Le Droit du travail

pour les nuls

Me Julien Boutiron
Jean-Philippe Élie

Embauche, vie dans l'entreprise, démission...
Les grands principes du droit du travail !

Maître Julien Boutiron • Jean-Philippe Élie

Le Droit du travail

pour les nuls

F1RST
ÉDITIONS

Le Droit du travail pour les Nuls, 5e édition

« Pour les Nuls » est une marque déposée de John Wiley & Sons, Inc.
« For Dummies » est une marque déposée de John Wiley & Sons, Inc.

© Éditions First, un département d'Édi8, 2011, 2014, 2016, 2018, 2021. Publiée en accord avec Wiley Publishing, Inc.

Éditions First, un département d'Édi8
92, avenue de France
75013 Paris – France
Tél. : 01 44 16 09 00
Fax : 01 44 16 09 01
Courriel : firstinfo@efirst.com
Site Internet : www.pourlesnuls.fr

ISBN : 9782412071595
Dépôt légal : mai 2021

Illustrations pages d'ouverture de partie : Marc Chalvin
Maquette intérieure : Stéphane Angot

Cette œuvre est protégée par le droit d'auteur et strictement réservée à l'usage privé du client. Toute reproduction ou diffusion au profit de tiers, à titre gratuit ou onéreux, de tout ou partie de cette oeuvre est strictement interdite et constitue une contrefaçon prévue par les articles L 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. L'éditeur se réserve le droit de poursuivre toute atteinte à ses droits de propriété intellectuelle devant les juridictions civiles ou pénales.

Ce livre numérique a été converti initialement au format EPUB par Isako www.isako.com à partir de l'édition papier du même ouvrage.

À propos des auteurs

Maître **Julien Boutiron** est avocat au barreau de Paris et conférencier. Il pratique le droit du travail au quotidien depuis vingt ans. Il anime des formations et participe à différents groupes de réflexion sur la réforme et la simplification du droit du travail.

Jean-Philippe Élie est journaliste et conseiller du salarié. Titulaire d'un Master 2 en droit social et ressources humaines, il a été pendant plusieurs années en charge de mandats au sein d'institutions représentatives du personnel (comité d'entreprise, délégués du personnel et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail). Il a également été membre du conseil national du Syndicat national de l'Écrit-CFDT. Il est notamment l'auteur de *Tout sur les outils Google* et de *Tout sur les e-outils pour les TPE-PME* (Dunod, 2008).

Les auteurs remercient sincèrement Maître Gérard Kesztenbaum pour son aide précieuse dans la rédaction de la partie consacrée à l'épargne salariale (chapitre 8).

Introduction

Selon les statistiques de l'Insee, la France comptait au troisième trimestre 2017 un peu moins de 19,3 millions de salariés. Bien qu'exerçant dans des secteurs d'activités très éloignés les uns des autres (aéronautique, hôtellerie, services tertiaires, etc.), toutes ces personnes ont néanmoins deux points communs : le Code du travail et la méconnaissance de son contenu.

En effet, rares sont les salariés ayant feuilleté ce code. Et pour ceux qui ont eu la curiosité (ou la nécessité) de le consulter, l'expérience a souvent tourné court : des centaines d'articles arides, de nombreux renvois vers des textes réglementaires, une jurisprudence absconse… Pourtant, connaître les principes généraux du Code du travail est un impératif, car celui-ci régit les relations employeurs / salariés dans l'Hexagone. S'affranchir de ces règles peut avoir des conséquences dramatiques pour les deux parties, comme le

licenciement du salarié ou la disparition de la société !

À propos de ce livre

Cet ouvrage vous aidera à acquérir des connaissances indispensables en droit du travail, qui vous serviront tout au long de votre carrière professionnelle. Ceux qui ont déjà eu la chance (ou la malchance) de se plonger dans le Code du travail de gré ou de force, constateront rapidement que ce livre résume d'une manière claire et précise les milliers de pages souvent indigestes de la législation du travail.

Certes, nous avons dû faire des choix car il nous était impossible de traiter tous les sujets d'une manière exhaustive et, comme le dit l'adage, « choisir, c'est renoncer ». Toutefois, vous vous rendrez compte au fil de votre lecture que la somme d'informations que nous portons à votre connaissance est déjà considérable. Lorsque vous refermerez ce livre, vous serez en mesure de faire face à la plupart des problèmes que rencontrent les salariés tout au long d'une vie de labeur.

Cet ouvrage n'est pas à sens unique, il s'adresse aussi bien aux salariés qu'aux dirigeants. En effet, ces derniers sont souvent condamnés par la justice prud'homale – on recense 180 000 décisions par an – en raison de leur méconnaissance des principes du droit du travail, et non en raison d'une volonté délibérée de violer la législation. Enfin, les étudiants en droit trouveront également dans *Le Droit du travail pour les Nuls* matière à défricher ou compléter les connaissances acquises sur les bancs de l'université.

Les conventions utilisées dans ce livre

Comme tout ouvrage qui explore le domaine juridique, vous rencontrerez au détour des pages certains termes ou expressions dont vous n'aurez sans doute jamais entendu parler. Pas de panique, nous sommes là pour vous accompagner tout au long de votre découverte du droit du travail. Dans la plupart des cas, nous avons explicité en termes simples et compréhensibles certaines notions juridiques qui, de prime abord, paraissent absconses.

Cette volonté de simplicité se retrouve également dans les conventions utilisées dans ce livre. Certes, nous n'avons pas pu faire totalement abstraction des abréviations et références fréquemment utilisées dans le domaine du droit. Toutefois, nous avons essayé de les rendre les plus compréhensibles possible. Voici une présentation des abréviations et références employées dans *Le Droit du travail pour les Nuls* :

- **(C. trav., art. L8251-1)** signifie que nous faisons référence à l'article L8251-1 du Code du travail. La lettre L visible devant un numéro d'article renvoie à la partie législative du code, les lettres D et R renvoyant à la partie réglementaire ;
- **(Cass. soc., 30 mars 1999, pourvoi n° 96-42912)** désigne un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 30 mars 1999. Le numéro du pourvoi est le 96-42912, 96 représentant l'année de dépôt du pourvoi en cassation ;
- **La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 :** nous précisons chaque fois le numéro de loi afin que ceux qui ont envie d'en savoir plus puissent

rechercher le texte intégral de la loi sur le site www.legifrance.gouv.fr ;

- **(Nancy, 6 janvier 1987, SA Helsa c/ Thiebaut)** désigne un arrêt rendu par la cour d'appel de Nancy le 6 janvier 1987. Chaque fois que vous verrez un nom de ville sans autre précision, vous saurez qu'il s'agit d'une décision de cour d'appel. « SA Helsa c/ Thiebaut » désigne les parties en présence et signifie dans le cas présent : « société anonyme Helsa contre Thiebaut » ;
- **(Cass. soc., 3 décembre 1997, RJS 1998.14, nº 9)** désigne un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 3 décembre 1997, qui a été commenté dans la *Revue de jurisprudence sociale* ;
- **(C. civ., art. 1117)** signifie que nous faisons référence à l'article 1117 du Code civil ;
- **(C. com., art. L225-86)** signifie que nous faisons référence à l'article L225-86 du Code de commerce ;
- **(CE, 17 décembre 1993, requête nº 116531)** désigne une décision du Conseil d'État en date du 17 décembre 1993 ;

- **(Cass. crim., 26 mai 2009, pourvoi nº 08-82979)** désigne un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendu le 26 mai 2009.

Au cours de votre lecture, vous constaterez que nous mentionnons très souvent les articles du Code du travail. Cette manière de procéder nous paraît essentielle, le lecteur pouvant faire rapidement le lien entre une notion exposée et sa localisation dans le Code.

Comment ce livre est organisé

Cet ouvrage, qui compte sept parties (annexes incluses) découpées en 28 chapitres, suit un fil conducteur logique : l'entrée d'un nouvel embauché dans une entreprise jusqu'à son départ, que ce soit à la suite d'une démission, d'une rupture à l'amiable ou d'un licenciement. La cinquième partie est toutefois un peu à part, car elle traite des relations collectives de travail, contrairement aux précédentes parties qui se focalisent sur la relation individuelle entre le salarié et l'employeur.

Première partie : Les grands principes du droit du travail

Nous avons rédigé cette partie en pensant aux lecteurs n'ayant pas ou peu de connaissances juridiques. L'objectif est de présenter les principes généraux du droit du travail français afin de partir sur des bases communes. Nous vous présenterons notamment les nouvelles dispositions introduites par les ordonnances ayant réformé le Code du travail en 2017, les particularités de ce droit qui régit au quotidien la vie de millions de salariés ainsi que les enjeux du contrat de travail. Nous nous intéresserons également aux millions de travailleurs qui ne sont pas protégés par le droit du travail.

Deuxième partie : L'embauche

Que vous soyez un jeune travailleur ou un salarié expérimenté, l'arrivée dans une nouvelle entreprise suit le même rituel immuable : entretien d'embauche, formalités d'entrée dans la société et remise du contrat de travail. Cependant, ce rituel n'est pas toujours exempt de difficultés. Entre des offres d'emploi ne respectant pas la loi et certains

employeurs qui usent et abusent – en toute conscience – de pratiques discriminatoires, le candidat à l'embauche va devoir franchir un certain nombre d'obstacles avant de poser un pied dans l'entreprise.

Et lorsqu'il est enfin parvenu à décrocher le précieux sésame, à savoir son contrat de travail, le nouvel embauché n'est pas pour autant à l'abri. Clauses abusives, obligations légales non respectées par l'employeur et autres difficultés lui rappelleront que la vie professionnelle n'est pas un long fleuve tranquille…

Troisième partie : La vie dans l'entreprise

Cette partie débute par un chapitre consacré à la durée du travail. Et vous vous rendrez rapidement compte que cette thématique est ardue, notamment en raison d'une spécificité bien française : « les 35 heures ». La réduction de la durée légale du travail de 39 à 35 heures a eu pour effet d'accroître et de complexifier la législation en la matière.

Nous aborderons également dans cette partie les congés. Vous découvrirez que l'Hexagone est champion dans ce domaine, les salariés pouvant prétendre à congés pour de multiples motifs, dont certains sont ignorés par la quasi-totalité des salariés et des employeurs ! La santé au travail fera aussi partie des sujets traités. Cette thématique est particulièrement importante, notamment pour l'entreprise. Un accident du travail ou une maladie professionnelle peut en effet engager la responsabilité pénale de l'employeur si celui-ci a failli à son obligation de protection envers ses salariés.

Nous aborderons les sanctions disciplinaires en fin de partie. Pourquoi un tel choix ? Parce que la sanction fait partie de la vie courante d'une entreprise. Nul n'étant parfait, des salariés connaîtront un jour ou l'autre la rigueur de la sanction. Pour certains d'entre eux, il n'y aura aucune suite fâcheuse, tandis que pour d'autres, cela signifiera le départ de l'entreprise.

Quatrième partie : Le départ de l'entreprise

La première cause de départ à laquelle songent la plupart des salariés est le licenciement pour faute. Or, il existe bien d'autres raisons qui poussent à un départ de la société : une démission, une conjoncture économique défavorable qui conduit l'employeur à réduire son activité, une rupture à l'amiable (les deux parties se rendant compte que la « lune de miel » est bel et bien terminée), et même une faute de l'employeur !

Une fois la rupture inéluctable, l'employeur devra respecter un certain nombre de formalités obligatoires. Enfin, à l'instar d'un divorce, la rupture peut être douloureuse et conduire les parties devant le conseil de prud'hommes, l'une reprochant à l'autre de supposés manquements. Le litige devra alors être tranché par le juge ou clos au moyen d'une transaction.

Cinquième partie : Les relations collectives

Les précédentes parties étaient exclusivement consacrées à la relation contractuelle liant le salarié à l'employeur. Celle-ci élargit le débat en traitant des relations collectives. Nous parlerons de la place

des syndicats dans l'entreprise, de l'élection des représentants du personnel, du droit de grève ainsi que de la conclusion de conventions et accords collectifs de travail. De nombreux salariés se désintéressent – à tort – de ces relations collectives. Or, en lisant cette partie, vous vous rendrez compte que le collectif pèse autant, si ce n'est parfois plus, que la relation contractuelle individuelle. Dans une entreprise, il faut savoir jouer à la fois perso et collectif !

À noter que le comité social et économique créé par l'une des ordonnances Macron de 2017 va cohabiter jusqu'au 31 décembre 2019 avec le comité d'entreprise, les délégués du personnel et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Par conséquent, nous évoquerons tout au long de cet ouvrage l'une ou l'autre de ces instances représentatives du personnel en fonction du contexte. Par exemple, lorsqu'une jurisprudence concernera le comité d'entreprise, nous n'interpréterons pas systématiquement cette décision judiciaire à l'aune du comité social et économique.

Sixième partie : La partie des Dix

Cette partie, qui existe dans tous les ouvrages de la collection « Pour les Nuls », présente tout d'abord dix idées reçues sur le droit du travail. Ce dernier – à l'instar de toutes les matières juridiques – ne tolère pas l'approximation. Par conséquent, ne croyez pas forcément sur parole les âmes charitables qui vous entourent et jetez plutôt un œil sur nos questions-réponses, vous vous éviterez bien des désillusions et déconvenues.

Nous vous proposerons également dix conseils pour gérer au mieux un rendez-vous particulièrement désagréable et stressant : l'entretien préalable de licenciement. Neuf fois sur dix, celui-ci débouche sur un licenciement. Par conséquent, un salarié averti en vaut deux !

Septième partie : Annexes

Vous pourrez consulter un glossaire de termes juridiques que vous rencontrerez au fil de votre lecture. Celui-ci n'a pas vocation à être exhaustif, car chaque fois que nous le pouvions, nous avons

explicité de nombreux termes et notions juridiques dans le corps même de l'ouvrage.

Enfin, nous nous sommes demandé s'il était bien judicieux de reproduire en annexes certaines jurisprudences mentionnées dans le livre. En effet, la plupart d'entre elles sont disponibles sous forme numérique en quelques clics sur le site www.legifrance.gouv.fr. De fait, nous avons préféré vous présenter deux arrêts de la Cour de cassation en détail, afin que vous puissiez appréhender la syntaxe et la structure très particulières des textes juridiques.

Les icônes utilisées dans ce livre

Vous apercevrez de temps à autre des icônes placées dans la marge. Elles ont pour but d'attirer votre attention sur des points particuliers.

Vous trouverez sous cette icône une information essentielle que vous devez garder en mémoire.

Cette icône signale un point de droit important dont le non-respect peut, dans certains cas, avoir de fâcheuses conséquences.

Un exemple illustre concrètement une règle de droit. Cette icône peut également signaler une pratique courante chez les employeurs ou les salariés.

Sous cette icône, vous découvrirez comment la jurisprudence a tranché des cas particuliers en matière de droit du travail.

Cette icône signale une citation tirée du Code du travail.

Et maintenant, par où commencer ?

Le Droit du travail pour les Nuls doit être appréhendé comme un guide juridique… pratique ! Même s'il existe un fil conducteur qui vous mène logiquement de chapitre en chapitre, vous n'êtes pas obligé(e) de les lire dans l'ordre. Chacun d'entre eux est autonome et vous apporte des réponses précises aux questions que vous vous posez sur le sujet traité. À tout moment, le sommaire et l'index vous aideront à vous repérer.

