d'une machine, la saisie de celle-ci et peut même aller jusqu'à ordonner la fermeture temporaire de toute ou partie de l'établissement voire l'arrêt d'un chantier lorsque la vie des salariés est en jeu). Précisons qu'il n'est pas nécessaire que le risque soit réalisé. De la même manière, l'inspecteur du travail peut également saisir en référé le juge judiciaire pour lui demander la cessation d'emploi de travailleurs dans des conditions illicites. Comme toutes les décisions administratives, les conclusions des inspecteurs du travail sont susceptibles de recours (recours gracieux/hiérarchique ou recours contentieux présenté devant les juridictions administratives).

## Section 2

### Les contrôles judiciaires

#### §1 - Les conseils de Prud'hommes

Les Conseils de Prud'hommes sont des juridictions **professionnelles, spécialisées, électives, paritaires et conciliatrices**. Afin de satisfaire un besoin de généralisation territoriale, il existe au minimum un Conseil de Prud'hommes dans chaque département (dans le ressort de chaque tribunal de grande instance). Dans des départements très étendus, très peuplés, il y en a plusieurs. La réforme de la carte judiciaire a supprimé, environ, soixante Conseils de Prud'hommes sur l'ensemble du territoire (il n'en reste que [210](#) au 1<sup>er</sup> Janvier 2017).

##### A] une juridiction élue et paritaire :

L'originalité de cette juridiction est d'être composée de juges élus par leurs pairs (leurs semblables). Des élections, organisées tous les cinq ans, permettent la remise en jeu de tous les mandats. Ainsi, partout en France, le même jour (un jour de semaine) les employeurs et salariés sont appelés à désigner, au moyen du scrutin de liste, leurs juges prud'homaux. Evidemment, les employeurs doivent durant cette journée laisser la possibilité à leurs salariés d'aller voter. Les électeurs sont tous les salariés du secteur privé ; y compris les étrangers et y compris les apprentis ou personnes mineures. Nous pouvons également noter que les individus inscrits en tant que demandeur d'emploi, sont également électeurs. Mais alors, comment sont établies les listes électorales ? Les noms des électeurs sont inscrits sur des listes électorales réalisées par les employeurs. Pour les demandeurs d'emploi, ils doivent faire une démarche personnelle en procédant à leur inscription sur les listes électorales dans les mairies.

Les conditions d'éligibilité aux fonctions de juge Prud'homal sont précisées aux [articles L1441-6](#) et suivants du Code du travail. En vérité, deux conditions sont principalement requises : 1° les candidats doivent être âgés d'au moins 21 ans et doivent être de nationalité française (dans la mesure où ces juges vont se prononcer au nom du Peuple français). Pour ouvrir le plus largement possible les candidatures, la loi prévoit que les retraités soient éligibles mais à une condition : ils doivent avoir arrêté leur activité professionnelle depuis moins de dix ans. Les listes des candidats salariés sont généralement établies par les organisations syndicales de salariés et les listes des candidats employeurs par les organisations patronales.

Les conseillers élus ne sont pas forcément des juristes. Cela pose problème mais la loi prévoit que ces conseillers bénéficient d'une formation d'une durée de six semaines par mandat. Très souvent, un conseiller va suivre une formation de 15 jours pour des questions récurrentes telles que les licenciements, etc. Ces candidats bénéficient également de protections contre le licenciement puisqu'un employeur souhaitant licencier un juge prud'homal doit en demander préalablement l'autorisation à l'inspecteur du travail ; lequel va s'assurer que ce licenciement n'est pas fondé sur une discrimination du fait d'un engagement syndical ou de la fonction de juge prud'homal occupée par le salarié. L'employeur doit évidemment laisser aux salariés investis de cette fonction le temps nécessaire pour exercer leurs missions. De surcroît, les juges prud'homaux ne devront subir aucune perte de rémunération. Le Conseil d'Etat a quant à lui précisé qu'aucun plafond d'heures indemnissables ne peut être préalablement fixé pour effectuer tel ou tel acte.

Chaque Conseil de Prud'hommes comprend, en nombre égal, des conseillers employeurs et des conseillers salariés et est divisé en cinq sections que sont **l'industrie**, le **commerce**, les **activités diverses** (tout ce qui ne peut être rattaché à une section existante : secrétaire médicale, etc.), **l'agriculture** et celle dite « *encadrement* ».

### **B] Une juridiction spécialisée et conciliatrice :**

Le Conseil de Prud'hommes constitue une juridiction spécialisée seulement compétente pour juger les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du Code du travail. Seuls les litiges individuels relèvent de la compétence prud'homale ; ce qui veut dire que tous les litiges à caractère collectif ne relèvent pas de sa compétence. Le problème de l'arithmétique, c'est qu'un litige apparemment collectif, peut se révéler individuel. Les Conseils de Prud'hommes sont compétents pour des litiges entre salariés et employeurs mais également pour les litiges opposant deux salariés.

#### **Exemple :**

- Suite à une représentation d'envergure, certains comédiens d'une troupe de théâtre découvrent qu'ils ont été beaucoup moins bien rémunérés que leurs collègues. Ce litige entre salariés pourra être examiné par le Conseil de Prud'hommes.

La compétence des Conseils de Prud'hommes est d'ordre public ; les clauses attributives de juridiction sont donc nulles (c'est le cas des contrats de travail internationaux).

Le conseil de Prud'hommes peut être, en vertu de [l'article R1452-1](#) du Code du travail, saisi de deux façons : soit par la présentation d'une demande au greffe du Conseil, soit par la présentation volontaire des parties devant le bureau de conciliation. Il faut noter que le différend est toujours porté devant le bureau de conciliation. En effet, le fait de ne pas passer en conciliation et de directement saisir le bureau de jugement est très rare. Le bureau de conciliation est toujours composé de façon paritaire de deux conseillers : un conseiller employeur et un conseiller salarié. Bien évidemment, pour que la conciliation ait des chances de réussir, elle n'est pas publique. Le nombre de conciliations est en chute libre (75% de conciliations en l'an 2000 ; moins de 10% aujourd'hui). Si la conciliation aboutit, on dresse aussitôt un procès-verbal de conciliation signé par les parties présentes ; lequel est habillé de la force exécutoire (l'affaire est entendue). Alors de deux choses l'une : soit la conciliation est totale, soit elle est partielle (dans ce cas, certains points exigeront une saisine du bureau de jugement).

Quant au bureau de jugement, celui est toujours composé de quatre juges (deux conseillers employeurs et deux conseillers salariés) et les débats qui s'y déroulent sont publics. Le déroulement de l'instance est oral et contradictoire. L'oralité a pour avantage de rapprocher les juges des salariés mais pour inconvénient de voir des arguments être présentés à la dernière minute par la partie adverse (c'est pour cela que l'on a, de plus en plus souvent, recours à l'écrit). De surcroît, il peut arriver que le bureau paritaire tombe sur des décisions égalitaires (et en cas de partage des voix, il faut faire appel à un « *juge départiteur* » ; lequel va être un juge de carrière. Ce juge doit discuter avec les conseillers et, par des arguments de droit, il doit tenter de convaincre les quatre conseillers que la solution qu'il choisit est la bonne au regard des règles législatives en vigueur. Si cela ne marche pas, le juge va être obligé de prendre le dossier et de trancher). Devant les Conseils de Prud'hommes, il n'est pas nécessaire d'être représenté par un avocat ; c'est possible mais ce n'est pas obligatoire. Il est également

possible de se faire représenter par toute personne de son choix. Normalement, par application de [l'article R1453-1](#) du Code du travail, la comparution personnelle du salarié est exigée ; il en va de même de celle de l'employeur. Mais, pour tenir compte d'une vie moderne compliquée, la loi a permis quelques tempéraments de cette exigence.

Devant le Conseil de Prud'hommes s'applique la règle dite de « *l'unicité de l'instance* ». C'est une règle selon laquelle le demandeur doit réunir toutes ces demandes en une seule pour éviter des procédures en cascade et, par conséquent, l'encombrement des Conseils de Prud'hommes. L'inconvénient de cette règle, c'est qu'il faut être particulièrement attentif à ne pas oublier un chef de demande (même si dans un arrêt de Novembre 2010, la Cour de cassation a atténué cette exigence). Evidemment, s'il y a un chef de demande qui n'était pas connaissable lors de la saisine, une actualisation sera autorisée de manière exceptionnelle.

### **C] Les voies de recours :**

Le jugement, comme tout jugement doit être notifié aux parties et est susceptible de recours. Normalement, le recours est porté devant la Cour d'appel (plus précisément devant la Chambre sociale lorsqu'il y en a une). En revanche, les [articles 1462-1](#) et suivants du Code du travail précisent que, lorsque la valeur totale des prétentions d'aucune des parties ne dépasse pas quatre mille euros (petits litige), le jugement est prononcé en premier et dernier ressort. Toutefois, au regard de l'exigence de la règle de double degré de juridiction, il y a toujours possibilité de former un pourvoi en cassation devant la Chambre sociale de la Cour de cassation. Depuis le 1<sup>er</sup> Janvier 2005, l'introduction d'un pourvoi en cassation nécessite le concours d'un avocat à la Cour de cassation.

## **§2 – La dispersion du contentieux**

Le Conseil de Prud'hommes est compétent pour les litiges individuels et les contrats de travail. Mais, le contentieux est éparpillé puisqu'il peut être porté devant les juridictions judiciaires ainsi que devant les juridictions administratives.

### **A] Les juridictions de l'ordre judiciaire :**

Les litiges à caractère collectif relèvent de la compétence du tribunal de grande instance. En ce qui concerne les élections professionnelles dans les entreprises ou celles prud'homales, la compétence est celle des tribunaux d'instance. Il faut également mentionner les tribunaux de commerce qui vont être compétents pour tous les litiges concernant les entreprises en difficulté. Il faut noter que devant les juridictions en droit du travail, la procédure de référé est assez fréquemment utilisée ; ce qui est cohérent puisque le juge des référés est le juge de l'urgence et de l'évidence (il ne se prononce pas sur le fond de l'affaire mais sur les choses évidentes). Le juge des référés intervient notamment pour faire cesser un trouble manifestement illicite ou pour prévenir un dommage imminent. Les juridictions pénales, quant à elles, sont assez fréquemment saisies ; notamment pour sanctionner les délits ou crimes commis par les employeurs. Les juridictions pénales vont également être saisies lorsqu'un employeur fait obstacle aux fonctions des représentants du personnel. Rappelons au passage, pour être bien au clair, que la constitution de partie civile devant le juge pénal a pour effet de déclencher automatiquement l'action publique.

**B] Les juridictions administratives :**

Les décisions des inspecteurs du travail ou du ministre du travail peuvent faire l'objet de recours devant les juridictions administratives.

**Exemple :**

- A la suite de son élection, un conseiller du personnel est licencié sans que n'ait été préalablement délivrée l'autorisation de l'inspecteur du travail. Dans cette affaire, le Conseil de Prud'hommes va être compétent, les tribunaux répressifs et les juridictions administratives aussi.

D'une manière générale, les questions en droit du travail sont examinées par le Conseil d'Etat et la Chambre sociale de la Cour de cassation (normalement compétente). En revanche, pour certains litiges (notamment ceux qui concernent la qualification de ce qu'est ou non un accident du travail) ce n'est plus la Chambre sociale qui est compétente mais la deuxième Chambre civile (ce qui pose problème car cette dernière n'a pas les mêmes réflexes que la première). Parfois même, ce sera la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui sera compétente.

## Chapitre 3

### La phase de recrutement

En France, sous les pressions de l'Union européenne, le monopole public de placement a été supprimé par une loi de 2005. Depuis cette loi, le pôle emploi a succédé à l'agence nationale pour l'emploi (actuellement des agences privées peuvent aussi concourir à l'activité de placement). Les méthodes utilisées lors d'un recrutement doivent respecter des règles posées par le législateur.

#### Section 1

#### Les méthodes de recrutement

Les entreprises peuvent soit recruter directement leurs salariés, soit faire appel à des agences de recrutement et de travail temporaire. Les offres d'emploi doivent toujours être rédigées en français et ne peuvent contenir aucune mention à caractère discriminatoire. La loi garantit l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et de ce fait, il est interdit de faire figurer dans une offre d'emploi le sexe, la situation de famille ou la grossesse. De la même manière, il est interdit de mentionner une limite d'âge supérieure.

L'employeur est libre de choisir, parmi tous les candidats, celui ou celle qui lui paraît le mieux correspondre au profil du poste offert. Dans une décision très remarquée de 1988, le Conseil constitutionnel a rappelé la liberté de recrutement. Cette possibilité pour l'employeur de choisir ses collaborateurs repose sur une grande liberté qu'est celle d'entreprendre. Cependant, cette liberté d'entreprendre doit se combiner avec le principe de non-discrimination. Par ailleurs, cette liberté de recrutement est aussi assortie de quelques limitations que nous examinerons rapidement et clairement (dans certains cas, il peut y avoir une obligation ou une interdiction de recruter).

32

#### §1 - La liberté de recruter

La [loi du 31 décembre 1992](#) fait suite à un rapport qui avait été demandé à Antoine Lyon-Caen. Ce rapport sur les libertés publiques et l'emploi avait préconisé un certain nombre de garanties visant à protéger les candidats à un emploi. Ces garanties sont devenues des garanties légales avec la loi de 1992.

##### A] Les garanties prévues par la loi :

Ces garanties sont ordonnées autour de deux règles principales que sont la **finalité des méthodes** utilisées ainsi que l'**information des candidats** sur ces méthodes.

##### 1) La finalité des méthodes de recrutement :

Le premier alinéa de [l'article L1221-6](#) du Code du travail dispose que : « *Les informations demandées sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles* ». Il faut attirer l'attention sur le fait que

cette formule est une formule à caractère général qui vise donc les traditionnels questionnaires d'embauche. Mais au-delà de ces questionnaires, cela concerne TOUS les moyens d'investigation qui peuvent être mis en œuvre. Cette collecte d'informations peut être réalisée à partir de tests psychologiques mais aussi au moyen de tests graphologiques. La tentation existe même de pratiquer des tests biologiques ou génétiques permettant de détecter si une personne est atteinte d'une maladie pouvant se déclencher dans un futur proche. En France, ces tests sont parfaitement interdits (Cf. [article 16-10](#) du Code civil). Il est également interdit de recourir à l'astrologie ou à la numérologie. Les informations demandées ne peuvent avoir qu'une seule finalité : apprécier les aptitudes à l'emploi. L'existence d'un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé doit être établie.

Un employeur peut bien évidemment demander une copie des diplômes à un candidat, demander des certificats de travail. Pour un emploi de confiance, il peut même demander un extrait du casier judiciaire. Néanmoins, la loi interdit de pousser les investigations au-delà des nécessités propres au poste proposé. Pour occuper un poste quel qu'il soit l'employeur ne peut exiger de connaître l'emploi des parents, les loisirs du candidat, etc. En vertu de [l'article 9](#) du Code civil qui précise que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* », toutes les questions trop personnelles ne pourront être posées lors d'un entretien. Sous réserve que l'employeur se tienne dans les limites fixées par la loi, le candidat est tenu de répondre de bonne foi aux questions posées : c'est à dire qu'il doit livrer des informations exactes. Un candidat n'est pas tenu de parler de son passé pénal, de sa vie religieuse, ou de ses engagements politiques. Il existe même une sorte de droit au silence (il vaut parfois mieux de ne pas trop en dire). Mais alors, un employeur peut-il considérer qu'un silence est nécessairement coupable (taire des choses que l'on ne veut pas que l'employeur sache) ? En vérité, cela sera apprécié par le juge au cas par cas.

#### **Exemple :**

- Un employeur recrute un veilleur de nuit ; lequel est armé. Les choses se passent bien pendant deux ans. Deux ans après, l'employeur apprend que le veilleur a été, par le passé, condamné pour avoir tiré sur des jeunes individus. L'employeur refuse de garder cette personne. La question se pose de savoir si l'employeur a été ou non trompé, dupé. En l'espèce, les juges admettent que le silence du salarié n'est pas coupable parce que la rupture du contrat de travail ne pouvait porter que sur une faute professionnelle ou sur une mauvaise exécution des tâches (missions demandées).

Il y a également un droit au mensonge qui n'existe que pour les femmes (une femme peut affirmer qu'elle ne souhaite pas avoir d'enfants pour ne pas compromettre une embauche. Si ce droit au mensonge est reconnu dans ce cas bien précis, il ne faut pas perdre de vue que des informations mensongères peuvent être à l'origine d'un dol ; notamment lorsque le mensonge (l'altération de la vérité) a sciemment été développé pour tromper l'autre partie et obtenir la conclusion du contrat de travail. Toutefois, la jurisprudence fait la différence entre le dol découlant d'un mensonge sur un élément essentiel à l'accomplissement des tâches et missions confiées au salarié et celui résultant d'un mensonge sur des éléments strictement secondaires et périphériques.

#### **Exemple :**

- Le cas des pharmacies qui doivent être composées de pharmaciens et de préparateurs en pharmacie. Il faut, en permanence, qu'il y ait un pharmacien en titre dans la pharmacie. Le fait pour un individu de prétendre qu'il est pharmacien alors qu'il n'est que préparateur en pharmacie est un mensonge grave entravant le bon déroulement des tâches et missions confiées.

De la même manière, le fait d'améliorer légèrement son curriculum vitae n'est pas forcément constitutif d'un dol dès lors que ces mentions mensongères n'ont aucune conséquence réelle sur l'exécution du contrat de travail.

### Exemple :

- Un employeur cherche quelqu'un qui parle couramment l'anglais. Le candidat dit qu'il est très diplômé en anglais mais en vérité il ne l'est pas. Toutefois, s'il le parle très bien, il n'y aura pas d'annulation du contrat de travail.

### 2) L'information du candidat :

Tout candidat doit être informé sur les méthodes ou les techniques d'aide au recrutement utilisées en ce qui le concerne. Cette information doit être préalable ; c'est ce que précise [l'article L1221-8](#) du Code du travail.

### Exemple :

- Un candidat à un poste se présente à une série d'entretiens. Ceux-ci se passent très bien et le dernier entretien doit se dérouler avec l'employeur ; lequel demande au candidat de rédiger une lettre manuscrite. Ce courrier est adressé à un graphologue sans que le candidat n'en ait été prévenu. De fait, il y a irrégularité dans la mesure où le candidat n'a pas été informé que son écrit serait soumis à l'analyse d'un spécialiste.

34

A la suite de plusieurs situations du genre, la loi a imposé à l'employeur de préciser les méthodes utilisées pour sélectionner un candidat (présence de micro, de caméra, etc...). Le Code pénal vise aussi à réprimer tous les procédés déloyaux qui ont pour but de récupérer des paroles privées ou d'enregistrer des images dans un lieu privé (comme un cabinet de recrutement). Attention, une fois le candidat averti, il n'y a plus de caractère déloyal. [L'article 225-3-1](#) du Code pénal a visé à banaliser la pratique dite du « *testing* ». Cette pratique permet à un candidat à un emploi d'adresser des *curricula vitarum* sensiblement différents pour pouvoir éventuellement mettre en évidence des pratiques discriminatoires de la part d'un recruteur.

### **B] Le principe de non-discrimination :**

[L'article L1132-1](#) du Code du travail énonce : « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement pour un motif discriminatoire ». Sont considérées comme discriminantes toutes les mentions faites au sexe, à l'âge, à l'apparence physique, aux mœurs, à l'orientation sexuelle, aux convictions politiques et religieuses, à l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une race ou une religion, à l'état de grossesse, à la famille, à l'état de santé voire au handicap du candidat. Dès lors que l'un de ces motifs discriminatoires peut être épinglé par le juge, il y aura nullité de la décision fondée sur un caractère discriminatoire. Ce qui vaut pour l'entrée dans le travail vaut également par la suite (pour les promotions, les déplacements, etc.). Ce dispositif de lutte contre les discriminations se retrouve aussi à [l'article 225-2](#) du Code pénal. Toute infraction à cette règle est punie de 45.000 euros d'amende et de trois ans d'emprisonnement.

D'une manière générale, les discriminations réalisées lors d'un processus de recrutement sont particulièrement difficiles à déceler. Néanmoins, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pu affirmer que constitue une pratique discriminatoire la demande faite au candidat à l'emploi de présenter sa carte d'électeur (laquelle n'est

délivrée qu'aux nationaux ou ressortissants de l'Union européenne). De la même manière, la Chambre sociale de la Cour de cassation a également précisé qu'est discriminatoire l'exigence faite par l'employeur au salarié de changer son prénom. La discrimination à l'embauche constitue un délit mais il faut distinguer ce refus d'embauche d'un autre délit qu'est celui de l'offre d'emploi discriminatoire.

**Exemple :**

- Le délit de refus d'embauche : au moulin rouge, il a été observé que des personnes travaillaient dans les cuisines et d'autres en salle. Or, en salle il n'y avait que des gens de type européen et dans les cuisines des gens de couleur.
- L'offre d'emploi discriminatoire : une entreprise fait appel à un cabinet de recrutement et demande que lui soient présentés uniquement des personnes à la peau blanche.

Il est interdit également de procéder à des discriminations en raison de l'âge ; ce qui ne doit pas être confondu avec l'expérience. L'état de santé également ne peut pas être invoqué par un employeur (si ce n'est pas une raison objective). Sous l'influence du droit européen, a été introduit dans le droit national la notion de discrimination indirecte. Cette notion a été principalement conçue pour combattre des discriminations collectives visant à désavantager certaines catégories de personnes à partir de données apparemment tout à fait neutres.

**Exemple :**

- Le fait pour une entreprise de réserver une mission ou une tâche à une catégorie déterminée d'individus (que des hommes ou que des femmes par exemple) est de nature à constituer une discrimination indirecte.
- C. Cass., Ch. Soc., 23 Mai 2012, n°10-18341 : en l'espèce, une société bancaire avait refusé d'accorder les mêmes avantages à des salariés ayant conclu un PACS ou un mariage. Si la Cour d'appel de Poitiers avait débouté le salarié en s'appuyant sur une décision du Conseil constitutionnel précisant que le PACS n'est pas assimilable au mariage, la Cour de cassation, en revanche, a vu dans ce refus une discrimination indirecte.

Le salarié qui s'estime victime d'une discrimination est confronté à un gros problème de preuve (celle-ci étant particulièrement difficile à rapporter). Le droit européen, relayé par le droit français, a aménagé la preuve dans le cas des discriminations. Ainsi, le salarié ou le candidat qui s'estime victime d'une discrimination ne devra présenter au juge que des éléments de fait qui laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il incombera alors, en vertu de l'article L1134-1 du Code du travail, au défendeur de prouver que sa décision de ne pas recruter était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. La Cour de justice de l'Union européenne pousse les exigences toujours plus loin et précise, dans un arrêt du 19 avril 2012, que le refus d'un employeur de délivrer des informations à la justice peut faire présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.

Les dispositions faisant interdiction des discriminations laissent pourtant place à des différences de traitement. Cela est très complexe parce que certains se voient victimes de discriminations alors qu'il n'y a que des différences de traitement. L'article L1133-1 du Code du travail dispose qu'il n'y aura discrimination que

lorsque la différence de traitement reposera sur des éléments déterminants ; pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Ainsi, par exemple, une différence de traitement établie en fonction de l'âge sera tout à fait admissible.

## §2 - Les limites à la liberté de recruter

Très simplement, il peut exister dans certaines situations des obligations ou des interdictions de recruter.

### A] Les obligations de recrutement :

Il existe une obligation principale qui concerne les personnes handicapées. La notion de travailleur handicapé est précisée par les [articles L5213-1](#) et suivants du Code du travail : « *Est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique* ». Bien sûr, lorsque l'on évoque le handicap, on pense principalement à une altération lourde d'une fonction physique ou mentale (ex → malvoyant ou malentendant). La loi oblige les entreprises employant au moins vingt salariés de façon habituelle à employer, à temps plein ou à temps partiel, des personnes handicapées à hauteur de six pourcents de l'effectif total.

#### Exemple :

- Dans une entreprise de mille salariés, on doit pouvoir compter, au moins, soixante salariés handicapés ; et ce quel que soit le handicap.

36

Toutefois des circuits de dérivation existent puisque l'employeur peut s'acquitter de cette obligation non pas en recrutant directement un individu handicapé mais en passant des contrats de sous-traitance ou de prestation de services avec des entreprises qui emploient des personnes handicapées. Les employeurs peuvent aussi choisir de s'acquitter de cette obligation en versant une contribution financière annuelle à un fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés (les sanctions sont lourdes : jusqu'à 1500 fois le SMIC par personne en situation de handicap manquante). Précisons que cette obligation d'employer des handicapés est soutenue par les pouvoirs publics. Ainsi, l'employeur pourra bénéficier de fonds afin d'aménager ses locaux pour faciliter les conditions de travail des personnes handicapées.

Enfin, il existe d'autres obligations de recruter ; lesquelles concernent essentiellement les salariés licenciés pour motif économique depuis plus d'un an ou investis d'un mandat politique.

### B] Les interdictions de recruter :

Les [articles L5221-2](#) et suivants du Code du travail dessinent une interdiction majeure qui concerne l'emploi des travailleurs étrangers n'étant pas munis des documents leur permettant d'exercer une activité professionnelle en France. Normalement, c'est l'office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) qui aide aux démarches d'introduction de travailleurs étrangers (individus qui ne sont pas ressortissants de l'Union européenne). Les étrangers peuvent cependant travailler en France s'ils sont munis d'une carte de séjour (qui est temporaire), d'une carte de résident ou même d'une autorisation provisoire de travail limitée à douze mois.

Le droit de l'immigration est très variable et est susceptible d'être modifié. L'employeur qui embauche un salarié étranger en situation irrégulière encourt une peine de cinq années d'emprisonnement et une amende de 15.000 euros. Il est également interdit d'employer des personnes mineures (-18 ans) mais cette règle est assortie d'exceptions pour ce qui concerne les apprentis (15/16 ans), les stagiaires et les emplois de très courte durée occupés pendant les vacances scolaires.

## Section 2

### La phase d'embauche

Jusqu'à maintenant, nous avons indiqué ce qu'est une offre d'emploi et ce qu'elle doit ou ne doit pas contenir. Il faut faire attention de bien distinguer l'offre d'emploi et la promesse d'embauche. L'offre d'emploi déterminée précise, de manière simplement informative, le poste de travail, les conditions de rémunération et la date d'entrée en fonction. La promesse d'embauche quant-à-elle, écrite ou verbale, engage l'employeur dès lors qu'elle est ferme, adressée à une personne nommément désignée et qu'elle précise les éléments essentiels du contrat (il s'agit là d'un contrat unilatéral qui lie juridiquement l'employeur). Si l'employeur revient sur sa promesse, la Cour de cassation décide très clairement qu'il s'agit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Par conséquent l'employeur pourra être condamné à des dommages-intérêts qu'il versera au salarié pour réparer le préjudice subi par ce dernier et, plus que ça, il devra aussi lui payer une indemnité de préavis même si l'entrée en fonction n'a pas encore eu lieu.

#### Exemple :

- Un salarié postule à une offre pour travailler dans une autre entreprise. L'employeur s'engage à l'embaucher, celui-ci démissionne de son premier emploi. Or, l'employeur revient sur sa promesse et le salarié se retrouve sans emploi. L'employeur pourra être condamné en justice.

Réciproquement, lorsque le salarié, qui avait accepté l'offre précise qui lui avait été proposée, se rétracte au dernier moment, il pourra lui aussi être condamné à verser des dommages intérêts. La loi, une fois le recrutement effectué, impose à l'employeur de faire une déclaration préalable à l'embauche ([article L1221-10](#) du Code du travail) qui devra être adressée aux organismes de protection sociale. Cette déclaration préalable d'embauche sert d'immatriculation à la caisse d'assurance maladie. C'est la même chose pour l'assurance chômage. Avec cette déclaration, l'employeur demande l'adhésion à un service de santé du travail (la médecine du travail). Mais alors, quel est le but de cette déclaration ? En réalité, elle vise principalement à lutter contre le travail dit « *dissimulé* » (la [loi du 11 Mars 1997](#) relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal a substitué la notion de travail dissimulé à celle de travail clandestin). Elle veut ainsi englober, non seulement, la dissimulation d'emplois salariés mais aussi la dissimulation d'activité qui est beaucoup plus pernicieuse ([articles L8221-1](#) et suivants du Code du travail). La dissimulation d'activité est plus pernicieuse parce que dans ce cas une personne est identifiée comme salarié mais l'employeur ne va pas déclarer l'intégralité des heures travaillées. L'intérêt pour les employeurs correspond à l'absence de protection du salarié pendant ces heures et au fait de payer moins d'impôts.

#### Exemples :

- L'exploitant d'un fonds de commerce se rend coupable de délit de travail dissimulé lorsqu'il emploie son conjoint de façon durable et permanente sans le déclarer aux organismes sociaux (et sans bien sûr lui remettre de bulletin de paie). La loi assimile également à une dissimulation d'emploi salarié le fait de mentionner sur le bulletin de salaire un nombre d'heures inférieur à celui réellement effectué par le salarié.

La Chambre sociale de la Cour de cassation retient la qualification de travail dissimulé seulement s'il apparaît que l'employeur a agi de manière intentionnelle (en connaissance de cause). La Chambre criminelle, de la même manière, reconnaît comme un délit la violation d'une prescription légale en connaissance de cause.

La dissimulation d'activité peut également correspondre à une autre réalité : le fait de développer une activité sans effectuer les déclarations fiscales et sociales. Attention, il faut que l'activité en cause soit une activité à caractère lucrative (sinon on est dans le système du bénévolat). Chaque employeur doit tenir un registre personnel et, dans les entreprises de plus de cinquante salariés, il doit faire une déclaration mensuelle des mouvements de contrats conclus et contrats rompus. Enfin, avant l'embauche ou au plus tard dans un délai qui n'excède pas trois mois à compter de la prise effective du poste de travail, l'employeur doit faire passer un examen médical au candidat ou au nouveau salarié ([article R4624-10](#) du Code du travail). Cependant, lorsqu'il s'agit de travaux particulièrement dangereux, cet examen médical doit avoir lieu avant l'embauche. Cet examen médical est conduit uniquement et exclusivement par le médecin du travail.

Classiquement l'examen médical a pour objet de rechercher si le candidat est médicalement apte au poste de travail auquel on veut l'affecter. Cet examen médical doit permettre également de voir si des adaptations de poste sont nécessaires. Il a pour but aussi de s'assurer que le salarié n'est pas atteint d'une infection dangereuse pour les autres (comme la tuberculose). Depuis le 1<sup>er</sup> Juillet 2012, le médecin du travail lorsqu'il procède à cet examen, doit informer le candidat (ou le nouvellement recruté) sur les risques que peuvent engendrer une position au travail inadaptée. Il doit le sensibiliser également sur les moyens de prévention. Le médecin du travail, lorsqu'il a procédé à cet examen, remplit une fiche d'aptitude ; laquelle, ne l'oublions pas, touche parfois la vie privée. Cette fiche d'aptitude ne doit mentionner en aucun cas la nature des affections dont le salarié est ou a été atteint. En revanche, il peut mentionner les contre-indications ou les recommandations concernant l'affectation éventuelle à tel ou tel poste de travail. Cet examen médical est extrêmement important et le négliger peut avoir des conséquences très lourdes pour l'employeur.

## Chapitre 4

# La conclusion du contrat de travail

Cette expression est extrêmement moderne puisque originellement, on parlait de « *louage de service* ». Le Contrat de travail est un contrat et comme tel il est soumis aux règles du droit commun ; c'est à dire au droit des obligations contenu dans le Code Civil. Toutefois, des dispositions particulières d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle vont déterminer les conditions dans lesquelles ce contrat de travail devra s'exécuter. [L'article L1221-2](#) nous informe que le contrat de travail à durée indéterminée (le CDI) est la forme normale et générale de la relation de travail. Le contrat de travail de droit commun est donc normalement conclu sans détermination de durée mais, le contrat de travail peut, dès sa conclusion, comporter un terme fixé avec précision (le contrat ira jusqu'à telle date) ou correspondant à l'exécution d'une tâche précise (jusqu'à ce que soit réalisée telle ou telle mission).

Bien que le contrat de travail puisse être verbal. Une directive européenne du 14 octobre 1991 impose aux employeurs de communiquer aux salariés un ou plusieurs documents pour leur préciser les conditions essentielles de leur contrat que sont la qualification, la rémunération, la durée et le lieu de travail. En France, le Contrat de travail peut être verbal mais, pour certains types de contrats dits précaires (CDD, contrat de travail temporaire, contrat d'insertion, etc.), il devra revêtir une forme écrite.

La rédaction du contrat doit être faite en français même si le salarié est engagé par une société française et travaille effectivement à l'étranger. Pour les étrangers, le contrat doit également être rédigé en langue française ; même si ces derniers peuvent en demander, en complément, une traduction. Cette exigence résulte du fait qu'en cas de contentieux, les juges nationaux auront besoin de comprendre les dispositions du contrat. [L'article 1369](#) du Code civil permet d'adresser un contrat de travail par courrier électronique à condition de s'assurer que le destinataire a bien reçu le document envoyé. La première difficulté vis-à-vis du contrat de travail, c'est de l'identifier ; la seconde est de prendre connaissance du contenu de ce contrat.

40

### Section 1

## Définition et critères du contrat de travail

La loi ne définit pas le contrat de travail, c'est la doctrine et la jurisprudence qui ont présenté une série de définitions.

### §1 – Qu'est-ce qu'un contrat de travail ?

Le contrat de travail est une convention par laquelle une personne physique (le salarié) s'engage à mettre son activité (physique ou intellectuelle) à la disposition d'une autre personne qui peut être physique ou morale (appelée employeur) sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération. Les deux contractants s'obligent réciproquement l'un envers l'autre : l'employeur s'engage à fournir du travail à l'employé et le salarié s'engage à exécuter le travail demandé ; à condition que cela réponde à sa qualification. La réciprocité des obligations en fait donc un contrat synallagmatique conformément à [l'article 1106](#) du Code civil. Ainsi, le fait pour l'un des contractants de ne pas respecter ses obligations envers l'autre aura pour effet de

délivrer ce dernier de ses obligations. Le plus souvent, il va s'agir d'un contrat d'adhésion (l'une des parties - celle économiquement la plus forte - va imposer à l'autre les conditions contractuelles). Les marges de discussion à l'élaboration du contrat sont donc assez faibles. Le contrat de travail est dit *intuitu personae* ; c'est à dire qu'il est conclu avec une personne déterminée. Autrement dit, une personne ne peut pas transmettre ou faire exécuter son contrat par une autre. Le contrat de travail est surtout un contrat à titre onéreux ; c'est à dire qu'une rémunération doit avoir été consentie en contrepartie du travail effectué. Enfin, une loi du 17 Janvier 2002 a intégré dans le Code du travail un [article L1222-1](#) qui précise que le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi.

## **§2 - Les critères du contrat de travail**

Ces critères sont importants afin de distinguer la nature du contrat (pour apprécier, en cas de litige, si le contrat est un contrat de travail ou non). En cas de litige sur l'existence d'un contrat de travail, les juges vont rechercher les critères qui permettront d'établir l'existence ou la non-existence d'un contrat de travail. Les litiges sont nombreux ; notamment lorsque l'une des parties (parfois les deux) veut échapper aux contraintes sociales (cotisations sociales) et fiscales (administration fiscale). Pour ce faire, le juge va engager une analyse de la situation concrète des parties et, au bout du compte, s'il constate l'existence d'un contrat de travail, il va pouvoir appliquer les dispositions du Code du travail (et éventuellement du Code de la sécurité sociale). Parmi les différents critères que va rechercher le juge, certains vont rester simplement indicatifs (mais, pour autant, il ne faut pas les négliger) et d'autres vont s'avérer déterminants voire décisifs.

### **A] Les critères indicatifs :**

Au sens de [l'article 1128](#) du Code civil, le contrat doit porter sur un objet (contenu) certain. À partir de là, les critères indicatifs sont essentiellement au nombre de trois ; à savoir le lieu d'exécution du travail, le temps de travail (horaires de travail) et enfin l'existence ou l'absence d'exclusivité.

#### **1) Le lieu d'exécution du travail :**

Normalement, le travail est accompli dans un lieu déterminé et fixé par l'employeur ; ça peut être un établissement, un service, etc. Ce critère géographique est de plus en plus relatif car de très nombreux salariés ont un travail itinérant : travaux de maintenance, travaux de construction, chantiers, etc. [L'article 46](#) de la [Loi du 22 Mars 2012](#) a introduit le « télétravail » dans le Code du travail. Ainsi, [l'article L1222-9](#) dudit Code dispose désormais que le télétravail se définit comme un travail effectué par un salarié, hors des locaux (chez lui ou ailleurs) de l'entreprise, de façon régulière et volontaire, en utilisant les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC). De surcroît, la loi précise très clairement qu'il est nécessaire que le salarié y ait consenti par écrit. Ce qui est important c'est que la Cour de cassation a toujours affirmé qu'un employeur ne pouvait pas imposer à ses salariés de travailler chez eux. Si le salarié consent à travailler de chez lui, il faut que soit aménagé un poste de travail conforme aux règles en vigueur pour la sécurité et la santé au travail. Pour certains, le télétravail présente le risque de voir le salarié travailler plus d'heures qu'il ne le devrait.

#### **2) La détermination des horaires de travail :**

L'horaire de travail peut servir d'indice. Il est possible de travailler à temps plein ou partiel et même d'avoir un contrat de travail pour quelques heures par mois seulement.

### **Exemple :**

- Une secrétaire qui travaillait une journée par mois : ce qui compte, c'est l'obligation pour un salarié de demeurer à la disposition de l'employeur conformément à l'horaire déterminé par celui-ci.

Autrement dit, une personne qui n'est soumise à aucun horaire et qui peut exercer librement son activité n'aura pas la qualité de salarié (c'est notamment le cas des pigistes).

### 3) Le caractère exclusif du contrat de travail :

L'exclusivité fait présumer l'existence d'un contrat de travail. La pluriactivité se caractérise par le fait, pour un salarié, de travailler pour le compte de plusieurs employeurs (c'est le cas des voyageurs, représentants, placiers. C'est également le cas des travailleurs à temps partiel). Il faut également savoir qu'il est possible de cumuler une activité salariée avec une profession libérale (c'est le cas de certains médecins qui seront à leur compte et salariés dans un service d'urgence) ou une activité indépendante.

## B] Les critères déterminants ou décisifs :

Ces critères déterminants et décisifs sont au nombre de deux et sont contenus dans la définition du contrat de travail : il s'agit de la **rémunération** et de la **subordination**.

### 1) L'existence d'une rémunération :

Le montant de la rémunération constitue un élément essentiel du contrat de travail. Il faut toutefois nuancer dans la mesure où la participation aux bénéfices de l'entreprise est bien sûr et heureusement compatible avec l'existence d'un contrat de travail. En revanche, la participation aux pertes de l'entreprise exclut radicalement tout contrat de travail (dans ce cas-là, on est face à un contrat de société).

### 2) Un lien de subordination :

La subordination est le critère absolument décisif. La Cour de cassation a considéré pendant longtemps que le travail au sein d'un service organisé pouvait constituer un indice de subordination parce que, dans ce cas-là, l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail. La caractérisation du lien de subordination découle en vérité d'un important arrêt dans lequel la Cour de cassation affirme que : « *le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* » (*C. cass., Ch. Soc., 13 Novembre 1996, Société Générale – n° 94-13187*). Cette définition est, depuis cet arrêt, une définition commune au droit du travail et au droit social.

## §3 – Les contrats périphériques

La prestation de travail existe-t-elle lorsque la personne est en état de subordination ? En réalité, il faudra faire attention puisque plusieurs situations peuvent prêter à confusion.

### A] La distinction entre travail subordonné et travail indépendant :

Certains types d'activités supposent une nécessaire indépendance ; c'est par exemple le cas des médecins, de certaines professions artistiques ou des enseignants. En cas de litige, il reviendra au juge de déterminer ce qui est prépondérant dans l'activité de la personne afin de pouvoir restituer la véritable nature du contrat en cause.

**Exemples :**

- Un médecin qui travaille dans une clinique. Pour une raison X, il est obligé de cesser son activité et se pose la question de savoir s'il y avait lieu de le considérer comme salarié ou non. La clinique qui l'employait, pour des raisons financières (éviter de lui verser des indemnités), ne lui reconnaît pas cette qualité. Ici, les juges vont regarder les rapports qu'entretenait la clinique avec ce médecin. En l'espèce, ce médecin était soumis à des règles d'organisation du travail qui étaient déterminées unilatéralement par l'employeur. De surcroît, avait été établi un tableau des gardes auquel le médecin était astreint. Dans cette hypothèse, les juges retiendront donc bien la subordination.
- Des infirmières travaillant essentiellement pour un laboratoire d'analyses ; ce laboratoire leur indique les patients. Ces infirmières organisent leurs horaires à leur convenance (leur travail), utilisent leur propre véhicule, ont leur propre matériel et sont payées à l'acte (en fonction des interventions réalisées). En l'espèce, les juges considéreront qu'il s'agit d'un travail indépendant.

**B] La différence entre contrat d'avocat-collaborateur et contrat de travail :**

Un avocat peut exercer sa profession notamment en qualité de salarié ou de non salarié (indépendant / collaborateur). Le problème, c'est que parfois des collaborations cachent un véritable salariat. Lorsque, malgré un contrat de collaboration, un avocat n'a pas la possibilité de se constituer et de développer une clientèle personnelle, les juges en déduisent que les deux parties sont liées par un contrat de travail ; c'est ce qui avait été décidé par une Chambre mixte dans un arrêt du 12 Février 1999. Dans un arrêt plus récent rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation, les juges ont mis en évidence que les conditions réelles de l'exercice de l'activité d'un salarié ne lui avait pas permis de se constituer sa propre clientèle ([C. cass., Ch. Civ., 14 Mai 2009, n°08-12966](#) : *grosso modo*, on ne lui donnait pas de téléphone, pas de bureau, aucun moyen de fidéliser et de garder une clientèle. Dans ce cas-là, les juges ont considéré que le contrat de collaboration libéral était, en définitive, un contrat de travail).

**C] La distinction entre les stages et les contrats :**

C'est un problème récurrent, et chaque fois que la loi trouve une solution, des moyens sont mis en place pour la contourner. Depuis toujours, la loi considère que l'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité d'une entreprise d'accueil n'est pas contraire à la finalité du stage mais, à condition toutefois (précise la Cour de cassation) que ce stage ne se substitue pas à un emploi salarié. C'est finalement toujours le même problème : certaines entreprises ont trouvé la fâcheuse habitude de recruter des stagiaires pour leur confier du travail devant être fait par des salariés à part entière. [L'article 27](#) de la [Loi du 28 Juillet 2011](#) a essayé de mettre fin à cela en précisant que « *un stage n'a pas pour objet l'exécution d'une tâche régulière correspondant à un poste de travail important dans l'entreprise* ».

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a statué sur ce sujet dans une affaire impliquant de jeunes élèves d'un lycée hôtelier qui, pour valider leur formation, devaient obligatoirement faire un stage. Certains réussirent à

décrocher un stage dans une très grande chaîne hôtelière qui les employait sept jours sur sept, de 23 heures à 7 heures du matin ; tout cela pour une rémunération modique de 268 euros par mois. En l'espèce, les juges vont se fonder sur [l'article 225-13](#) du Code pénal pour condamner l'employeur qui a profité de la vulnérabilité et de la situation de dépendance des étudiants, en raison du caractère obligatoire de leur stage, pour leur imposer une rétribution manifestement sans rapport avec le travail accompli et source, pour l'entreprise, de substantiels profits ([C. cass., Ch. Civ., 3 Décembre 2002 – n°02-81453](#)).

La loi qui a réformé la formation professionnelle pose désormais la règle selon laquelle seuls les stages intégrés à un cursus pédagogique sont autorisés.

#### **D] La distinction entre entraide, travail bénévole et contrat de travail :**

Entre le coup de main spontané et le véritable contrat de travail, il y a parfois des difficultés d'identification. L'entraide peut être définie comme une assistance apportée à un proche de manière occasionnelle et spontanée en dehors de toute rémunération et de toute contrainte.

#### **Exemples :**

- Les compagnons d'EMAUS : les juges ne reconnaissent pas le statut de salarié à un compagnon bénévole.
- Un vétérinaire a besoin d'une assistante et sa femme accepte de jouer ce rôle. Puis, les choses se terminent mal : ils divorcent et la femme se rend compte qu'elle n'a, sur le plan de la protection sociale, rien du tout. Devant le Conseil de Prud'hommes, elle invoque sa qualité de salarié. Le mari de son côté précise qu'il n'a jamais rémunéré son épouse. Dans cette situation, la Cour de cassation a reconnu que l'épouse était bien salariée dans la mesure où le mari n'aurait pu, pendant vingt ans, se passer de son aide et, de surcroît, que l'assistance de sa compagne lui a permis de faire l'économie d'un emploi salarié.

### **§4 - La qualification du contrat de travail :**

Peu importe la qualification donnée par les parties à la relation de travail qui les unissait, en cas de litige, il reviendra aux juges de restituer leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en avaient proposée. C'est ce qui ressort d'un célèbre arrêt de la Cour de cassation dans lequel les magistrats ont fait primer les données objectives et ont conclu que : « *la seule volonté des parties étant impuissante à soustraire M. X... au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail* » ([C. cass., Ass. Plén., 4 Mars 1983 – n° 81-11647 81-15290](#)).

La question de la requalification par le juge fait, aujourd'hui encore, l'objet de débats passionnés. On en veut pour preuve un arrêt rendu suite à un contentieux né d'une émission de télé-réalité ([C. cass., Ch. Soc., 3 Juin 2009 – n° 08-40981 08-40982 08-40983 08-41712 08-41713 08-41714](#)). En l'espèce, quatre couples non mariés, non pacés et sans enfant, testent leurs sentiments réciproques sur une île exotique. À cette fin, ils ont signé un règlement que les participants vont vouloir assimiler à un contrat de travail. Dans cette affaire, les juges vont constater qu'il existait entre l'équipe du tournage et les participants un lien professionnel dans la mesure où avait été établie une bible dans laquelle était détaillée l'organisation de la journée (et notamment ce qui était attendu par la société de production en termes de scénario).

## §5 - Les présomptions légales :

Dans certains cas, il est très difficile de dire s'il y a ou non l'existence d'un contrat de travail. C'est la raison pour laquelle, dans des cadres limités, le législateur a posé des présomptions légales. C'est le cas pour les voyageurs, représentants et placiers mais également pour les journalistes ou les assistantes maternelles.

### Exemple :

- Les voyageurs, représentants et placiers (VRP) : la loi présume que la convention conclue entre un VRP et une société est un contrat de travail ; et ce, nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou dans le silence de celui-ci.

Lorsque la qualité de salarié est établie, le droit du travail va s'appliquer et, de cette qualification, vont découler des conséquences très importantes sur le plan social puisqu'on appliquera notamment le droit du licenciement mais également l'ensemble des règles de protection sociale (tout ce qui relève de la sécurité sociale, tous les droits en matière de chômage, etc.). Ceci étant dit, lorsque le contrat existe, il doit être exécuté de bonne foi.

## Section 2

### Les clauses du contrat de travail

Dans le contrat de travail peuvent être insérées de très nombreuses clauses ; certains parlent d'ailleurs, parfois, de la « *sophistication du contrat de travail* ».

#### §1 - Les clauses de non-concurrence

Durant l'exécution du contrat, les parties sont tenues d'agir avec bonne foi ; ce qui implique, notamment pour le salarié, de ne pas exercer d'activités concurrentielles en cours de contrat sans qu'une clause ne le prévienne expressément.

Les clauses de non-concurrence visent en particulier à interdire à un salarié, après rupture du contrat de travail, d'exercer des activités identiques ou similaires chez un concurrent de son ancien employeur. De la même manière, elles interdisent au salarié de créer sa propre entreprise qui viendrait concurrencer celles de son ancien employeur. Désormais, ces clauses de non-concurrence doivent être insérées dans le contrat de travail.

#### A] Les conditions de validité des clauses de non-concurrence :

Les clauses de non-concurrence se présentent comme une restriction aux principes de la liberté du travail et de celle d'entreprendre. Ces clauses sont donc un frein à la liberté du salarié qui désirerait s'installer à son propre compte. Si la liberté du salarié peut être restreinte, elle ne doit pas pour autant être anéantie. En effet, pour être valable, une clause de non-concurrence ne doit être ni générale, ni absolue. La Cour de cassation s'appuie sur un principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et sur [l'article L1121-1](#) du Code du travail qui dispose que : « *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* ».

Depuis qu'ont été rendus trois arrêts le 10 Juillet 2002, la Cour de cassation a synthétisé les critères de limitation qu'elle avait dégagés au fil des années. De surcroît, elle va rajouter un critère aujourd'hui capital en précisant que : « *une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est **indispensable** à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, **limitée dans le temps et dans l'espace**, qu'elle tient compte des **spécificités de l'emploi du salarié** et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une **contrepartie financière**, ces conditions étant **cumulatives** » ([C. cass., Ch. Soc., 10 Juillet 2002 – n° 00-45135](#)).*

Si la limitation dans le temps s'apparente à une durée moyenne de deux ans (qui peut tout de même s'étendre entre cinq et dix ans), la limitation dans l'espace, quant-à-elle peut varier d'un secteur particulièrement restreint comme une ville ou un département à un périmètre plus étendu comme une région (la jurisprudence a même considéré qu'une clause de non-concurrence pouvait s'étendre à l'Union-européenne dans son ensemble pour certains produits). Néanmoins, pour que la clause soit valable, il faut qu'elle laisse au salarié la possibilité d'exercer normalement l'activité qui est la sienne, celle qui lui est propre ; c'est-à-dire, l'activité qui correspond à son expérience et/ou à sa formation professionnelle.

La condition de protection des intérêts légitimes de l'entreprise a été rajoutée à l'occasion d'une affaire célèbre dite du « *laveur de vitres* ». En l'espèce, un salarié laveur de vitres dans la région parisienne se voyait imposé une clause lui interdisant de fréquenter une entreprise similaire pendant quatre ans dans les départements limitrophes, mais également dans les départements où l'entreprise avait des agences. En l'espèce, la Cour de cassation va affirmer que la clause de concurrence n'avait pas lieu d'être puisque, en raison des fonctions du salarié, elle n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ([C. cass., ch. Soc. 14 Mai 1992 – n° 89-45300](#)). Elle rappelle ainsi que la clause ne peut être justifiée que par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Enfin, la Cour de cassation a précisé en 2002 que la clause doit comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière.

## **B] Une contrepartie pécuniaire :**

### **1) L'absence de contrepartie pécuniaire :**

Cette absence de contrepartie financière rend la clause nulle et inopposable au salarié. Dans un arrêt du 12 Janvier 2011, la Cour de cassation a précisé que la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle engendre nécessairement un préjudice pour le salarié ([C. cass., Ch. Soc. 12 Janvier 2011 - n° 08-45.280](#)) ; lequel aura droit au paiement de dommages-intérêts qui lui seront versés par l'employeur (et ce, même si le salarié n'a pas respecté la clause).

### **2) Le calcul du montant de la contrepartie pécuniaire :**

Il s'agit d'une nullité relative ; en ce sens qu'elle ne peut être invoquée que par le salarié. Le montant de la contrepartie ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat. Cela est normal car, si cela était complètement lié à la durée du contrat, il y aurait des contreparties nulles. De plus, cette contrepartie ne doit pas être dérisoire. En effet, une contrepartie financière dérisoire équivaut, selon les juges, à une absence de contrepartie (la clause de concurrence est nulle). La Cour de cassation, dans un arrêt du 16 Mai 2012, a précisé que « *le juge peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée* » ([C. cass., Ch. Soc., 16 Mai 2012 – n°11-10760](#)).

La contrepartie ne peut être affectée par les circonstances de la rupture du contrat de travail. Il n'est donc pas nécessaire de s'interroger sur la possibilité qu'aurait le salarié de reprendre ou non une activité concurrentielle. En d'autres termes, C'est ce qui explique par exemple que les clauses de non-concurrence valables vont s'appliquer quel que soit le motif qui a présidé au départ du salarié de l'entreprise. Ainsi, la contrepartie est due au salarié partant à la retraite, à celui qui démissionne comme à celui licencié (même pour faute grave. Un employeur ne peut pas sanctionner doublement un salarié ; lequel a déjà été licencié pour faute, il serait donc excessif de lui imposer, en plus, de respecter une obligation de non-concurrence de façon entièrement gratuite).

Lorsque la clause prévoit que la contrepartie ne sera pas supprimée mais minorée en cas de faute grave, le juge la considère comme nulle. Il dira simplement que cette clause est réputée non écrite simplement pour la disposition qui prévoit la minoration de la contrepartie. En effet, la contrepartie ne vise pas à compenser un préjudice mais vise d'abord à réparer l'atteinte portée à la liberté du travail du salarié. Le montant de la contrepartie ne doit donc pas être dérisoire et est dû en tout état de cause.

**3) Le paiement de la contrepartie pécuniaire :**

Le paiement de cette contrepartie ne peut intervenir avant la rupture du contrat de travail. Le faire avant est interdit, même si cette contrepartie pouvait être pleinement individualisée sur le contrat de travail ou dans le bulletin de salaire. Généralement versée en une seule fois à l'expiration du contrat de travail, elle peut être aussi versée mensuellement pendant toute la période couverte par la clause (c'est plus prudent parce que sinon il faudra réclamer au salarié les sommes indûment versées). Si après avoir reçu la contrepartie financière prévue, le salarié exerce une activité concurrente de son précédent employeur (autrement dit, il viole la clause), il pourra être condamné à lui rembourser la somme qu'il a reçue au prorata de la période durant laquelle il a violé son obligation de non-concurrence. Il appartiendra cependant à l'employeur de prouver que le salarié a violé la clause. Une clause du contrat de travail ne peut mettre cette preuve à la charge du salarié en lui demandant, par exemple, d'adresser à son ancien employeur une attestation de pôle emploi ou un bulletin de salaire. L'employeur peut évidemment engager une action en responsabilité contre son ancien salarié mais aussi, dans certains cas, contre le nouvel employeur de celui-ci. En effet, le nouvel employeur qui, en connaissance de cause (sciemment), a embauché un salarié dans ces conditions, commet une faute et engage sa responsabilité sur le fondement de [l'article 1241](#) du Code civil (ancien article 1383 du même Code). Enfin, comme la clause de non-concurrence peut représenter une charge financière assez lourde pour l'ancien employeur, ce dernier a toujours la possibilité d'y renoncer.

**C] La renonciation de l'employeur à l'égard de la clause de non-concurrence :**

Au moment de la rupture du contrat de travail, si une clause contractuelle le prévoit expressément, l'employeur pourra renoncer, unilatéralement, à faire valoir cette clause de non-concurrence qui a été stipulée, rappelons-le, dans l'intérêt de l'entreprise. Pour que la renonciation soit valable, elle doit avoir été prévue par une clause, être précise et encadrée dans un délai. Dans le cas où l'employeur renoncerait à faire jouer cette clause de non-concurrence, il serait dispensé de payer cette fameuse contrepartie pécuniaire. Il faut donc quand même que l'employeur exerce son droit de renonciation dans un délai raisonnable ; c'est à dire dans un délai très proche de la rupture du contrat de travail. La renonciation unilatérale, par l'employeur, à une clause de non-concurrence ne peut pas avoir pour finalité de priver le salarié du paiement de la contrepartie si le contrat ne lui en donnait pas l'autorisation.

Certaines clauses insérées dans les contrats de travail ne sont pas dénommées clause de non-concurrence et pourtant, elles y ressemblent furieusement (ex → clause de non-clientèle). Pour la Cour de cassation, ces clauses autrement dénommées doivent être assimilées à des clauses de non-concurrence.