Partie 1
Les grands principes du droit du travail

Dans cette partie…

Nous aborderons les principes généraux du droit du travail hexagonal, réputé pour être l'un des plus complexes au monde. Régissant la vie professionnelle de deux Français sur trois, cette branche particulière du droit puise en effet sa vitalité dans une multitude de textes et règles juridiques en perpétuelle évolution ! Il est donc indispensable d'appréhender les notions de base, qui vous permettront par la suite de gérer au mieux vos relations de travail, que vous soyez employeur ou employé(e)… Nous nous intéresserons également aux personnes exerçant une activité professionnelle mais qui ne peuvent prétendre à la protection instaurée par le droit du travail, des exclus qui se comptent par millions !

DANS CE CHAPITRE

Le contrat de travail, une relation inégalitaire

•

Les différentes sources du droit

•

Le principe de l'application de la norme la plus favorable

Chapitre 1
Le droit du travail, une branche du droit bien particulière

Le droit du travail est né à la fin du XIX^e^ siècle avec l'avènement de la révolution industrielle et l'apparition de la classe ouvrière. Profondément inégalitaire, la relation de travail a nécessité au fil du temps un rééquilibrage entre des employeurs tout-puissants et des salariés privés de droits. Le législateur a, par exemple, tout d'abord limité le temps de travail pour les enfants (à cette époque,

ces derniers subvenaient activement aux besoins du foyer), puis il a créé le corps des inspecteurs, dont la tâche était de veiller au respect de la législation. Loi après loi, le droit du travail s'est ainsi progressivement étoffé autour d'un noyau central, le « contrat de travail ».

Aujourd'hui, le Code du travail est devenu, avec ses 11 000 articles, emblématique de la complexification de la relation de travail. De plus, le droit du travail ne se limite pas à ce seul code. Il comprend également les conventions et accords collectifs pour chaque branche d'activité, la jurisprudence et, depuis quelques années, le droit de l'Union européenne.

Au final, c'est un ensemble hétéroclite de règles et de lois qui a pour charge de rétablir l'équilibre entre employeurs et salariés.

Un droit réglementant une relation inégalitaire

Une femme au foyer, un lycéen ou un chef d'entreprise travaille au sens commun du terme, en accomplissant une activité pour parvenir à un résultat. D'un point de vue juridique, le travail est

une prestation accomplie par un salarié, en contrepartie d'une rémunération, sous la subordination d'un employeur.

Les critères établissant l'existence du contrat de travail sont donc les suivants :

- L'accomplissement de la prestation. Celle-ci peut être manuelle, intellectuelle, sportive ou artistique ;
- La perception d'une rémunération (contrairement à l'entraide amicale ou familiale) ;
- L'existence d'un lien de subordination entre le salarié et l'employeur.

L'accomplissement d'une prestation contre une rémunération n'est pas réservé au seul contrat de travail. En revanche, l'existence du lien de subordination en est le critère décisif. La jurisprudence définit la subordination comme étant « 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 » (Cass. soc., 13 novembre 1996, pourvoi nº 94-13187). Le contrat de travail a donc pour originalité de réunir deux

personnes dans une relation inégalitaire, laquelle est soumise de fait au droit du travail (indépendamment de la signature d'un contrat écrit et de la volonté des parties de s'y soumettre).

Le juge doit déterminer les conditions dans lesquelles s'exerce cette relation, afin de vérifier si tous ces critères sont réunis ou non. Il dispose notamment d'un pouvoir de requalification, qui lui permet de ne pas tenir compte de l'intitulé et du contenu du contrat signé. Par ailleurs, le salarié ne peut pas renoncer au bénéfice des dispositions du Code du travail.

Cet arrêt du 13 novembre 1996 est un arrêt fondateur. Récemment, la Cour de cassation y a fait expressément référence, à la fois en le citant et en reprenant la définition du contrat de travail. Elle a ainsi validé la reconnaissance d'un contrat de travail entre la société Uber et l'un de ses chauffeurs (Cass. soc., 4 mars 2020, pourvoi n°19-13316). Pour invalider une loi qui aurait permis de déroger à cette définition pour les personnes travaillant pour des plateformes de mise en relation par Internet, le Conseil constitutionnel a, quant à lui, fait référence au lien de subordination juridique

qui caractérise l'existence d'un contrat de travail (Cons. constit., 4 avril 2019, décision n° 2019-794).

Un mille-feuille de règles aux origines diverses

Le droit représente un ensemble de règles, dont l'objet consiste à régir les rapports entre les individus. Le droit du travail est la branche qui s'applique aux relations individuelles et collectives entre, d'un côté, l'employeur et, de l'autre, les salariés, les organisations syndicales, ainsi que le comité social et économique qui est désormais l'unique institution représentative du personnel (IRP).

Le Code du travail

Le Code du travail, qui est entré en vigueur le 1er mai 2008 dans sa version/ numérotation actuelle, est né d'une volonté politique de simplifier le code précédent. Celui-ci, qui datait de 1973, se composait à l'origine de 600 articles (en comparaison, le Code du travail suisse n'en compte que 54). 30 ans plus tard, il en comprenait plus de 3 800. Cette inflation légale et réglementaire a

conduit le gouvernement de droite, au pouvoir en 2004, à mettre en place une codification dite « à droit constant ». En d'autres termes, le Code du travail a été réorganisé mais sans modification de ses règles. Certains articles ont par exemple été découpés et parfois changés de place.

Le principe retenu est « un article, une idée ». Chaque article est identifié par une lettre : un L si le texte est issu d'une loi, un R s'il est issu d'un décret pris en Conseil d'État et un D s'il s'agit d'un décret « simple ». Cette lettre est suivie d'un nombre à quatre chiffres, d'un tiret puis d'un autre nombre. Par exemple, l'article L1233-3 définit le licenciement pour motif économique.

Le Code du travail compte 11 000 articles. Toutefois, même si le nombre d'articles est beaucoup plus important, le code n'a pas, pour autant, doublé de volume.

Les conventions et accords collectifs

Le droit du travail ne se limite pas au seul Code du travail. Son originalité réside dans la coexistence de multiples règles aux origines diverses. Ainsi, les

conventions collectives de branche sont des contrats conclus entre les syndicats d'employeurs et de salariés au niveau d'un secteur d'activité (la métallurgie, par exemple). En principe, ces conventions ne devraient créer des obligations qu'entre leurs signataires et leurs adhérents. Mais, le plus souvent, elles s'appliqueront à l'ensemble des salariés et des employeurs d'une branche d'activité après extension de leur champ d'application par le ministre du Travail.

Des accords collectifs peuvent également être conclus au niveau d'un groupe de sociétés, d'une entreprise ou d'un établissement entre l'employeur et les syndicats. Toutes les règles concernant ces accords seront étudiées dans le chapitre 25.

Tout projet de réforme envisagé par le gouvernement portant sur les relations individuelles et collectives et relevant du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les syndicats de salariés et d'employeurs (C. trav., art. L1).

La jurisprudence

Ces textes, qui sont nombreux et se superposent, ne peuvent être compris qu'à travers le prisme de décisions de justice tranchant les litiges entre employeurs et salariés. Les conseils de prud'hommes représentent le premier degré de juridiction. Les jugements qu'ils prononcent en première instance sont ensuite confirmés ou infirmés par les cours d'appel. Lorsque l'une des parties interjette appel (c'est-à-dire lorsqu'elle saisit la cour d'appel), elle le fait dans le but d'obtenir une décision de justice encore plus favorable que la première (par exemple, des dommages-intérêts plus élevés) ou, inversement, pour contester un jugement rendu en sa défaveur. Ces deux juridictions doivent appliquer le droit pour juger les faits.

Enfin, un arrêt rendu par une cour d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation (également appelée la Haute Juridiction). Cela signifie que cette dernière peut annuler la décision de la cour d'appel, si la loi a été violée ou bien si la décision s'appuie sur de mauvais motifs. D'un point de vue lexical, la Cour de cassation et les cours d'appel rendent des arrêts et non des jugements. Ce sont surtout les arrêts de la Cour de

cassation, et dans une moindre mesure ceux des cours d'appel, qui font autorité. Ils sont publiés dans les revues spécialisées et permettent de connaître l'état du droit.

Des procès par milliers

Les conseils de prud'hommes rendent chaque année environ 180000 décisions, les chambres sociales des cours d'appel 59000 et la chambre sociale de la Cour de cassation près de 8000. Bien que les conseillers prud'homaux ne soient pas des juges professionnels, 29,5 % de leurs jugements sont totalement confirmés par leurs pairs professionnels des cours d'appel (21,5 % étant totalement infirmés).

Certaines décisions particulièrement importantes sont publiées sur le site web de la Cour de cassation (**www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/**) et sur le site Légifrance (**www.legifrance.gouv.fr**). Bien entendu, ce ne sont pas les seuls sites web proposant des copies de jugements et d'arrêts. Une simple recherche sur un moteur comme Google ou Yahoo ! Search vous permettra d'accéder en un clic de souris à une multitude de décisions.

La jurisprudence n'établit pas de règles ayant une portée générale. Les arrêts et jugements ne règlent

qu'une situation et n'ont pas force de loi. Le juge a en effet l'interdiction de se prendre pour le législateur en édictant des règlements (article 5 du Code civil). C'est le principe de la séparation des pouvoirs.

La jurisprudence ne s'impose pas automatiquement au juge. Elle constitue en fait un précédent qui permet à celui-ci de savoir comment une autre juridiction a tranché telle ou telle question. Il peut donc s'inspirer de la solution retenue. Un jugement rendu par le conseil de prud'hommes peut être modifié par la cour d'appel qui, elle-même, est susceptible d'être censurée par la Cour de cassation. Compte tenu de l'existence de ces recours, les juges ont tendance à s'inspirer de la solution retenue par la juridiction « supérieure ». Cette influence n'est toutefois pas absolue, car les situations et les solutions ne sont pas toujours transposables. Dans le chapitre consacré au Conseil de prud'hommes, nous vous expliquerons par ailleurs que les juges prud'homaux peuvent demander des avis à la Cour de cassation.

Ces décisions sont très importantes pour connaître et comprendre le droit social. Le Code du travail énonce en effet des notions sans les définir, ce qui

laisse aux juges une très grande liberté d’appréciation.

Dans la tête des juges

Certaines décisions de justice adoptent une position contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, les magistrats s'opposant à une interprétation de la loi avec laquelle ils sont en désaccord ou estimant que, dans l'affaire en cause, le résultat serait inique. Plus rarement, certaines décisions sont totalement aberrantes et vont même à l'encontre de la loi. La Haute Juridiction a ainsi annulé un arrêt d'une cour d'appel qui avait octroyé des dommages et intérêts à un salarié, tout en reconnaissant son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 15 mars 2012, pourvoi n° 10-27593).

À la suite d'une décision, il est toujours possible de s'interroger sur les raisons qui ont conduit le juge à retenir cette solution. En principe, les motifs doivent être indiqués dans le jugement. Derrière les motifs exprimés, le contexte et l'attitude des parties peuvent jouer un rôle important pour faire pencher la balance (de la justice). Comme il est impossible de lire dans les pensées des juges, on peut se perdre en conjectures pour chercher l'explication. Très fréquemment, les conseillers prud'homaux posent des questions aux justiciables ou à leurs avocats à la fin des plaidoiries. La partie interrogée peut ainsi apporter la réponse adéquate qui achève de convaincre le juge. À

l'inverse, une réponse inadéquate peut casser tous les efforts d'un avocat pour défendre son client au mieux de ses intérêts.

Ces questions révèlent parfois l'intérêt des juges pour des éléments périphériques à l'objet principal du litige. Mais il est impossible d'en connaître la portée réelle. Après la clôture des débats, les parties et leurs conseils peuvent avoir une impression d'« audience » et imaginer le jugement à partir de l'observation de l'attitude des magistrats pendant les plaidoiries. Les avocats apprennent très rapidement, dès le début de leur carrière, à se méfier de cette impression trompeuse. Les voies de la justice peuvent être impénétrables.

Le droit de l'Union européenne

Celui-ci évolue en fonction, d'une part, des traités signés par les membres de l'Union européenne, d'autre part, des règlements et directives (également connus sous l'appellation de « droit dérivé ») édictés par les institutions européennes. Les dispositions des traités relatives au droit du travail peuvent être invoquées devant les juridictions françaises lorsqu'elles sont

d’applicabilité directe. Cela implique qu’elles soient suffisamment précises et ne nécessitent pas l’existence d’un autre texte pour être appliquées (par exemple, la lutte contre les discriminations). En cas de doute sur cette question, un juge français a la possibilité de saisir la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE).

En ce qui concerne ce droit dit dérivé, les règlements sont d’applicabilité directe. En revanche, les directives doivent être transposées dans le droit de chacun des États membres. Tant qu’une directive n’est pas transposée, elle ne peut créer de droits et d’obligations à l’égard des salariés et des employeurs.

Le droit de l’Union européenne est à l’origine de nombreux textes présents dans le Code du travail français, la Cour de cassation l’ayant rappelé à plusieurs reprises (Cass. soc., 18 novembre 2009, pourvoi nº 08-43397). L’existence d’une jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne peut conduire les juridictions françaises à y faire référence dans leur motivation (21 mars 2000, RJS 2000, nº 536).

Les conventions internationales

Les conventions internationales ratifiées par la France peuvent être invoquées devant les juges hexagonaux. La France est membre, comme 187 autres États, de l'Organisation internationale du travail (OIT), créée en 1919. Celle-ci édicte des recommandations, des déclarations ou des conventions. Après leur ratification par la France, ces conventions peuvent être appliquées par les juges. En cas de conflit entre une convention internationale et une loi, l'article 55 de la Constitution prévoit que la première a une autorité supérieure. Depuis, une jurisprudence dite « Jacques Vabre », qui concernait la société du même nom (Cass. soc., 24 mai 1975, pourvoi n° 73-13556), le traité international prévaut sur la loi, même si celle-ci est postérieure à la ratification de la convention.

Une disposition du Code du travail a, par exemple, été réduite à néant par une convention internationale. Entré en vigueur le 4 août 2005, le contrat nouvelle embauche (CNE) permettait aux PME de moins de 20 salariés d'embaucher des

personnes qui pouvaient, pendant une durée de consolidation de deux ans, voir leur contrat rompu sans motif et sans qu'elles puissent bénéficier de la procédure de licenciement. Des syndicats ont contesté devant le Conseil d'État la légalité de cette disposition en invoquant sa contrariété à l'article 24 de la Charte sociale des droits fondamentaux et à la convention n° 158 de l'OIT. Dans un arrêt du 19 octobre 2005, le Conseil d'État validera néanmoins l'ordonnance ayant instauré le CNE. Malgré cette décision, des salariés contesteront la rupture de leur CNE sans motif et sans procédure. De nombreux conseils de prud'hommes puis certaines cours d'appel leur donneront raison. La Cour de cassation confirmera cette invalidation le 1er juillet 2008. Cette affaire a pour intérêt de montrer que même la loi peut parfois être remise en cause. Les juristes sont les premiers à se méfier du droit.

Notez également que le Conseil d'État et la Cour de cassation reconnaissent la possibilité d'invoquer les dispositions de la Charte sociale européenne devant les juridictions françaises (CE, 10 février 2014, requête n° 358992 ; Cass. soc., 14 avril 2010, pourvoi n° 09-60426).

Application de la norme la plus favorable au salarié

Toute personne embauchée avec le statut de salarié bénéficie des dispositions du Code du travail ainsi que des conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise. Si deux normes différentes peuvent s'appliquer, la plus favorable au salarié prévaut : c'est l'application du principe de faveur. Le droit du travail protège ainsi le salarié, lequel est – par définition – en position de faiblesse par rapport à l'employeur. En principe, ces accords ne peuvent déroger à la loi dans un sens défavorable au salarié. Il existe toutefois des exceptions, par exemple si la loi prévoit expressément cette possibilité de dérogation ou si cela ne porte pas atteinte à l'ordre public (C. trav., art. L2251-1).