**Exemple :**

- Une clause qui interdisait aux salariés d'entrer en contact avec les clients avec lesquels ils travaillaient jusqu'alors ; quand bien même les clients viendraient vers eux. La Cour de cassation a considéré qu'il y avait lieu d'appliquer les règles relatives aux clauses de non-concurrence.

## §2 - Les clauses d'essai :

Ces clauses d'essai ont été définies par la [Loi du 25 Juin 2008](#) à [l'article L1221-20](#) : « *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* ».

### A] La distinction entre l'essai et l'essai professionnel :

Dans le cas d'un essai au sens de « *test professionnel* », il s'agit encore de la phase de recrutement ; c'est à dire que le candidat que l'on va soumettre à cet essai professionnel n'est pas dans la situation réelle de l'emploi alors que dans l'essai il y est bel et bien. Autrement dit, la période d'essai n'est pas, ne correspond pas, à un avant-contrat (c'est une période d'expérimentation, certes, mais qui se situe au commencement de l'exécution du contrat, de la relation contractuelle de travail) et débute le jour où commence le contrat de travail. Les parties au contrat, employeur et salarié, ne peuvent pas convenir du report de la période d'essai.

### Exemple :

- Un salarié est recruté comme vendeur pour travailler à partir du 2 Septembre dans un magasin en travaux. Or, ces derniers prenant du retard, le magasin n'ouvre finalement ses portes que le 10 Septembre. En l'espèce, la Cour de cassation considère que malgré le report de l'ouverture, la période d'essai a bien commencé le 2 Septembre.

La question se pose également de savoir si, en cours de contrat, un employeur peut exiger une nouvelle période d'essai. Cette possibilité est strictement condamnée (complètement interdite) en cas de mutation d'un salarié dans la même entreprise. Afin de dissiper toute hésitation, la Cour de cassation corrige l'expression et parle simplement de « *période probatoire* » ; cela est important puisque, dans ce cas-là, il faut avoir obtenu l'accord du salarié. De surcroît, si la période probatoire n'est pas concluante, le salarié pourra retrouver son ancienne fonction sans risque de perdre définitivement son emploi.

### B] L'encadrement légal et jurisprudentiel de la période d'essai :

Un basculement s'est opéré avec la Loi du 25 Juin 2008 précitée. En effet, jusqu'alors seuls les contrats à durée déterminée (CDD) étaient assortis d'une période d'essai prévue et encadrée par la loi. En revanche, le législateur ne s'était jamais prononcé sur la question des périodes d'essai pour les contrats de droit commun (CDI). Dans cette dernière hypothèse, la période d'essai ne peut résulter que d'une lettre d'engagement du salarié ou de son contrat de travail. Autrement dit, elle ne peut plus résulter d'un simple usage ou d'une simple convention collective (comme cela a pu se faire dans le passé). Cette disposition figure désormais à [l'article L1221-23](#) du Code du travail qui précise que la période d'essai ne se présume pas.

#### 1) La détermination de la période d'essai :

La durée de la période d'essai a un caractère impératif et la loi prévoit la possibilité d'un renouvellement.

**a) Le caractère impératif de la période d'essai :**

La durée de l'essai doit être fixée dès l'engagement du salarié. Cette durée est variable mais [l'article L1221-19](#) du Code du travail en indique la durée maximale ; laquelle est de 2 mois pour les ouvriers et les employés, 3 mois pour les agents de maîtrise et les techniciens et 4 mois pour les cadres. Un seul renouvellement de la période d'essai sera autorisé si un accord de branche étendu le prévoit et dans les conditions prévues par [l'article L1221-21](#) du même Code. En vertu de l'article L1221-22, ces durées légales ont un caractère impératif. Néanmoins, certaines exceptions sont envisagées ; notamment lorsqu'une convention collective de branche, conclue avant l'entrée en vigueur de la Loi du 25 Juin 2008, prévoyait des durées d'essai supérieures.

**Exemple :**

- Si une convention collective de branche conclue avant la Loi du 25 Juin 2008 prévoyait qu'un cadre devait effectuer une période d'essai de six mois, cette durée sera maintenue quand bien même la disposition apparaît plus défavorable pour le salarié. Néanmoins, ces durées d'essai doivent demeurer raisonnables sous peine d'être déclarées inapplicables par le juge.

Le juge pourra tempérer l'exigence de la loi en se référant à la [Convention 158](#) de l'organisation internationale du travail ; laquelle est relative à la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur (c'est à dire au licenciement). Cette convention exige que la période d'essai soit fixée à l'avance mais également que celle-ci soit d'une durée raisonnable. Dans un arrêt du 4 juin 2009, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est directement référé à cette Convention pour juger qu'une période d'essai d'un an était déraisonnable au regard de la finalité poursuivie par celle-ci ([C. cass., Ch. Soc., 4 Juin 2009 – n°08-41359](#)). Le juge peut également utiliser [l'article L1221-20](#) du Code du travail qui précise que « *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* ».

50

Les durées légales de la période d'essai doivent être strictement entendues comme maximales. Par conséquent, le juge pourra très bien considérer qu'une période d'essai est déraisonnable même si elle ne dépasse pas la limite légalement fixée.

**Exemple :**

- Le juge pourra considérer qu'une période d'essai de quatre mois imposée à un salarié bénéficiant d'une grande expérience est déraisonnable.

Enfin, il faut savoir qu'est toujours possible le fait de prévoir une durée plus courte pour la période d'essai ; voire même d'y renoncer purement et simplement.

**b) La possibilité de reconduire la période d'essai :**

L'article L1221-21 du Code du travail précité dispose que la période d'essai ne peut être renouvelée qu'une fois ; à la condition qu'un accord de branche étendu le prévoie. Dans ce cas-là, la loi va plafonner ce renouvellement (le plafond est limité au doublement de la période initiale). Toutefois, pour être valable, ce renouvellement doit avoir été prévu, dès le départ, dans le contrat de travail.

SI la convention collective exige un accord écrit du salarié pour un renouvellement de la période d'essai, le contrat de travail ne peut pas prévoir ce renouvellement dès l'origine du contrat (faire huit mois d'un coup au lieu de faire deux fois quatre mois par exemple). Il n'est donc pas possible que le renouvellement s'impose dès le départ.

Le décompte de la période d'essai se fait en jours calendaires. Autrement dit, les jours fériés inclus dans cette période ne reculeront pas la fin de la période d'essai. Compte tenu de la finalité même de l'essai, il est logique et naturel que, si le salarié est absent (parce qu'il est malade par exemple), l'essai soit reporté d'autant.

## **2) La rupture de la période d'essai :**

Ici, la loi exige un délai de prévenance mais ne dit rien sur la motivation (en tout cas rien de façon expresse).

### **a) L'exigence d'un délai de prévenance :**

Initialement, la période d'essai pouvait être interrompue sans délai de prévenance ; aujourd'hui c'est obligatoire. Si c'est l'employeur qui décide de rompre l'essai, il doit en informer le salarié dans un délai allant de 24 heures à un mois. La loi est très précise à ce sujet et fixe des repères ; lesquels sont détaillés, à [l'article L1221-25](#) du Code du travail, en fonction de la durée de présence du salarié dans l'entreprise. L'avant-dernier alinéa de cet article précise que : « *la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut pas être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance* ». Autrement dit, l'employeur qui doit respecter ce délai de prévenance doit intégrer dans son calcul le délai de prévenance.

### **Exemple :**

- Si une période d'essai de quatre mois est renouvelée pour quatre mois supplémentaires, l'employeur devra signifier la rupture de l'essai au bout du septième mois. Autrement dit, il ne pourra pas attendre les quinze derniers jours.

Lorsque c'est le salarié qui décide de rompre l'essai, [l'article L1221-26](#) du Code du travail prévoit que le délai de prévenance soit de 48h (réduit à 24h si le temps de présence du salarié n'a pas excédé huit jours dans l'entreprise).

### **b) L'absence de motivation de la rupture :**

Pendant cette période d'essai, le contrat de travail peut être rompu librement par l'une ou l'autre des parties, à tout moment (sous réserve de respecter le délai de prévenance), mais surtout sans que la rupture ait à être motivée. Toutefois, si la rupture est intervenue de façon abusive, son auteur pourra être condamné à payer des dommages-intérêts à l'autre partie. La jurisprudence considère qu'il y a rupture abusive lorsque l'une des parties a fait preuve d'une légèreté blâmable ou à eu l'intention de nuire à l'autre.

- L'employeur prend un salarié. l'essai se passe très bien et ce salarié le prévient de son intention de déposer son préavis de départ du logement qu'il louait depuis plusieurs années afin de se rapprocher de son nouveau lieu de travail. L'employeur lui assure qu'il l'embauchera définitivement à la fin de la

période d'essai mais décide finalement de se séparer du salarié. En l'espèce, le juge considèrera qu'il y a une légèreté blâmable de la part de l'employeur.

Désormais, depuis la loi du 25 Juin 2008, le législateur a précisé la finalité de l'essai et, on peut en déduire que toute cause de rupture étrangère aux seules compétences du salarié pourra être considérée comme irrégulière. Avant même le vote de la loi, la Cour de cassation, dans un arrêt de 2007, avait jugé que la rupture d'une période d'essai pour un motif économique (difficultés économiques) était abusive dans la mesure où une telle justification n'avait absolument rien à voir avec les compétences personnelles du salarié. Après le vote de la loi, la jurisprudence a pu considérer que l'employeur commet un abus dans la rupture de la période d'essai lorsqu'il donne pour seul motif le refus du salarié de voir diminuer sa rémunération contractuelle.

Si l'employeur s'engage sur le terrain de la motivation (alors qu'il n'y est pas obligé) et invoque une faute grave, les juges considèrent que l'employeur se doit de respecter la procédure disciplinaire ordinaire. En effet, la procédure disciplinaire est une disposition d'ordre public. Ainsi, le seul fait d'invoquer la faute du salarié entraîne l'obligation du respect de cette procédure.

Il y a un autre cas où, malgré l'absence de motivation, le juge va pouvoir rechercher la véritable motivation. Lorsqu'aucune motivation n'est exigée pour rompre l'essai, en s'appuyant sur le principe de non-discrimination, le juge pourra contrôler la cause de la rupture et donc rechercher le vrai motif de celle-ci.

**Exemple :**

- La rupture du contrat de travail suite à la maladie du salarié durant la période d'essai est considérée par le juge comme un motif discriminatoire (l'employeur souhaitant manifestement écarter le salarié en raison de sa santé précaire).

Le salarié en période d'essai dispose des mêmes droits que les autres salariés. Par exemple, si le salarié pendant sa période d'essai est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, il bénéficiera du régime protecteur qui s'applique dans ce cas-là ; c'est à dire que l'employeur ne pourra pas prononcer la rupture de l'essai pendant toute la période de suspension. Dans le cas inverse, la rupture sera jugée nulle (c'est à dire que le contrat de travail devra normalement continuer de s'exécuter).

**§3 - Les autres clauses :**

**A] Les clauses de dédit-formation :**

En contrepartie d'une formation financée par l'entreprise elle-même, un salarié peut être tenu de rester au service de la société pendant une certaine durée. Le salarié qui voudrait quitter l'entreprise avant la fin de cette période devra rembourser une partie (parfois une grosse partie) des frais de formation. Ainsi, on constate que cette clause de dédit-formation constitue un sérieux risque d'atteinte à la démission du salarié ; notamment si les frais de dédommagement s'avèrent dissuasifs. Les juges se sont donc prononcés sur la validité de ces clauses et ont posé une double condition : ces clauses sont jugées licites dans la mesure où elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels allant au-delà des dépenses imposées par la loi ou une convention collective. Autrement dit, des frais de formation doivent avoir

été réellement engagés par l'entreprise et il faut que ces frais de formation soient supérieurs à ce qu'impose la loi. Le montant de l'indemnité que versera le salarié s'il se dédit doit être proportionné au frais de formation engagés.

**B] La clause de responsabilité pécuniaire :**

Cette clause est prévue notamment lorsqu'il y a, le plus souvent, un déficit d'inventaire ou des marchandises manquantes. Tout d'abord, première remarque, les risques d'exploitation ne peuvent être mis à la charge des salariés. Normalement donc, et par conséquent, ces clauses ne sont pas licites. En revanche, s'il est établi que le salarié a commis une faute, au préjudice de l'entreprise, sa responsabilité délictuelle pourra être engagée.

Des clauses sont très fréquemment insérées dans les contrats de travail pour mettre à la charge du salarié les franchises résultant d'un accident de la circulation survenu avec un véhicule de fonction. Dans ces cas-là, même si la responsabilité du salarié est engagée, les conséquences pécuniaires des fautes commises dans l'exécution du contrat de travail ne peuvent être mises à la charge du salarié que si celui-ci a commis une faute lourde (celle qui révèle l'intention de nuire à l'entreprise).

**C] La clause de mobilité :**

C'est une clause par laquelle un salarié s'engage, par avance, à accepter toute modification du lieu de travail (il accepte d'être muté dans un autre établissement). L'existence de cette clause présente un risque pour le salarié mais l'employeur n'a pas le pouvoir de procéder à la mise en œuvre de la clause de façon discrétionnaire ou arbitraire ; c'est à dire que l'employeur qui veut faire jouer cette clause doit être en mesure de démontrer qu'il en va de l'intérêt de l'entreprise. Le problème de l'intérêt de l'entreprise, c'est que cela fait référence à une donnée incertaine. Cette clause peut générer des difficultés pour le salarié ; notamment si elle est activée plusieurs années après son acceptation. Elle peut être aussi facteur de difficultés si l'entreprise continue de se développer et que le salarié ignorait, au moment où il a signé son contrat de travail, que de nouveaux établissements seraient ouverts à l'étranger. Pour ces raisons, la Cour de cassation contrôle les conditions de validité de la clause et a décidé que, désormais, toute clause de mobilité doit définir une zone géographique d'application de façon précise (la plus précise possible). La Cour de cassation a également affirmé que cette clause ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée. Autrement dit, la justice condamne les clauses qui organisent une mobilité sur l'ensemble du territoire national ; a fortiori sur plusieurs pays sans préciser lesquels. Elle sanctionne aussi les clauses qui prévoiraient qu'un salarié puisse être amené à travailler dans tous les établissements existants de l'entreprise voire, pire encore, dans des établissements qui pourraient être créés à l'avenir.

Par ailleurs, l'employeur est tenu d'exécuter le contrat de travail de bonne foi ; et pour cela, il doit tenir compte de la situation du salarié (y compris de sa situation familiale). Par exemple, il a été précisé qu'un employeur ne peut pas demander à un salarié une mutation rapide si ce dernier se trouve dans une situation familiale critique ([C. cass., Ch. Soc., 18 Mai 1999 – n° 96-44315](#)). Dans le même ordre d'idée, la Cour d'appel de Versailles a considéré, au vue de la [Convention 156](#) de l'organisation internationale du travail, que l'employeur qui choisit de muter une salariée revenant d'un congé maternité sur un lieu de travail particulièrement éloigné, et entraînant une augmentation importante du temps de transport afin de s'y rendre, abuse de son droit ([CA Versailles, 5 Septembre 2012, - n° 11-00637](#)).

Du reste, la mise en œuvre de la clause doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Eu égard à [l'article L1121-1](#) du Code du travail, la mise en œuvre de la clause de mobilité ne peut pas avoir pour effet de porter atteinte au libre choix de son domicile par le salarié, ni avoir pour effet d'entraîner une baisse de sa rémunération.

Enfin, cette clause ne peut pas permettre à un employeur d'exiger du salarié qu'il partage son travail entre deux établissements. La jurisprudence admet que des clauses de mobilité géographique puissent être insérées dans une convention collective ; à condition qu'elles ne soient pas déjà insérées dans un contrat de travail. Cela ne vaut que si la convention collective se suffit à elle-même et qu'elle définit précisément la zone géographique d'application ; et de surcroît, que si le salarié a été informé de l'existence de cette convention au moment de son engagement et qu'il ait pu la consulter. Si le salarié a été engagé avant que la convention collective ne prévoie de clause de mobilité, celle-ci ne pourra pas modifier le contrat de travail du salarié en lui imposant, après coup, ultérieurement, une clause qui n'y figurait pas.

### **D] Les clauses d'objectif :**

L'employeur va pouvoir déterminer des objectifs à atteindre pour le salarié. Cela relève de son pouvoir de direction : c'est lui qui fixe les objectifs. La détermination des objectifs peut évidemment conditionner, pour une grande partie, la part de rémunération dite « *variable* ». Il faut, cependant, que les objectifs fixés soient réalisables et qu'ils le soient compte tenu de la situation du marché ou des conditions d'exercice de l'activité.

## Chapitre 5

### Les contrats de travail de type particulier

Le recours aux contrats à durée déterminée présente des avantages incontestables. Du côté de l'employeur, l'avantage est indéniable puisqu'un contrat à durée déterminée permet de répondre aux exigences de souplesse et de flexibilité que réclament les entreprises. Du côté des salariés, l'avantage est faible mais il existe puisque celui-ci est quasiment assuré de garder cet emploi pour une durée établie à l'avance.

Jusqu'en 1972, il n'existait aucune réglementation sur les contrats à durée déterminée et cela favorisait des situations de précarité de l'emploi et multipliait les risques inhérents au caractère temporaire de ces contrats. A partir de 1972, le législateur va prendre conscience de ces difficultés et une première loi va venir légaliser le travail temporaire. En 1979, une autre loi est intervenue pour réglementer les contrats à durée déterminée. Mais, ces deux lois étant imparfaites, en 1982, va être présentée une ordonnance tout à fait essentielle qui va fixer deux principes majeurs. D'abord, elle précise que le contrat de travail est conclu, en principe, pour une durée indéterminée (Cf. [article L1221-2](#) du Code du travail). Le contrat à durée indéterminée est donc bien le contrat de droit commun ; les contrats à durée déterminée doivent demeurer exceptionnels. La seconde règle vise à pallier l'inégalité de traitement qui, jusqu'alors, pénalisait les salariés dit « *précaires* » par rapport aux salariés sous contrat à durée indéterminée. Cette règle garantit aux salariés recrutés sous contrat à durée déterminée le bénéfice des dispositions applicables aux salariés engagés sous contrat à durée indéterminée.

La multiplication très rapide de ces contrats à durée déterminée a constamment incité le législateur à renforcer les contraintes y étant attachées dans le but de dissuader les entreprises d'y recourir trop aisément. Pour donner un ordre d'idée, il y a aujourd'hui, dans le secteur privé, plus de 2,5 millions de salariés qui ont un contrat précaire.

55

---

#### Section 1

#### Le contrat à durée déterminée

La loi énumère les cas de recours autorisés, les modalités de conclusion de ces contrats ainsi que leur contenu et précise également les droits des salariés en cours d'exécution ou en fin du contrat. La loi énonce aussi trois cas dans lesquels il sera interdit de recourir à ce type de contrat. Ces trois cas, sont énumérés aux [articles L1242-5](#) et [L1242-6](#) du Code du travail. Le premier de ces cas concerne les entreprises qui viennent de procéder à un licenciement économique ; c'est à dire celles qui ont licencié pour motif économique dans les six mois précédents. Néanmoins, la loi aménage deux exceptions : 1° lorsque la durée du contrat n'est pas susceptible de renouvellement et n'excède pas trois mois et 2° lorsque l'entreprise est face à une commande exceptionnelle à l'exportation (dans ces deux cas, il sera possible de recourir au contrat à durée déterminée.) Ensuite, l'article L1242-6 concerne quant-à-lui les hypothèses dans lesquelles un employeur voudrait recruter des salariés sous contrat à durée déterminée pour remplacer des grévistes. Or, un tel recours au contrat à durée déterminée dans ces conditions est de nature à heurter une liberté à valeur constitutionnelle (tenter de contourner ou de briser une grève n'est pas acceptable). Enfin, la troisième interdiction vise l'emploi de salariés sous contrat à durée déterminée pour leur faire effectuer des travaux particulièrement dangereux.

Lorsque des parties (des personnes) sont déjà liées par un contrat à durée indéterminée en cours d'exécution, il n'est pas possible de conclure un contrat à durée déterminée ; c'est-à-dire de passer de l'un à l'autre (ce changement serait, bien entendu, dénué de toute valeur juridique). Ainsi, la Cour de cassation rappelle-t-elle l'interdiction pour un salarié, mais également pour un employeur, de renoncer par avance à se prévaloir des règles relatives au licenciement. Cette solution vise donc à condamner les pratiques d'entreprises qui chercheraient, de cette façon, à contourner le droit au licenciement.

## §1 – La possibilité de recourir au contrat à durée déterminée

[L'article L1242-1](#) du Code du travail dispose que : « un contrat de travail à durée déterminée, 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 ». La loi va énumérer ensuite les cas dans lesquels il est possible de recourir au contrat à durée déterminée. D'abord, le recours à ces contrats est destiné à satisfaire les besoins de l'entreprise. Ensuite, ce recours permet aussi de remplir un objectif de lutte contre le chômage en recrutant certaines catégories de personnes sans emploi (chômeurs → les contrats d'insertion ou de réinsertion). Enfin, le recours à ces contrats peut également permettre d'assurer un complément de formation professionnelle à un salarié.

La liste limitative énoncée par [l'article L1242-2](#) du Code du travail fait apparaître cinq rubriques à l'intérieur desquelles sont introduites des différences variables.

### A] Le remplacement d'un salarié absent :

56

Sont visées en l'espèce toutes les absences possibles des salariés (et ce, quelle qu'en soit la cause - cela peut être la maladie, un accident, la maternité, un congé parental d'éducation mais également tout autre congé). Cela vise aussi bien les absences de l'entreprise que les absences d'un poste. En général, il s'agit d'absence à caractère provisoire (le salarié n'est pas là mais il reviendra) mais il peut aussi s'agir d'absence à caractère définitif. Ces absences peuvent nécessiter un remplacement.

#### Exemple :

- Un salarié qui occupe des hautes fonctions quitte une entreprise. Pour le remplacer, l'entreprise souhaite recruter un individu qui n'est pas immédiatement disponible (il doit honorer un préavis dans une autre société). Dans ce cas-là, il sera possible, avant l'arrivée de cette personne indisponible, d'avoir recours à un contrat à durée déterminée afin de ne pas laisser le poste vacant.

En outre, il faut que le remplaçant soit nommément désigné. Enfin, il faut que chaque contrat corresponde au remplacement d'un seul absent ; chaque fois précisément désigné. En effet, il n'est pas possible de faire du deux en un ; c'est à dire qu'il n'est pas possible de conclure, dès le départ, avec un seul salarié (le même salarié), un seul contrat à durée déterminée pour remplacer plusieurs salariés qui seront successivement absents dans les jours ou semaines à venir.

Lorsqu'un employeur conclut un contrat à durée déterminée, il n'a pas l'obligation d'affecter le salarié recruté à titre de remplacement sur le poste qu'occupe le salarié absent. En effet, il est possible de procéder à des remplacements en cascade.

**Exemple :**

- Le Salarié A est absent. On recrute un salarié B pour le remplacer. Or, le poste du salarié A est particulier et nécessite quelqu'un qui connaît bien l'entreprise. Il se trouve que l'entreprise compte parmi ses effectifs un salarié C qui est plus compétent pour remplacer le salarié A. En l'espèce, le salarié B pourra être affecté au remplacement du salarié C.

Ce remplacement en cascade, interdit jusqu'à très récemment, facilite aujourd'hui les choses dans les entreprises.

**B] L'accroissement temporaire d'activité de l'entreprise :**

Il s'agit d'un surcroît d'activité qui peut être régulier ou non, occasionnel ou pas : peu importe ! L'employeur va pouvoir envisager, par exemple, le recours à des contrats à durée déterminée pour des travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité. Il peut également y faire appel pour une tâche exceptionnelle qui ne relève pas de l'activité normale de l'entreprise. Cela peut donc être, par exemple, la mise en place d'une informatisation d'un service, une commande à l'exportation, la traduction de produits exportés, etc. Néanmoins, le rachat d'un magasin qui s'inscrirait dans l'activité normale de l'entreprise ne justifiera pas le recours à un contrat à durée déterminée. Ce fut le cas d'une entreprise qui avait racheté un magasin et recruté un salarié sous contrat à durée déterminée afin d'en assurer la gestion. Selon la Cour de cassation, un tel rachat est une activité normale justifiant la conclusion d'un contrat à durée indéterminée.

**C] Les archétypes de contrats à durée déterminée :**

**1) Les contrats saisonniers :**

Les contrats saisonniers se développent essentiellement dans les secteurs de l'agriculture, l'agroalimentaire (conserverie, etc.) et le tourisme. La qualification de « *contrat saisonnier* » est parfois délicate mais ce qu'il faut retenir c'est que ce type de contrat ne peut avoir qu'une durée maximale de huit mois. Selon la Cour de cassation, l'emploi saisonnier « *concerne des tâches normalement appelées à se répéter chaque année, à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs* » ([C. cass., Ch. Soc., 12 Octobre 1999 – n°97-40915](#)).

**Exemple :**

- Une société commercialise des pizzas, quiches et autres en toute saison (été comme hiver). À certaine période de l'année, elle connaît un accroissement de sa production. Elle recrute pour ces périodes des saisonniers (enfin, c'est ce qu'elle croit). En l'espèce, les juges ne vont pas accepter la qualification d'emplois saisonniers puisqu'il s'agit là de son activité normale et que de tels pics d'activité sont des phénomènes connus dans toutes les entreprises.

Les emplois saisonniers peuvent bénéficier d'une clause de reconduction pour la saison suivante. Les conventions collectives peuvent même obliger les employeurs à proposer, pour la saison suivante, un emploi de même nature. Attention, cela n'est qu'une priorité d'emploi et non pas une garantie d'emploi. La faculté pour un employeur de conclure des contrats à durée déterminée successifs avec le même salarié n'est assortie d'aucune condition ; au-delà de laquelle s'instaurerait entre les parties une relation de travail à durée indéterminée.

**2) Les contrats d'usage :**

Ce sont des contrats relevant de certains secteurs d'activité définis par décret, par une convention collective ou un accord collectif étendu. En ce qui concerne les secteurs d'activité définis par décret, ils sont énumérés à [l'article D1242-1](#) du Code du travail ; lequel évoque quatorze hypothèses (le déménagement, l'hôtellerie et la restauration, le sport professionnel, les spectacles, l'enseignement et la formation, etc.). L'énoncé de cette liste est toujours susceptible de modification. D'une manière générale, l'activité en question ne doit pas être permanente et doit correspondre à des travaux déterminés et limités dans le temps.

Pour recourir au contrat d'usage, il faut s'attacher à vérifier qu'il s'agit bien d'un emploi, par nature, temporaire et, d'autre part, il faut s'assurer que l'on se trouve bien dans le secteur d'activité concerné soit par le décret, soit par la convention collective. En 2008, la Cour de cassation a dû opérer un revirement de jurisprudence en se fondant sur une directive du 28 Juin 1999 imposant au juge de vérifier si le recours à des contrats à durée déterminée successifs est justifié par des raisons objectives ; lesquelles se déduisent de l'existence d'éléments concrets permettant d'établir le caractère, par nature, temporaire de l'emploi ([C. cass., Ch. Soc. 23 Janvier 2008, 06-43040](#)).

Dans un secteur d'activité déterminé, pour savoir si l'entreprise fait partie de celles qui peuvent avoir recours à ce type de contrat, il faut regarder quelle est l'activité principale de celle-ci et non pas l'activité du salarié.

**Exemple :**

- Un formateur engagé par une banque ne peut l'être sur le fondement de l'article D1242-2 car, si l'enseignement fait bien partie de la liste visée par le décret, en revanche, le secteur bancaire ni figure pas.

58

Le recours au contrat d'usage peut également être prévu par voie de conventions collectives ; lesquelles doivent être étendues. En revanche, une convention collective ne peut pas faire échec à la loi en prévoyant, par exemple, que tel type d'emploi est par nature temporaire alors qu'il n'en est rien.

**Exemples :**

- La convention collective de l'hôtellerie et de la restauration prévoyait que la plupart des emplois de ce secteur étaient ceux pour lesquels le recrutement par contrat d'usage était valable. La Cour de cassation va rappeler qu'une pré-qualification telle est contraire à l'esprit de la loi ; tout simplement parce que ces emplois-là ne sont pas, par nature, temporaires ! On ne peut donc pas multiplier les contrats d'usage avec la même personne.
- C'est le même raisonnement qui fut appliqué pour le secteur des spectacles. En effet, la Cour de cassation indique maintenant que la détermination par accord collectif ne dispense pas le juge, en cas de litige, de vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère, par nature, temporaire de l'emploi concerné. Les contrats d'usage sont donc possibles dans des conditions très précises.

**D] Les contrats à durée déterminée à objet défini :**

Ces contrats à durée déterminée à objet défini ont été initialement institués, à titre expérimental pour une durée de cinq ans, par la [Loi du 25 juin 2008](#) portant modernisation du marché du travail ; ils ont finalement été pérennisés à [l'article L1242-2](#) du Code du travail par la [Loi du 20 Décembre 2014](#). Ils correspondent aussi à ce que l'on appelle des « *contrats de projet* ». Ce type de contrats permet de recruter exclusivement des ingénieurs et des cadres pour la réalisation d'un projet nécessitant une période de travail allant de 18 mois minimum à 36 mois maximum (1,5 an à 3 ans). Les caractéristiques de ce contrat tiennent aux conditions particulières de rupture : elle ne peut intervenir avant 18 mois et, ensuite, qu'après la date anniversaire (la deuxième échéance est donc fixée à 24 mois). Si l'employeur est à l'origine de la rupture, il devra respecter un délai de prévenance de deux mois. Ce qu'il faut noter, c'est la rareté des recours à ces contrats de projet. Pourquoi ? Tout simplement parce que les conséquences de la rupture sont, dans ce cas-là, beaucoup plus lourdes que celles qui résulteraient d'un licenciement.

## **§2 – La formalisation des contrats à durée déterminée**

Le formalisme des contrats à durée déterminée est détaillé aux [articles L1242-12](#) et suivants du Code du travail. Le contrat de travail à durée déterminée doit obligatoirement être constaté par écrit et doit être transmis au salarié, au plus tard, dans les deux jours qui suivent sont embauches ([article L1242-13](#) → deux jours ouvrables). Il doit être rédigé en français et signé par l'employeur et le salarié. Certaines mentions devront obligatoirement être inscrites dans ce contrat et leur absence pourra entraîner la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée. Toutefois, ces mentions n'ont pas toutes exactement la même importance. Parmi les mentions essentielles, il faut prêter une attention particulière à celle concernant la fixation du terme du contrat ; échéance qui peut être plus ou moins précise.

### **A] Les mentions obligatoires :**

Le contrat à durée déterminée doit toujours retranscrire explicitement un seul motif de recours. Il doit comporter, entre autres, le nom et la qualification professionnelle du salarié, le poste de travail occupé, la durée de la période d'essai éventuelle, etc. Toutes ces mentions vont permettre, en cas de litige, de vérifier si l'égalité de traitement (notamment l'égalité de rémunération) a bien été respectée.

En outre, le salarié doit avoir connaissance de sa rémunération et des différentes composantes de celle-ci (y compris les primes). Le contrat doit également mentionner la convention collective applicable. Enfin, il doit préciser soit une date d'échéance (terme du contrat) ; soit une durée minimale s'il ne comporte pas de termes précis.

### **B] La détermination du terme du contrat :**

La suspension du contrat à durée déterminée (par exemple pour maladie) ne fait pas obstacle à l'échéance du terme et ne permet donc pas de repousser le terme initialement prévu.

#### **1) Les contrats à terme précis :**

[L'article L1242-7](#) du Code du travail précise que le contrat à durée déterminée doit comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion. Ce terme peut prendre deux formes : ce peut être une date précise ou, à défaut, une durée déterminée par avance. Lorsqu'il est assorti d'un terme précis, le contrat est limité à une durée maximale de 18 mois (renouvellement compris). Néanmoins, il existe de nombreuses exceptions. Ainsi, par

exemple, pour les contrats exécutés à l'étranger, ou pour des commandes exceptionnelles à l'exportation, cette durée maximale passe à 24 mois (avec une période minimale de six mois. La durée initiale peut être plus courte dans l'attente d'un salarié nouvellement recruté qui n'est pas disponible immédiatement, ou pour des travaux urgents nécessités par des impératifs de sécurité).

## **2) Les contrats à terme imprécis :**

Dans certains cas, il est très difficile, voire impossible, de prévoir la date à laquelle se terminera le contrat.

### **Exemple :**

- Une salariée qui part en congé maternité : à la fin du congé prendra-t-elle un congé parental d'éducation ? Difficile de le prévoir précisément à l'avance.
- Cas des contrats saisonniers : combien de temps va durer une saison ? Difficile de le dire.

Lorsque le contrat est conclu sans terme précis, il faut que soit prévue une durée minimale représentant une certaine garantie d'emploi. Les parties restent libres de déterminer cette durée minimale. Si le contrat prévoit une durée minimale trop courte, le salarié pourra partir une fois l'échéance réalisée. En revanche, si elle est trop longue, le salarié est lié pour toute la durée prévue. Lorsque la durée n'est pas fixée avec précision, le terme du contrat correspondra soit à la fin de l'absence du salarié malade ; soit à la réalisation de l'objet pour lequel ce contrat a été conclu (ex → la fin de saison d'hiver).

60

Les contrats de travail à terme imprécis peuvent parfois s'exécuter sur une longue durée (la jurisprudence a déjà pu constater des renouvellements de contrats à terme imprécis pendant plus de dix ans). Certains salariés ont tenté de faire requalifier des contrats à terme imprécis sur des très longues durées en contrats à durée indéterminée. Les juges repoussent néanmoins cette argumentation puisque la Cour de cassation fait savoir que la longue durée n'est pas, à elle seule, une cause de requalification d'un contrat à durée déterminée (ce notamment lorsque le contrat stipule une durée minimale ou un objet défini).

## **C] Le renouvellement du contrat à durée déterminée :**

Initialement, le contrat à durée déterminée ne pouvait être renouvelé qu'une seule fois ; désormais, depuis 2015, cette possibilité a été doublée ([article L1242-8](#) du Code du travail). Le renouvellement du contrat ne peut pas avoir pour effet de déborder au-delà de la durée maximale prévue par la loi (18 ou 24 mois). Ce renouvellement n'est possible que si le salarié en a été informé au moment de la signature du contrat, ou en cours d'exécution de celui-ci. Néanmoins, dans cette dernière hypothèse, il faut que ce renouvellement fasse l'objet d'un avenant au contrat avant l'échéance du terme.

Lorsqu'un employeur veut faire appel à un même salarié, avec des contrats successifs, pour occuper le même poste, [l'article L1244-3](#) du Code du travail prévoit que doit respecter un délai de carence calculé en fonction de la durée initiale du contrat. Ce délai de carence est codifié par la loi et correspond soit « *au tiers de la durée du contrat venu à expiration si la durée du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses deux renouvellements, est de quatorze jours ou plus* » ; soit « *à la moitié de la durée du contrat venu à expiration si la durée du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses deux renouvellements, est inférieure à quatorze jours* ». Pour l'appréciation

de ce délai de carence, le calcul se fait uniquement sur les jours d'ouverture de l'entreprise. Toutefois, [l'article L1244-4](#) du Code du travail précise tous les cas dans lesquels ce délai de carence ne s'appliquera pas. Ainsi, par exemple, le délai de carence ne s'applique pas en cas de remplacement d'un salarié absent, pour les travaux urgents, pour les contrats saisonniers, pour les contrats d'usage, etc.

### **§3 - La requalification du contrat :**

Cette requalification est prévue par [l'article L1245-1](#) du Code du travail. La sanction du non-respect de certaines exigences légales va pouvoir entraîner la requalification du contrat. Les juges peuvent sanctionner les manquements aux conditions de fond (non-respect des voies de recours, règles relatives au terme, etc.). Mais la requalification est encourue également pour les conditions de forme (l'absence d'écrit, l'absence signature, etc.).

#### **A] La violation des conditions de forme :**

Si le contrat n'est pas écrit ou s'il n'est pas signé, il sera réputé comme étant un contrat à durée indéterminée (et c'est une présomption irréfragable). Ceci vaut dans tous les cas sauf si le salarié agit de manière délibéré et lorsque sa mauvaise foi est apparue comme manifeste (ex → il fait exprès de ne pas signer). En l'absence de contrat écrit, l'employeur ne pourra en aucune façon écarter la présomption instituée par la loi.

#### **Exemple :**

- La Cour de cassation a fait application de cette solution aux contrats à durée déterminée. Ce qui est étonnant c'est que, dans un arrêt de 2012, les juges ont accepté de requalifier un contrat de travail à durée déterminée qu'un salarié avait délibérément refusé de signer. Malgré l'insistance de l'employeur, la Cour de cassation a considéré que le salarié n'était pas de mauvaise foi ([C. cass., Ch. Soc., 7 Mars 2012 – n°10-12091](#)).

61

---

La requalification sera également prononcée en cas de transmission tardive du contrat. Les juges, dans ce cas-là, vont être saisis de manière particulière puisqu'il n'y a pas d'étape de conciliation devant le Conseil de Prud'hommes ; le bureau de jugement est directement saisi et doit statuer dans le mois suivant la saisine. Toutes ces dispositions ont été édictées dans un souci de protection du salarié. Pour cette raison, le salarié et lui seul peut se prévaloir de leur inobservation. Ainsi, en l'absence d'écrit, le salarié peut demander au juge soit la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée ; soit rapporter la preuve que le contrat conclu verbalement est bien un contrat à durée indéterminée.

#### **B] Le non-respect des conditions de fonds :**

##### **1) Le remplacement des salariés absents :**

Le renouvellement de contrats à durée déterminée successifs sur une longue durée, et avec le même salarié, pour assurer le remplacement de plusieurs salariés absents doit pouvoir entraîner la requalification de ces différents contrats en contrats à durée indéterminée.

#### **Exemple :**

- Une salariée est engagée comme receveuse de péage pour remplacer un salarié absent. Par la suite, la société d'autoroutes lui propose plusieurs contrats successifs afin de remplacer d'autres salariés absents. Les juges pourront requalifier le contrat s'ils constatent que ces absences régulières et prévisibles nécessitaient l'embauche d'un salarié supplémentaire de manière permanente.

En revanche, si les contrats à durée déterminée ont été conclus pour remplacer des salariés absents mais sur des postes différents, alors, il n'y a pas lieu de prétendre à une requalification.

## **2) L'accroissement temporaire d'activité :**

L'accroissement temporaire d'activité apparaît comme le motif idéal pouvant servir de justification dans de nombreuses situations. C'est pour cela que les juges seront particulièrement attentifs à la manière dont il est utilisé.

### **Exemple :**

- Régulièrement, le Grand-Palais organise des expositions temporaires pour lesquelles sont recrutés des agents de sécurité. À cette fin, le musée recrute plusieurs salariés sur une période de quatre ans avec des contrats à durée déterminée successifs. Les salariés demandent au juge de constater qu'ils sont devenus des salariés sous contrat à durée indéterminée. En l'espèce, les magistrats vont accueillir favorablement leur demande en considérant que les expositions temporaires se succédant les unes aux autres, les besoins en sécurité ne sont pas ponctuels mais permanents.

62

Le recours aux contrats à durée déterminée peut trouver pour justification un accroissement temporaire d'activité si l'entreprise connaît effectivement des pics d'activité ; encore faudra-t-il établir que ces pics de production ne s'inscrivent pas dans un mouvement naturel de commandes ([C. cass., Ch. Soc., 1<sup>er</sup> Février 2012 – n°10-26647](#)).

## **3) Les contrats saisonniers :**

Lorsqu'un contrat saisonnier a été conclu avec le même salarié pendant plusieurs saisons consécutives et qu'il correspond, en réalité, à l'entière période d'activité de cette entreprise, les juges vont considérer que le contrat a été utilisé pour pourvoir un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise.

### **Exemple :**

- Un salarié employé dans la même station de ski pendant plus de vingt ans sur toute la période hivernale. Il y a requalification puisque le salarié participe à l'activité normale et permanente de l'entreprise. En effet, selon la Cour de cassation, la relation de travail s'étant créée entre les parties est d'une durée globale indéterminée.

Néanmoins, l'emploi va rester saisonnier dès lors que les contrats ne correspondent qu'à une partie de la saison ou que le salarié est employé pendant toute la durée de la saison dans une entreprise qui, par exemple, va faire des récoltes saisonnières tout au long de l'année ([C. cass., Ch. Soc., 26 Octobre 2011 – n°09-43205](#)). La requalification est une sanction qui ne peut être prononcée que par le juge à la demande d'un salarié. Elle a lieu lorsque l'employeur n'a pas respecté les règles de forme. Quant aux conditions de fonds, il y aura requalification lorsque le motif utilisé par l'employeur est un faux motif.

#### **4) Les contrats d'usage :**

Des dérives jurisprudentielles avaient conduit à admettre la multiplication des contrats à durée déterminée s'agissant de contrats d'usage ; ce qui était contraire à l'esprit et à la lettre de [l'article L1242-2](#) du Code du travail. En effet, cette disposition vise expressément le caractère par nature temporaire de ces emplois. Un arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes a d'ailleurs rappelé les limites de ces cas de recours ([CJCE, 4 Juillet 2006, Konstantinos Adeneler c/ Ellinikos Organismos Galaktos](#)). La Cour de cassation, pour se mettre en conformité avec le droit communautaire, a dû opérer un revirement de jurisprudence. Par deux arrêts du 23 Janvier 2008, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que lorsque des contrats d'usage ne correspondent pas à des contrats par nature temporaires, et peuvent être rattachés à l'activité normale et permanente de l'entreprise, ils doivent être requalifiés en contrat à durée indéterminée ([C. cass., Ch. Soc., 23 Janvier 2008 – n°06-44197](#)). L'employeur ne pourra donc écarter la présomption légale de contrat à durée indéterminée s'il n'a pas respecté les conditions de forme ou de fond. Il ne pourra pas non plus changer de motif en cas de contestation sur la qualification du contrat.

La requalification prononcée à titre de sanction va entraîner la condamnation de l'employeur à verser au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire. Néanmoins, il existe un cas, et un seul, où l'employeur pourra demander la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée : lorsque le contrat ne contenait pas de terme. Dans ce cas-là, la requalification demandée par l'employeur peut être prononcée par le juge mais l'indemnité d'un mois n'est plus due.

### **§3 - Les droits du salarié sous contrat à durée déterminée**

Ces droits sont les mêmes que ceux dont bénéficient les salariés sous contrat à durée indéterminée ; cela résulte d'un grand principe du droit du travail qu'est l'égalité de traitement. Il s'agira des mêmes droits que ceux-ci résultent de la loi, d'une convention collective ou d'usages particuliers. En revanche, les droits ouverts aux salariés sous contrat à durée indéterminé, en cas de rupture de leur contrat de travail (c'est à dire les droits issus du licenciement), sont refusés aux salariés sous contrats à durée déterminée. Autrement dit, les droits rattachés au licenciement ne concernent que les salariés sous contrat à durée indéterminée (pas de licenciement en matière de contrat à durée déterminée ; seule existe la rupture du contrat).

Le principe de l'égalité de traitement entre salariés a une portée générale et il ne peut y être dérogé. En ce qui concerne la rémunération, un salarié sous contrat à durée déterminée percevra la même rémunération que celle que percevrait un salarié sous contrat à durée indéterminée ; en tenant compte bien évidemment de deux paramètres importants que sont la qualification et l'ancienneté. Autrement dit, à qualification équivalente, la rémunération ne pourra pas être inférieure à celle d'un salarié occupant la même fonction mais ayant un contrat différent. Le niveau de rémunération va être apprécié par rapport à ce que percevrait un salarié sous contrat à durée indéterminée à la fin de sa période d'essai. La violation du principe d'égalité des rémunérations est sanctionnée pénalement par une amende de 3.750 euros (sanction qui est directement posée par [l'article L1248-8](#) du Code du travail).

En ce qui concerne les congés payés, c'est parfois plus délicat. Comme tous les salariés, ceux en contrat à durée déterminée bénéficient de cinq semaines de congés payés par an. Le problème, c'est que bien souvent, ces jours de congés ne peuvent être pris pendant la durée du contrat parce que celui-ci est trop court. Par conséquent, le

salarié aura droit à une indemnisation compensatrice de congés payés au titre des droits acquis en fonction du travail effectivement accompli ; à savoir, deux jours et demi par mois de travail effectif.

Les horaires collectifs de travail seront les mêmes que tous les autres salariés ; sauf exception pour certains contrats dits de « *fin de semaine* ». Ainsi, il est hors de question de demander à un salarié en contrat à durée déterminée d'effectuer des horaires autres que ceux de l'ensemble du personnel (arriver plu tôt, finir plus tard, etc.). Ces salariés sont soumis aux mêmes règles en matière de santé et de sécurité et se verront appliquer les mêmes dispositions en matière de droit disciplinaire.

[L'article L1242-10](#) du Code du travail précise qu'une période d'essai peut être imposée en matière de contrat à durée déterminée. La loi précise d'ailleurs cette durée puisque la 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 (un mois lorsque la durée initiale du contrat est supérieure à six mois). En revanche, la période d'essai, pour les contrats sans terme précis, sera calculée en fonction de la durée minimale qui doit obligatoirement être prévue dans ce type de contrats (ainsi quand on prévoit la durée limitée, il faut préciser la durée de la période d'essai). La période d'essai exprimée en jours se décompte de manière calendaire suite à un revirement de jurisprudence ([C. cass., Ch. Soc., 29 Juin 2005 – 05-45701](#)).

#### §4 - La fin du contrat à durée déterminée

Cette fin peut intervenir soit à l'arrivée du terme initialement prévu ; soit à la réalisation de l'objet pour lequel le contrat à durée déterminée a été conclu. Avant le terme, précis ou imprécis, aucune rupture anticipée n'est envisageable. Toutefois, la loi prévoit cependant quelques cas où il peut y avoir rupture anticipée du contrat à durée déterminée. De plus, lorsque ce type de contrat prend fin, le salarié pourra prétendre à certaines indemnités.

##### A] Les cas de rupture anticipée :

Ces cas de rupture anticipée sont prévus par les [articles L1243-1](#) et [L1243-2](#) du Code du travail. Ces cas de rupture anticipée sont au nombre de cinq. Tout d'abord, le contrat peut être rompu de manière anticipée par le commun accord des parties. Ensuite, il peut être rompu en cas de faute grave du salarié ou de l'employeur. Il peut également être rompu en cas de force majeure ou, depuis 2011, en cas d'inaptitude médicale (et non pas en cas d'inaptitude professionnelle) constatée par le médecin du travail. Enfin, l'article L1243-2 du Code du travail prévoit que le contrat puisse être rompu pour permettre la conclusion d'un contrat à durée indéterminée.

En cas de faute grave, celle qui rend impossible la continuation du contrat de travail sans être préjudiciable à l'entreprise, la rupture doit être concomitante à l'envoi de la lettre de rupture. Le raisonnement tenu par le juge c'est que si la faute est grave, il faut rompre le contrat de suite, sans attendre (la gravité implique l'immédiateté). En effet, la jurisprudence a précisé qu'un délai de cinq jours entre l'envoi de la lettre de rupture et la rupture effective peut faire douter de la réelle gravité de la faute invoquée par l'employeur ([C. cass., Ch. Soc., 25 Janvier 2012 – n°09-42985](#)). Si le contrat à durée déterminée est rompu avant son terme pour faute grave du salarié, il faudra respecter la procédure disciplinaire. Ainsi, si la procédure disciplinaire n'a pas été respectée alors la rupture sera jugée abusive et le salarié pourra se voir attribuer des indemnités. La faute grave de l'employeur, quant-à-elle, peut résulter, le plus souvent, d'un non-paiement des salaires à l'échéance ou du non-respect des temps de repos des salariés.

En ce qui concerne la force majeure, la jurisprudence en a précisé la portée. Par exemple, la cessation volontaire d'activité par l'employeur (fermeture d'entreprise) n'est pas un cas de force majeure. De la même façon, des difficultés financières ne sont pas considérées comme un cas de force majeure justifiant une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée.

**Exemple :**

- Hôtel-restaurant aux Antilles (la belle créole) : après le passage d'une tempête ayant ravagé l'établissement, le responsable est contraint de rompre les contrats de ses salariés pour force majeure. En l'espèce, les juges réfutent la référence à la force majeure parce qu'ils estiment que tout le monde doit être assuré et que les assurances vont permettre d'amortir les dégâts et de reconstruire les bâtiments. Par conséquent, la poursuite de l'activité, bien que différée, n'est pas rendue impossible du fait des conditions climatiques exceptionnelles ([C. cass., Ch. Soc., 12 Février 2003](#)).

En ce qui concerne le motif de rupture du contrat pour cause d'incapacité médicale du salarié constaté uniquement par un médecin du travail (l'incapacité constaté par un médecin traitant n'est pas valable), il est issu de la [Loi du 17 Mai 2011](#). Quelle que soit la cause de l'incapacité (que ce soit une cause d'origine professionnelle ou non), celle-ci engendrera la rupture anticipée du contrat de travail.

Enfin, l'article L1243-2 du Code du travail énonce un dernier cas de rupture anticipée qui correspond à l'hypothèse dans laquelle le salarié peut justifier (il faudra en apporter la preuve) qu'il a été embauché dans une autre entreprise en contrat à durée indéterminée. Le législateur a donc voulu donner la préférence aux emplois stables plutôt qu'aux emplois précaires. Dans ce cas-là, le salarié devra respecter un préavis calculé à raison d'un jour par semaine compte tenu de la durée totale du contrat lorsque celui comporte un terme précis ou de la durée effectuée lorsqu'il ne comporte pas de terme précis ; ce préavis ne pouvant en toute hypothèse dépasser deux semaines

Si l'un de ces motifs peut être invoqué, la rupture anticipée sera valable. A l'inverse, lorsque la rupture anticipée ne repose sur aucun des motifs prévus par la loi et qu'elle est le fait de l'employeur (ex → difficultés économiques), le salarié pourra prétendre à des dommages-intérêts d'un montant égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'à la fin du contrat ; et ce, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat. La même solution s'applique si, de l'autre côté, c'est le salarié qui a rompu le contrat en raison d'une faute grave de l'employeur. Les dommages-intérêts fixés par [l'article L1243-4](#) du Code du travail constituent une réparation forfaitaire minimale (le juge ne pourra réduire le montant de cette indemnité). Dans le cas où la rupture anticipée est du fait du salarié, les dommages-intérêts qu'il devra verser à l'employeur vont être établis, par le juge, en fonction du préjudice subi par l'employeur ; à condition que l'employeur puisse établir la réalité de ce préjudice. Ainsi, par exemple, si l'employeur demande des dommages-intérêts au salarié ayant rompu son contrat de travail alors que dès le lendemain de cette rupture un nouveau salarié est recruté pour le remplacer, le juge considérera le préjudice comme faible et les dommages-intérêts seront peu élevés.

**B] L'indemnité de précarité :**

C'est l'indemnité de fin de contrat qui vise à compenser la précarité dans laquelle se trouve le salarié. Cette indemnité est prévue par [l'article L1243-8](#) du Code du travail. Elle n'est pas due lorsque le salarié rompt le contrat de façon anticipée (il ne peut se plaindre d'une précarité qu'il aggrave). Elle n'est pas non plus due

lorsque le salarié a commis une faute grave. De surcroît, et de manière générale, il n'y a pas d'indemnité de précarité en matière de contrats saisonniers, de contrats d'usage et pour les jeunes salariés ayant conclu des contrats courts pour occuper leurs vacances scolaires ou universitaires. Enfin, elle n'est pas due non plus lorsqu'un salarié refuse de poursuivre la relation contractuelle avec le même employeur qui lui aurait proposé un contrat à durée indéterminée.

Dans les cas où elle est due, cette indemnité est calculée sur la base de 10% de la rémunération totale brute perçue par le salarié au cours du contrat. Cette indemnité représente un complément de salaire et sera donc assujettie à l'impôt et aux cotisations sociales. Cette indemnité de précarité peut, dit la loi, être réduite par voie de convention collective jusqu'à un taux de 6% (elle peut donc diminuer de 4 points). Le législateur fixe une condition pour que l'indemnité soit réduite : il faut que la convention collective prévoie des contreparties (comme, par exemple, un accès privilégié à la formation professionnelle) ; lesquelles seront interprétées de manière stricte par les juridictions.

### **Exemples :**

- Dans un arrêt du 11 Juillet 2007 la cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en décidant que ce taux réduit (6%) n'est applicable que si l'employeur a effectivement proposé au salarié un accès à la formation professionnelle ([C. cass., Ch. Soc. 11 Juillet 2007 – n°06-41765](#)).
- Dans un arrêt du 3 juillet 2012, la Cour de cassation décide qu'un simple rappel dans le contrat de travail du dispositif général dans lequel pouvait s'inscrire une formation demandée par une salariée ne constitue pas une offre de formation effective répondant aux exigences légales et conventionnelles ([C. cass., Ch. Soc., 3 Juillet 2012 – n° 11-16269](#)).

### **C] La poursuite du contrat entre les mêmes parties :**

[L'article L1243-11](#) du Code du travail précise que lorsqu'un salarié engagé sous contrat à durée déterminée poursuit sa relation contractuelle au-delà du terme initialement convenu, son contrat se transforme, du fait de la loi, en contrat à durée indéterminée. Dans ce cas, il ne s'agit plus d'une requalification puisque ce n'est pas le juge qui va décider ; ce dernier ne fait qu'appliquer la loi (la nature juridique du contrat change du jour au lendemain mais du fait de la loi et de la loi seulement ; le juge constate seulement). Cette nouvelle qualification peut être demandée par le salarié mais également par l'employeur. Ainsi, les règles propres à la rupture d'un contrat devenu à durée indéterminée vont s'appliquer. Il faut également préciser que le salarié conserve, bien entendu, l'ancienneté acquise par l'ancienne fonctionne (depuis l'entrée dans l'entreprise) et il faudra défalquer de la période d'essai la durée du ou des contrats à durée déterminée antérieurement conclus dans la même entreprise avec le même salarié.

## Section 2

### Le recours à de la main d'œuvre extérieure

Le prêt de main d'œuvre est, en principe, interdit : les salariés ne sont pas des marchandises. Effectivement [l'article L8231-1](#) du Code du travail précise que le marchandage, ou l'opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre, est interdit. Pour être reconnu comme tel, le marchandage doit avoir pour effet de causer un préjudice aux salariés (faire de l'argent sur le dos des salariés) d'éviter l'application des dispositions légales ou conventionnelles. Le caractère lucratif de l'opération s'apprécie par rapport à un gain, un bénéfice ou un profit. Jusqu'en 2011, l'aspect lucratif de l'opération était seulement recherché du côté de l'entreprise prêteuse et non pas du côté de l'entreprise utilisatrice. Or, dans un arrêt du 18 Mai 2011, la jurisprudence a fait évoluer les perspectives en invitant à s'interroger sur le caractère lucratif dont pouvait bénéficier l'entreprise utilisatrice. En l'espèce, la Cour de cassation reprochait à l'entreprise utilisatrice de n'avoir eu à assumer que les rémunérations et les charges sociales sans avoir eu à assumer les frais de gestion du personnel ([C. cass., Ch. Soc., 18 Mai 2011, Société John Deere – n°09-69175](#)).

La [Loi du 28 Juillet 2011](#) pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels est venue préciser, en son [article 40](#), les conditions du prêt de main d'œuvre. Désormais, [l'article L8241-1](#) du Code du travail dispose que cette « *opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition* ». Par conséquent, il faut observer que le législateur a choisi d'aller à l'encontre de l'interprétation donnée par la Cour de cassation dans l'arrêt John Deere ; laquelle affirmait que le caractère lucratif pouvait résulter d'un accroissement de flexibilité dans la gestion du personnel et surtout de l'économie des charges procurée ainsi à l'entreprise utilisatrice. Toutefois, [l'article L8241-2](#) du Code du travail, pour partie issu de cette loi de 2011, pose cependant des garanties puisque le prêt de main d'œuvre à but non-lucratif conclu entre des entreprises requiert désormais, entre autres, l'accord du salarié concerné. Autrement dit, deux entreprises ne peuvent pas convenir entre elles de se prêter de la main d'œuvre si les salariés n'y ont pas consenti.