La notion – parfois abstraite – d'« ordre public » désigne des règles auxquelles l'employeur et le salarié ne peuvent déroger, même d'un commun accord (il est par exemple interdit d'indexer le salaire sur le niveau général des prix). L'ordre public, dit social, établit des garanties minimales dont doivent bénéficier les salariés. Il est possible

d'y déroger, mais uniquement dans un sens plus favorable aux salariés. Nous reviendrons en détail dans le chapitre 25 sur ces notions car, depuis la loi de 2004 sur le dialogue social, le principe de faveur a été remis en cause.

Les particularités du droit du travail

L'Hexagone compte plus de 19 millions de salariés et 2 millions d'entrepreneurs. Le droit du travail est par conséquent susceptible d'intéresser un grand nombre de personnes. Il n'y a guère que les retraités, les femmes/hommes au foyer ou les fonctionnaires, soumis au droit de la fonction publique, qui ne sont pas directement concernés. Et encore, certaines de ces personnes emploient peut-être une femme de ménage ou une garde d'enfant.

Un droit qui règle des situations très différentes

Le droit du travail s'impose à l'employeur, qu'il soit entrepreneur individuel ou à la tête d'une société du CAC 40, et protège le salarié, que celui-ci soit le seul de l'entreprise ou bien un trader d'une

banque d'affaires. L'employeur et le salarié ont des obligations l'un vis-à-vis de l'autre. Le premier est notamment tenu de fournir le travail convenu, de payer le salaire et de veiller à la sécurité du second. En échange, le salarié doit accomplir les tâches pour lesquelles il a été embauché.

Les obligations précédemment citées sont communes à toutes les entreprises. Or, le droit du travail peut être amené à édicter des règles s'appliquant à des situations et à des sociétés très différentes. Par exemple, les conventions collectives varient selon l'activité principale de l'entreprise. Ainsi, un conducteur poids lourd d'une entreprise de transport n'aura pas la même convention collective que le chauffeur poids lourd d'une entreprise de construction. Le premier sera soumis à celle des transports routiers, le second à celle du bâtiment.

Pour caricaturer cette situation, un cadre dirigeant et une femme de ménage sont tous les deux liés par un contrat de travail. En revanche, ils ne seront pas toujours soumis à des règles identiques. Généralement, les obligations des sociétés et les droits des salariés augmentent proportionnellement à l'effectif de l'entreprise.

Un droit rétablissant l'équilibre entre employeur et salarié

La relation entre employeur et salarié est marquée par la faiblesse du second. En effet, l'objet même du contrat de travail est de le placer sous la subordination du premier. L'employeur, qui dispose d'un pouvoir de direction, de contrôle et même de sanction, est donc en position de force, car l'offre de travail est globalement inférieure aux propositions d'emploi depuis les années 1970 et la montée du chômage. Le droit du travail a pour objectif d'empêcher tout arbitraire de la part de l'employeur.

L'enjeu du contrat de travail

L'existence d'un contrat de travail produit plusieurs effets :

- Le Code du travail s'applique dans la relation employeur-salarié ;
- Le salarié est assujetti à la Sécurité sociale et bénéficie donc des prestations sociales correspondantes ;

- En cas de perte d'emploi, le salarié peut prétendre aux allocations chômage sous certaines conditions ;
- L'employeur et le salarié sont assujettis à un certain nombre de cotisations.

Un employeur ne respectant pas le Code du travail court le risque de se retrouver devant une juridiction pénale, par exemple en cas de travail dissimulé ou de non-paiement de charges sociales. Il est donc particulièrement important de s'assurer de la nature véritable de la relation contractuelle. Ainsi une personne assujettie au droit de la Sécurité sociale et exerçant une activité professionnelle n'a-t-elle pas automatiquement la qualité de salarié. C'est, par exemple, le cas des mandataires sociaux, qui ne sont pas tous des salariés.

Principe de précaution

Le très à la mode « principe de précaution » (notamment sur le plan sanitaire et alimentaire) trouve une pleine application en matière de droit du travail.

Se former et s'informer

Quand on pratique le droit, et en particulier le droit du travail, il s'agit en premier lieu de respecter le principe suivant : ce que l'on croit savoir doit être vérifié et l'on ne peut pas se contenter d'un ouï-dire. Comme le dit si bien une expression française, ne soyez pas l'homme qui a vu l'homme qui a vu l'ours ! C'est par les on-dit que prospèrent les approximations, les fausses croyances et les informations erronées qui conduisent les employeurs et les salariés à commettre des erreurs. Il est nécessaire de se former et de s'informer en permanence. Les textes changent et leur application par les tribunaux (la jurisprudence) également. Nous vous aiderons à vous y retrouver. Il faut toutefois réussir à appréhender les notions expliquées dans cet ouvrage les unes par rapport aux autres et réussir à faire le lien entre les informations données aux différents chapitres.

Avoir une vision complète et objective de la situation

L'examen d'un cas juridique implique obligatoirement une prise de connaissance approfondie de la situation. Un professionnel du droit se doit de dialoguer avec l'employeur (ou le

salarié) qui lui soumet une question et d'étudier d'une manière approfondie les pièces existantes (contrat de travail, bulletins de salaire, échange de courriers). Il existe très souvent un grand décalage entre la présentation verbale d'un cas par la personne concernée et le diagnostic posé par un professionnel après un examen complet de la situation et des pièces. En toute bonne foi, employeurs et salariés font confiance à un très mauvais allié : leur mémoire ! Or, seules les pièces compteront devant un juge…

Se mettre à la place de l'adversaire

Dans une situation conflictuelle, que l'on soit employeur ou salarié, il est important en premier lieu de bien connaître les règles de droit. Il faut également essayer de découvrir les intentions de la partie adverse. Compte tenu de la complexité des règles, le niveau de connaissance du droit de l'adversaire a beaucoup d'importance. Par exemple, le salarié a souvent intérêt à ce que l'employeur commette une faute pour en tirer parti s'il veut contester son licenciement. À l'inverse, confronté à une faute d'un salarié, l'employeur peut lui écrire

sans le sanctionner afin de lui demander des explications. Si celles-ci ne sont pas pertinentes, l'employeur aura des preuves de cette faute, ce qui lui facilitera la tâche en cas de contestation du licenciement. Une bonne connaissance des règles ainsi qu'une bonne anticipation des réactions et du comportement de l'adversaire permettront d'éviter les erreurs et les faux pas.

Un droit au carrefour des autres droits

Le droit du travail implique d'avoir des connaissances dans les autres domaines du droit. Il a été réglementé à l'origine dans le Code civil sous l'appellation de contrat de louage de service, plusieurs articles lui étant alors consacrés. Un premier Code du travail est ensuite élaboré entre 1910 et 1922. Puis, un nouveau est promulgué en 1973. Les règles de base du droit des contrats (civils) s'appliquent au contrat de travail. Par exemple, un vice du consentement peut remettre en cause la validité d'une rupture conventionnelle ou d'une transaction. Le droit du travail est une sorte d'excroissance du droit civil, et la

connaissance des concepts de ce dernier est utile à sa compréhension.

Le droit des contrats et de la responsabilité civile a été réformé en 2016 par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février qui est entrée en vigueur au 1er octobre de la même année. Cette réforme visait non seulement à moderniser et à supprimer des termes ou des dispositions désuètes, mais également à intégrer dans le Code civil des solutions consacrées par la jurisprudence. Elle a également modifié, sur certains points précis, le droit des obligations (par exemple, les conditions de validité des contrats ou les règles de preuve). Les numéros de nombreux articles ont aussi été modifiés. Les changements apportés par cette réforme seront évoqués dans le présent ouvrage chaque fois qu'ils seront nécessaires à la compréhension de son contenu.

Outre le droit civil, d'autres domaines du droit interagissent avec le droit du travail :

- **Droit pénal** : le non-respect de certaines règles du Code du travail constitue une contravention ou un délit pénal. Ces comportements sont sanctionnés par une peine d'amende et/ou d'emprisonnement, cette dernière sanction étant rarement

prononcée. Lorsque l'inspecteur du travail constate une infraction et dresse un procès-verbal, celui-ci est transmis au procureur de la République, qui peut décider de poursuivre ou non son auteur. Les infractions les plus courantes sont le délit d'entrave (à l'action des syndicats, des représentants du personnel, etc.), la discrimination, le non-respect du salaire minimum ou de l'égalité hommes-femmes, le travail dissimulé, le non-respect d'une obligation liée à la sécurité des salariés, etc.

- **Droit des procédures collectives** : en présence de difficultés économiques, une procédure collective (redressement judiciaire, procédure de sauvegarde) peut être ouverte afin de sauver l'entreprise. Trop souvent, elle se terminera par la liquidation judiciaire de la société. Ces procédures font intervenir plusieurs professionnels (mandataire judiciaire et administrateur) qui exerceront leurs fonctions sous la surveillance d'un juge-commissaire. Les règles du droit des procédures collectives contenues dans le Code de commerce vont modifier le fonctionnement de l'entreprise,

notamment dans ses rapports avec les salariés. Certaines règles en matière de licenciement économique seront différentes, le paiement des salaires sera assuré par un fonds de garantie. En cas de procédure devant le conseil de prud'hommes, celle-ci devra également viser le mandataire, l'administrateur et le fonds de garantie. Certaines de ces règles vous seront présentées dans la suite de cet ouvrage.

- **Droit des sociétés** : ces règles présentes dans le Code de commerce réglementent la vie des sociétés commerciales (la structure juridique de la plupart des employeurs). Les qualités de salarié, d'actionnaire ou de dirigeant d'entreprise sont différentes. Dans certains cas, elles peuvent se cumuler. Le droit des sociétés va régler les conditions de ce cumul et accorder des droits aux salariés. Par exemple, dans les entreprises cotées, lorsque les salariés détiennent plus de 3 % des actions, l'assemblée générale des actionnaires doit élire au minimum un administrateur ayant la qualité de salarié. Lorsque leurs statuts le prévoient, les sociétés anonymes peuvent opter pour un régime facultatif de participation des

salariés. Les administrateurs salariés ne peuvent être plus de quatre, ni représenter plus d'un tiers des membres du conseil (C. com., art. L225-27 alinéa 1er). Le droit du travail a fini par influencer le droit des sociétés.

La complexité du droit du travail

Le droit du travail est-il (trop) complexe ? À l'évidence, la réponse est « oui » et cet ouvrage en est un parfait exemple : cinq cents pages sont nécessaires pour en expliquer les principales règles. Et sur les 11000 articles que compte le Code du travail, certains sont particulièrement longs et indigestes. Bien évidemment, les multiples sujets traités ne concernent pas tous les salariés ni toutes les entreprises (un inventaire à la Prévert serait particulièrement fastidieux). Néanmoins, le nombre de règles auxquelles sont soumises les sociétés se révèle astronomique. À moins de disposer d'un service dédié à cette question, aucun employeur n'est en mesure de connaître la plupart d'entre elles.

Pourquoi une telle complexité ?

L'épaisseur du Code du travail n'est que la partie émergée de l'iceberg. Sa complexité réside dans la superposition de règles kafkaïennes, héritées du droit du travail, des accords collectifs de branche ou d'entreprise ainsi que d'une jurisprudence en perpétuelle évolution. Le droit – une discipline technique par nature – doit s'appliquer dans la vie réelle. Pour éviter le contournement d'une règle, il doit être strict tout en étant adapté à la variété des situations en entreprises. Ceci implique donc la prise en compte de multiples exceptions qui, si elles peuvent avoir leur raison d'être dans une grande société basée sur une organisation taylorienne où tout salarié est interchangeable, sont totalement inapplicables dans une TPE ou une PME.

Le Code du travail est le résultat d'une lente évolution où la réglementation et le nombre de droits octroyés aux salariés sont toujours plus importants, ce qui en soi n'est pas critiquable. Toutefois, des objectifs louables – par exemple la création d'un nouveau congé – peuvent rapidement

entraîner un empilement de nouvelles règles et aggraver « l'obésité » du Code du travail et son côté abscons. Ainsi, rendre obligatoire l'entretien professionnel dans une entreprise de trois salariés n'a pas beaucoup de sens. Dans le même ordre d'idée, l'un des facteurs de pénibilité est peu compréhensible pour la plupart des salariés et même pour les employeurs : « Travail répétitif caractérisé par la réalisation de travaux impliquant l'exécution de mouvements répétés, sollicitant tout ou partie du membre supérieur, à une fréquence élevée et sous cadence contrainte. » Certains salariés auront assurément du mal à savoir si ce critère peut s'appliquer ou non aux tâches qu'ils effectuent…

Un droit toujours plus complexe

La complexification du droit du travail est parfois due à des solutions prises en dépit du bon sens. Par exemple, la loi Travail d'août 2016 avait instauré une instance de dialogue social dans les réseaux de franchise. Celle-ci était présidée par le franchiseur, alors même que celui-ci n'avait aucun lien juridique avec les salariés employés par ses

franchisés. Cette instance a finalement été supprimée en 2018. Autre exemple, la loi Travail a unifié la procédure de recherche de reclassement à respecter lorsqu'un salarié est déclaré inapte par le médecin du travail. Celle-ci est donc devenue identique, que l'inaptitude soit d'une origine professionnelle ou non professionnelle. *A priori*, cela semble un progrès. Malheureusement, c'est la procédure la plus complexe qui a été retenue, à savoir celle pour inaptitude d'origine professionnelle (accident du travail ou maladie professionnelle).

Une simplification est-elle possible ?

Personne ne peut se réjouir d'une telle complexité et nombreux sont ceux qui souhaitent simplifier le droit du travail. Dans la troisième édition de cet ouvrage, nous indiquions que la fusion des institutions représentatives du personnel serait une mesure de simplification salutaire et qui'il serait possible de procéder à des assouplissements en permettant aux entreprises de conclure plus facilement des accords collectifs avec les salariés. Les ordonnances du 22 septembre 2017 ont retenu

ces deux mesures. Elles ont également apporté des modifications et des simplifications sur d'autres sujets et notamment sur des points saillants. Toutefois, leur nombre est extrêmement limité par rapport à l'étendue du droit du travail. Le gouvernement aurait pu décider de procéder à d'autres simplifications, comme, par exemple, unifier les délais des différentes procédures de licenciement et de sanction. Cependant, prétendre élaguer le Code du travail de 10, 25 ou 40 % de ses articles paraît somme toute irréalisable sauf à diminuer les droits des salariés…

DANS CE CHAPITRE

Les principales catégories d'exclus

•

Les conditions de cumul contrat de travail / mandat social

•

Les possibilités de requalification

Chapitre 2
Les exclus du droit du travail

Le travail n'est pas réservé aux seuls salariés. De nombreuses personnes travaillent, en effet, au sens commun du terme, mais sans pouvoir revendiquer l'application du droit du travail. Elles ont en fait pour points communs de ne pas avoir de patron et de ne pas entrer dans le champ de la définition du salariat donnée au chapitre précédent. La loi a d'ailleurs établi une présomption de non-salariat pour certaines catégories de travailleurs, notamment les travailleurs indépendants (artisans,

commerçants, agents commerciaux), les agents de l'État et des collectivités locales ainsi que les dirigeants d'entreprise. En ce qui concerne ces derniers, il leur est possible d'être également titulaires d'un contrat de travail, mais sous réserve de respecter certaines conditions.