Le marchandage est une infraction pénale passible de deux ans d'emprisonnement (dès lors que l'on déroge aux règles légales). Toutefois, certaines situations échappent à cette qualification de marchandage ; c'est notamment le cas en matière de travail temporaire, de portage salariale ou de travail à temps partagé.

#### §1 - Le travail temporaire

Le travail temporaire est une forme de contrat à durée déterminée. Le recours au travail temporaire reste très pratiqué ; ce qui s'explique pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il y a ce que l'on appelle un « *intérim-d'appoint* » qui concerne les personnes cherchant simplement un complément de revenu. Il y a également un intérim pratiqué comme tremplin professionnelle (acquérir de l'expérience et de la connaissance). Enfin, il y a l'intérim par choix de vie. Ce qui change par rapport au contrat à durée déterminée, c'est que la relation de travail qui va se nouer est triangulaire (c'est à dire qu'elle va mettre en relation trois parties que sont l'entreprise de travail temporaire, l'entreprise utilisatrice et enfin le travailleur intérimaire). En vertu de [l'article L1251-2](#) du Code du travail, les entreprises de travail temporaire ont donc pour activité exclusive de mettre à la disposition temporaire d'entreprises utilisatrices des salariés qu'elles vont recruter elles-mêmes et qu'elles rémunèrent elles-mêmes en fonction d'une qualification convenue (demandée par l'entreprise utilisatrice). Une entreprise de travail temporaire ne peut donc exercer aucune autre activité ; ni industrielle, ni commerciale. Jusqu'à une époque

récente, les entreprises de travail temporaire se trouvaient en situation de quasi-monopole car elles seules étaient autorisées à exercer une opération de prêt de main d'œuvre à titre exclusif et à des fins lucratives. Ces entreprises de travail temporaire doivent être déclarées préalablement à l'autorité administrative et doivent justifier d'une garantie financière ([articles L1251-49](#) et suivants du Code du travail) ; c'est à dire qu'en cas de défaillance de leur part, le paiement des salaires et des cotisations sociales obligatoires est garanti par cette somme qu'elles ont dû déposer au départ (minimum fixé par décret pour l'année 2017 à 123.594 euros). La relation triangulaire qui va se nouer se caractérise par deux contrats. D'abord, il y a un contrat de mission qui sera conclu entre l'entreprise de travail temporaire et un salarié et, parallèlement, va être conclu un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice.

### **A] Le contrat de mission :**

Le contrat de mission est un contrat à durée déterminée qui peut être à terme précis ou imprécis. On y retrouve les mêmes exigences de formalisme ; à savoir, notamment, l'existence d'un écrit signé sous les deux jours suivants le commencement de l'exécution du travail. Il présente toutefois une particularité consistant en la reproduction des clauses et des mentions du contrat de mise à disposition. L'intérimaire doit être informé des conditions auxquelles il est prêté. Si l'entreprise de travail temporaire rompt le contrat de travail de façon anticipée, et en dehors des cas prévus par la loi, elle devra proposer aux salariés une nouvelle mission dans un délai maximum de trois jours ouvrables et pour une durée équivalente à celle qu'il restait à effectuer. A défaut, si l'entreprise de travail temporaire ne peut s'exécuter, elle devra payer au salarié une indemnité équivalente au salaire que ce salarié aurait perçu si le contrat avait été conduit au terme prévu ou prévisible (c'est une véritable garantie ; c'est peut-être même l'aspect le plus positif du travail temporaire).

68

### **B] Le contrat de mise à disposition :**

Le contrat de mise à disposition est organisé par les [articles L1251-42](#) et suivants du Code du travail. Une entreprise utilisatrice ne peut recourir au travail temporaire que pour des motifs expressément définis par la loi ; lesquels sont similaires à ceux existants pour le travail temporaire. Il faut préciser que le contrat de mise à disposition est également un contrat écrit ; contrat dans lequel on doit éventuellement insérer une clause de rapatriement à la charge de l'entreprise de travail temporaire si le travail s'exécute hors du territoire métropolitain. Dans ce contrat, il est interdit d'insérer une clause prévoyant que l'entreprise utilisatrice ne pourrait pas recruter le travailleur intérimaire à la fin de la mission. Si une telle clause est mentionnée, elle sera réputée non-écrite et n'aura aucune valeur, ni effet juridique. Ces contrats peuvent en revanche comporter des clauses ayant pour objet soit d'accroître, soit de restreindre les obligations des entreprises de travail temporaire. S'il n'existe aucune clause de ce type (clause de responsabilité), l'entreprise utilisatrice sera normalement déclarée responsable des dommages causés à un tiers (ex → un client) par le salarié intérimaire. Néanmoins, cette entreprise utilisatrice pourra exercer un recours à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire s'il s'avère que le salarié qui avait été mis à sa disposition ne répondait pas aux exigences de qualification posées par l'entreprise utilisatrice. Ainsi, l'entreprise de travail temporaire va engager sa responsabilité si elle n'a pas été suffisamment diligente (sérieuse, attentive) dans le recrutement des personnes mises à disposition des entreprises utilisatrices.

L'entreprise utilisatrice devra traiter les salariés intérimaires comme les autres salariés de l'entreprise ; principe de l'égalité de traitement oblige. Si une entreprise utilisatrice a recours au travail temporaire en dehors des cas autorisés, elle encourt une double condamnation. D'abord, le contrat de travail va être requalifié en contrat à durée indéterminée. Ensuite, c'est là l'originalité, l'entreprise utilisatrice sera considérée comme le véritable employeur du salarié intérimaire puisque c'est elle qui a violé la loi avec un faux motif de recours. La

conséquence directe, c'est que le salarié intérimaire pourra faire valoir tous ses droits auprès de l'entreprise utilisatrice ; à compter du jour où sa mission avait commencé. Cette substitution d'employeur a eu des effets étonnants dans le cas où le salarié intérimaire a été employé par l'Etat. En effet, la [Loi du 3 Août 2009](#) relative à la mobilité et au parcours professionnel dans la fonction publique a introduit un [article L1251-62](#) dans le Code du travail ; lequel prévoit que si l'utilisateur (l'Etat) continue à employer un salarié intérimaire après la fin de sa mission, sans avoir conclu avec lui un contrat, ou sans nouveau contrat de mise à disposition, ce dernier est réputé lié à l'utilisateur par un contrat à durée déterminée de trois ans. Il y a donc une différence en fonction que l'employeur soit une personne privée ou une personne publique ; dans le premier cas, le contrat sera requalifié en contrat à durée indéterminée, dans le second, en contrat à durée déterminée de trois ans au maximum.

En matière de prévention des risques, l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire sont l'une et l'autre tenues de respecter une « *obligation de sécurité de résultat* » dont elles doivent assurer l'effectivité. Par exemple, si le salarié est victime d'un accident du travail, les deux entreprises devront répondre des risques auxquels elles ont exposé le salarié. Tout compte fait, mis à part ces quelques points, le travail intérimaire ne se distingue pas du contrat à durée déterminée ; même s'il a des garanties plus solides.

### **C] Le contrat à durée indéterminée pour les intérimaires :**

Depuis [l'accord du 10 Juillet 2013](#) portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires, les entreprises de travail temporaire ont la possibilité de recruter leurs prestataires en contrat à durée indéterminée. Par cette relation contractuelle, l'agence s'engage à fournir du travail à l'intérimaire qui, en contrepartie, accepte de se rendre disponible, dans une tranche horaire déterminée, afin de répondre à toute éventuelle mission dans un délai maximum d'une demi-journée.

Bien que ce type de contrat soit ouvert à tous les intérimaires, il n'y a pas un droit automatique au contrat à durée indéterminée. Néanmoins, le texte prévoit qu'une attention particulière soit accordée aux prestataires dont l'ancienneté cumulerait plus de 2.400 heures dans les vingt-quatre mois précédents.

Le contrat à durée indéterminée intérimaire doit être écrit et signé par chacune des parties. Il doit mentionner, entre autres, l'identité des cocontractants, la durée du travail, le statut retenu, le périmètre de mobilité dans lequel peuvent s'effectuer les missions ainsi que les modalités d'attribution et de détermination des congés payés. Plus encore, et cela est impératif, le contrat doit prévoir une garantie minimale mensuelle de rémunération ; laquelle ne peut être inférieure au montant horaire du SMIC multiplié par 151,57 heures correspondant à un emploi à temps plein (sans tenir compte des éventuelles heures supplémentaires ou primes). Bien évidemment, l'ensemble des sommes versées est soumis aux cotisations sociales. De la même manière, principe d'égalité oblige, la rémunération versée à l'intérimaire ne pourra être inférieure à celle d'un salarié de l'entreprise utilisatrice de qualification professionnelle équivalente.

Avec ces contrats à durée indéterminée intérimaires, le gouvernement de Jean-Marc Ayrault espérait créer 20.000 emplois. Quatre après la mise en œuvre de ce dispositif, et à quelques jours de l'échéance du quinquennat de François Hollande, il semblerait que cet objectif n'ait pas été atteint puisque seuls 16.000 contrats ont, à ce jour, été signés.

## **§2 - Le portage salarial**

Le portage salarial a été légalisé par la [Loi du 25 Juin 2008](#) portant modernisation du marché du travail. Jusqu'à cette date, le portage salarial pouvait naturellement faire penser à une opération frauduleuse assimilable au délit de marchandage. D'ailleurs, le portage salarial a toujours été un montage juridique permettant d'éviter les dispositions légales.

Dans un premier temps, une personne qui ne souhaite pas devenir travailleur indépendant va effectuer des prospections auprès d'entreprises pour trouver des clients (des gens qui pourraient faire appel à ses services). Cette personne offrant ses services contre rémunération est appelée le « porté » (il s'agit très souvent d'anciens salariés bénéficiant d'une forte qualification soit dans le domaine financier, soit dans le domaine de la gestion, soit dans le domaine de la clientèle). Dans un second temps, cette personne va contacter un entremetteur que l'on appellera entreprise de portage ; laquelle engagera le porté et le mettra à disposition des entreprises clientes. En réalité, dans ce cas de figure, les entreprises de portage ne font, elles-mêmes, aucune démarche (elles ne fournissent aucun service). En revanche, elles vont bénéficier de la prospection faite par les portés eux-mêmes.

La loi du 25 Juin 2008 a donné une définition au portage salarial ; laquelle a été introduite à [l'article L1251-64](#) du Code du travail avant d'être réécrite à [l'article L1254-1](#) du même Code (l'article L1251-64 ayant été abrogé). En vertu du texte actuellement en vigueur, le portage salarial correspond « *d'une part, à la relation entre une entreprise dénommée "entreprise de portage salarial" effectuant une prestation et une entreprise cliente bénéficiant de cette prestation, qui donne lieu à la conclusion d'un contrat commercial de prestation de portage salarial ; [et] d'autre part, au contrat de travail conclu entre l'entreprise de portage salarial et un salarié désigné comme étant le "salarié porté", lequel est rémunéré par cette entreprise* ». En vérité, c'est l'entreprise de portage qui rémunère le porté. Le formalisme du portage va passer par deux contrats ; un contrat commercial et un contrat de travail. La particularité de cette relation de travail, c'est que le contrat peut être, au choix, à durée déterminée ou indéterminée. De surcroît, le porté garde une obligation de prospection d'emplois (c'est à lui d'être dynamique et de chercher des clients potentiels). Toutefois, l'entreprise de portage, pour cette raison, devra verser une contrepartie financière au porté sous la forme d'une indemnité d'apport d'affaires.

70

Dans plusieurs arrêts du 17 Février 2010, la Cour de cassation a souligné que le portage salarial peut heurter le droit commun du contrat de travail. En effet, les juges rappellent que le contrat de travail emporte obligation pour l'employeur de fournir du travail au salarié. Ils précisent également qu'un salarié ne peut pas être privé de sa rémunération lorsque l'employeur n'a pas rempli son obligation. En l'espèce, dans ces arrêts, l'entreprise de portage, pour ne pas rémunérer le porté, avait avancé que la clause du contrat prévoyait que le salarié devait, lui-même, rechercher ses missions. La Cour de cassation va censurer cette méthode en rappelant que le droit commun du contrat oblige l'employeur à donner du travail à son salarié. De surcroît, la Cour de cassation insiste sur le fait que l'employeur a l'obligation de respecter les règles légales ; notamment toutes les règles de protection du salarié qui sont d'ordre public ([C. cass., Ch. Soc., 17 Février 2010 - n°08-45298](#)).

### §3 - Le travail à temps partagé

Le travail à temps partagé a pour objet, selon [l'article L1252-1](#) du Code du travail, la mise à disposition d'un salarié, par une entreprise de travail à temps partagé, au bénéfice d'une entreprise utilisatrice pour l'exécution d'une mission. [L'article L1252-12](#) du Code du travail précise que l'entreprise à temps partagé va remplir une double fonction : procurer des salariés à une entreprise cliente et apporter à ses entreprises utilisatrices des conseils en matière de gestion des compétences et de formation.

Le travail à temps partagé ressemble aussi beaucoup au travail temporaire. La loi prévoit d'ailleurs que les entreprises de travail temporaire puissent également exercer l'activité d'entreprise à temps partagé (elles peuvent aussi développer cette activité). Dans le travail à temps partagé, deux données essentielles permettent de le distinguer du travail temporaire. D'abord, [l'article L1252-4](#) du Code du travail dispose que le contrat de travail à temps partagé est réputé à durée indéterminée. Ensuite, les motifs de recours au temps partagé sont très particuliers puisque la loi vise des entreprises utilisatrices qui ont besoin d'un personnel qualifié mais qui n'ont pas les moyens de recruter ce personnel soit parce qu'elles sont de trop petites entreprises, soit parce qu'elles n'ont pas les moyens d'employer des personnes à plein temps (cela leur coûterait trop cher).

La vraie difficulté, c'est que la loi ne donne aucune indication sur la taille des entreprises pouvant avoir recours au travail à temps partagé. La loi ne dit rien également sur le niveau des moyens de l'entreprise utilisatrice justifiant le recours à ce type d'emplois.

## Section 3

### Le travail à temps partiel

La [Loi Aubry du 19 Janvier 2000](#) a intégré dans notre droit interne des dispositions résultant d'une directive européenne sur le travail à temps partiel datant de 1997. Cette loi a également repris plusieurs solutions qui avaient été dégagées par la jurisprudence française. Sont considérés comme salariés à temps partiel tous ceux dont la durée de travail est inférieure à la durée légale (35 heures hebdomadaires) ou à la durée conventionnelle de travail pratiquée dans l'entreprise ou à celle pratiquée dans l'établissement. Ceci est prévu à [l'article L3123-1](#) du Code du travail ; lequel pose l'exigence d'une durée maximale mais aucune exigence de durée minimale.

#### §1 - Les conditions de mise en œuvre du travail à temps partiel

Le travail à temps partiel peut être mis en place dans une entreprise soit au moyen d'une convention collective (qui peut être étendue ou restreinte), soit sur décision de l'employeur après avis des représentants élus du personnel. S'il n'y a ni comité d'entreprise, ni délégués du personnel, l'employeur peut décider de manière tout à fait discrétionnaire, ou à la demande des salariés, de mettre en place le travail à temps partiel ; en informant préalablement l'inspecteur du travail. [L'article L3123-2](#) du Code du travail prévoit que des salariés puissent demander à bénéficier d'une diminution de la durée du travail en raison des besoins de leur vie familiale. Dans ce cas-là, le travail sera organisé de façon originale et le temps partiel se manifestera par des périodes de repos (congés) sur une ou plusieurs périodes d'une ou deux semaines. L'employeur peut évidemment refuser cette demande mais il lui faudra motiver son refus par des raisons objectives.

72

Le contrat de travail des salariés à temps partiel doit obligatoirement être un contrat écrit. À défaut d'écrit, le contrat sera réputé à durée indéterminée et à temps plein (la présomption de contrat à durée indéterminée est irréfragable mais celle de contrat à temps plein est une présomption simple qui peut être combattue par tout moyen). Ce contrat écrit doit mentionner la qualification du salarié, les éléments de sa rémunération et la durée du travail prévue par semaine ou par mois. Cette durée hebdomadaire peut varier dans certaines limites sur tout ou partie de l'année ; à condition que sur une année entière elle n'excède pas, en moyenne, la durée stipulée au contrat. Le contrat doit également préciser si le salarié pourra ou non être amené à faire des heures complémentaires (et non pas supplémentaires). À défaut d'écrit, l'employeur devra rapporter la preuve de la durée de travail (durée exacte) et devra établir que le salarié était placé ni dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler, ni dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur. Lorsque le temps partiel est possible dans une entreprise, les salariés de celle-ci bénéficient d'un droit de priorité pour en bénéficier ([article L3123-3](#) du Code du travail). Néanmoins, cette priorité n'est valable que pour l'attribution d'un emploi équivalent ou relevant de la même catégorie professionnelle soit dans le même établissement, soit dans la même entreprise. Réciproquement, un salarié à temps partiel bénéficie du même droit de priorité pour retrouver, s'il le souhaite, un travail à temps plein. Le principe du droit de priorité n'est pas absolu. Ainsi, en cas de pluralité de candidature, l'employeur est libre de choisir la personne de son choix. En cas de contestation, l'employeur devra communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix.

Enfin, il existe un véritable droit au temps partiel pour tout salarié, homme ou femme, venant d'avoir un enfant ou ayant adopté un enfant ; à condition néanmoins de pouvoir justifier d'une année d'ancienneté dans l'entreprise. Ce droit, prévu par les [articles L1225-47](#) et suivants du Code du travail, est ouvert jusqu'à ce que l'enfant qui vient de naître atteigne l'âge de trois ans (quatre ans s'il est atteint d'une maladie grave ou victime d'un accident

grave). En cas d'adoption d'un enfant, le bénéfice de ce droit existe mais il est ouvert jusqu'à ce que l'adopté ait seize ans (néanmoins, le bénéfice de ce droit sera réduit à une année). L'employeur est donc obligé d'accéder à la demande du salarié ; lequel peut exiger de travailler à temps partiel. Le non-respect de cette obligation peut être sanctionné par une amende prévue pour les contraventions de cinquième classe ([article R1227-5](#) du Code du travail). Le travail à temps partiel est un droit pour le salarié ; à condition que celui-ci travaille seize heures par semaine. De surcroît, le salarié ne pourra pas choisir ses jours de travail.

## **§2 - Les conditions d'application du travail à temps partiel**

Ces conditions d'application méritent d'être précisées : il faut laisser la possibilité au travailleur à temps partiel de travailler dans une autre entreprise à temps partiel. Pour cette raison, les horaires quotidiens de travail doivent être communiqués par écrit au salarié. Les salariés à temps partiel ne peuvent pas se voir imposer plus d'une interruption d'activité par journée de travail ou une interruption supérieure à deux heures (au cours d'une même journée bien sûr) ; et ce, à moins qu'une convention collective ou un accord de branche étendu n'en dispose autrement. Si c'est le cas, la convention collective ou l'accord devra prévoir des contreparties (en termes de rémunération ou de formation).

### **A] La répartition du temps de travail :**

Cette répartition va intervenir soit entre les jours de la semaine, soit entre les semaines du mois. Elle peut cependant subir des modifications à condition que le contrat de travail ait précisé les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition des horaires peut intervenir (impossible d'envisager des choses trop vagues). [L'article L3123-47](#) du Code du travail prévoit que le salarié doit être informé sept jours à l'avance avant la date à laquelle interviendra la modification (le décompte se fait par jour ouvrable). Ce délai peut être abaissé à un minimum de trois jours si une convention ou un accord collectif étendu le précise ; dans ce cas-là, il faudra que des contreparties, en termes de rémunération et de formation soient offertes aux salariés. Si le contrat n'a pas prévu des cas de modification (il ne dit rien ou des choses trop vagues), le refus du salarié d'accepter ce changement d'horaires ne constitue pas une faute et, par conséquent, cela ne constitue pas un motif de licenciement.

Si le contrat initial prévoyait des modifications, le salarié pourra les refuser si ces changements ne sont pas compatibles avec des obligations familiales impérieuses, 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 ([article L3123-12](#) du Code du travail). Dans ces cas précis, si le salarié refuse une modification de son contrat de travail, son refus ne constituera ni une faute, ni un motif de licenciement. Lorsque l'employeur modifie souvent la répartition des horaires de travail, le salarié se trouve dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devra travailler. De ce fait, le salarié se trouve, de fait, dans l'obligation de se tenir constamment à la disposition de l'employeur. Pour les juges, dans ces conditions, le contrat de travail devra être requalifié en contrat à temps plein (*C. cass., Ch. Soc., 19 Mai 2010 – 09-40056*). Il doit en effet rester possible de cumuler plusieurs activités professionnelles chez plusieurs employeurs ; sous réserve de respecter la durée maximale de travail telle qu'elle est autorisée par la loi. Le salarié doit également respecter l'obligation de loyauté. Néanmoins, une clause d'exclusivité ne peut pas être insérée dans un contrat à temps partiel puisqu'elle violerait le principe de la liberté du travail et serait donc considérée comme nulle. De la même manière, un employeur ne peut pas soumettre à son autorisation préalable l'exercice par le salarié d'une autre activité professionnelle (si le salarié trouve à travailler dans une autre entreprise qui n'est pas concurrente, il peut le faire).

**B] Les heures complémentaires :**

Les heures complémentaires ne sont pas assimilables aux heures supplémentaires ; les premières étant des heures à effectuer par le salarié à temps partiel en dehors de la durée initialement prévue par le contrat, les secondes correspondent aux heures de travail réalisées au-delà de la limite légale des trente-cinq heures. Depuis l'entrée en application de la [Loi travail du 8 Août 2016](#) (Loi El Khomri), le nouvel [article L3123-8](#) du Code du travail précise que ces heures complémentaires accomplies donnent lieu à une majoration de salaire. De surcroît, elles ne peuvent avoir pour effet de porter la durée de travail accomplie par un salarié à temps partiel au niveau de la durée légale du travail ou, si elle est inférieure, au niveau de la durée de travail fixée conventionnellement. Enfin, [l'article L3123-10](#) du Code du travail précise que le refus, par le salarié, d'accomplir des heures complémentaires au-delà des limites fixées par le contrat ne constitue ni une faute, ni un motif de licenciement.

**C] L'égalité de traitement entre tous les salariés :**

L'ancienneté des salariés à temps partiel est décomptée comme s'ils travaillaient à temps plein. Ainsi, un salarié engagé à temps partiel le 1<sup>er</sup> Janvier 2017 aura, au 31 Décembre de la même année, douze mois d'ancienneté. La rémunération, en revanche, est proportionnelle compte tenu de la durée du travail, de l'ancienneté et est calculée par rapport à des salariés occupant à temps plein, à qualification égale, un emploi équivalent dans l'entreprise. De même, si une prime est versée à un salarié à temps partiel, elle devra l'être au salarié à temps plein en proportion de la durée du travail. Un usage ne pourra pas subordonner le versement d'une prime à l'occupation d'un travail à temps plein. Enfin, pour ce qui est des congés payés, les salariés à temps partiel ont droit à la même durée de congés que les salariés à temps plein (5 semaines par an mais rémunérées en proportion de la durée du travail qu'ils ont accomplie). Enfin, les salariés à temps partiel travaillant dans plusieurs entreprises peuvent être électeurs dans chaque entreprise mais élu dans une seule.

### **§3 - Le travail intermittent**

Le travail intermittent est autorisé ; la conclusion d'un contrat de travail intermittent est possible à condition qu'un accord collectif le prévoie. Le problème du travail intermittent, c'est qu'il peut créer des confusions avec certains contrats de travail à durée déterminée. Le contrat de travail intermittent ne peut être conclu que pour des emplois permanents comportant une alternance de périodes travaillées et de périodes non-travaillées. Néanmoins, en vertu de [l'article L3123-34](#) du Code du travail, il ne peut s'agir que de contrats à durée indéterminée ; lesquels devront être constatés par écrit. Dans ce contrat écrit, on retrouve les mêmes exigences que dans les autres contrats que sont la durée minimale de travail, la qualification du salarié et bien sûr, la répartition des heures travail. Il n'est pas possible de faire effectuer des heures dépassant le tiers de la durée stipulée au contrat ; sauf si le salarié y consent. Concernant la rémunération, elle peut aussi être source de difficultés puisque les salariés travaillant très peu peuvent se voir verser des sommes dérisoires. Ainsi, la rémunération des salariés intermittents peut faire l'objet d'un lissage afin de ne pas créer de perte de revenus d'un mois sur l'autre.

### **§4 - Des contrats de type particulier**

Les contrats de type particulier sont essentiellement des contrats qui visent à permettre une meilleure insertion des jeunes (et des moins jeunes) dans le monde du travail. Le contrat de type particulier le plus ancien est le contrat d'apprentissage. Mais, depuis plusieurs années, en raison des difficultés d'emploi dans notre pays

comme dans beaucoup d'autres, plusieurs plans ont été proposés par les gouvernements successifs pour lutter contre le chômage ; en essayant, au-delà du contrat d'apprentissage de favoriser l'insertion des jeunes, et en incitant à la réinsertion des personnes à la recherche d'un emploi.

### **A] Les contrats d'apprentissage :**

L'apprentissage a pour but de donner à des jeunes ayant satisfait à l'obligation scolaire, une formation générale pouvant déboucher sur une qualification professionnelle. Cette formation se décline selon deux volets : elle poursuit un enseignement théorique et procure une formation technique. L'apprentissage est possible pour les jeunes ayant un âge compris entre 16 et 25 ans au début du contrat. Toute entreprise peut engager un apprenti à condition qu'un employeur s'engage à prendre les mesures nécessaires à l'organisation de l'apprentissage (laisser le temps à l'apprenti pour aller en enseignement théorique) et à offrir un équipement et des conditions de travail permettant un degré de formation satisfaisant. Le nombre maximum d'apprentis par maître d'apprentissage est de deux.

La durée de la formation théorique, dispensée dans des centres de formation d'apprentis (CFA), ne peut être inférieure à quatre cents heures par an. Le contrat d'apprentissage fait l'objet d'une attention particulière dans la mesure où il concerne essentiellement des personnes mineures. Le contrat d'apprentissage doit ainsi être signé par les deux parties contractantes et être enregistré auprès d'une chambre consulaire. Si le contrat n'est pas écrit et/ou n'est pas enregistré, il sera considéré comme un contrat de droit commun. En ce qui concerne les statuts de l'apprenti, la durée de l'apprentissage varie de un à trois ans. L'apprenti perçoit un salaire dès le début de l'apprentissage mais celui-ci est calculé en fonction du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) et en fonction de l'âge de l'apprenti. Ainsi, par exemple, un apprenti de moins de 18 ans percevra 25% du SMIC. En revanche, les apprentis de 21 ans et plus percevront jusqu'à 78% du SMIC.

L'apprenti bénéficie, bien sûr, de la sécurité sociale et de toutes les dispositions légales et conventionnelles applicables dans l'entreprise où il travaille. Mais surtout, le contrat d'apprentissage peut être résilié, par l'une ou l'autre des parties, au cours des deux premiers mois (cela ressemblerait à une forme de période d'essai ; le contrat peut être rompu sans motif et sans indemnité). Toutefois, cette résiliation unilatérale doit être constatée par écrit. En revanche, au-delà de ce délai de deux mois, le contrat peut être résilié de plein droit à condition qu'il y ait eu accord exprès et bilatéral des cosignataires. En dehors de ces cas-là, il est toujours possible de s'adresser au juge prud'homal pour lui demander la résiliation judiciaire du contrat ; laquelle pourra être envisagée en cas de faute grave de l'employeur ou de l'apprenti, en cas de manquement répété de l'une ou l'autre des parties à ses engagements ou encore, en cas d'inaptitude physique ou mentale de l'apprenti.