Les travailleurs indépendants

L'article L8221-6 du Code du travail prive certaines personnes du bénéfice du droit du travail en les présumant non-salariés de leur donneur d'ordre. Cette présomption est la raison de leur inscription ou immatriculation :

- Au registre du commerce et des sociétés (RCS) pour les commerçants et les dirigeants de sociétés commerciales ;
- Au répertoire des métiers pour les artisans ;
- Au registre des agents commerciaux pour les agents du même nom.

La loi présuppose que ces personnes ne sont pas liées par un contrat de travail. Le donneur d'ordre n'est donc pas obligé de les déclarer préalablement auprès des organismes sociaux, puis de leur remettre un bulletin de paie. Toutefois, cette

présomption deviendra caduque si l'examen des faits démontre l'existence d'un lien de subordination avec le donneur d'ordre.

Cela a été le cas pour les livreurs à vélo/coursiers de la plateforme Take It Easy mettant en relation des restaurateurs à des clients. Leurs contrats ont été requalifiés en contrat de travail en raison de l'existence d'un lien de subordination selon les caractéristiques décrites au chapitre précédent. La plateforme pouvait suivre l'activité des coursiers au moyen d'un système de géolocalisation, comptabilisait leurs kilomètres et surtout disposait d'un pouvoir de sanction à leur égard (Cass. soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20079).

Depuis le 1er janvier 2018, le Code du travail prévoit des dispositions spécifiques aux prestataires de services mis en relation avec leurs clients par l'intermédiaire de plates-formes électroniques. La société exploitant la plate-forme doit prendre en charge, sous certaines conditions, la contribution formation et la cotisation accident du travail du travailleur indépendant.

L'existence d'un travail dissimulé suppose une intention manifeste du donneur d'ordre de se

soustraire aux obligations légales concernant le salariat.

Les commerçants

L'activité du commerçant consiste à acheter des biens à des fournisseurs, qu'il revend ensuite à ses clients. En principe, il n'est pas sous la subordination de ces derniers. Car, même si le client est roi, leur multiplicité est un obstacle à l'existence d'un tel lien. En revanche, ce lien pourrait exister plus facilement vis-à-vis des fournisseurs. En effet, ceux-ci sont – espérons-le – moins nombreux que les clients (parfois, il n'y en a qu'un seul). Or, compte tenu de leur puissance économique, le commerçant peut se retrouver dans une situation de dépendance, de nature à créer un lien de subordination, si l'un d'entre eux s'immisce dans sa gestion.

Les artisans

Ils sont liés à leurs clients par l'intermédiaire d'un contrat d'entreprise régi par les articles 1710 et suivants du Code civil. Selon les termes de ce contrat, l'artisan – appelé l'entrepreneur –

effectue une prestation pour un prix déterminé au profit de son client, appelé le maître de l'ouvrage. À la différence du salarié, qui doit personnellement accomplir sa tâche, l'artisan peut l'effectuer seul ou se faire aider par des salariés. Il sera alors lié à eux par un contrat de travail. Il peut également sous-traiter sa prestation à un autre artisan, qui devra agir en toute indépendance. La sous-traitance ne doit toutefois pas masquer un contrat de travail.

La différence entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise réside dans l'indépendance et la liberté de l'entrepreneur par rapport au salarié. L'artisan s'organise librement pour exécuter le contrat et doit seulement répondre du résultat.

Les faux exclus et la requalification en contrat de travail

Toute personne qui se trouve en situation de salariat, tout en étant exclue théoriquement de cette catégorie par un habillage juridique, peut obtenir la requalification de sa convention en contrat de travail devant le conseil de prud'hommes si elle démontre l'existence d'un lien de subordination.

Au début des années 1980, une entreprise de montage de hangars fit appel à quatre artisans monteurs qu'elle avait, par le passé, salariés. Elle concluait des conventions de sous-traitance avec chacun d'entre eux pour réaliser des travaux de montage. Or, les artisans étaient payés chaque mois par le versement d'un montant fixe et non en fin de chantier. Le matériel était fourni par l'entreprise, à l'exception d'un véhicule appartenant à l'un des sous-traitants, mais qui devait arborer le logo du donneur d'ordre… La cour d'appel, confirmée par la Cour de cassation, a retenu que les artisans étaient placés sous la subordination juridique de l'entreprise car ils ne bénéficiaient pas d'une véritable indépendance. Or, cette subordination juridique requérait l'existence d'un contrat de travail.

Autre exemple d'anthologie : un « prestataire » chargé de la recherche et du développement dans une société était inscrit

comme travailleur indépendant. Or, son contrat de prestation de services ressemblait à s'y méprendre à un contrat de travail. Ayant le titre de « directeur général adjoint », cette personne disposait de cartes de visite de l'entreprise ainsi que d'une carte de crédit destinée au paiement de ses frais professionnels. Le gérant convoquait même des salariés dans le bureau du DGA à des entretiens préalables de licenciement. Bien entendu, le DGA obtiendra la requalification de son contrat de prestation de services en contrat de travail.

De leur côté, les participants à l'émission de télé-réalité Pékin Express ont obtenu la reconnaissance du statut de salarié grâce au rapport contractuel les liant à la société de production qui avait tout d'un contrat de travail (Cass. soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-25621).

Pour déterminer la rémunération nette d'un salarié ayant obtenu la requalification de son contrat, la jurisprudence retient le montant versé TVA incluse (Cass. soc., 19 décembre 2002, pourvoi n° 01-14763). Pour calculer le salaire de référence brut, il convient d'y ajouter les charges sociales salariales.

Outre l'infraction pénale commise, les conséquences financières d'une requalification peuvent être parfois très lourdes pour l'entreprise, qui peut être contrainte à payer des charges sociales sur les rémunérations versées.

De plus, étant donné que la requalification intervient souvent après la rupture du contrat sans motif et sans procédure, la personne qui se voit reconnaître la qualité de salarié peut obtenir des dommages et intérêts pour rupture abusive, une indemnité pour travail dissimulé, une indemnité compensatrice de préavis ainsi que les congés payés.

À noter que l'indemnité pour travail dissimulé se cumule avec l'indemnité conventionnelle de licenciement (Cass. soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-23738).

Les agents commerciaux

L'agent commercial est un mandataire. Cela signifie qu'il a reçu un mandat lui donnant le pouvoir d'agir, au nom de son mandant, pour négocier ou conclure la vente de biens ou de prestations de service. En échange, il perçoit une commission. Certains salariés sont qualifiés, à tort, d'agents commerciaux. En effet, cette qualité – en principe exclusive de celle de salarié – implique une inscription au registre des agents commerciaux.

Les agents commerciaux ne bénéficient pas de la protection du droit du travail. La réglementation

s'appliquant au contrat d'agent commercial est définie par les articles L134-1 et suivants du Code de commerce. La tentation pourrait être grande de conclure des contrats d'agents commerciaux en pensant éviter l'application du droit du travail. Toutefois, si le mandant s'ingère dans l'activité de son agent (en lui demandant de rendre des comptes et en lui donnant des directives), le contrat d'agent commercial pourrait être requalifié en contrat de travail.

Les agents commerciaux ne sont pas sans protection contre la rupture de leur contrat du fait du mandataire. Leur protection peut même s'avérer meilleure que celle résultant d'un contrat de travail. Sauf faute grave, l'agent bénéficie d'une indemnité de fin de contrat qui doit être versée par le mandant. Les tribunaux l'évaluent généralement à deux ans de commissions. L'addition peut donc être salée pour l'entreprise (le coût pouvant même être supérieur à celui d'un licenciement abusif d'un salarié).

L'auto-entrepreneur

C'est un nouvel exclu créé par la loi du 4 août 2008. L'auto-entrepreneur est un travailleur indépendant

qui bénéficie d'un régime social attractif et de déclarations allégées. Ainsi, il est dispensé de s'immatriculer au registre du commerce s'il est commerçant, au répertoire des métiers s'il est artisan. Il est présumé ne pas être salarié, à moins que ses conditions de travail ne soient définies par son donneur d'ordre.

Cette question donne lieu à une jurisprudence foisonnante, certains auto-entrepreneurs exerçant leur activité dans des conditions quasiment identiques à celles des salariés. À titre d'exemple, on peut citer le cas d'auto-entrepreneurs, précédemment salariés de l'entreprise « cliente », dont la mission de téléconseillers consistait à exploiter le fichier de prospect fourni par ladite entreprise en appliquant une procédure commerciale stricte. Dans cette affaire, le gérant de la société a été poursuivi et condamné pour travail dissimulé (Cass. crim., 18 décembre 2015, pourvoi n° 14-85638).

Présomption de salariat

L'existence d'un lien de subordination n'est pas toujours facile à caractériser. Certaines professions pourraient (ou devraient) ainsi être exclues du salariat à cause de la nature de leur activité. C'est la raison pour laquelle la loi a par exemple créé une présomption de salariat pour les mannequins, les journalistes professionnels, les VRP ainsi que les concierges d'immeuble, lesquels bénéficient de la protection du droit du travail. Si l'employeur souhaite renverser cette présomption légale, c'est à lui d'apporter la preuve de l'inexistence d'un contrat de travail, et donc d'un lien de subordination. La loi répute également salariées des personnes qui ont l'apparence d'un commerçant indépendant, les gérants de succursale (C. trav., art. L7321-2).

Autres catégories

Le gros du bataillon des exclus se compose en majorité de fonctionnaires appartenant aux trois fonctions publiques (État, collectivités territoriales et hôpitaux). 5,66 millions d'agents ont ainsi été recensés en décembre 2019, dont un peu moins de la moitié appartenaient à la fonction publique

d'État (2,45 millions). Au total, un actif sur six est fonctionnaire en France.

Les fonctionnaires et agents publics

Les fonctionnaires ainsi que les divers agents contractuels de l'État et des collectivités locales ne sont pas soumis au droit du travail, mais aux diverses lois régissant la fonction publique. Par conséquent, le Code du travail ne s'applique pas à eux, à l'exception de quelques rares articles. En revanche, lorsqu'un fonctionnaire est détaché ou mis à la disposition d'un organisme de droit privé (une association, par exemple), la relation entre les deux parties est de droit privé. La rupture du contrat à l'initiative de l'organisme, excepté à la fin du détachement, s'apparente donc à un licenciement.

Par ailleurs, le Code du travail s'applique pour les personnels embauchés par des services publics lorsqu'ils sont employés dans des conditions de droit privé. Selon la jurisprudence, si le service public a un caractère industriel ou commercial, le contrat de travail est soumis au droit privé pour

tous les litiges concernant la situation individuelle de l'agent, à l'exception de l'agent comptable et du directeur. C'est la jurisprudence de référence en la matière.

Et même si certains de ces établissements ont un statut réglementaire (décrets du Conseil d'État) et que des dispositions de ce statut sont calquées sur les règles applicables aux agents publics, ils n'en demeurent pas moins soumis au droit privé. C'est le cas par exemple pour les agents d'EDF ou de la SNCF.

Les stagiaires

Ceux-ci sont également exclus du droit du travail, mais pas du Code de l'éducation : un stage est une période de formation en milieu professionnel encadrée par une réglementation récente de plus en plus stricte (C. éduc., art. L124-1 et D124-1 et suivants). La proche frontière entre les deux statuts devrait – normalement – empêcher que le stage ne soit un salariat déguisé. Cette proximité fait d'ailleurs que de nombreuses règles sont issues du droit du travail. La conclusion d'une convention de stage implique par exemple une présence tripartite : le stagiaire, l'entreprise et un

établissement scolaire. Cette convention contient aussi de multiples mentions obligatoires. Sa durée ne peut excéder six mois par année d'enseignement. La succession de stages est soumise à un délai de carence d'un tiers du temps de présence du stagiaire. Encadré par un tuteur au sein de l'entreprise, ce dernier reçoit obligatoirement une gratification si le stage dure plus de deux mois, gratification qui est fonction de son niveau d'études. Bien qu'exclus de l'effectif de l'entreprise, les stagiaires doivent être inscrits dans une partie spécifique du registre d'entrée et de sortie du personnel.

Un décret du 26 octobre 2015 a limité le nombre maximal de stagiaires pouvant être accueillis à 15 % de l'effectif pour les organismes de plus de vingt salariés, et à trois stagiaires pour ceux de moins de vingt salariés. Un stagiaire ne doit pas occuper la place d'un salarié en CDD ou en CDI. Un stagiaire dans une telle situation pourrait saisir le conseil de prud'hommes pour demander la requalification de sa convention en contrat de travail.

Les dirigeants d'entreprise

Dernière catégorie d'exclus du droit du travail, les dirigeants d'entreprise recherchent pourtant sa protection, ce qui peut sembler étonnant à plus d'un titre. En effet, en règle générale, les employeurs ne cachent pas leur exaspération vis-à-vis d'un droit qu'ils jugent trop complexe et trop favorable aux salariés. Par ailleurs, étant donné les revenus élevés perçus par certains dirigeants, on pourrait s'attendre à ce qu'ils renoncent d'eux-mêmes à une protection dont ils n'ont pas franchement besoin (contrairement au smicard pressuré sur son lieu de travail et au salaire plus que modeste). Toutefois, la loi est ainsi faite que ces exclus peuvent, sous certaines conditions, (ré)intégrer la cohorte des salariés.

Le mandataire social

Le statut de salarié et celui de mandataire social peuvent paraître inconciliables. Le mandataire social dirige et représente juridiquement une société (personne morale) qui peut employer des salariés. Vis-à-vis d'eux, le dirigeant représente la société et il est le « patron ». L'existence d'un lien de subordination entre le dirigeant et l'entreprise

paraît donc improbable, le dirigeant ne recevant aucune directive de personne.

Toutefois, derrière la qualité de mandataire social se cachent des réalités bien différentes. Le terme « société » désigne aussi bien une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) sans aucun salarié qu'une entreprise anonyme cotée au CAC 40 et employant des milliers de personnes. Derrière une opposition de façade, les qualités de salarié et de dirigeant peuvent se succéder ou se chevaucher, à condition que le dirigeant ait véritablement une « double casquette » dans l'entreprise.

À la fois salarié et mandataire social

D'une manière générale, pour que ce cumul soit admis, le dirigeant doit – en plus de ses fonctions de patron – exercer une activité salariée caractérisée par l'existence d'un vrai lien de subordination avec la société. Cette activité ne doit donc pas correspondre à une fonction d'administration et de direction de l'entreprise. De fait, en pratique, ce cumul est impossible dans une

petite société. Par ailleurs, la conclusion d'un contrat de travail ne doit pas avoir pour seul objectif d'empêcher la révocation du dirigeant ou de lui permettre de percevoir les allocations chômage.

Enjeu du cumul : ne pas être exclu de la protection

Le droit du travail protège le salarié et non le mandataire social. Ainsi la rupture d'un contrat de travail par l'employeur doit-elle être motivée par une cause réelle et sérieuse. Par ailleurs, lorsqu'il est licencié, le salarié peut – sous certaines conditions – prétendre à l'assurance chômage, bénéficier de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, du paiement des congés payés non pris, etc. La reconnaissance du statut de salarié revêt donc un enjeu relativement important sur le plan financier.

À l'inverse, le dirigeant de société ne perçoit rien au terme de son mandat. En cours de mandat, certains sont révocables *ad nutum*, c'est-à-dire librement ou sur justes motifs (les gérants de société à responsabilité limitée – SARL – par exemple). Ils

peuvent alors contester les formes de la rupture, mais ils n'ont pas droit aux allocations chômage. En règle générale, les tribunaux de commerce n'ont pas la réputation d'être très généreux avec les dirigeants qui contestent les motifs ou les formes de leur révocation (même si ces dernières doivent impérativement être respectées).