À la fin de l'apprentissage, le contrat cesse de plein droit. Si l'employeur souhaite garder l'apprenti, il peut conclure avec lui un nouveau contrat d'apprentissage, ou un contrat à durée déterminée ou indéterminée. Toutefois, dans cette hypothèse-là, [l'article L622-16](#) du Code du travail prévoit qu'aucune période d'essai ne puisse être exigée ; sauf dispositions conventionnelles contraires

### **B] Les contrats d'insertion ou de réinsertion :**

L'objectif de ces contrats d'insertion ou de réinsertion est la lutte contre le chômage des jeunes et, principalement, contre le chômage qui frappe ceux qui n'ont ni qualification, ni formation. Il existe ainsi des contrats d'insertion en alternance qui permettent de compléter une formation initiale (qui peut être de premier niveau ou même dans l'enseignement supérieur) dans le cadre d'une formation alternée, pour partie en entreprise,

et pour partie dans des centres de formation tels que les universités. Ces contrats peuvent être conclus à durée déterminée ou indéterminée. Lorsque l'employeur a une obligation de formation qu'il ne respecte pas, le contrat pourra être requalifié en un contrat à durée indéterminée à temps plein.

## Chapitre 6

# Les pouvoirs de l'employeur

L'employeur est détenteur d'un pouvoir de direction et peut donc organiser son entreprise comme il l'entend. Cependant, il doit tenir compte des règles édictées par le législateur ; il a effectivement, depuis quelques années, une obligation de sécurité de résultat qui pèse sur lui.

L'employeur doit prendre toutes les mesures qui s'imposent afin d'assurer la sécurité des salariés et de préserver leur santé physique et mentale. Cette obligation, rappelée par [l'article L4121-1](#) du Code du travail, se présente comme une obligation de sécurité de résultat ([C. cass., Ch. Soc., 28 Février 2002, Amiante – n°00-11793](#)).

La cour de cassation a inclus, dans le champ de l'obligation de sécurité de résultat, le harcèlement moral ([C. cass., Ch. Soc., 29 Juin 2011 – n°09-69444](#)). L'employeur, sur ce fondement, doit prendre toutes les mesures nécessaires (ce qui est parfois difficile) en vue de prévenir des agissements de harcèlement moral. En effet, l'employeur est tenu comme nécessairement responsable des violences et/ou du harcèlement moral subis par l'un ou plusieurs de ses salariés. L'absence de faute de l'employeur ne suffit pas à l'exonérer de sa responsabilité. Il doit répondre, non seulement des salariés qui sont sous sa responsabilité mais aussi des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur ses propres salariés. D'une manière générale, les méthodes de gestion qui auraient pour objet ou pour effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité des salariés, d'altérer leur santé physique ou mentale, ou de compromettre leur avenir sont aujourd'hui assimilées à du harcèlement moral.

Le Conseil constitutionnel, statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), avait décidé en 2012 d'abroger le délit de harcèlement sexuel en raison de l'insuffisante précision des éléments constitutifs de l'infraction ([C. constit., 4 Mai 2012 – n°2012-240QPC](#)). Par la suite, la [Loi 6 Août 2012](#) a procédé à une révision des textes sur le harcèlement sexuel dans le Code pénal. La définition du harcèlement sexuel a été élargie et correspond maintenant à des faits répétés, ou à un acte unique, pouvant être assimilés à un chantage sexuel (Cf. les [articles L1153-1](#) du Code du travail et [222-33](#) du Code pénal). En outre, depuis cette loi, les sanctions ont été alourdies d'une peine d'emprisonnement de deux ans (des circonstances aggravantes seront retenues lorsque la victime est mineure). Enfin, l'employeur est tenu à une obligation de prévention des risques professionnels qui inclut aussi maintenant le harcèlement sexuel.

Un salarié ne peut, en aucune façon être sanctionné, pour avoir subi ou refusé de subir des actes de harcèlement. Cette disposition qui concerne les potentielles victimes de harcèlement va s'appliquer également aux salariés qui ont témoigné de tels agissements ou qui les ont relatés. Afin de faire constater la situation de harcèlement, le salarié victime doit en aviser immédiatement sa hiérarchie et peut suspendre son activité. De surcroît, il peut également faire constater les faits auprès de la médecine du travail. L'employeur ne peut pas sanctionner le salarié qui a exercé son droit de retrait dans des conditions normales : le licenciement prononcé dans de telles conditions sera nul et le salarié pourra obtenir, s'il le demande, sa réintégration.

Dans un arrêt de 2008, le Tribunal de grande instance de Lyon a condamné la pratique dite du « *benchmark* » ; laquelle consiste en une méthode de travail mettant en concurrence les salariés afin d'améliorer leurs performances. Les juges ont considéré qu'en raison des risques psycho-sociaux qui en découlent, une telle

organisation du travail est de nature à compromettre gravement la santé des salariés ; c'est donc une nouvelle illustration de ce que l'on appelle le harcèlement managérial (celui qui s'exprime dans la gestion des salariés).

## Section 1

### Le pouvoir normatif de l'employeur

Ce pouvoir normatif s'illustre essentiellement par le fait que l'employeur puisse édicter certaines règles dans l'entreprise ; notamment au moyen d'un règlement intérieur. Rapidement, il a fallu se poser la question des risques d'arbitraire que pouvait engendrer la rédaction d'un tel document. La Loi du 4 Août 1982 a encadré le processus d'élaboration du règlement intérieur, délimité son contenu et précisé les contrôles et sanctions pouvant être opérés sur ce type de texte.

#### §1 - Le champ d'application et le contenu du règlement intérieur

Tous les organismes de droit privé doivent établir un règlement intérieur dès lors qu'ils emploient, au moins, vingt salariés ([article 1311-2](#) du Code du travail). Si une entreprise compte plusieurs établissements, chacun occupant lui-même au moins vingt salariés, chacun de ces établissements devra établir un règlement intérieur propre. Cependant, il est possible d'établir un seul règlement intérieur pour l'ensemble de l'entreprise à conditions que les différents établissements ne présentent pas des particularités telles que l'édiction d'une réglementation spécifique s'imposerait pour chacun d'eux.

78

Le règlement intérieur est un document écrit qui s'adresse à tous les salariés de l'établissement ou de l'entreprise. Cependant, il peut, dans certains cas, ne viser que certaines catégories de personnel plus particulièrement. Le contenu du règlement intérieur doit porter exclusivement sur les questions énoncées par la loi. Par conséquent, tout ce qui n'est pas visé par la loi en est exclu.

#### A] Le contenu du règlement intérieur :

Ce règlement intérieur doit comporter quatre grandes séries de mesures qui sont prévues par les [articles L1321-1](#) et [L1321-2](#) du Code du travail. Le premier article présente les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité (lesquelles sont particulièrement lourdes) ; renvoyant au passage à [l'article L4122-1](#) du Code du travail qui précise qu'il incombe à chaque salarié de prendre soin de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celle des autres du fait de ses actes ou de ses omissions au travail. Si la nature des risques le justifie, le règlement intérieur indiquera les conditions d'utilisation des équipements de protection ou encore, l'utilisation de substances ou préparations dangereuses. En outre, le règlement intérieur fixe les conditions dans lesquelles des salariés peuvent être appelés à participer au rétablissement des conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés. Cette mesure est notamment utilisée en cas de conflits collectifs.

Ensuite, le règlement intérieur doit contenir des règles générales et permanentes relatives à la discipline ; et notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur. Mais attention, nous ne sommes pas en droit pénal et le droit du travail ignore la légalité des délits et des peines. Autrement dit, l'employeur n'est pas obligé d'établir une corrélation entre les fautes et les sanctions qu'il pourrait prendre.

En outre, le règlement intérieur énonce les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés tels qu'ils résultent de la loi ou d'une convention collective applicable dans l'entreprise. Enfin, le règlement intérieur doit rappeler les dispositions relatives au harcèlement moral et sexuel mais également le fait que les victimes de ces faits ne peuvent, en aucune manière, faire l'objet de sanctions. Les salariés s'étant rendus coupables de harcèlement moral ou sexuel sont passibles de sanctions qui peuvent aller jusqu'au licenciement ([articles L1153-1](#) et suivants du Code du travail). À l'intérieur de ce cadre qui est bien délimité, l'employeur dispose d'un pouvoir unilatéral de décision qui va se heurter à une condition d'ordre général. En effet, [l'article L1321-3](#) du Code du travail rappelle à l'employeur que le règlement intérieur ne peut apporter « *aux droits des personnes et aux libertés individuelles ou collectives, des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché* ». Cette disposition est très importante et est directement inspirée de deux arrêts ; l'un du Conseil d'Etat, l'autre de la Cour de cassation. Dans la première décision, le Conseil d'Etat précise que le salarié ne peut être soumis à un alcooltest sur son lieu de travail ; sauf si la nature de la tâche à accomplir le justifie ([CE, Sect., 1<sup>er</sup> Février 1980, Peintures Corona – n°06361](#)). En ce qui concerne le second arrêt, les juges de la Cour de cassation ont précisé que l'interdiction faite à deux salariés d'une même entreprise de conclure un contrat de mariage est de nature à porter atteinte à une liberté fondamentale.

Des impératifs de sécurité peuvent cependant justifier certaines restrictions aux libertés des salariés. Ces restrictions sont souvent imposées dans des usines fonctionnant en continue ou encore dans des établissements spécialisés dans le traitement ou la production de produits réputés excessivement dangereux ou chers. L'utilisation de badge d'identification du personnel peut être imposée (notamment dans les entreprises du nucléaire). Peut aussi être exigé que le personnel adopte une tenue vestimentaire particulière. L'obligation de porter une tenue de travail imposée est licite lorsqu'elle est imposée pour des motifs de sécurité. En revanche, le port d'un uniforme ne peut être exigé pour le personnel qui n'a pas de contacts directs avec la clientèle. Plus exceptionnellement, un règlement intérieur peut, sous certaines conditions, limiter l'usage d'un domicile par un salarié.

## **B] Les notes de service :**

La tentation est grande, lorsque l'on est contraint par la loi, de trouver des dérivations et de faire passer, par des textes internes, des règles qui permettraient aux employeurs d'ajouter des restrictions ne pouvant normalement figurer dans le règlement intérieur. Pour éviter ces risques de dérive qui sont nombreux, la loi assimile les notes de service ou tout autre document interne, dès lorsqu'ils portent prescription permanente et générale dans des matières réservées, au seul règlement intérieur. Ce qui est clair, c'est que si les règles portent sur des prescriptions générales et permanentes, on regardera leur contenu. Cependant, un employeur peut toujours prendre des mesures ponctuelles si celles-ci sont justifiées par des circonstances particulières ; lesquelles doivent avoir un caractère nécessairement provisoire.

De nos jours, un employeur peut, dans certains cas, demander un contrôle des sacs ou l'ouverture d'une armoire individuelle ; mais ce contrôle ne pourra être effectué qu'en informant le salarié de ses droits. Ainsi, le salarié a le droit de s'y opposer ou d'exiger la présence de témoins. Une fouille effectuée hors de la présence du salarié et n'étant justifiée par aucun risque ou aucun élément particulier ne permettra pas à l'employeur de licencier le salarié pour faute.

## **C] Les chartes d'éthique et les codes de bonne conduite :**

Ces chartes d'éthique et ces codes de bonne conduite viennent s'ajouter aux notes de service et au règlement intérieur. La valeur juridique exacte de ces documents est très contestée. En effet, dans un arrêt de 2009, la Cour de cassation a rappelé les principes auxquels ces chartes et codes sont soumis : les dispositions de ces textes ne peuvent porter atteinte à la liberté d'expression de chaque salarié, ni au droit d'expression collectif sur le contenu, les conditions d'exercice ou les conditions du travail ([C. cass., Ch. Soc., 8 Décembre 2009, Dassault – n°08-17191](#)). Autrement dit, les juges semblent aligner l'analyse de ces chartes sur le contenu de ce que devrait être un règlement intérieur.

## §2 - L'élaboration du règlement intérieur

L'employeur, responsable de la bonne marche de l'entreprise, reste seul responsable de l'élaboration du règlement intérieur ; il n'y a donc pas, à ce niveau-là, de cogestion. Le projet de règlement intérieur doit être soumis à l'avis du Comité d'entreprise ou à l'avis des comités du personnel. Pour les questions qui concernent la santé et la sécurité, l'employeur soumettra également le projet à l'avis des représentants du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHS-CT). D'une manière générale, l'employeur n'est pas lié par ces avis ; lesquels constituent néanmoins une formalité substantielle. Ainsi, dans un arrêt de 2012 concernant les Galeries Lafayette, la Cour de cassation a précisé qu'un règlement intérieur ou une note de service ne pourra produire des effets que si l'employeur a, préalablement, demandé l'avis des représentants du personnel sur ces textes ; à défaut, il ne pourra reprocher à un salarié un manquement aux obligations édictées ([C. cass., Ch. Soc., 9 Mai 2012, Galeries Lafayette – n°11-13687](#)). En l'espèce, le règlement intérieur exigeait que les vendeurs ne puissent sortir librement des produits du magasin. Or, comme ce règlement intérieur n'avait pas été soumis aux représentants du personnel, les juges ont considéré qu'il ne pouvait y avoir de sanction possible.

80

Le projet de règlement intérieur, accompagné de l'avis des représentants du personnel, doit ensuite être transmis à l'inspecteur du travail. À la suite de ce dépôt, le document doit être présenté, d'une part, auprès de l'administration du travail mais aussi, auprès du secrétaire du greffe du Conseil de Prud'hommes ; et ce, afin que les juges puissent s'y référer. La publicité du document est opérée par affichage soit sur le lieu de travail, soit sur le lieu où s'effectue l'embauche (le but étant qu'il soit facilement accessible). Le règlement intérieur entrera en vigueur un mois après l'accomplissement de l'ensemble de ces formalités.

## §3 - Les contrôle administratifs et judiciaires

### A] Les contrôles administratifs :

L'inspecteur du travail doit s'assurer que ce règlement a été élaboré dans les conditions prévues par la loi et de sa conformité avec les dispositions légales ou conventionnelles. L'inspecteur du travail peut exercer ce type de contrôle à tout moment. De son côté, l'employeur ne peut pas se prévaloir du silence gardé par l'inspecteur du travail (une fois que le document lui ait été transmis) pour considérer que ce le règlement intérieur est valable en tout point. Compte tenu de l'évolution des textes, un règlement intérieur va devoir subir, au cours de son existence, plusieurs correctifs. D'abord, l'inspecteur du travail peut exiger le retrait ou la modification d'une clause qu'il estimerait contraire soit au règlement, soit aux dispositions conventionnelles. Plus encore, il peut également demander le retrait d'une clause non-justifiée par la nature de l'action à accomplir ou non-proportionnée au but recherché. Par exemple, il est interdit de faire figurer dans un règlement intérieur le fait qu'un caissier ne puisse pas faire passer à sa caisse des gens de sa famille. Quelles que soient ses constatations et

ses réserves, l'inspecteur du travail ne peut, en aucun cas, se substituer à l'employeur pour réécrire autrement la clause litigieuse (ce n'est pas un magistrat).

La décision de l'inspecteur du travail doit être motivée et notifiée non-seulement à l'employeur mais également adressée aux représentants du personnel qui avaient été sollicités pour donner leur avis sur ce document. Cette décision administrative peut faire l'objet d'un recours hiérarchique auprès de la direction régionale du travail et doit être exercé dans les deux mois (Cf. [article L1322-2](#) du Code du travail). La décision du directeur régionale pourra, elle-même, faire l'objet d'un recours devant le ministre du travail ou d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif.

### **B] Le contrôle judiciaire :**

Le règlement intérieur est élaboré par une personne privée et s'adresse à des personnes de droit privé (il s'agit donc d'un acte de droit privé). Ainsi, dès lors qu'une contestation s'élève sur la validité d'une disposition (ou d'une clause) du règlement intérieur, la compétence sera celle des juges de l'ordre judiciaire (et dans un premier temps celle du Conseil de Prud'hommes). À l'occasion d'un litige individuel, le juge prud'homal va pouvoir écarter l'application de la clause qui fait débat s'il estime que celle-ci est contraire à la loi ou au règlement. Toutefois, puisque ces litiges impliquent deux personnes privées, l'effet du jugement n'est que relatif dans la mesure où la clause écartée dans le différend particulier subsistera dans le règlement intérieur ; le juge judiciaire n'ayant pas le pouvoir d'annuler de façon définitive une clause même illicite. Néanmoins, [l'article L1322-4](#) du Code du travail prévoit que le juge transmette une copie de son jugement aux représentants du personnel mais surtout à l'inspecteur du travail ; lequel pourra supprimer la clause illicite ou en demander la modification.

## Section 2

### L'exercice du pouvoir disciplinaire

L'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité des salariés pendant le temps de travail et sur les lieux de travail. L'employeur doit, aux termes de [l'article L1222-4](#) du Code du travail, informer les salariés de la mise en place de dispositifs de surveillance (caméra, micro, etc.). Cette obligation d'information préalable ne concerne que les lieux de travail. Ainsi, si l'employeur fait installer des caméras dans un local où les salariés n'ont pas le droit de se rendre, il n'est pas tenu d'informer ces derniers de la présence de ce dispositif.

Les éléments de preuve obtenus par des dispositifs de surveillance clandestins sont illicites et le juge prud'homal ne pourra pas les prendre en compte. De surcroît, l'employeur ne peut pas se fonder sur un système de surveillance vidéo installé sur le site d'une société cliente pour contrôler l'activité de ses propres salariés s'il ne les a pas préalablement informés ([C. cass., ch. Soc., 10 Janvier 2012 – n°10-23482](#)).

Les dispositifs destinés à récupérer des preuves contre les employés doivent être autorisés par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL). Par exemple, un système de géolocalisation (GPS) installé dans le véhicule de fonction d'un salarié pour optimiser ses frais de déplacement est parfaitement licite dès lors que la CNIL et le salarié en sont informés. Attention néanmoins, ce dispositif ne pourra pas être utilisé par l'employeur pour des finalités autres que celles annoncées. Autrement dit, il ne pourra pas être utilisé pour contrôler la durée du travail effectué par ce salarié ; *a fortiori*, si ce salarié est libre d'organiser son activité.

### §1 - L'appréciation des fautes

Selon [l'article L1331-1](#) du Code du travail : « *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* ». Ainsi, c'est bien l'employeur qui va, le premier, porter un regard sur ce que peut constituer une faute. De la même manière, l'employeur est le premier à qualifier la faute en disposant du pouvoir d'individualisation des sanctions ; c'est à dire que si deux ou plusieurs salariés commettent la même faute, l'employeur pourra très bien considérer différemment cette faute selon les salariés (en tenant compte notamment de l'ancienneté du salarié mais également de sa qualification). Par exemple, il est possible pour l'employeur de se montrer moins sévère avec un salarié injurieux dans le secteur du bâtiment que dans un domaine exigeant davantage de tenue.

#### A] Un agissement fautif :

L'employeur va pouvoir sanctionner un agissement considéré comme fautif. En revanche, il ne peut pas sanctionner les faits commis par un salarié dans le cadre de sa vie privée ou personnelle, ou de ses activités personnelles lorsque celles-ci n'ont aucun lien avec son activité salariée. En réalité, la faute disciplinaire se définit d'abord comme une clause contractuelle ; c'est à dire une faute commise à l'occasion de l'exécution du contrat. Il faut donc distinguer entre les fautes commises à l'occasion du travail et les fautes commises en dehors du travail. Parfois, il peut arriver que la distinction ne soit pas si simple à établir.

#### 1) Les fautes commises en dehors du temps et du lieu de travail :

Un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut justifier un licenciement disciplinaire. Cependant, une faute que nous qualifierons d'extraprofessionnelles pourra justifier un licenciement pour motif personnel mais sans que l'on puisse évoquer un licenciement disciplinaire.

**a) Les fautes commises à l'occasion d'actes concernant la vie personnelle**

En droit du travail, depuis un arrêt de la Cour de cassation de 1992, un fait de la vie personnelle ne peut pas constituer une faute. En l'espèce, un salarié travaillant dans une succursale automobile avait décidé d'acheter une voiture d'une marque autre que celle pour laquelle il travaillait. L'employeur, estimant que cet achat reflétait une mauvaise image de son entreprise décida de le licencier. Or, pour les juges, le salarié est libre d'acheter les biens, produits ou marchandises de son choix ; y compris ceux vendus par la concurrence ([C. cass., ch. Soc., 22 Janvier 1992, Robuchon – n°90-42517](#)).

Dans une toute autre situation, la jurisprudence a considéré que, un salarié placé en détention provisoire pour des faits commis dans sa vie personnelle, et par conséquent empêché d'exécuter son contrat de travail, ne pouvait être licencié pour ce seul motif. En effet, chacun devant bénéficier de la présomption d'innocence, cet obstacle à l'exécution du contrat ne justifiera pas un licenciement (la solution sera évidemment tout autre en cas de condamnation à de la prison ; l'absence sera alors considérée comme fautive).

**b) Un fait de la vie personnelle constitutif d'un manquement au contrat de travail :**

Le fait de savoir si un salarié pouvait être sanctionné pour un fait tiré de sa vie personnelle, et constituant un manquement à une obligation découlant de son contrat de travail, s'est essentiellement posée pour les salariés qui sont amenés à utiliser un véhicule de fonction pour l'exécution de leur contrat. Effectivement puisque ces salariés ont besoin de se déplacer, qu'en est-il lorsqu'ils se font retirer leur permis de conduire ? Dans un premier temps, la Cour de cassation considérait que l'employeur ne pouvait, dans ce cas précis, retenir une faute du salarié. Selon les magistrats, le « *fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail* » ([C. cass., Ch. Soc., 3 Mai 2011, Société Challancin – n°09-67464](#)). Néanmoins, si les faits commis en dehors du temps et du lieu de travail peuvent se rattacher à la vie de l'entreprise, l'employeur pourra sanctionner le salarié. Il en ira ainsi chaque fois que les faits litigieux constitueront un manquement du salarié à une obligation découlant de son contrat de travail ; à condition toutefois que le comportement répréhensible du salarié apporte un trouble caractérisé au bon fonctionnement de l'entreprise, compte-tenu de la fonction du salarié et de la nature de l'entreprise.

Le pouvoir patronal de sanctionner un comportement doit être justifié par une finalité liée à l'intérêt de l'entreprise et répondre à une exigence de proportionnalité. Ainsi, dans une affaire de harcèlement par un salarié envers ses collègues de travail en dehors de l'entreprise, les juges ont considéré qu'un tel comportement constituait une faute grave passible de sanctions dans la mesure où la nature des victimes engendrait nécessairement un trouble dans l'entreprise. Autrement dit, les attitudes déplacées d'un salarié à l'égard de personnes avec lesquelles il est en contact en raison de son travail, ne relèvent pas de la vie personnelle ([C. cass., Ch. Soc., 19 Octobre 2011 – n°09-72672](#)). De la même manière, il a été jugé qu'un membre du personnel navigant d'une compagnie aérienne ayant consommé des drogues dans sa vie personnelle (en dehors des heures de travail) peut se voir licencier si ces faits sont de nature à détériorer la qualité de son travail.

**c) La reconnaissance du droit d'expression des salariés :**

L'article 11 de la [Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789](#) précise que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* ». De son côté, la Cour de cassation rappelle très régulièrement que le salarié jouit, dans l'entreprise comme en dehors, de sa liberté d'expression. Néanmoins, il existe bien évidemment des limites à la liberté d'expression puisque tenir des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs, qu'ils soient proférés de vive voix ou relayés sur les réseaux sociaux, peut être constitutif d'une faute.

En outre, le juge ne peut pas se borner à considérer le trouble d'un salarié ayant participé à une manifestation sans caractériser en quoi, compte tenu de la nature de l'entreprise et de la fonction de l'employé, la seule relation de travail pouvait justifier l'interdiction d'exercer une liberté collective en dehors du temps de travail.

**2) Les comportements fautifs dans le cadre de la vie professionnelle :**

Le pouvoir disciplinaire de l'employeur vise à sanctionner soit une faute bien caractérisée commise par le salarié, soit des faits (ex → des petits retards qui s'accumulent) constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles.

Le salarié a droit, même dans le temps et sur le lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée. Ce respect implique, en particulier, le secret des correspondances. Par conséquent, l'employeur ne peut, sans violer cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages reçus ou émis par l'un de ses salariés au moyen de l'outil informatique ; même si cet outil a été mis à la disposition de l'employé et même si l'employeur lui en avait interdit une utilisation non-professionnelle ([C. cass., Ch. Soc., 2 Octobre 2001, Société Nikon – n°99-42942](#)). Par la suite, la jurisprudence a apporté des précisions supplémentaires (des correctifs) en énonçant, tout d'abord, que les fichiers contenus dans un ordinateur professionnel sont présumés avoir un caractère professionnel. La jurisprudence va plus loin en affirmant que les fichiers qui sont précisément identifiés comme personnel ne peuvent pas être ouverts par l'employeur (même sur un ordinateur professionnel). Néanmoins, il ne faut pas qu'il y ait une quelconque ambiguïté sur la caractérisation d'un fichier personnel. Ainsi, utiliser ses initiales ou la mention « *mes documents* » pour renommer un fichier ne suffit pas à donner à ce dernier un caractère personnel. De la même manière, renommer le disque dur de l'ordinateur « *donnée personnelles* » ne confère pas automatiquement aux données qu'il contient un caractère personnel ([C. cass., Ch. Soc., 4 Juillet 2012 – n°11-12502](#)).

## Chapitre 7

### Les modifications du contrat de travail

Parce que les situations concrètes ne sont jamais figées, le salarié peut voir évoluer ses conditions de travail ou certains éléments essentiels de son contrat. Ce qu'il faut savoir, c'est qu'en fonction de l'élément objet de la modification, l'attitude du salarié pourra être différemment appréciée par l'employeur.

#### §1 – La modification de la situation du salarié

D'une manière générale, le contrat de travail obéit aux règles posées par le droit des obligations et notamment au respect de la volonté des parties. Ainsi, la modification unilatérale, par l'employeur, d'un élément essentiel du contrat est absolument impossible. En revanche, des changements relatifs aux conditions de travail seront possibles même si l'employeur devra se soumettre à quelques formalités.

##### A] La modification d'un élément essentiel du contrat de travail :

Il n'existe pas de définition légale de ce que l'on appelle les « *éléments essentiels* » du contrat de travail. Néanmoins, la jurisprudence a, au fil du temps, précisé la notion. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle déjà eu l'occasion d'affirmer qu'une modification portant sur la rémunération du salarié ([C. cass., Ch. Soc., 28 Septembre 2016 – n° 15-16775](#)), ses attributions ou la durée du travail était de nature à remettre en cause un élément essentiel de la relation de travail ([C. cass., Ch. Soc., 8 Février 2017 – n°15-24873](#)). Réciproquement, les juges ont pu préciser ce qui ne relève pas de ce caractère essentiel.

##### B] La modification des conditions de travail :

L'importance de la distinction entre les éléments essentiels du contrat et les conditions de travail vise à différencier ce qui relève de la volonté des parties et ce qui entre dans le champ du pouvoir de direction de l'employeur. Ici aussi, la jurisprudence a opéré un important travail de définition en posant, par exemple, pour acquis qu'une clause de mobilité dont l'usage n'est pas abusif correspond à la modification des conditions de travail ([C. cass., Ch. Soc., 16 Septembre 2009 – n°08-43019](#)).

##### C] Les autres modifications :

Certaines évolutions de la relation de travail peuvent découler de changements opérés au sein d'une convention collective ou relatifs à des usages pratiqués dans l'entreprise. D'une manière assez générale, le salarié est contraint de se soumettre aux évolutions d'une convention collective régissant son activité. En revanche, en ce qui concerne les usages, ceux-ci ne pourront être supprimés ou modifiés sans l'approbation des salariés et des délégués du personnel.

#### §2 – Les droits du salarié face aux évolutions de sa situation

Qu'il s'agisse de la modification d'un élément essentiel du contrat ou de l'évolution des conditions de travail, les droits du salarié ne seront pas les mêmes.