Faux et usage de faux… salarié !

Un gérant minoritaire d'une société voulait cumuler son mandat social avec un contrat de travail. Il avait donc signé un contrat avec la société, qu'il avait antidaté du jour précédant sa nomination comme gérant. L'objectif affiché était de pouvoir bénéficier d'un contrat de travail à la fin de son mandat.

Remercié par ses associés, le gérant saisit alors le conseil de prud'hommes en prétendant être titulaire d'un contrat de travail et se prévaut de l'antériorité du contrat conclu un jour avant l'immatriculation de la société. Malheureusement pour lui, le numéro d'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés était mentionné dans le contrat de travail, ce qui démontre que la date de conclusion du contrat est fausse. L'ex-gérant sera finalement renvoyé devant le tribunal correctionnel pour faux.

Condition du cumul selon le type de société

Les conditions de cumul mandat social / contrat de travail varient en fonction de la nature juridique de l'entreprise.

Société à responsabilité limitée

Le gérant non associé ou minoritaire peut cumuler un mandat social et un contrat de travail sous réserve de répondre aux conditions exposées ci-dessus. Ce contrat de travail est soumis à l'approbation des associés. Lorsque la SARL a un associé unique, il est impossible à ce dernier, même s'il n'est pas gérant, de cumuler un contrat de travail avec son mandat social.

Société anonyme avec un conseil d'administration

Dans les SA, un tiers des administrateurs peut être choisi parmi les salariés. En revanche, un administrateur ne peut pas devenir salarié. Son contrat est nul de nullité absolue, c'est-à-dire sans régularisation possible, et il devra peut-être

restituer les salaires perçus (Cass. soc., 2 février 2006, pourvoi nº 04-46058).

Le président du conseil d'administration peut cumuler un contrat de travail avec son mandat si le contrat répond aux conditions exposées ci-dessus et s'il a été conclu avant sa désignation en qualité d'administrateur.

Le directeur général peut être, comme le président du conseil d'administration, titulaire d'un contrat de travail, à condition d'occuper un emploi effectif. S'il avait la qualité d'administrateur avant sa désignation, son contrat de travail doit répondre aux conditions de validité applicables aux administrateurs. S'il n'avait pas cette qualité, le contrat de travail doit être autorisé par le conseil.

Société anonyme avec un directoire

Le président du directoire et ses membres peuvent cumuler leurs fonctions sous réserve de respecter des conditions classiques. Il n'y a pas, comme pour les administrateurs, d'obligation d'antériorité ou de limite dans le nombre de directeurs titulaires d'un contrat de travail.

En ce qui concerne les membres du conseil de surveillance, ce cumul est soumis à un contrôle, et notamment à une autorisation dudit conseil (C. com., art. L225-86 et L225-88).

Société par actions simplifiée

La loi n'a rien prévu pour ce type de structure. Dans une société par actions simplifiée (SAS), les actionnaires disposent d'une grande liberté en ce qui concerne les statuts. Ceux-ci ont peut-être réglementé le cumul, il est donc nécessaire de les lire attentivement. Pour que ce cumul soit possible, il faut que le contrat réponde aux conditions posées pour les autres sociétés (exclusion des associés majoritaires et distinction des fonctions).

Lorsque le cumul est valable

Les mandataires sociaux sont presque des salariés comme les autres. Ils bénéficient par exemple de la participation et de l'intéressement. En matière de représentation du personnel, leur qualité de mandataire social leur interdit d'être électeurs et *a fortiori* éligibles.

Lorsque le cumul n’est pas valable

Le contrat de travail d’un salarié devenu mandataire social est suspendu pendant toute la durée du mandat. Lorsque celui-ci se termine, le contrat de travail reprend effet *ipso facto*. Le mandat social et le contrat de travail ne sont donc pas interdépendants.

Partie 2
L'embauche

Dans cette partie…

Vous découvrirez toutes les étapes qui doivent être franchies par un candidat à une offre d'emploi, avant qu'il puisse s'installer dans son nouveau bureau. De l'entretien d'embauche jusqu'à la signature du contrat de travail, en passant par les formalités d'entrée dans l'entreprise, nous nous intéresserons notamment à toutes les obligations réglementaires et administratives qui doivent être respectées par un employeur souhaitant embaucher un nouveau collaborateur.

DANS CE CHAPITRE

La liberté de travail et d'embauche

•

L'entretien d'embauche

•

La lutte contre les discriminations

Chapitre 3
Le recrutement d'un salarié

La plupart d'entre vous avez, sans doute, déjà postulé à un emploi. Vous connaissez donc toute la procédure, de la candidature à l'offre d'emploi aux entretiens d'embauche. Toutefois, vous n'avez peut-être aucune idée des règles juridiques sous-jacentes qui s'imposent à un employeur souhaitant embaucher un salarié… C'est ce que vous découvrirez dans ce chapitre. Mais, avant toute chose, sachez que la relation de travail ne s'impose pas ; elle naît librement (quoique pas forcément d'une manière égalitaire) !

Liberté, je chéris ton nom

La conclusion d'un contrat de travail entre un employeur et un futur salarié repose sur une triple liberté :

- Liberté contractuelle ;
- Liberté de travail ;
- Liberté d'entreprendre.

La première des trois fait que les parties sont libres de contracter (ou non), de choisir leur contractant, de conclure un contrat sans conditions de forme et d'en fixer le contenu. Ce qui n'est pas interdit par des dispositions légales est permis, et le principe de l'autonomie de la volonté prédomine (nul ne peut être engagé sans son accord dans une relation de travail).

En ce qui concerne la liberté du travail, celle-ci est garantie depuis 200 ans dans notre pays. Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, qui a supprimé les corporations (associations de personnes exerçant un même métier et réglementant la profession dans chaque ville), précise qu'« il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon ». Le

préambule de la Constitution de 1946 va encore plus loin en consacrant le droit d'obtenir un emploi, l'État s'engageant alors dans une politique de plein-emploi.

Par ailleurs, la liberté du travail ne se limite pas à pouvoir postuler à un emploi. Tout salarié a également le droit de changer d'emploi à tout moment. Cette résiliation unilatérale du contrat de travail (sous réserve de respecter certaines dispositions légales) est prévue dans l'article L1231-1 du Code du travail. De plus, les juges n'hésitent pas à censurer les clauses du contrat de travail manifestement abusives (clause de non-concurrence trop restrictive par exemple), qui ont pour effet d'empêcher le salarié d'exercer sa profession, une fois la relation contractuelle rompue.

Enfin, de la liberté du travail découle fort logiquement la liberté d'embauche. Celle-ci est garantie à l'employeur par le Conseil constitutionnel (Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988). Il est ainsi impossible d'imposer à un employeur de choisir tel ou tel salarié. Cette liberté a toutefois été restreinte par des règles législatives dans un certain nombre de cas et

parfois par la jurisprudence (Cass. soc., 14 janvier 2014, pourvoi n° 01-45894).

Par exemple, les entreprises d'au moins 20 salariés doivent normalement embaucher, à temps complet ou à temps partiel, au minimum 6 % de travailleurs handicapés dans un délai défini par décret et qui ne peut excéder trois ans. Cette obligation d'embauche peut néanmoins être contournée légalement par l'employeur ; il peut par exemple y échapper en versant une cotisation à l'Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (Agefiph). Et force est malheureusement de constater que les patrons préfèrent cette seconde solution, puisque le chômage des travailleurs handicapés s'élevait encore à 16 % en 2019 selon la Dares (Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques). À noter que depuis 2015 les employeurs peuvent s'acquitter partiellement de l'obligation d'emploi en accueillant des personnes handicapées pour des périodes de mise en situation en milieu professionnel ou des stages (C. trav., art. L5212-7).

Autre exemple, un employeur ne peut recourir à un contrat à durée déterminée (CDD) qu'à des

conditions particulières très réglementées.

Il existe même des cas pour lesquels l'embauche est absolument interdite :

- Étrangers en situation irrégulière, ne possédant pas de carte de travail (C. trav., art. L8251-1) ;
- Mineurs de moins de 16 ans (hors contrat d'apprentissage) ;
- Professions réglementées (artistes et mannequins) ;
- Clause de non-concurrence valable, mentionnée dans le précédent contrat de travail ;
- Embauche d'un salarié ayant rompu abusivement son précédent contrat de travail, si le nouvel employeur est intervenu dans la rupture ou s'il en était informé (C. trav., art. L1237-3) ;
- Pendant les six premiers mois suivant un plan de sauvegarde de l'emploi (voir chapitre 16).

La publication d'une offre d'emploi

Certains secteurs d'activité n'ont pas besoin de diffuser des offres d'emploi pour recruter du personnel. L'existence de nouveaux postes est en effet annoncée par le bouche-à-oreille et les postes qui se libèrent sont souvent pourvus par cooptation (c'est par exemple le cas des journalistes, même si cela se vérifie moins que par le passé). Cependant, la très grande majorité des entreprises doit recourir aux offres d'emploi pour attirer de nouveaux collaborateurs. Mais, attention, la diffusion et la publicité de telles offres sont réglementées par le Code du travail (articles L5331-1 à L5334-1).

Ce qui n'est pas autorisé…

En premier lieu, ledit code énonce un certain nombre d'interdictions :

Texte de loi

- **Il est impossible de vendre des offres d'emploi.** En d'autres termes, un employeur n'a pas le droit de réclamer de l'argent à une personne qui souhaiterait consulter ou publier la liste des postes pour lesquels il recherche des candidats. En revanche, des supports de communication payants – journaux, magazines, etc. – peuvent facturer aux

entreprises l'insertion, dans leurs colonnes, d'offres d'emploi (C. trav., art. L5331-1) ;

- **Pour éviter toute discrimination, l'annonce destinée à faire la publicité d'une offre d'emploi ne peut mentionner une limite d'âge maximale pour les postulants, sauf dispositions légales contraires.** À noter que l'article L1133-2 du Code du travail répertorie un certain nombre de cas généraux pour lesquels « les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime » : préservation de la santé ou de la sécurité des travailleurs, action en faveur de leur insertion professionnelle, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi ;
- **D'une manière générale, outre l'âge, une offre ne peut retenir comme critère d'accès à l'emploi le sexe du futur postulant, son orientation sexuelle, sa situation de famille, ses caractéristiques génétiques, son appartenance ou sa non-appartenance à une ethnie ou une nation, ses opinions politiques,**

ses activités syndicales, ses convictions religieuses, son apparence physique, son état de santé, etc. Toutefois, en ce qui concerne le sexe, l'article R1142-1 du Code du travail répertorie un certain nombre d'activités professionnelles pour lesquelles l'appartenance à l'un des deux sexes est un critère déterminant : interprète d'un rôle masculin/féminin, mannequins et modèles. Notez par ailleurs que l'article L1132-1 du Code du travail a été complété par quatre lois depuis 2014. La loi n° 2014-173 du 21 février 2014 a ainsi introduit un nouveau motif de discrimination : le lieu de résidence. La loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 a rajouté « la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur », la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 « la domiciliation bancaire » et « la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français », la loi n°2019-1461 du 27 décembre 2019 « l'exercice d'un mandat électif local » ;

- **Il est interdit de diffuser ou de publier une offre d'emploi comportant des informations**

volontairement erronées ou susceptibles d'induire en erreur le candidat potentiel, notamment en ce qui concerne la disponibilité et la nature du poste, la rémunération et le lieu de travail. Il faut en effet savoir que certains employeurs n'hésitent pas à publier des annonces pour des postes inexistants afin de se constituer un vivier de curriculum vitae. Or, une telle pratique est susceptible d'être punie de un an d'emprisonnement et d'une amende de 37500 euros (C. trav., art. L5334-1) ;

- **Toute offre d'emploi faisant référence à un poste basé dans l'Hexagone doit être rédigée en français, quelle que soit la nationalité de l'auteur de l'annonce ou de l'employeur.** Lorsqu'une entreprise française propose un poste à l'étranger, l'offre d'emploi doit également être libellée en français. Une exception toutefois à ce principe : les supports de communication diffusés en France dans une langue étrangère (même partiellement) peuvent accepter des offres d'emploi rédigées dans cette langue (C. trav., art. L5331-4).

Avant la loi nº 2005-32 du 18 janvier 2005 (dite de programmation pour la cohésion sociale), toute entreprise qui souhaitait publier une offre d'emploi devait tout d'abord la diffuser auprès de Pôle emploi. Cette obligation a été supprimée par la loi précitée.

La rédaction de l'offre d'emploi

La rédaction d'une offre d'emploi obéit à un formalisme peu contraignant. L'annonce doit être datée. Par ailleurs, lorsqu'elle émane d'une société de travail temporaire, celle-ci doit préciser sa dénomination sociale ainsi que la nature de son activité (à savoir, travail temporaire). Les entreprises ne relevant pas de ce secteur d'activité peuvent publier des offres d'emploi anonymes. Toutefois, dans ce cas, elles sont obligées de communiquer leur nom – ou raison sociale – ainsi que leur adresse au responsable du support de communication utilisé (par exemple, au directeur de la publication si l'annonce est insérée dans un journal ou une revue).

L’entretien d’embauche

Une fois l’offre d’emploi publiée et diffusée *via* de multiples médias (journaux, sites web, etc.), l’employeur doit normalement recevoir, dans les jours qui suivent, des propositions de candidatures. Le recrutement proprement dit peut alors commencer.

Déroulement

Une loi du 31 décembre 1992 a moralisé les pratiques de recrutement en vigueur jusqu’à cette date, parfois fort douteuses. Elle a notamment mis fin aux atteintes à la vie privée. Ainsi, selon l’article L1221-6 du Code du travail, un recruteur ne peut demander au candidat que des renseignements en rapport direct avec l’emploi proposé ou lui permettant d’évaluer ses compétences professionnelles. Ainsi est-il tout à fait légitime de demander à un futur commercial amené à se déplacer dans plusieurs départements s’il possède le permis de conduire ou bien à une hôtesse d’accueil si elle maîtrise plusieurs langues. En revanche, demander à une jeune candidate à une fonction de cadre si elle souhaite avoir des enfants

n’a pas de raison d’être dans un entretien d’embauche, même s’il est aisé de deviner la finalité de cette question…

Le postulant doit bien évidemment répondre en toute sincérité aux questions posées. En effet, des informations inexactes données lors de l’embauche peuvent causer la nullité du contrat en cas de dol (vice du consentement).

Même si le candidat a menti pendant l’entretien d’embauche, l’employeur ne pourra pas rompre automatiquement le contrat de travail *a posteriori*. Si le salarié donne, par la suite, pleine satisfaction dans son poste, le mensonge ne peut être invoqué comme motif de licenciement (Cass. soc., 30 mars 1999, pourvoi nº 96-42912). En revanche, si le fait mensonger a été déterminant dans le recrutement du salarié, celui-ci peut être licencié en raison de l’existence de manœuvres dolosives (Cass. soc., 25 novembre 2015, pourvoi nº 14-21521).

Pour évaluer le candidat, l’employeur peut recourir à toutes sortes de méthodes et techniques d’aide au recrutement : questionnaire, tests, expertise graphologique, etc. Toutefois, avant leur mise en œuvre, il est obligé d’en informer le postulant (C.

trav., art. L1221-8). Les résultats obtenus aux tests et autres expertises demeurent confidentiels pour les tiers. En revanche, ils doivent être communiqués au candidat si celui-ci en fait la demande.