**A] Les droits du salarié face à la modification d'un élément essentiel du contrat :**

Nous l'avons dit précédemment, le contrat de travail a un caractère synallagmatique qui scelle l'échange de volontés des parties. Par conséquent, comme il doit être exécuté de bonne foi, le contrat ne peut être unilatéralement révisé au seul bon vouloir de l'employeur. Autrement dit, le salarié a donc tout à fait le droit de refuser la modification d'un élément essentiel du contrat. Toutefois, la mise en application différée d'une clause initialement présente dans le contrat de travail ne sera pas assimilée à une modification de celui-ci ; à condition une fois encore que l'utilisation de la clause soit opérée de manière abusive dans le seul but de nuire au salarié ([C. cass., Ch. Soc., 9 Mars 2017 – n°15-29027](#)).

**B] Les droits du salarié face au changement de ses conditions de travail :**

Les changements apportés aux conditions de travail du salarié relèvent du pouvoir de direction unilatéral de l'employeur. Par conséquent, le salarié ne peut, en principe, pas s'y opposer sans craindre une sanction qui peut aller jusqu'au licenciement.

### **§3 – Les droits et obligations incombant à l'employeur**

En fonction de l'objet de la modification souhaitée, l'employeur n'aura pas les mêmes obligations, ni les mêmes moyens de recours.

86

**A] L'employeur et le refus de la modification des éléments essentiels du contrat :**

Si l'employeur souhaite modifier un élément essentiel du contrat de travail de son salarié, il doit en informer ce dernier et lui laisser un délai de réflexion suffisant avant d'exprimer son accord ou son refus. Lorsque la modification est motivée par le contexte économique, [l'article L1222-6](#) du Code du travail prévoit que l'employeur doit adresser au salarié un courrier recommandé avec accusé de réception dans lequel doit être précisé la durée du délai de réflexion. Passé le terme de ce délai, le silence gardé par le salarié vaut acceptation. En revanche, si la modification a pour cause un motif autre qu'économique, l'information du salarié ne nécessite aucun formalisme précis mais le silence de celui-ci ne pourra pas correspondre à une acceptation tacite.

Si le salarié refuse la modification d'un élément essentiel du contrat, l'employeur n'aura d'autre choix que de s'en tenir au *statu quo ante*. Néanmoins, il pourra se séparer de son salarié en respectant toutes les garanties posées par la procédure de licenciement ; et ce, à condition que l'attitude de l'employeur ne soit pas constitutive d'un abus.

**B] L'employeur et le refus de modification des conditions de travail :**

Les conditions de travail relève du pouvoir de direction de l'employeur. Par conséquent, le refus du salarié de voir les modalités de son travail révisées pourra être assimilé à une faute. Autrement dit, l'employeur aura la possibilité de prononcer une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave ; lequel ne donnera lieu à aucune indemnité et ne nécessitera pas de préavis. Néanmoins, la jurisprudence tient à préciser

que le refus du salarié de voir modifier ses conditions de travail, s'il justifie un licenciement pour cause réel et sérieuse, ne constitue pas, à lui seul, une faute grave ([C. cass., Ch. Soc., 25 Juin 2014 – n°12-29519](#)).

## Chapitre 8

# La rupture du contrat

Plusieurs circonstances peuvent conduire à la rupture du contrat de travail. Certaines tiennent à des motifs inhérents à la personne du salarié ; d'autres sont liées à des causes économiques. Lorsqu'elle correspond à la rupture d'un contrat à durée indéterminée à l'initiative de l'employeur, et dans ce cas seulement, la fin du contrat est qualifiée de « *licenciement* ». Effectivement, dans d'autres situations, la rupture pourra revêtir des appellations diverses.

### Section 1

## Les cas de ruptures autres que le licenciement

Depuis longtemps, la loi reconnaît la possibilité d'une rupture d'un commun accord des parties ; c'est-à-dire de façon amiable. Est également connue la possibilité pour le salarié de s'adresser au juge afin de demander la résiliation de son contrat de travail. De surcroît, et ce depuis la loi du 25 Juin 2008, il existe une nouvelle modalité de rupture qui est dite « *conventionnelle* ». Enfin, il existe un dernier mode de rupture qui semble plus évident : le passage à la retraite.

88

### §1 – La démission

D'une manière générale, nous rappellerons qu'une démission ne peut être donnée dans le cadre d'un contrat à durée déterminée.

#### A] La notion :

La Cour de cassation définit la démission comme « *un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non-équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail* » ([C. cass., Ch. Soc., 9 Mai 2007 – n°05-40315](#)). Autrement dit, la démission doit résulter d'une volonté claire et définitive du salarié ; c'est un acte unilatéral réglementé qui produira tous ses effets même contre la volonté de l'employeur. Il est important de s'assurer que la démission du salarié est non-équivoque. Par exemple, le fait pour un salarié de ne pas se présenter à son travail à la fin de ses congés payés, n'est pas constitutif d'une volonté (il n'y a pas de volonté non-équivoque) de démissionner. De même, le fait pour un salarié d'évoquer une démission sur un coup de tête n'est pas un acte de volonté non-équivoque.

L'ambiguïté peut naître du fait que la démission n'est soumise à aucune procédure particulière ; elle peut donc être verbale, écrite, etc. Certaines démissions, par ailleurs, peuvent avoir été plus ou moins téléguidées ; au point que certains parlent de démissions contraintes et forcées. Dans ce cas-là, si la preuve peut être apportée que le salarié a été poussé à démissionner, le juge pourra requalifier la démission en licenciement. Dans pareille situation, le juge reviendra sur la cause déterminante de la démission (le salarié aurait-il démissionné dans d'autres conditions ?). Il peut également arriver qu'un salarié donne sa démission en raison d'un comportement

fautif adopté par l'employeur (ex → l'employeur ne lui a pas versé son salaire depuis trois mois). Dans quatre arrêts rendus le 9 Mai 2007, la Cour de cassation a jugé que les démissions émises sans réserve peuvent être requalifiées non pas en licenciement mais en prise d'acte lorsqu'il est apparu que, après avoir démissionné, le salarié ait pu faire état de manquements et de fautes incombant à l'employeur ([C. cass., Ch. Soc., 9 Mai 2007 – n°05-40315](#)).

## **B] Le régime :**

Il n'existe aucune condition légale de forme pour la démission mais le plus souvent des conventions collectives prévoient que le salarié démissionnaire devra en informer, de telle ou telle manière, l'employeur. Bien qu'elle ne nécessite aucune motivation, la démission peut parfois paraître abusive et, dans ce cas-là, [l'article L1237-2](#) du Code du travail précise que le salarié pourra être contraint de payer des dommages-intérêts à son employeur. La démission sera jugée abusive, le plus souvent, lorsqu'elle procède d'une brusque rupture. Le salarié démissionnaire doit respecter un délai de préavis et, dans certains cas particuliers mais rares, ce délai résulte de la loi (ex → il y a un délai de préavis pour les journalistes et les assistantes maternelles). Pour tous les autres salariés, la loi renvoie à la convention collective ou, à défaut, aux usages pratiqués dans la profession. Cela signifie qu'un contrat de travail ne peut pas prévoir un préavis de démission. Si tel est le cas, ce délai est inopposable au salarié.

Par un arrêt du 1<sup>er</sup> Juillet 2008, la Cour de cassation a précisé que le salarié ne peut pas fixer de lui-même un délai de préavis plus long que celui prévu par la convention collective ou les usages ([C. cass., Ch. Soc., 1<sup>er</sup> Juillet 2008 – n° 07-40109](#)). Le seul cas où le salarié peut démissionner sans délai concerne les salariés qui, à la fin d'un congé maternité (ou d'adoption) ou de création d'entreprise, ne désirent pas reprendre leur emploi. En principe, le salarié qui a démissionné ne peut pas prétendre à être indemnisé au titre du chômage pour une raison très simple : il n'est pas involontairement privé d'emploi. Toutefois, les commissions paritaires des ASSEDIC peuvent estimer que le motif de la démission était légitime et dans ce cas, cela ouvrira droit à indemnisation. Au nombre des motifs légitimes, on trouve notamment la démission pour suivre un conjoint changeant d'emploi et de résidence mais également celle pour s'occuper d'un ascendant ou descendant gravement malade. D'une manière générale, et dans le contexte actuel, on observe que la démission est en perte de vitesse parce que celui qui démissionne prend le risque de ne pas avoir d'indemnité.

## **§2 - La prise d'acte**

La prise d'acte est une formule exclusivement jurisprudentielle (pas de sources légales) qui permet de constater une rupture qui s'impose sans accepter pour autant d'en assumer l'imputabilité. L'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail, ou qui considère que le contrat de travail est rompu du fait du salarié, doit obligatoirement mettre en œuvre la procédure de licenciement. À défaut, la rupture qu'il a constatée s'analysera en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation a définitivement fermé la porte de la prise d'acte pour l'employeur puisque la prise d'acte, ayant eu pour effet d'ignorer la procédure de licenciement (et donc la notification du licenciement), sera toujours considérée comme un licenciement sans motif et sans cause réelle et sérieuse.

Lorsque la prise d'acte émane du salarié, la Cour de cassation considère qu'il s'agit là d'un mode de rupture particulier et original. La prise d'acte est le fait pour un salarié de manifester la décision qu'il a prise de mettre fin à son contrat de travail à durée indéterminée en raison des fautes ou de la faute que l'employeur aurait commise(s) en cours d'exécution du contrat de travail. Au moment où le salarié prend acte de la rupture, il n'est

pas exigé qu'il fasse expressément référence au manquement de l'employeur. Si les faits invoqués justifient la prise d'acte (si le salarié a des reproches fondés contre l'employeur), celle-ci produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Si, à l'inverse, les faits reprochés à l'employeur ne justifient pas sa décision, celle-ci sera assimilée à une démission. La prise d'acte ne sera justifiée que si les faits apparaissent suffisamment graves pour justifier cette rupture. Si les faits fautifs (très souvent, c'est le non-paiement des salaires) avancés par le salarié à l'encontre de l'employeur sont réellement établis, l'employeur devra alors verser au salarié l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnité compensatrice de préavis ainsi que l'indemnité compensatrice de congés payés. En outre, le salarié pourra obtenir des dommages-intérêts en fonction du préjudice subi.

À l'inverse, si les faits invoqués par le salarié sont inexistantes ou mal établis ou apparaissent comme insuffisamment graves, le salarié sera considéré comme démissionnaire. Les conséquences de la démission vont alors s'appliquer : le salarié n'a droit à aucune indemnité et, en outre, le salarié ne pourra prétendre à aucune indemnité de chômage. La Cour de cassation a même décidé que, dans ce cas, le salarié peut être condamné à payer une indemnité compensatrice de préavis si la convention collective applicable ou les usages avaient prévu un préavis en cas de démission. Contrairement à la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige, ce n'est pas le cas de la lettre par laquelle le salarié prend acte de la rupture. Le juge va donc devoir procéder à l'examen du ou des grief(s) invoqué(s) par le salarié à l'encontre de son employeur. S'il existe un doute sur la réalité des faits invoqués par le salarié, la prise d'acte prendra l'effet d'une démission (sauf si le salarié a été victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle mentionnés à [l'article L4624-1](#) du Code du travail).

Pour la Cour de cassation, la prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail ([C. cass., Ch. Soc., 20 Janvier 2010 – n°08-43476](#)). Aucun acte de rupture autre que la prise d'acte ne peut plus être pris en considération s'il intervient postérieurement à celle-ci. Ainsi, si l'employeur décide de licencier un salarié qui a déjà pris acte de la rupture, en cas de litige, le juge ne s'en tiendra qu'à la seule prise d'acte (puisque l'autre mode de rupture est postérieur) ; même s'il apparaît que la lettre de convocation à l'entretien préalable avait été adressée au salarié avant même la prise d'acte. Le salarié ne peut revenir sur sa décision de prise d'acte qui est considérée comme irrévocable. Lorsque la prise d'acte se trouve en concours avec une demande de résiliation judiciaire, les juges admettent qu'après avoir introduit une action en résiliation judiciaire, un salarié peut toujours prendre acte de la rupture tant que le juge n'a pas encore statué sur cette demande de résiliation.

### §3 - Les accords de rupture

Jusqu'à la [Loi du 25 Juin 2008](#), le droit français ne connaissait que les ruptures d'un commun accord. Depuis, ont été introduites les ruptures dites « *conventionnelles* ». Autrement dit, avec la Loi du 25 Juin 2008, le législateur, s'appuyant pour cela sur un accord national interprofessionnel du 11 Janvier 2008, a imaginé un nouveau mode de rupture du contrat de travail.

#### A] Les ruptures d'un commun accord :

Il a toujours été admis que, en cours de contrat, les parties puissent décider par consentement mutuel de conclure un accord de rupture. Cependant, l'acte de rupture ne peut véritablement constituer une rupture d'un commun accord dès lors qu'il existe un litige entre les parties (celui qui a quelque chose à reprocher à la voie du licenciement ou la prise d'acte) ; à moins que ce soit le salarié qui, lui-même, ait pris l'initiative d'un départ négocié. Toutefois, seront frappés de nullité tous les accords de rupture conclus avec des salariés dits protégés ; c'est à dire ceux investis d'un mandat professionnel. En effet, il ne peut être ainsi dérogé à la protection

exceptionnelle et exorbitante du droit commun selon laquelle l'employeur doit demander et obtenir une autorisation administrative préalable de licenciement.

## **B] Les ruptures conventionnelles :**

Ces ruptures ne visent que les contrats à durée indéterminée. Elles sont exclues dans certains cas ; notamment dans le cadre d'accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC). Elles sont également exclues dans le cadre des plans de sauvegarde de l'emploi, pour les salariés en congé de maternité, ou encore si les salariés sont en arrêt de travail pour une raison dépendante d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. De la même manière, elles sont écartées si le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail. Dans de tels cas, il est toujours possible de prévoir des départs négociés ou des ruptures d'un commun accord. Ce que l'on constate depuis le vote de la Loi de 2008, c'est qu'il y a un recours croissant à ce mode de rupture avec corrélativement un recours massif à l'assurance chômage.

### **1) Le formalisme :**

Afin d'éviter des contestations ultérieures, un formalisme très minutieux a été mis en place afin de garantir la liberté de consentement des parties ; c'est ce qu'indique [l'article L1237-11](#) du Code du travail. Le principe même de la rupture doit se dessiner au cours d'un ou plusieurs entretien(s) entre l'employeur et le salarié ([article L1237-12](#) du Code du travail). Lors de ces entretiens, le salarié et l'employeur peuvent se faire assister mais attention, l'employeur ne pourra être assisté que si le salarié a décidé lui-même de l'être. On retrouve les mêmes possibilités d'assistance pour le salarié que celles prévues en cas de licenciement. Du côté de l'employeur, mais seulement dans les entreprises de moins de cinquante salariés, l'assistance peut être demandée à une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche. Les parties, au cours de ces entretiens, vont décider du contenu de la convention de rupture ; elles vont définir les conditions de la rupture. La loi met quand même quelques garde-fous et précise que l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement. Les salariés pourront bénéficier de l'indemnité conventionnelle si celle-ci est plus avantageuse que l'indemnité légale de licenciement. Pour pouvoir bénéficier de cette indemnité spécifique de rupture conventionnelle, le salarié doit avoir au moins un an d'ancienneté dans la même entreprise. La convention fixe également la date de rupture ; celle-ci ne pouvant intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation ([article L1237-13](#) du Code du travail).

Une fois la convention conclue et signée, chaque partie (employeur ou salarié) dispose d'un droit de rétractation. La rétractation peut être exprimée pendant un délai de quinze jours calendaires ; le point de départ de ce délai commence le lendemain de la signature de la convention. Cette rétractation doit être formalisée dans une lettre adressée par tout moyen attestant de sa réception par l'autre partie. Passé ce délai de rétractation, la convention doit être soumise à homologation ; laquelle va être demandée à l'autorité administrative. En vérité, l'autorité administrative doit s'assurer que le consentement des parties a été donné librement et que la procédure a bien été respectée. L'autorité administrative dispose d'un délai d'inspection de quinze jours ouvrables pour prendre sa décision. À défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise et l'autorité administrative se trouve dessaisie. En revanche, si l'administration du travail refuse l'homologation, elle devra motiver sa décision ; c'est le principe classique de motivation des actes administratifs.

Dérogeant aux règles habituelles de répartition des compétences, la loi décide que l'homologation ou le refus d'homologation peuvent faire l'objet d'un recours ; lequel va relever de la compétence du Conseil de Prud'hommes et n'ont pas du juge administratif.

## 2) Les conséquences de la rupture conventionnelle :

Le salarié a droit à une indemnité spécifique. En présence de deux indemnités conventionnelles pour motif personnel et pour motif économique, l'employeur devra verser la plus faible des deux. C'est surprenant mais cela s'explique du fait que le motif de la rupture n'est pas connu (les parties n'ont pas à dire pourquoi elles ont choisi la rupture conventionnelle). Il semble cependant que l'indemnité de rupture soit due en toute hypothèse et donc, normalement, elle ne devrait pas être supprimée en cas de faute grave, ni même en cas de faute lourde. L'intérêt essentiel de la rupture conventionnelle (comme du licenciement) est, en outre, d'ouvrir droit pour le salarié aux allocations d'assurance chômage. Toutes ces conséquences permettent d'espérer et d'affirmer que l'employeur dispose d'un moyen efficace pour convaincre un salarié d'accepter ce mode de rupture sans avoir à procéder à un licenciement.

## §4 - La retraite

Au même titre que les mécanismes étudiés précédemment, la retraite constitue un mode de rupture du contrat de travail à part entière. Ce qu'il est important de distinguer, c'est le départ à la retraite et la mise à la retraite. Le premier âge de la retraite est aujourd'hui fixé à 62 ans ; c'est à dire l'âge à partir duquel un salarié peut demander sa retraite et bénéficier d'une pension d'assurance vieillesse (cet âge est avancé à 60 ans pour les personnes entrées précocement dans l'emploi et pouvant justifier d'une carrière longue). Le départ à la retraite est donc un mode de rupture du contrat de travail différent de la démission. Il a lieu à l'initiative du salarié ; c'est un départ volontaire mais c'est aussi une simple faculté (il n'y a pas d'obligation de partir à la retraite). S'il décide de partir, le salarié doit respecter un délai de préavis. Bien évidemment, au moment de son départ, il percevra une indemnité de départ qui n'est due qu'aux salariés à condition d'avoir une ancienneté d'au moins dix ans.

92

À l'inverse, la mise à la retraite est une décision prise par l'employeur ; lequel peut d'ailleurs décider d'interrompre une procédure de licenciement pour choisir plutôt de prononcer une mise à la retraite. La mise à la retraite n'est possible que si le salarié est âgé d'au moins 70 ans. Néanmoins, la situation du chômage étant préoccupante, le législateur a voulu éviter que les salariés soient mis trop facilement à la retraite. La mise à la retraite avant 70 ans est ainsi soumise au respect, par l'employeur, d'une procédure particulière. Cette procédure vise à recueillir préalablement l'accord du salarié ; c'est ce qui est prévu par les [articles L1237-5](#) et suivants du Code du travail. Trois mois avant l'anniversaire du salarié, l'employeur doit lui envoyer une lettre en lui demandant s'il accepte d'être mis à la retraite. À compter de la réception de ce courrier, le salarié a un mois pour répondre et si sa réponse est négative, la mise à la retraite n'est pas possible. Si les conditions de mise à la retraite ne sont pas réunies, la rupture du contrat de travail sera assimilée à un licenciement nul puisqu'il s'agirait d'un acte discriminatoire (le motif de discrimination étant lié à l'âge). La mise à la retraite doit être précédée d'un préavis égal à celui d'un licenciement et le salarié percevra une indemnité de licenciement égale à l'indemnité légale de licenciement. Enfin, il est interdit de procéder à la mise à la retraite d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

## Section 2

### Le licenciement pour motif personnel

C'est la Loi du 13 Juillet 1973 qui a introduit en droit français la notion de licenciement pour motif personnel. Jusqu'alors, la Cour de cassation s'en tenait à la théorie dite de « *l'abus de droit* » ; c'est-à-dire qu'il fallait que le salarié apporte la preuve de l'abus du droit de résiliation unilatérale du contrat de travail. Il faut dire qu'avant cette loi, une faute même légère pouvait justifier un licenciement.

Désormais, il existe donc des normes particulières qui vont notamment permettre au juge de contrôler l'existence du pouvoir de licencier du chef d'entreprise. Par ailleurs, la preuve a été allégée pour le salarié puisqu'il faudra que l'entreprise évoque une cause réelle et sérieuse de licenciement. Cette loi n'est pas applicable dans certains cas. En effet, elle ne concerne pas les fonctionnaires qui obéissent à un statut et non à un contrat. De surcroît, cette loi ne s'applique pas durant une période d'essai, un contrat à durée déterminée, ou un contrat de travail temporaire.

Quant aux dispositions relatives au caractère indemnitaire, elles ne concernent que les salariés ayant une certaine ancienneté dans l'entreprise et certaines sanctions ou dispositions ne s'appliqueront que dans les entreprises ayant un certain effectif.

#### §1 – La Loi du 13 Juillet 1973

Cette loi se caractérise par deux innovations majeures que sont, d'une part, une procédure préalable au licenciement et, d'autre part, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse.

93

---

##### A] Une procédure préalable :

Cette procédure préalable a été généralisée et elle concerne maintenant tous les salariés quelle que soit l'ancienneté et quelle que soit la taille de l'entreprise dans laquelle ils travaillent. L'employeur doit respecter cette procédure préalable en toute hypothèse. Autrement dit, il ne peut pas tirer argument de l'état physique d'un salarié pour restreindre les garanties qui lui sont accordées par la loi. L'employeur devra également respecter cette procédure s'il décide de mettre un salarié à la retraite.

Cette procédure a pour but de permettre une conciliation entre les parties et donc de rechercher un accord entre l'employeur et le salarié. Il faut souligner le caractère préalable de la procédure en rappelant la distinction posée par la loi entre le projet de licenciement et la décision de licenciement (on peut avoir un projet de licencier et revenir dessus). L'idée est donc de clarifier le litige (ou les données du litige) qui oppose les parties. Pour cette raison, l'employeur ne peut pas donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour conduire la procédure de licenciement jusqu'à son terme ([C. cass., Ch. Soc., 7 Décembre 2011 – n°10-30222](#)).

##### 1) La convocation à l'entretien :

Selon [l'article L1232-2](#) du Code du travail, l'employeur (ou son représentant) qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, le convoquer à un entretien préalable. Cette convocation va être adressée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre au salarié ; laquelle doit indiquer l'objet de la

convocation. Dans cette lettre de convocation, il faut préciser la date, l'heure et le lieu de l'entretien et il faut surtout mentionner que le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Lorsqu'il n'y a pas d'institution représentative du personnel (pas de représentants du personnel) dans l'entreprise, le salarié pourra se faire assister par un « *conseiller du salarié* » ; c'est à dire une personne extérieure à l'entreprise dont le nom figure sur une liste dressée par le préfet pour chaque département. Cette liste est établie après consultation des organisations syndicales pour choisir des personnes qui accepteront d'avoir cette fonction. La lettre de convocation doit également préciser que le salarié pourra trouver cette liste auprès soit de l'inspection du travail, soit de la mairie. L'omission de l'une de ces informations, constitue une irrégularité de procédure et entraîne un préjudice qui donnera lieu à réparation. L'entretien préalable ne pourra avoir lieu que cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre de convocation. Suivant les [articles 641](#) et [642](#) du Code de procédure civile, le jour de la présentation ne compte pas. De même, si le délai expire un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé (1<sup>er</sup> Mai), le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Pour respecter les principes élémentaires du droit de la défense, la convocation doit rester compatible avec les horaires de travail et le lieu où réside normalement le salarié. Néanmoins, une convocation en dehors de l'horaire de travail ne constituera pas une irrégularité de procédure.

## 2) L'entretien :

L'entretien doit toujours se tenir un jour travaillé et il aura lieu soit dans l'établissement où travaille le salarié, soit au siège social de l'entreprise. Si l'employeur choisit un autre lieu, il devra justifier son choix. Ce qui est essentiel, c'est que l'entretien ait un caractère contradictoire. Cela signifie que l'employeur exposera ses arguments et que le salarié pourra y répondre. Le salarié, au cours de cet entretien, va pouvoir se faire assister par une personne de son choix. Le libre choix de l'assistant du salarié implique la possibilité pour celui-ci de se déplacer librement pour se rendre à l'entretien préalable sans craindre de subir une perte de rémunération. Le conseiller du salarié exerce ses fonctions à titre gratuit ; cela ne signifie pas que tout est gratuit (sa rémunération habituelle sera maintenue par l'entreprise dont il provient et son entreprise sera remboursée par l'Etat). La durée des absences à ce titre ne peut excéder quinze heures par mois. L'assistant du salarié a un rôle actif en tant que défenseur mais également un rôle actif en tant que témoin. Il pourra donc intervenir pour témoigner dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Bien que la loi ne mentionne pas la possibilité pour l'employeur de se faire assister, la Cour de cassation a admis que ce dernier pouvait également bénéficier des conseils d'une tierce personne à condition que la personne qui l'assiste appartienne au personnel de l'entreprise (pas un avocat) et ne fasse pas griefs aux intérêts du salarié. D'une manière générale, il est absolument interdit d'enregistrer l'entretien à l'insu de l'autre partie. La violation de cette interdiction est une atteinte à la vie privée et sera sanctionnée par les juges répressifs. Toutefois, si les deux parties en sont d'accord, pourra être dressé un procès-verbal qui relatara l'entretien.

## 3) La notification du licenciement :

Cette notification est obligatoire ; elle doit se faire par écrit et va être adressée au salarié par lettre recommandée. Elle peut également être remise en main propre contre récépissé ou présentée par huissier. [L'article L1232-6](#) du Code du travail précise que cette lettre ne peut être expédiée moins de deux jours francs ouvrables après l'entretien préalable. Il ne s'agit là que d'un minimum posé par la loi qui peut être allongé par voie de convention collective. Ce délai de deux jours avant d'envoyer la lettre a pour objectif de laisser à l'employeur un temps de réflexion avant de prendre sa décision définitive ; laquelle est particulièrement lourde de conséquences. Ce que l'on constate, c'est que la loi ne prévoit aucun délai maximum ; ce qui n'est pas le cas

du licenciement pour faute (licenciement disciplinaire) pour lequel la loi fixe un délai maximum d'un mois. Néanmoins, un délai anormalement long peut faire présumer du manque d'urgence du licenciement et écarter la cause sérieuse de licenciement. Cette lettre de notification est extrêmement importante : d'abord parce qu'elle va préciser la date à laquelle le contrat prendra fin et, à cet égard, elle va donc préciser le délai de préavis à observer.

Cette lettre va emporter également des conséquences juridiques très importantes et ce à trois égards. Premièrement, la lettre de notification doit comporter l'énoncé du ou des motifs de licenciement invoqué(s) par l'employeur (et lorsque l'employeur en invoque plusieurs, le juge est obligé de les prendre tous en compte). L'énonciation du motif de licenciement est, non seulement, obligatoire mais elle est aussi essentielle. Cette motivation doit être précise ; c'est à dire qu'elle doit être matériellement vérifiable. Autrement dit, le juge doit pouvoir apprécier véritablement la situation. La Cour de cassation en a ainsi déduit que l'imprécision des motifs équivaut à une absence de motifs remettant en question l'existence d'une cause réelle et sérieuse ([C. cass., Ch. Soc., 29 Novembre 1990 – n°87-40184](#)). Deuxièmement, la lettre de licenciement fixe les limites du litige. L'employeur ne pourra plus, par la suite, évoquer d'autres motifs que ceux qu'il a fait figurer dans le document initial. Ainsi, le juge s'en tiendra aux seuls motifs invoqués dans la lettre de licenciement remise au salarié ; même si le juge reste souverain pour apprécier la qualification donnée aux faits par l'employeur. Enfin, la lettre de notification révèle la volonté de l'employeur de rompre le contrat. La Cour de cassation, en ce qui concerne le droit du travail, a précisé que la décision de l'employeur de licencier son salarié est définitive à la date à laquelle il a envoyé la lettre de notification ; ce qui est logique puisque la volonté de rupture du contrat lui incombe. Dans cette lettre de licenciement, l'employeur doit informer le salarié des droits acquis par celui-ci en ce qui concerne le droit individuel à la formation (DIF) ; c'est ce qui résulte de [l'article L6323-19](#) du Code du travail. En cas de licenciement, le salarié peut utiliser ces heures de formation qu'il n'aurait pas encore exploitées pour suivre une formation pendant sa période de préavis. Il n'y a qu'en cas de faute lourde que l'employeur est délivré de cette obligation.

Une autre personne que l'employeur peut décider d'un licenciement au nom et pour le compte d'une personne physique ou morale si elle a reçu une délégation de pouvoir en ce sens. Néanmoins, la Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que l'absence de pouvoir du signataire de la lettre de licenciement n'entache pas celle-ci d'irrégularité dès lors que l'employeur a postérieurement ratifié cette décision ([C. cass., Ch. Soc., 19 Novembre 2010 – n°10-10095](#)).

## **B] L'exigence d'une cause réelle et sérieuse du licenciement :**

[L'article L1232-1](#) du Code du travail dispose que « *tout licenciement pour motif personnel est motivé et justifié par une cause réelle et sérieuse* ». Nous retiendrons le caractère cumulatif de cette exigence ; laquelle concerne tous les licenciements sans exception. La loi ne donne aucune définition de ce qu'il faut entendre par « *cause réelle et sérieuse* ». Néanmoins, les travaux parlementaires relatifs à cette disposition permettent de définir la cause fondée sur des considérations objectives comme réelle ; ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles. Les juges vont alors sanctionner l'inexistence des faits invoqués ou encore l'absence de motif. Dans un arrêt du 29 Novembre 1990, la Cour de cassation a posé la règle dite de « *l'objectivation des motifs* » ; c'est-à-dire que le juge doit vérifier que les motifs sont, non seulement existants mais également exacts ([C. cass., Ch. Soc., 29 Novembre 1990, Dame Fertray c/ Société Wagner – n°87-40184](#)). Avec cet arrêt, la Cour de cassation a condamné de façon définitive la cause de licenciement qui résidait dans la seule perte de confiance.

Quant à la cause sérieuse, c'est celle présentant un certain degré de gravité troublant la relation de travail. Mais, plus précisément que ça, cette cause sera sérieuse dès lors qu'elle rend impossible la continuation du contrat de travail sans dommages pour l'entreprise (en d'autres termes, il n'y a plus d'autres solutions que le licenciement). Ce qui est certain, c'est qu'une convention collective ou un contrat de travail ne peuvent pré-qualifier certains comportements en affirmant par avance qu'ils constitueront une cause sérieuse de licenciement. Néanmoins, ils peuvent limiter les licenciements à un certain nombre de causes particulières.

L'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement s'opère au jour où la décision de rompre le contrat est prise par l'employeur ; le juge examine les faits dans le contexte où ils se sont réalisés. La Cour de cassation n'exerce pas vraiment de contrôle de la qualification de la cause de licenciement ; elle laisse ce pouvoir au juge du fond. En revanche, elle va opérer un contrôle de la motivation opérée par les juges du fond (la notion de cause étant bien plus large que la notion de faute). Bien évidemment, les causes de licenciement peuvent reposer sur des fautes et aboutir à des licenciements disciplinaires. Il y a des raisons liées à la vie privée du salarié (et plus précisément au regard de sa santé) et d'autres liées à l'insuffisance professionnelle.

### 1) L'insuffisance professionnelle :

L'insuffisance professionnelle est devenue en quelque sorte le substitut à la perte de confiance qui, désormais, n'est plus admise. Il est vrai que l'employeur est seul juge de l'attitude professionnelle d'un salarié. Mais, pour la Cour de cassation, la seule insuffisance professionnelle ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Pourquoi ? Parce qu'un employeur peut fixer un objectif au salarié (objectif de résultat, de chiffre d'affaire, etc.) mais ces objectifs doivent rester raisonnables et compatibles avec le marché. Très souvent, l'insuffisance professionnelle est couplée avec une insuffisance de résultat. Le juge, dans ce cas-là, va rechercher si cette insuffisance reprochée au salarié a pour cause une impossibilité d'atteindre les résultats tout simplement parce que ceux-ci étaient irréalistes, ou si cette insuffisance est seulement la conséquence d'une faute du salarié.

### 2) La question de la santé du salarié :

D'une manière générale, il est interdit à l'employeur de licencier un salarié en invoquant seulement son état de santé. Pourquoi ? Parce qu'il s'agirait-là d'un licenciement discriminatoire au regard de [l'article L1132-1](#) du Code du travail. Un licenciement discriminatoire est un licenciement nul. Ainsi, par exemple, un licenciement qui a été prononcé en raison d'une dépression du salarié causée par des pressions exercées sur sa personne sera considéré comme irrecevable. Néanmoins, si une absence prolongée ou des absences répétées pour raison de santé perturbent gravement le fonctionnement de l'entreprise, l'employeur pourra envisager de recourir au licenciement. Afin d'éviter les abus, la jurisprudence a progressivement posé des conditions de plus en plus strictes pour encadrer de tels licenciements ; et ce afin d'éviter que ces licenciements ne cachent, en réalité, des licenciements à motif discriminatoire. Tout d'abord, il faut que le remplacement du salarié absent s'avère nécessaire. Autrement dit, il faut que l'employeur ait épuisé toutes les solutions alternatives au licenciement (recours à des contrats à durée déterminée, ou des contrats d'intérimaires ; voire même, demander à des salariés d'effectuer des heures supplémentaires). Ce n'est qu'après avoir exploré ces solutions qu'il pourra, éventuellement, envisager le remplacement. Ensuite, il faut que le remplacement se présente comme définitif. Le caractère définitif du remplacement impose à l'employeur de recruter, lui-même, le salarié remplaçant. De surcroît, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le remplacement définitif est celui qui, au bout du compte, ne fait pas évoluer les effectifs présents dans l'entreprise ([C. cass., Ch. Soc., 22 Avril 2011 – n°09-43334](#)). Par ailleurs, un remplacement ne peut être considéré comme définitif que s'il coïncide parfaitement avec

le contenu du précédent contrat de travail. De fait, si le précédemment contrat de travail est un contrat à durée indéterminée à temps plein, celui qui lui succède doit être de même nature. Enfin, troisième condition, il faut que le remplacement intervienne dans un délai raisonnable après le licenciement du salarié devant être remplacé. L'appréciation du délai raisonnable est laissée au juge du fond. Mais attention, si le remplaçant n'est autre qu'un salarié qui avait été recruté peu de temps avant le licenciement du salarié en question, alors celui-ci sera jugé sans cause réelle et sérieuse.

L'encadrement du licenciement est beaucoup plus strict lorsque le salarié est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. En effet, dans ces cas-là, et pendant toute la période de suspension du contrat de travail, l'employeur ne peut pas licencier le salarié sauf si ce dernier commet une faute grave (ex → travailler pour la concurrence) ou si l'employeur peut apporter la preuve qu'il lui est impossible de maintenir le contrat pour des raisons étrangères à l'accident ou à la maladie. Plus encore, l'employeur ne peut pas signifier le licenciement durant cette période de suspension.

Enfin, il nous faut étudier les cas d'inaptitude. Il faut bien distinguer l'inaptitude professionnelle et l'inaptitude d'origine médicale (perte des moyens physiques ou intellectuels nécessaires à l'exécution du travail). Après une absence d'au moins trente jours liée à une cause de maladie, un accident ou un congé maternité, le salarié doit bénéficier d'un examen effectué par le médecin du travail. Normalement donc, avant de reprendre son travail, il doit consulter le médecin du travail qui déterminera son degré d'aptitude. Cette visite dite de « reprise » doit avoir lieu lors de la reprise du travail et, au plus tard, dans un délai de huit jours suivants cette reprise. Le médecin du travail n'est pas celui de la sécurité sociale : c'est quelqu'un qui connaît l'entreprise. Ce médecin doit se prononcer sur la question de savoir si le salarié peut reprendre son poste et exercer ses fonctions. Le médecin du travail, lors de la visite, peut soit conclure à une aptitude, soit au fait que le salarié ne peut pas, actuellement, reprendre son poste de travail (il ne dit pas qu'il est inapte). Dans ce cas-là, s'il ne conclut pas une aptitude, le salarié va devoir effectuer une seconde visite dans un délai de quinze jours ; et, c'est à l'issue de cette seconde visite que le médecin du travail pourra conclure soit à une aptitude, soit à une inaptitude au poste de travail occupé précédemment par le salarié. Pendant les deux semaines qui séparent la première visite de la seconde, le médecin du travail et l'employeur vont chercher des postes de remplacement qui conviendraient davantage à ce salarié. Lorsque le médecin du travail conclut à une inaptitude lors de la seconde visite, l'employeur doit chercher activement et sérieusement un ou des poste(s) de reclassement pour ce salarié. L'employeur va rechercher un emploi aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé par son salarié. Si l'employeur envisage une transformation de poste, il ne faut pas oublier qu'il peut solliciter une aide financière de l'État. Les [articles L1226-4](#) et [L1226-12](#) du Code du travail précisent que, si l'employeur n'a pas pu trouver de poste de reclassement et n'a pas opté pour le licenciement, il devra verser au salarié les salaires que celui-ci percevait avant la suspension de son contrat. En revanche, si l'employeur se résout à licencier, il doit préciser par écrit les motifs justifiant ce licenciement. La Cour de cassation précise que ne constitue pas l'énoncé d'un motif précis de licenciement l'inaptitude physique du salarié constatée par le médecin du travail sans mention de la possibilité de reclassement. C'est à dire que l'employeur doit donner le motif et expliquer que malgré cette inaptitude, il a fait tout ce qu'il devait faire mais qu'il n'a pas trouvé de poste de reclassement.

## **§2 - Le régime de la preuve**

Le régime de la preuve se déduit de [l'article L1235-1](#) du Code du travail. Cet article rappelle le rôle du juge prud'homal ; lequel va avoir pour tâche d'apprécier la régularité de la procédure suivie mais également de vérifier que la cause du licenciement est bien réelle et sérieuse. Cet article précise que le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures

d'instruction qu'il estime utiles. Parce que la preuve est particulièrement difficile à rapporter en matière de droit du travail, la charge a été rééquilibrée depuis la Loi du 13 Juillet 1973 et ne pèse plus uniquement sur le salarié. Certains modes de preuve sont illicites et devront donc être écartés (rappelons que tout enregistrement d'images ou de paroles à l'insu de l'autre partie constitue un mode de preuve illicite. En revanche, les modes de preuve qui ont été portés préalablement à la connaissance des salariés – tels des enregistrements - seront eux licites). La Cour de cassation a précisé qu'un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié. En revanche, il est interdit à l'huissier d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve de manière déloyale.

Longtemps, la question s'est posée de savoir si un salarié pouvait produire des documents appartenant à l'entreprise ; documents dont il avait pu prendre connaissance dans son travail. La Chambre sociale et la Chambre criminelle de la Cour de cassation ont longtemps été divisées sur le sujet. Finalement, en 2004, les deux chambres sont tombées d'accord en admettant cette possibilité. Néanmoins, la Chambre criminelle a cru bon de spécifier que cela n'est possible qu'à la condition que lesdits documents soient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense. Toutefois, le salarié qui en démissionnant emporte des documents appartenant à l'employeur et inutiles à l'exercice de sa défense devant le Conseil de Prud'hommes va se rendre coupable du délit de vol.

### §3 - Les suites de la rupture

Une fois que la notification du licenciement a été effectuée, va commencer une période de préavis que l'on appelle parfois « *délai congé* » ; laquelle va précéder la cessation complète et définitive de la relation contractuelle.

98

#### A] Le préavis ou délai-congé :

Le préavis a pour finalité de laisser un certain temps à l'autre partie afin de prendre les dispositions nécessaires au changement que va provoquer la rupture du contrat de travail. Le préavis s'impose quasiment dans tous les cas de rupture (licenciement mais également départ ou mise à la retraite). L'existence d'un préavis est prévue par [l'article L1234-1](#) du Code du travail mais nous rappellerons que les conventions collectives jouent, en la matière, un rôle très important. En effet, ces conventions collectives vont pouvoir présenter des solutions plus favorables pour le salarié.

Le contrat de travail ne peut pas fixer, par une clause particulière, une durée de préavis inférieure à celle prévue par la loi. En vertu de [l'article L1234-2](#) du Code du travail, une clause de ce type serait frappée de nullité. La durée du préavis varie selon l'ancienneté du salarié mais, contrairement à la sécurité sociale, elle est toujours calculée par rapport à un même employeur et en se référant à des services continus. Si l'ancienneté est inférieure à six mois, aucune durée n'est précisée par la loi ; le texte renvoyant dans ce cas-là soit aux conventions collectives, soit aux usages pratiqués dans la localité ou dans la profession. Pour les salariés qui ont une ancienneté comprise entre six mois et deux ans, la durée légale du préavis est d'un mois (elle passe à deux mois lorsque l'ancienneté est égale ou supérieure à deux ans). Lorsqu'il y a eu des périodes de suspension du contrat de travail (maladie, accident, maternité, etc.), celles-ci n'ont pas pour effet d'interrompre l'ancienneté du salarié. Néanmoins, elles n'entrent pas en compte pour la détermination de la durée totale d'ancienneté à l'exception des cas de suspension liés à un risque de l'entreprise ; ce qui vise essentiellement les accidents du travail et les maladies professionnelles.

Le délai de préavis est un délai préfix. Cela signifie qu'aucune cause de suspension ne peut avoir pour effet de reculer la date à laquelle doit cesser le contrat de travail. En revanche, si le salarié est victime d'un accident du travail pendant cette durée de préavis, la durée de la suspension retardera d'autant la fin du préavis. Le droit au préavis disparaît si le licenciement est motivé par une faute grave. Le droit au préavis a un caractère réciproque : chaque partie devant le respecter et continuer à honorer l'ensemble de ses obligations. De ce fait, un employeur ne peut pas se permettre de modifier le contrat de travail. En revanche, il pourra parfaitement modifier les conditions de travail. Bien que la loi ne fasse état d'aucune précision à ce sujet, les conventions collectives et usages prévoient généralement de laisser au salarié deux heures par jour pour effectuer une recherche d'emploi. Si l'employeur conteste cette pratique, il devra rapporter la preuve que la loi ou les conventions collectives n'ont pas autorisé cette possibilité.

Si en cours de préavis, le salarié commet une faute grave (et *a fortiori* une faute lourde), cela peut se traduire par son exclusion immédiate (même si cette faute grave ou lourde n'aura aucune conséquence sur les indemnités de rupture du contrat ; et ce pour une raison simple : les indemnités de rupture vont être calculées et appréciées au moment où le licenciement est notifié). Un employeur peut décider de manière unilatérale de dispenser le salarié d'exécuter le préavis. Dans ce cas-là, l'inexécution du préavis décidée par l'employeur n'entraînera aucune diminution de salaire, ni aucune diminution des avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis. L'employeur devra alors verser au salarié une indemnité que l'on appellera indemnité compensatrice de préavis. Attention toutefois, il faut que cette décision de l'employeur résulte d'une expression de volonté non-équivoque. Ainsi, le fait d'indiquer « *libre de tout engagement* » sur une attestation ne signifie pas que l'employeur, par cette expression, a dispensé son salarié d'exécuter son préavis. Le salarié qui n'exécute pas son préavis alors qu'il n'en a pas été expressément dispensé par l'employeur pourra être condamné à verser à ce dernier une indemnité qui correspondra aux salaires qu'il aurait perçus s'il avait continué à travailler. De surcroît, le versement de cette indemnité par le salarié à l'employeur n'est pas subordonné à l'existence d'un préjudice subi par l'employeur. Enfin, si le salarié est dispensé d'exécuter son préavis à sa demande, le contrat de travail prend fin aussitôt et l'employeur est délié de son obligation de payer une indemnité compensatrice.

## **B] Les documents délivrés par l'employeur à l'issu du préavis :**

### **1) Le reçu pour solde de tout compte :**

Ce reçu correspond à un relevé de compte établi par l'employeur et remis au salarié. Plus exactement, c'est un inventaire des sommes qui sont versées au salarié lorsque son contrat de travail s'achève. Il est donc absolument essentiel que soit clairement identifié ce à quoi correspondent les sommes figurant sur ce document. Souvent, dans des petites ou moyennes entreprises, il arrive que ces reçus de tout compte soient formulés en quelques lignes ou affichent une somme globale sans préciser à quoi elle correspond ; ce qui est irrégulier. Ce reçu pour solde de tout compte est très important car, pendant les six mois qui suivent la signature de ce reçu, le salarié pourra le dénoncer sans aucune motivation particulière. Néanmoins, passé ce délai de six mois, le reçu devient libératoire pour l'employeur et pour lui seulement ; ce qui signifie que le salarié ne pourra plus agir en justice pour réclamer un supplément. Ce caractère libératoire ne vaut que pour les sommes clairement identifiées dans le reçu. Si certaines indemnités ne figurent pas dans ce reçu (parce qu'il était global ou incomplet) il pourra toujours formuler une réclamation devant la justice.

### **2) Le certificat de travail :**

L'employeur doit délivrer à son salarié un certificat de travail dont les mentions à retrouver sont énoncées aux articles [L1234-19](#) et [D1234-6](#) du Code du travail. De manière générale, le certificat de travail doit contenir les dates d'entrée et de sortie de l'employé, la nature du poste occupé pendant cette période ainsi que le solde éventuel du nombre d'heures acquises au titre du droit à la formation. Ce qu'il est important de noter, c'est qu'aucune autre mention ne doit figurer dans ce certificat : ni la cause de la rupture, ni aucune clause éventuelle de non-concurrence. Si ce document est refusé au salarié, celui-ci pourra demander au Conseil de Prud'hommes d'ordonner la délivrance du certificat ; au besoin, sous astreinte.

**3) L'attestation d'assurance chômage :**

L'employeur doit remettre au salarié cette attestation destinée aux organismes gestionnaires de l'assurance chômage. Dans ce document, il faudra indiquer la durée de travail accomplie ainsi que le montant des rémunérations versées. Ces deux paramètres permettront de calculer le montant de l'indemnisation due au titre du chômage. La délivrance tardive de ce document permettra d'obtenir une indemnisation. La cause de la rupture devra être portée dans cette attestation (licenciement, rupture conventionnelle, prise d'acte, etc.) même si le motif précis du licenciement, le cas échéant, ne doit pas y figurer.

**C] La transaction :**

En vertu de [l'article 2044](#) du Code civil, la transaction « *est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». Durant un temps, la transaction a posé un problème juridique dans la mesure où la condition de validité d'un contrat reposant sur l'égalité des parties n'était pas observée ; le salarié étant le subordonné de l'employeur. Néanmoins, depuis un arrêt du 18 Mai 1953, la Cour de cassation reconnaît la licéité des transactions conclues entre un employeur et son salarié à l'occasion de la rupture du contrat de travail. Pour tenir compte du lien de subordination entre l'employeur et le salarié, les juges ont précisé que la transaction ne peut être conclue qu'après la rupture définitive du contrat ; c'est-à-dire une fois que le salarié a reçu la lettre de licenciement et pris connaissance effective de celui-ci. Si la transaction ne répond pas à ces conditions, elle sera frappée d'une nullité relative que seul le salarié pourra invoquer.

De surcroît, les juges exigent que des concessions réciproques aient été consenties. Pour apprécier cette réciprocité, les juges doivent analyser les droits de chacune des parties. À cette fin, il est absolument indispensable de vérifier la cause de la rupture. L'existence de concessions réciproques va être appréciée en fonction des prétentions respectives au moment où l'acte est signé. Par exemple, a été jugé dérisoire une indemnité transactionnelle fixée par l'employeur à cinq-cents euros alors que les prétentions du salarié avoisinaient les vingt-huit mille euros. Si les conditions de validité de la transaction n'ont pas été respectées, il sera possible de demander au juge d'en prononcer la résolution.

## **§4 - Les indemnités de rupture**

L'employeur peut être condamné à verser des indemnités ; certaines pour violation de la procédure, d'autres pour absence de cause réelle et sérieuse. L'employeur peut également être condamné à payer une indemnité de licenciement, une indemnité compensatrice de congés payés et une indemnité compensatrice de préavis.

**A] La sanction des irrégularités de procédure :**

[L'article L1235-2](#) du Code du travail prévoit que si l'employeur ne respecte pas la procédure légale mais qu'il fonde le licenciement sur une cause réelle et sérieuse, celui-ci sera condamné à payer au salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. Cette indemnité (sanction) ne peut être prononcée que si le salarié a, au moins, deux ans d'ancienneté et qu'il a travaillé dans une entreprise comptant au moins onze salariés. Pour les salariés qui ne remplissent pas ces conditions, le juge accordera une indemnité pour irrégularité de procédure ; indemnité qu'il évaluera lui-même en fonction du préjudice subi par le salarié.

**B] La sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse :**

La sanction prend la forme d'une indemnité ; laquelle n'est due qu'au salarié justifiant d'au moins deux ans d'ancienneté (celle-ci s'appréciant dans la même entreprise) et travaillant dans une entreprise de onze salariés et plus. Les périodes de suspension du contrat de travail pour maladie (ou accident) doivent être prises en compte pour apprécier cette ancienneté. [L'article L1235-3](#) du Code du travail prévoit que le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise avec maintien des avantages acquis. Cette faculté laissée au juge est exceptionnellement utilisée (pour ne pas dire jamais) en raison des difficultés pratiques et psychologiques qui s'attachent à la réintégration. Dès lors que la réintégration n'a pas lieu et que le licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse, le Conseil de Prud'hommes doit accorder une indemnité qui ne peut être inférieure au salaire brut des six derniers mois ; il s'agit là d'une pénalité civile prononcée à la charge de l'employeur qui a licencié sans présenter un juste motif, une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Le juge doit absolument respecter cette indemnité planchée (ce minimum de six mois fixé par la loi) mais il n'y a pas de maximum et le juge appréciera le montant global de cette indemnité. En réalité, il va devoir apprécier le préjudice subi par le salarié qui vient de perdre son emploi. Pour cela, le juge tiendra compte des compétences du salarié (plus les compétences sont fortes, plus le préjudice sera fort). Il tiendra compte également de l'âge du salarié, de sa situation familiale, de sa santé ou encore de l'état du marché de l'emploi. Ce qu'il faut comprendre, c'est qu'à cette indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse peut venir s'ajouter une indemnité sanctionnant la perte d'une chance. Dans quel cas pourra-t-on considérer une perte de chance ? La jurisprudence a considéré qu'il y a perte d'une chance pour un salarié qui, parce qu'il est licencié trop tôt, ne pourra pas bénéficier d'un avantage de retraite qui était applicable dans l'entreprise. Enfin, l'employeur sera condamné sur le fondement de [l'article L1235-4](#) du Code du travail à rembourser aux organismes gestionnaires du chômage (aux ASSEDIC) les indemnités de chômage versées au salarié après son licenciement. Attention, ce remboursement est limité à six mois d'indemnité de chômage (ce remboursement sera ordonné d'office par le juge même si les organismes en question ne sont pas intervenus à l'instance ou s'ils n'ont pas fait connaître le montant exact des indemnités versées).

**C] L'indemnité de licenciement :**

L'indemnité de licenciement est prévue par [l'article L1234-9](#) du Code du travail et correspond à la contrepartie du droit de licencier pour l'employeur. Pour la percevoir, le salarié doit justifier d'une ancienneté de service ininterrompue d'au moins une année (jusqu'à récemment, c'était deux ans) au service du même employeur. Le droit à l'indemnité de licenciement naît à la date de la notification de la rupture. Le montant de cette indemnité est fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et se calcule soit à partir du salaire des douze mois précédant le licenciement, soit à partir du salaire des trois derniers mois précédant le licenciement. Chaque fois qu'il y a un licenciement, il faut faire les deux calculs et retenir celui qui se présente le plus avantageux.

pour le salarié ([article R1234-4](#) du Code du travail). En vertu de [l'article R1234-2](#) du Code du travail, le montant de l'indemnité est égal à un cinquième de mois d'ancienneté pour une période de dix ans d'ancienneté. À cela, il faut ajouter deux quinzième par année à partir de dix ans d'ancienneté. L'indemnité de licenciement n'est pas due si le salarié a été licencié pour faute grave et, *a fortiori*, pour faute lourde.

De nombreuses conventions collectives prévoient soit une majoration de cette indemnité, soit une réduction de la condition d'ancienneté. Ces dispositions étant plus favorables que la loi, les juges devront retenir le montant de l'indemnité conventionnelle sans pouvoir le réduire ; même s'ils le trouvent excessif (le juge n'a donc aucun pouvoir de révision de l'indemnité conventionnelle). En revanche, si un contrat de travail prévoit lui-même un montant plus élevé de l'indemnité de licenciement, les juges pourront réduire ce montant dès lors qu'ils le jugeront excessif au regard du préjudice subi par le salarié.

#### **D] L'indemnité de congés payés :**

Cette indemnité, dans bien des cas n'est pas due. Si le salarié est licencié avant d'avoir pu prendre ses congés, il doit recevoir une indemnité compensatrice correspondant au nombre de jours acquis au titre de ses congés. N'oublions pas que cette indemnité compensatrice de congés payés ne sera pas versée si le salarié a commis une faute lourde. Précisons également que si une faute lourde est commise pendant la période de préavis, il ne perdra pas son indemnité compensatrice de congés payés puisque celle-ci a été considérée comme lui ayant été acquise au moment où son licenciement lui a été notifié.

## **§5 – La nullité des licenciements**

102

La nullité des licenciements résulte le plus souvent de la loi mais les juges ont aussi découvert des cas de nullité sans texte. Par exemple, tout licenciement portant atteinte à une liberté fondamentale encourt la nullité. La loi prohibe notamment les licenciements des salariés investis d'un mandat de représentation du personnel ou bien investis d'un mandat qui leur a été confié par un syndicat. Néanmoins, l'employeur retrouve son pouvoir de licencier après avoir sollicité une autorisation administrative préalable qui lui sera ou non délivrée par l'inspecteur du travail.

Tous les licenciements fondés sur un motif discriminatoire sont frappés de nullité. Ces licenciements discriminatoires reposent sur l'un des motifs énoncés par [l'article L1132-1](#) du Code du travail précité. Si aucun des motifs de discrimination visés par la loi ne peut être invoqué, il n'y a pas discrimination. La loi précise également qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, ni licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève. Le droit français condamne également tous les agissements constitutifs de harcèlement sexuel ou moral et le licenciement des victimes ainsi que des personnes ayant témoigné ou relaté des faits de harcèlement. Enfin, le droit à la santé explique également la protection dont peuvent bénéficier les femmes enceintes ou en congé de maternité. La loi protège également par le biais de la nullité le licenciement des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

Lorsqu'un licenciement est nul, le salarié a droit à être réintégré dans son contrat (son emploi) ou dans un emploi équivalent. Le salarié va donc s'adresser au juge et plus précisément au juge des référés prud'homal pour lui demander d'ordonner sa réintégration. Les juges vont ordonner la réintégration ou bien, si le salarié ne demande pas à revenir dans l'entreprise, ils vont condamner l'employeur à indemniser le salarié pour le préjudice subi. Quoi qu'il en soit, le salarié percevra une indemnité qui viendra compenser la totalité du préjudice qu'il a subi entre la date de son licenciement nul et sa réintégration (s'il l'a demandée) dans la limite des salaires dont il a été

privé. Attention, ce n'est pas une indemnité forfaitaire. Cela signifie que le juge va pouvoir déduire de ce montant les revenus de remplacement que le salarié aurait pu percevoir pendant cette période. En tout état de cause, l'indemnité que percevra le salarié ne peut pas être inférieure à six mois de salaire.

## Chapitre 9

# Les réformes récentes du droit du travail