Lorsqu'il existe un comité social et économique, celui-ci doit être informé quant aux méthodes et techniques d'aide au recrutement que l'employeur souhaite mettre en place ou modifier dans la société (C. trav., art. L2312-38).

Discriminations

Selon l'article L1132-1 du Code du travail, aucun candidat ne peut être écarté d'une procédure de recrutement sur la base de critères discriminatoires (origine ethnique, orientation sexuelle, opinions politiques, convictions religieuses, etc.). En cas de litige, le candidat recalé doit apporter des éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement. Depuis la loi du 16 novembre 2001 (qui est une transposition de la directive européenne du 15 décembre 1997), c'est à l'employeur de prouver qu'il n'a pas eu un comportement discriminatoire. La loi nº 2008-496 du 27 mai 2008 (modifiée par la loi nº2017-

86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté) est venue compléter ce principe.

Toute personne qui s'estime victime de discrimination peut saisir directement le Défenseur des droits, une autorité administrative indépendante créée en 2011 et dont l'une des missions est la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité. Pour de plus amples informations, consultez son site web (www.defenseurdesdroits.fr).

Enfin, un candidat à un recrutement – à l'instar de tout salarié – ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé de subir un harcèlement sexuel. En cas de litige, il doit apporter des éléments de faits susceptibles de présumer l'existence d'un harcèlement. C'est ensuite à l'employeur de démontrer que les agissements incriminés ne sont pas constitutifs d'une telle faute. L'auteur du harcèlement, déjà passible d'une amende et d'une peine d'emprisonnement au pénal, commet nécessairement – selon la jurisprudence sociale – une faute grave (Cass. soc., 13 juillet 2017, pourvoi n° 16-12493).

Le CV anonyme devient facultatif

Jusqu'à la loi Rebsamen, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, les informations demandées au candidat ne pouvaient être examinées que si son anonymat était garanti (loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, ancien article L1221-7 du Code du travail). Les modalités d'application de cet article – particulièrement lapidaire – devaient être définies par un décret en Conseil d'État qui n'a jamais été publié.

En juillet 2014, la Haute Juridiction administrative a demandé au Premier ministre de publier le décret d'application dans les six mois. La situation n'ayant pas évolué, le gouvernement a préféré, *via* la loi Rebsamen de 2015, mettre fin au CV anonyme obligatoire. Celui-ci devient facultatif. Pour les entreprises qui le souhaitent, les candidatures pourront être examinées dans les conditions préservant l'anonymat des postulants (C. trav., art. L1221-7 modifié).

Pour mémoire, en 2009, Pôle emploi avait piloté une expérimentation nationale afin de redynamiser ce dispositif. Une cinquantaine d'entreprises volontaires avaient participé à l'opération dans sept départements. Dans une étude publiée en juillet 2011, Pôle emploi avait estimé – suite aux résultats de cette expérimentation – que le CV anonyme n'améliorait pas, en moyenne, les chances d'accéder à un

entretien d'embauche pour les publics susceptibles d'être discriminés.

Notez par ailleurs l'existence de l'accord national interprofessionnel du 12 octobre 2006 (étendu par arrêté du 22 février 2008) sur la « diversité dans l'entreprise ». Celui-ci prévoit notamment que le comité social et économique doit être informé une fois par an de la politique menée par l'entreprise en matière de diversité, d'égalité des chances et de traitement.

La promesse d'embauche

À l'issue de l'entretien d'embauche, l'employeur peut envoyer une promesse d'embauche au candidat qu'il a sélectionné. Jusqu'en 2017, la jurisprudence de la Cour de cassation considérait de manière constante que la promesse d'embauche valait contrat de travail. De ce fait, la rétractation de l'employeur constituait une rupture s'analysant en un licenciement sans cause réelle et sérieuse qui occasionnait un préjudice au candidat (Cass. soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 12-27277) et méritait réparation.

Suite à la réforme du droit des obligations (ordonnance du 10 février 2016) évoquée dans le

premier chapitre, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence (Cass. soc., 21 septembre 2017, pourvois nº 16-20103 et nº 16-20104). Désormais, la promesse d'embauche n'équivaut plus forcément à un contrat de travail.

Offre ou promesse de contrat de travail ?

La Cour de cassation distingue dorénavant l'offre de contrat de travail de la promesse de contrat de travail. Dans les deux cas, l'employeur doit préciser – par écrit – l'emploi du salarié, sa rémunération et sa date d'entrée en fonction (Cass. soc., 28 novembre 2018, pourvoi nº17-20782). Selon la jurisprudence actuelle, cet écrit peut prendre la forme d'une lettre, d'une attestation, d'un courriel, d'une télécopie et même d'une conversation téléphonique (Nancy, 6 janvier 1987, SA Helsa c/ Thiebaut). Ces documents serviront d'éléments de preuve aux juges en cas de litige, le conseil prud'homal étant compétent en la matière (Cass. soc., 5 avril 2005, pourvoi nº 02-45636).

L'offre de contrat de travail exprime la volonté de l'employeur d'être lié contractuellement au salarié

en cas d'acceptation par ce dernier. Tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire, l'employeur peut librement se rétracter. La rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, avant l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail. La responsabilité extra-contractuelle de son auteur (laquelle sanctionne les dommages causés à autrui en dehors de tout lien contractuel) peut être engagée.

La promesse, quant à elle, est un contrat par lequel le « promettant » accorde au « bénéficiaire » le droit d'opter pour la conclusion dudit contrat. Il ne manque donc que le consentement du salarié. La révocation de la promesse pendant le temps laissé à ce dernier pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis, lequel est alors rompu abusivement.

La distinction entre ces deux actes juridiques est ténue. Les employeurs doivent être vigilants lors de la rédaction d'une offre ou d'une promesse de contrat de travail. Ils doivent connaître précisément la portée et les conséquences de leur proposition.

Selon la Cour de cassation, la personne qui signe la promesse d'embauche doit être habilitée à le faire.

Des cours d’appel ont toutefois estimé que la promesse était valable lorsque le candidat pouvait légitimement penser que le recruteur était investi d’un tel pouvoir.

DANS CE CHAPITRE

Les formalités d'embauche

•

Le registre du personnel

•

La visite médicale d'embauche

Chapitre 4
L'entrée dans l'entreprise

Suite à la diffusion d'une offre d'emploi, l'employeur a enfin sélectionné, parmi tous les postulants, un candidat dont les compétences professionnelles et la carrière lui paraissent en parfaite adéquation avec le poste proposé. Il est donc temps de préparer l'arrivée de ce nouveau salarié dans l'entreprise, les démarches administratives d'embauche étant particulièrement importantes (l'employeur peut être sanctionné pénalement pour non-respect de ces formalités).

Les formalités d'embauche

Selon l'article L1221-10 du Code du travail, pour que l'embauche d'un salarié devienne effective (quelles que soient la nature et la durée du contrat), l'employeur doit préalablement s'acquitter – sous peine de pénalité – d'une déclaration nominative auprès des organismes de protection sociale compétents.

La déclaration préalable à l'embauche

Dans un souci de simplification des procédures administratives (notamment pour les petites entreprises), le décret n° 98-252 du 1er avril 1998 avait instauré la déclaration unique d'embauche (DUE), avec pour objectif de lutter contre le travail dissimulé. Depuis le 1er août 2011, la DUE a été remplacée par la déclaration préalable à l'embauche (DPAE).

Lorsqu'une société veut recruter un salarié relevant du régime de la Sécurité sociale, elle accomplit six formalités en un seul document :

- L’immatriculation de l’employeur à la Sécurité sociale (pour une première embauche dans un établissement) ;
- La demande d’immatriculation du salarié au régime général de la Sécurité sociale (si ce n’est pas encore fait) ;
- L’affiliation de l’employeur au régime d’assurance chômage ;
- La demande d’adhésion à un service de santé au travail ;
- La demande d’examen médical d’embauche pour le salarié ;
- La liste des salariés embauchés pour le préétablissement de la déclaration annuelle des données sociales (DADS).

Sont exemptés de DPAE les entreprises employant des stagiaires ou des volontaires du service civique, ainsi que les adhérents au Chèque emploi associatif (CEA), au titre emploi service entreprise (Tese), au titre firmes étrangères (TFE) et au guichet unique spectacle (Guso). Sont également exemptés les particuliers employeurs d’assistantes maternelles et d’emplois familiaux. En revanche, doivent effectuer la DPAE les particuliers employeurs qui

embauchent des salariés pour des travaux de construction, de réfection ou d'aménagement d'immeubles, d'installation ou de dépannage d'équipements domestiques, de secrétariat particulier.

Les dispositions concernant la DPAE sont répertoriées dans les articles R1221-1 à R1221-18 du Code du travail. Le formulaire de DPAE, fixé par arrêté ministériel, comprend un certain nombre d'informations :

- Dénomination sociale ou nom et prénom(s) de l'employeur ;
- Code APE (désignant l'activité principale exercée) et adresse de l'employeur ;
- Numéro Siret (système d'identification des établissements) ;
- Service de santé au travail dont dépend l'employeur ;
- Nom, prénom(s) et sexe du salarié ;
- Date et lieu de naissance ;
- Numéro de Sécurité sociale ;
- Date et heure d'embauche ;

- Nature et durée du contrat ;
- Durée de la période d'essai éventuelle pour les CDI ainsi que les CDD ayant une durée supérieure à six mois.

La déclaration préalable à l'embauche doit être ensuite envoyée à l'Urssaf (Union de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales) ou à la caisse de mutualité sociale agricole (MSA) dont l'entreprise dépend, au plus tôt dans les huit jours précédant la date d'embauche prévue et au plus tard avant la prise de fonction ou le début de la période d'essai.

L'employeur dispose de différents moyens pour transmettre les données : lettre recommandée avec accusé de réception (au plus tard le dernier jour ouvrable précédant l'embauche, le cachet de la poste faisant foi), télécopie ou Internet (www.net-entreprises.fr ou www.due.urssaf.fr). Si l'un de ces moyens de transmission ne fonctionne pas, l'employeur est tenu d'en choisir un autre parmi ceux précédemment cités.

Depuis le 1er octobre 2014, les entreprises ayant accompli plus de 50 déclarations d'embauche l'année précédente doivent obligatoirement

effectuer la DPAE sur Internet (C. trav., art. D1221-18). En cas de défaut de dématérialisation, la pénalité encourue s'élève à 0,5 % du plafond mensuel de la Sécurité sociale par déclaration.

L'organisme destinataire de la DPAE accuse réception de l'envoi dans un délai de cinq jours ouvrables, en retournant un document reprenant les informations enregistrées. L'employeur dispose alors de deux jours ouvrables pour signaler d'éventuelles erreurs. Passé ce délai, le document est considéré comme validé. L'employeur remet ensuite au salarié une copie de la DPAE ou de l'accusé de réception ; il est toutefois dispensé de cette formalité s'il a remis au salarié un contrat de travail écrit, dans lequel est mentionné l'organisme destinataire de la DPAE.

Afin de s'assurer que son employeur a bien effectué la DPAE, tout salarié a la possibilité de saisir – par écrit – les personnels compétents en matière de travail dissimulé, répertoriés à l'article L8271-1-2 du Code du travail (inspecteurs et contrôleurs du travail, officiers et agents de police judiciaire, agents des impôts et des douanes, etc.), ainsi que l'Urssaf. Le salarié doit préciser lors de sa demande (C. trav., art. D8223-1) :

- Ses nom, prénom(s), nationalité, date et lieu de naissance ;
- Son numéro de Sécurité sociale (s'il est déjà immatriculé) ;
- Son adresse ;
- Sa date d'embauche et la période de travail pour laquelle l'information relative à l'accomplissement de la DPAE est sollicitée.

La réponse, contenant les informations citées dans l'article D8223-2 du Code du travail, est adressée au salarié dans les 30 jours qui suivent la réception de sa demande.

L'employeur qui ne déclare pas un employé commet le délit de travail dissimulé (Cass. crim., 28 mars 2017, pourvoi n° 15-86985 ; Cass. crim., 12 janvier 2021, pourvoi n°17-82553).

Titres d'embauche simplifiés

Les TPE-PME peuvent bénéficier de titres simplifiés, tenant lieu de contrats de travail et de déclarations préalables à l'embauche. Le Titre emploi-service entreprise (Tese) est destiné aux entreprises métropolitaines relevant du régime général et à celles de Guadeloupe, Martinique, Guyane, La Réunion et Saint-Martin relevant du régime général ou agricole (quel que soit le contrat de travail de leurs salariés : CDI, CDD, contrat d'apprentissage...). Depuis la loi de financement de la Sécurité sociale 2019, le Tese n'est plus soumis à une condition d'effectif.

Le Titre emploi simplifié agricole (Tesa), qui permet d'embaucher un salarié agricole en CDD pendant trois mois avec une rémunération brute ne dépassant pas trois fois le plafond de la Sécurité sociale, peut être utilisé par tous les employeurs agricoles, quel que soit leur effectif salarié.

Enfin, le Titre emploi forains (TEF) concerne les forains employant des salariés occasionnels en vue de satisfaire des besoins de main-d'œuvre ponctuels, comme le (dé) montage des manèges.

Autres formalités

Outre la déclaration préalable à l'embauche, des formalités supplémentaires peuvent être demandées aux entreprises. Par exemple, lorsqu'elles embauchent un travailleur étranger, elles doivent s'assurer qu'il possède une autorisation de travail en cours de validité (C. trav., art. L5221-5). Toutefois, les ressortissants de l'Union européenne (UE) bénéficient de la libre circulation des travailleurs, garantie par le traité sur l'Union européenne. Ils n'ont donc pas besoin d'une autorisation de travail pour exercer une activité salariée dans l'Hexagone.

Dans les sociétés d'au moins 50 salariés, l'employeur envoie à la DARES (Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques) – dans les huit premiers jours de chaque mois – le relevé des contrats conclus le mois précédent, excepté s'il s'agit de contrats à durée déterminée de un mois maximum non renouvelable (C. trav., art. D1221-29).

Par ailleurs, l'article L1242-6 du Code du travail interdit le recours à un CDD pour l'exécution de certaines tâches particulièrement dangereuses. L'employeur peut cependant solliciter une dérogation auprès de l'administration.

Enfin, dans trois cas, l'employeur est obligé de consulter préalablement, s'il existe, le comité social et économique :

- Lorsqu'il souhaite embaucher un CDD pour répondre à une commande exceptionnelle à l'exportation nécessitant la mise en œuvre de moyens exorbitants par rapport à ceux que l'entreprise utilise habituellement (C. trav., art. L1242-8-1) ;
- Lorsqu'il souhaite embaucher un CDD pour remplacer un salarié quittant définitivement l'entreprise avant la suppression de son poste (C. trav., art. L1242-2) ;
- Lorsqu'il désire conclure un CDD après un licenciement économique, en vertu des dispositions dérogatoires de l'article L1242-5 du Code du travail.

Le défaut de consultation du comité social et économique peut entraîner une requalification du CDD en CDI ainsi qu'une condamnation pénale de l'employeur à un an d'emprisonnement et une amende de 7500 euros au titre du délit d'entrave (C. trav., art. L2317-1).

Le registre du personnel

Le jour de l'entrée en fonction du nouveau salarié, l'employeur doit remplir le registre unique du personnel, dans lequel sont consignés les ordres d'embauchage, ainsi que les noms et prénoms de tous les salariés. D'autres informations concernant tous les salariés, ou uniquement une catégorie d'entre eux, et qui doivent être inscrites dans ce registre, sont définies par voie réglementaire (C. trav., art. L1221-13 et D1221-23).

Pendant des décennies, le registre unique du personnel s'est présenté sous la forme d'un registre papier, dans lequel on consignait les départs et arrivées dans l'entreprise. L'informatique étant désormais omniprésente dans notre vie quotidienne, la législation a évolué en conséquence. Il est possible de recourir à d'autres moyens d'enregistrement, notamment numériques. Seule obligation : la technologie employée doit offrir les mêmes garanties de contrôle qu'un registre papier (C. trav., art. L8113-6).

Le comité social et économique ainsi que les agents chargés de veiller à l'application du Code du travail et du Code de la Sécurité sociale peuvent consulter

le registre unique du personnel. En pratique, en ce qui concerne le comité social et économique, les employeurs demandent généralement aux élus du personnel de prendre rendez-vous avec le service des ressources humaines (RH) avant toute consultation. Enfin, les informations inscrites sur ce registre doivent être conservées pendant cinq ans, à compter de la date de départ du salarié de l'entreprise (C. trav., art. R1221-26).

La visite d'information et de prévention (Vip)

Tout salarié nouvellement recruté doit effectuer une visite d'information et de prévention (Vip), au plus tard trois mois après la prise effective du poste de travail (C. trav., art. R4624-10). Jusqu'au 31 décembre 2016, certaines personnes (travailleur handicapé, femme enceinte, salarié mineur, etc.) bénéficiaient d'une surveillance médicale renforcée avant l'embauche. Cette obligation a été supprimée au 1er janvier 2017. En revanche, un salarié affecté à un poste présentant des risques particuliers pour sa santé ou sa sécurité ou pour celles de ses collègues doit passer, dans le cadre du « suivi individuel renforcé », un examen

médical d'aptitude à l'embauche qui remplace la Vip (C. trav., art. R4624-24).

À noter que la visite d'information et de prévention peut désormais être réalisée par un professionnel de santé autre que le médecin du travail. Cette modalité a pour objectif de désengorger la médecine du travail.

Il est possible de procéder à une seule Vip en cas d'employeurs multiples, à condition que ces derniers aient conclu un accord prévoyant la répartition de la charge financière de la surveillance médicale des salariés ou qu'il existe un accord de branche fixant cette répartition. Par ailleurs, selon l'article R4624-15 du Code du travail, cette Vip est facultative (sauf demande expresse du salarié ou du médecin du travail), sous réserve que les conditions suivantes soient réunies :

- Le salarié a bénéficié d'une Vip ces cinq dernières années ;
- Il occupe le même emploi ;
- Le professionnel de santé est en possession de la dernière attestation de suivi ou de la dernière fiche d'aptitude définie à l'article R4624-25 ;

- Aucune mesure formulée au titre de l'article L4624-3 ou aucun avis d'inaptitude n'a été émis au cours des cinq dernières années (ou des trois dernières années pour le travailleur mentionné à l'article R4624-17).

La visite d'information et de prévention a pour objectif d'interroger le salarié sur son état de santé, de l'informer sur les risques éventuels de son poste de travail, de le sensibiliser sur les moyens de prévention envisageables et d'identifier si son état de santé ou les risques auxquels il est exposé nécessitent une orientation vers la médecine du travail. À l'issue de l'examen, une attestation de suivi est établie en deux exemplaires. L'un est remis au salarié, l'autre est envoyé à l'employeur.

Si le salarié ne se présente pas à la visite d'information et de prévention, la responsabilité de l'employeur sera tout de même engagée en cas d'accident. Quant au salarié, il risque un licenciement pour faute grave (Aix-en-Provence, 29 janvier 2016, RG nº 13/05808).

Des examens périodiques ont ensuite lieu au maximum tous les cinq ans à compter de la première visite (tous les trois ans pour certains salariés : personnes en situation de handicap,

titulaires d'une pension d'invalidité et travailleurs de nuit).

Informations diverses

Lorsqu'un nouveau salarié est recruté, l'employeur est tenu de l'informer sur différents points. En premier lieu, il doit organiser une formation pratique sur la sécurité au sein de l'entreprise (C. trav., art. L4141-2). Il doit également le sensibiliser sur les risques pour sa santé et les mesures prises pour y remédier.

L'employeur doit, par ailleurs, communiquer au salarié le règlement intérieur (RI) en vigueur dans la société (l'article R1321-1 du Code du travail imposant qu'il soit porté à la connaissance du salarié par tout moyen). Obligatoire dans toute entreprise d'au moins 50 salariés (C. trav., art. L1311-2), ce document écrit est un acte juridique de droit privé qui s'impose à l'employeur comme au salarié. Il fixe notamment un cadre réglementaire en matière de :

- Santé et sécurité au sein de l'entreprise ;
- Règles générales et permanentes relatives à la discipline ;

- Nature et échelle des sanctions à la disposition de l'employeur.

Nous reviendrons plus en détail sur le règlement intérieur dans le chapitre 12 consacré aux sanctions.

En vertu de l'article L3171-1, l'horaire de travail des salariés ainsi que la durée des périodes de repos doivent également être affichés.

L'employeur doit afficher, sur la porte des locaux où se fait l'embauche, les articles 225-1 à 225-4 du Code pénal, relatifs aux discriminations (C. trav., art. L1142-6). L'article D4711-1 du Code du travail impose, de plus, l'affichage, dans les locaux normalement accessibles aux salariés, du numéro de téléphone et de l'adresse :

- Du médecin du travail ou du service de santé au travail compétent ;
- Des services de secours d'urgence ;
- De l'inspection du travail dont relève l'entreprise (ainsi que le nom de l'inspecteur compétent).

L'employeur doit communiquer au salarié une notice d'information relative aux accords

applicables dans la société (C. trav., art. R2262-1). Il peut s'agir par exemple de la convention collective, lorsqu'elle existe.

Enfin, le salarié est informé qu'il bénéficie tous les deux ans d'un entretien avec son employeur consacré à ses perspectives d'évolution professionnelle (C. trav., art. L6315-1). Cette information peut être mentionnée dans le contrat de travail.

DANS CE CHAPITRE

Présentation détaillée de différents contrats de travail

•

Les obligations de l'employeur et du salarié

•

Les piliers du contrat de travail

•

Les clauses obligatoires et optionnelles

Chapitre 5
Le contrat de travail

Tout nouvel arrivant dans une entreprise reçoit généralement un contrat de travail écrit, dans lequel sont précisées un certain nombre d'informations (qualification, poste occupé, rémunération, lieu d'exercice de l'activité, obligations vis-à-vis de l'employeur, etc.). Ce contrat est très important, car il fixe le cadre de la relation qui va s'établir entre l'employeur et le

salarié. Il est donc impératif de le lire attentivement avant de le signer…

Les différents types de contrat de travail

Il existe, en France, une multitude de contrats de travail : CDI, CDD, intérim, contrat d'apprentissage, contrat de professionnalisation…, sans parler des contrats dits « aidés » qui sont créés par les politiques au gré des aléas économiques afin de lutter contre le chômage. Nous sommes donc bien loin du contrat de travail unique régulièrement prôné par certains économistes et partis politiques hexagonaux !

Malheureusement, cette profusion contractuelle complique singulièrement la tâche des employeurs et des salariés, qui rencontrent les plus grandes difficultés à s'y retrouver dans ce magma juridique. Le formalisme pointilleux de certains contrats est ainsi source de nombreux conflits qui peuvent – dans les cas extrêmes – mettre en péril l'existence même d'une entreprise. Il est donc essentiel de bien maîtriser les arcanes des principaux contrats de travail.

Le contrat à durée indéterminée (CDI)

Selon l'article L1221-2 du Code du travail, « le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail ». Et c'est effectivement le cas : en 2019, selon l'Insee, le pourcentage de personnes âgées de 15 ans et plus en activité et titulaires d'un CDI dans le secteur privé s'élevait à 84,8 %, soit plus de quatre salariés actifs sur cinq.

Temps complet

Le CDI à temps complet a deux principales caractéristiques. D'une part il est sans limitation de durée, d'autre part il ne nécessite aucun formalisme. Il est par exemple tout à fait possible de conclure un CDI oralement. Cependant, pour éviter toute contestation, il est fortement recommandé de rédiger un contrat écrit. Nous reviendrons sur les avantages d'un tel écrit dans la partie « Bien comprendre son contrat de travail ». Nous vous présenterons également la définition juridique de la relation de travail, les obligations réciproques de l'employeur et du salarié, les clauses

contractuelles facultatives et obligatoires, la période d'essai…, autant d'éléments communs aux différents types de contrats. Il est donc inutile d'en parler, même brièvement, ici.

Temps partiel

L'expression « salarié à temps partiel » désigne une personne dont la durée du travail est inférieure à la durée légale (35 heures par semaine ou 1607 heures à l'année) ou à la durée définie conventionnellement pour la branche ou l'entreprise (C. trav., art. L3123-1). Un salarié qui travaille par exemple dans une entreprise appliquant les 35 heures hebdomadaires est considéré à temps partiel lorsque la durée de son travail est inférieure ou égale à 34 heures.

Un travailleur à temps partiel peut avoir simultanément plusieurs employeurs. Toutefois, la durée de travail cumulée de tous ses contrats ne doit pas excéder la durée maximale légale. Le salarié ne commet pas de faute lorsqu'il refuse un changement d'horaires de travail qui se révèle incompatible avec une période d'activité chez un autre employeur (Cass. soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-13375). En revanche, le refus de

communiquer son contrat de travail et ses bulletins de paie afin de permettre à son employeur de vérifier le respect de la durée hebdomadaire maximale de travail est constitutif d'une faute grave (Cass. soc., 20 juin 2018, pourvoi n° 16-21811).

La durée minimale de travail d'un salarié à temps partiel est fixée à 24 heures hebdomadaires (cela ne concerne pas les salariés des particuliers employeurs), ou à l'équivalent mensuel de cette durée ou à l'équivalent calculé sur la période prévue par un accord collectif (C. trav., art. L3123-27).

Il est par ailleurs autorisé de fixer une durée minimale inférieure dans certains cas :

- Demande – écrite et motivée – du salarié pour faire face à des contraintes personnelles ou cumuler plusieurs activités ;
- Convention ou accord de branche étendu conclu au titre de l'article L3123-19 du Code du travail ;
- Demande d'un salarié de moins de 26 ans poursuivant des études. L'employeur n'a pas le droit de refuser.

Enfin, la durée minimale ne s'applique pas :

- Aux contrats d'une durée inférieure ou égale à sept jours ;
- Aux contrats CDD conclus pour le remplacement d'un salarié ;
- Aux contrats de travail temporaire conclus pour le remplacement d'un salarié absent.

À noter qu'il est obligatoire de regrouper les horaires de travail sur des journées ou des demi-journées régulières ou complètes, en cas de dérogation à la durée minimale du travail.

Tous les ans, le comité social et économique (CSE) est informé du nombre de demandes de dérogations individuelles (C. trav., art. L3123-16).

Formalisme

Le temps partiel n'est pas l'apanage du seul CDI. Il est en effet possible de conclure des contrats à durée déterminée à temps partiel. Nous avons cependant préféré opérer une distinction claire entre CDI à temps plein et CDI à temps partiel en raison du formalisme inhérent au second. En effet, le temps partiel nécessite un contrat écrit (C. trav., art. L3123-6) dans lequel sont obligatoirement mentionnées un certain nombre d'informations :

- La qualification du salarié ;
- Les éléments de la rémunération ;
- La durée de travail hebdomadaire ou mensuelle ;
- La répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois. Cette obligation ne concerne pas les associations et les entreprises d'aide à domicile ainsi que les sociétés dans lesquelles s'applique un accord collectif conclu en application de l'article L3121-44 ;
- Les cas autorisant une modification de la répartition de la durée du travail ainsi que la nature de ce changement ;
- Les modalités de communication – par écrit – des horaires de travail au salarié, pour chaque journée travaillée. Dans les associations et les entreprises d'aide à domicile, la communication est mensuelle ;
- Le plafond d'heures complémentaires qui peuvent être effectuées au-delà de la durée prévue contractuellement.

En l'absence d'écrit, le contrat est présumé à temps complet. Dans un arrêt du 13 avril 2016 (pourvoi nº 15-12944), la Cour de cassation précise qu'il incombe à l'employeur contestant cette présomption de rapporter la preuve, d'une part, qu'il s'agissait d'un emploi à temps partiel, d'autre part, que le salarié pouvait prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'était pas tenu de se tenir constamment à la disposition de son employeur. Dans un arrêt du 20 septembre 2017 (pourvoi nº 16-14543), la Haute Juridiction confirme cette position en rappelant que l'employeur peut renverser cette présomption simple en rapportant la preuve de la durée exacte du travail convenu et de la répartition du temps de travail entre les jours de la semaine ou entre les semaines du mois. À défaut, le salarié est en droit de revendiquer la requalification de son contrat de travail en un contrat à temps complet.

L'existence d'un contrat de travail à temps plein a également été reconnue par la jurisprudence lorsque les horaires étaient fréquemment modifiés, empêchant ainsi le salarié de connaître son rythme de travail. Celui-ci devait se tenir à la disposition

constante de l'employeur (Cass. soc., 19 mai 2010, pourvoi nº 09-40056).

Mise en place du temps partiel

Des horaires de travail à temps partiel peuvent être instaurés à l'initiative de l'employeur ou du salarié. Le premier peut s'appuyer sur une convention collective, un accord de branche étendu, une convention ou un accord d'entreprise (C. trav., art. L3123-17). S'il n'existe aucun accord, l'employeur peut recourir au temps partiel après avis du comité social et économique. Ce dernier est transmis, à sa demande, à l'inspecteur du travail (C. trav., art. D3123-2).

Au moins une fois dans l'année, un bilan du travail à temps partiel réalisé dans l'entreprise est communiqué au CSE.

Un salarié ne peut en aucun cas être sanctionné s'il refuse d'accomplir une activité à temps partiel (C. trav., art. L3123-4).

Les conditions et modalités de mise en place d'horaires à temps partiel à la demande des salariés sont définies par une convention ou un accord collectif de travail étendu, une convention ou un accord d'entreprise (C. trav., art. L3123-17). Doit

notamment être précisé le délai accordé à l'employeur pour apporter une réponse objective et motivée, tout particulièrement en cas de refus.

En l'absence de convention ou d'accord collectif de travail, le salarié peut demander à bénéficier d'un temps partiel dans des conditions fixées par voie réglementaire. Le cadre général est le suivant : le salarié adresse à l'employeur une lettre recommandée avec avis de réception, dans laquelle il précise la durée de travail souhaitée ainsi que la date envisagée pour le début du temps partiel. Le courrier doit être envoyé au moins six mois avant cette date. L'employeur doit répondre – également en courrier recommandé avec avis de réception – à la demande du salarié dans un délai de trois mois à compter de sa réception (C. trav., art. D3123-3). Il ne peut refuser le passage à temps partiel que dans trois cas de figure (C. trav., art. L3123-26) :

- L'absence d'emploi disponible relevant de la catégorie professionnelle du salarié ;
- L'absence d'emploi équivalent ;
- Le changement d'emploi entraînant des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise.

Il existe aussi des situations particulières qui n'obéissent pas aux règles générales énoncées ci-dessus :

- **Le congé parental d'éducation.** Le salarié peut passer d'un temps plein à un temps partiel d'une durée supérieure ou égale à 16 heures par semaine. Le délai de prévenance de l'employeur est de un mois avant le terme du congé maternité ou d'adoption, si celui-ci est aussitôt suivi du congé parental d'éducation. Sinon d'au moins deux mois avant le début de l'activité à temps partiel (C. trav., art. L1225-47 et suiv.) ;
- **Une période de travail à temps partiel pour la création ou la reprise d'entreprise.** Au moins deux mois avant le début de cette période, le salarié adresse à l'employeur une lettre recommandée avec avis de réception, dans laquelle il précise l'activité de la société qu'il souhaite créer ou reprendre. L'employeur dispose alors de 30 jours pour lui répondre. Il ne peut pas refuser la demande, en revanche, il peut différer le début de la période à temps partiel d'au plus six mois (C. trav., art. D3142-65 et suiv.) ;

- **Le temps partiel pour raisons familiales.** Tout salarié peut demander à bénéficier d'une réduction de la durée du travail afin de concilier vie professionnelle et vie familiale (pour s'occuper par exemple d'un enfant gravement malade). Il peut s'absenter sur une ou plusieurs période(s) d'au moins une semaine. Lorsqu'il est présent dans l'entreprise, le salarié respecte l'horaire collectif. Un avenant au contrat de travail précise la ou les période(s) non travaillée(s) (C. trav., art. L3123-2).

Les salariés à temps partiel désirant occuper un emploi à plein temps et ceux à temps plein souhaitant travailler à temps partiel sont prioritaires pour l'attribution d'un emploi équivalent ou relevant de leur catégorie professionnelle.

Heures complémentaires

Les heures complémentaires (à ne pas confondre avec les heures supplémentaires) désignent les heures effectuées par le salarié à temps partiel au-delà de la durée de travail définie contractuellement. Le nombre d'heures

complémentaires hebdomadaires ou mensuelles ne peut excéder le dixième de la durée de travail hebdomadaire ou mensuelle (C. trav., art. L3123-28). Ainsi, un salarié travaillant 90 heures par mois ne pourra, par exemple, accomplir que 9 heures complémentaires au maximum. Chaque heure complémentaire exécutée dans cette limite d'un dixième de la durée de travail contractuelle donne lieu à une majoration salariale de 10 %.

Le recours aux heures complémentaires ne doit pas avoir pour conséquence de porter la durée du travail effectuée par le salarié à temps partiel à hauteur de la durée légale (35 heures par semaine) ou de la durée définie conventionnellement (C. trav., art. L3123-9). Le dépassement de la durée légale du travail, même pendant un mois, entraîne la requalification du contrat en temps plein (Cass. soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 12-15014).

Il est possible d'augmenter le quota d'heures complémentaires au moyen d'une convention ou d'un accord collectif de branche étendu, d'une convention ou d'un accord d'entreprise. Dans ce cas, la limite est fixée au tiers de la durée de travail définie contractuellement (C. trav., art. L3123-20). Une convention ou un accord de branche étendu

peut fixer la majoration de salaire pour chaque heure complémentaire accomplie. Ce taux ne peut être inférieur à 10 %.

La limitation du nombre d'heures complémentaires est une disposition d'ordre public à laquelle il ne peut être dérogé. En cas de dépassement, toute heure effectuée en plus doit être majorée de 25 % (Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-15954).

Un salarié ne peut pas être sanctionné lorsqu'il refuse d'effectuer des heures complémentaires au-delà des limites fixées contractuellement. Il en va de même lorsque le délai de prévenance pour accomplir des heures complémentaires est inférieur à trois jours.

Compléments d'heures

La loi dite de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a permis aux entreprises d'augmenter temporairement le nombre d'heures de travail des salariés à temps partiel, pour faire face par exemple à un surcroît d'activité ou à l'absence d'un salarié. Pour pouvoir recourir à ce dispositif, il est nécessaire de respecter deux conditions (C. trav., art. L3123-22) :

- Signature d'un avenant temporaire au contrat de travail par l'employeur et le salarié ;
- Existence d'une convention ou d'un accord de branche étendu prévoyant cette possibilité.

Les compléments d'heures effectués dans le cadre de l'avenant ne sont pas considérés comme des heures complémentaires. Leur paiement n'est donc pas majoré, à moins que cela ne soit prévu par l'accord. En revanche, les heures complémentaires éventuellement accomplies au-delà de la durée définie par l'avenant donnent lieu à une majoration de salaire d'au minimum 25 %. Enfin, le nombre maximal d'avenants est limité à huit par an et par salarié (hors remplacement d'un salarié absent nommément désigné).

Modification de la répartition de la durée du travail

Hors dispositions conventionnelles, accord de branche étendu ou accord d'entreprise, si le contrat de travail n'a pas prévu les cas et les modalités de modification de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, l'employeur ne peut imposer de changement

au salarié à temps partiel. Ce dernier ne peut donc être sanctionné en cas de refus de la modification.

Lorsque le contrat prévoit les cas et les modalités de modification de la répartition de la durée du travail, le salarié peut tout de même refuser le changement – sans encourir de sanction – quand la nouvelle répartition est incompatible (C. trav., art. L3123-12) avec :

- Des obligations familiales impérieuses ;
- Le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur ;
- Une période d'activité fixée chez un autre employeur ;
- Une activité professionnelle non salariée.

Sauf dispositions conventionnelles ou accords dérogatoires, l'employeur qui modifie l'horaire de travail d'un salarié à temps partiel ne peut imposer, au cours d'une même journée, qu'une interruption d'activité d'une durée maximale de deux heures (C. trav., art. L3123-30). Le salarié doit être informé de toute modification de la répartition de la durée du travail au moins sept jours à l'avance (C. trav., art. L3123-31). Lorsqu'une convention ou un accord collectif de branche étendu, une convention ou un

accord d'entreprise définit – pour les salariés à temps partiel – l'aménagement des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année, il prévoit les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail. Il peut notamment réduire le délai de prévenance de sept jours à trois jours ouvrés. Dans les associations et les sociétés d'aide à domicile, ce délai peut encore être réduit pour les cas d'urgence précisés par convention ou accord collectif de branche étendu, convention ou accord d'entreprise (C. trav., art. L3123-24).

Quand le délai de prévenance est inférieur à sept jours ouvrés, la convention ou l'accord collectif de branche étendu, la convention ou l'accord d'entreprise prévoit des contreparties pour les salariés. En revanche, aucun délai de prévenance n'est à respecter lorsque la modification de la durée du travail donne lieu à la signature d'un avenant (Cass. soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15 – 19401).

Droits des salariés à temps partiel

Les salariés à temps partiel ont des droits (quasi) identiques à ceux des salariés à temps plein, notamment :

- La période d'essai ne peut avoir une durée différente ;
- À qualification égale, la rémunération du salarié à temps partiel est proportionnelle à celle du salarié occupant un poste équivalent à temps plein ;
- Pour calculer l'ancienneté d'un salarié à temps partiel, les périodes non travaillées sont totalement prises en compte (comme s'il avait travaillé à plein temps) ;
- La durée des congés payés est de cinq semaines, hors dispositions conventionnelles plus favorables ;
- Les salariés à temps partiel bénéficient des jours fériés chômés dans l'entreprise ;
- Ils sont électeurs et éligibles aux élections professionnelles. Toutefois, en vertu de l'article L2314-19 du Code du travail, les salariés à temps partiel ayant plusieurs employeurs ne peuvent faire acte de candidature que dans une seule entreprise. Par

ailleurs, le temps de travail d'un salarié à temps partiel détenant un ou plusieurs mandat(s) dans une société ne peut être réduit de plus d'un tiers par l'utilisation des heures de délégation.

Le contrat à durée déterminée (CDD)

Le contrat de travail à durée déterminée est un contrat dit d'exception, dont le régime actuel a été instauré par la loi du 12 juillet 1990, puis modifié par la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale et celle du 25 juin 2008 portant sur la modernisation du marché du travail. En préambule, il est à noter qu'en raison de la complexité de ce régime, de nombreux employeurs ont du mal à s'y retrouver et rencontrent donc des difficultés de gestion au quotidien.

Principales caractéristiques

Première caractéristique importante de ce contrat particulier, il est interdit de recourir à un CDD afin de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (C. trav., art.

L1242-1). Cette interdiction est tout simplement due au fait qu'un CDD est, par nature, un contrat précaire limité dans le temps, et donc cause d'insécurité pour le salarié.

Deuxième caractéristique découlant de la précédente, sa durée est limitée par l'existence d'un terme. Autrement dit, un CDD prend fin à une date précise, communiquée au salarié dès la conclusion du contrat, ou lorsqu'un événement – futur, certain et ne dépendant pas de la volonté des parties – se produit. L'article L1242-7 du Code du travail répertorie d'une manière exhaustive les événements autorisés :

- Remplacement d'un salarié absent (formation, congés payés) ;
- Remplacement d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu (maladie, congé maternité, mandat parlementaire, etc.) ;
- Occupation temporaire d'un poste dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en CDI ;
- Emploi à caractère saisonnier ou pour lequel il est d'usage constant de ne pas recourir à un CDI en raison de la nature de l'activité exercée

et de son caractère temporaire (nous reviendrons en détail sur cette notion dans la section consacrée au CDD d'usage) ;

- Remplacement de l'une des personnes mentionnées aux 4° et 5° de l'article L1242-2 (chef d'entreprise, personne exerçant une profession libérale, chef d'une exploitation agricole, etc.) ;
- Recrutement d'ingénieurs et de cadres en vue de la réalisation d'un objet défini (nous reviendrons en détail sur ce dispositif un peu plus loin).

Prenons l'exemple d'une personne embauchée en CDD en remplacement d'une salariée en congé maternité. Étant donné que l'employeur ne connaît pas précisément sa date de retour (la future maman demandera peut-être à bénéficier d'un congé parental), il n'a pas forcément intérêt à conclure un CDD avec une durée précise. L'événement mettant fin à la relation contractuelle pourrait donc être le retour de la salariée dans l'entreprise.

Lorsque le terme d'un CDD dépend de la survenue d'un événement, il est nécessaire de préciser une durée minimale lors de la conclusion du contrat (C.

trav., art. L1242-7 ; Cass. soc., 2 avril 2014, pourvoi nº 13-11431). Par ailleurs, est illicite toute clause permettant à l'employeur de mettre fin à un CDD avant son terme. Le contrat est alors requalifié en CDI.

Troisième caractéristique d'un CDD, le recours à ce type de contrat est autorisé uniquement – en vue de l'exécution d'une tâche précise et temporaire – pour les motifs suivants (C. trav., art. L1242-2 et L1242-3) :

- Remplacement d'un salarié en cas d'absence, de suspension de son contrat de travail, de passage provisoire à temps partiel, de départ définitif précédant la suppression de son poste de travail, d'attente de l'arrivée d'un nouvel embauché en CDI appelé à le remplacer ;

- Accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise. Cette variation d'activité doit être limitée dans le temps pour justifier un emploi précaire. Dans un arrêt du 5 mai 2009 (pourvoi nº 07-43482), la Cour de cassation a par exemple estimé que le lancement de nouveaux produits n'était pas de nature à caractériser un accroissement temporaire d'activité (cela

relève en fait de l'activité normale d'une entreprise) ;

- Emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir à un CDI ;
- Remplacement d'un chef d'entreprise, d'une personne exerçant une profession libérale, de son conjoint participant effectivement à l'activité de l'entreprise ou d'un associé non salarié d'une société civile professionnelle, d'une société civile de moyens ou d'une société d'exercice libéral ;

- Remplacement du chef d'une exploitation agricole ou d'une entreprise mentionnée aux 1° à 4° de l'article L722-1 du Code rural, d'un aide familial, d'un associé d'exploitation, ou de leur conjoint dès lors qu'il participe effectivement à l'activité de l'exploitation agricole ou de l'entreprise ;
- Recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi (CDD senior, par exemple) ;
- Recrutement d'un salarié avec mise en place d'un complément de formation professionnelle

(durée et conditions définies par décret) ;

- Recrutement d'un salarié auquel l'employeur confie des activités de recherche et participe à sa formation à la recherche et par la recherche dans les conditions fixées à l'article L412-3 du Code de la recherche ;
- Recrutement d'un salarié auquel l'employeur confie des activités de recherche en vue de la réalisation d'un objet défini et s'engage à fournir une expérience professionnelle complémentaire au diplôme de doctorat ;
- Recrutement d'ingénieurs et de cadres en vue de la réalisation d'un objet défini lorsqu'un accord de branche étendu ou un accord d'entreprise le prévoit.

À noter qu'il est formellement interdit de conclure un CDD dans les cas suivants :

- **La réalisation de travaux dangereux (définis par voie réglementaire).** Il est néanmoins possible de demander une dérogation auprès de l'inspecteur du travail. Par ailleurs, les salariés embauchés en CDD et affectés à des tâches exposées à des risques particuliers pour leur santé ou leur sécurité doivent, d'une part,

suivre une formation renforcée à la sécurité, d'autre part, recevoir une information adaptée dans l'entreprise qui les accueille (C. trav., art. L4154-2). C'est à l'employeur d'établir la liste des postes de travail concernés par ces mesures ;

- **Le remplacement d'un salarié gréviste.** Certains employeurs ont essayé de contourner cette interdiction absolue en recourant à une méthode appelée « remplacement par glissement » : les grévistes sont tout d'abord remplacés par des salariés permanents de l'entreprise et les postes de ces derniers – devenus temporairement vacants – sont simultanément occupés par des CDD nouvellement embauchés. Si la première solution est autorisée, la seconde est strictement prohibée puisque son objectif consiste à contourner la loi ;
- **L'embauche, pour accroissement temporaire d'activité, dans les six mois suivant un licenciement économique (l'interdiction concernant les postes supprimés lors de ce dernier).** Il est toutefois permis de conclure un CDD après un licenciement pour motif

économique lorsque sa durée est inférieure ou égale à trois mois, sans possibilité de renouvellement. Ou bien lorsque l'entreprise reçoit une commande exceptionnelle à l'export, dépassant manifestement ses capacités de production habituelles.

Durée et renouvellement

La durée d'un CDD est variable. On opère notamment une distinction selon le terme (précis ou dépendant d'un événement) et le motif de recours à ce type de contrat. Lorsqu'une date de fin de CDD a été définie par les parties lors de la conclusion du contrat, les durées maximales autorisées – renouvellements compris – sont les suivantes :

- 18 mois dans le cadre d'un accroissement temporaire d'activité de l'entreprise (le cas le plus courant) ;
- 9 mois dans l'attente de l'arrivée d'un nouvel embauché en CDI appelé à occuper le poste, ou bien lorsque le contrat a pour objet l'exécution de travaux urgents pour des raisons de sécurité ;

- 24 mois pour un CDD se déroulant à l'étranger, pour une commande exceptionnelle à l'exportation ou dans le cadre du départ définitif d'un salarié précédant la suppression de son poste de travail ;
- 36 mois pour un CDD senior ;
- 36 mois pour un CDD à objet défini.

Le CDD à objet défini

Ce type de contrat, qui a été initié par la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 à titre expérimental jusqu'au 26 juin 2014, a été pérennisé fin 2014. Il s'adresse aux entreprises qui souhaitent embaucher des ingénieurs et des cadres pour la réalisation d'un projet, d'une durée minimale de 18 mois. Le contrat prend fin lorsque l'objet pour lequel il a été conclu se réalise.

L'employeur doit respecter un délai de prévenance de deux mois avant la fin du contrat. Les deux parties peuvent rompre le CDD par anticipation, pour un motif réel et sérieux, au bout de 18 mois puis à la date anniversaire de sa conclusion. La rupture qui n'intervient pas dans les conditions prévues par la loi est nécessairement abusive (Cass. soc., 4 mars 2020, pourvoi n° 19-10130). À noter que le recours à un CDD à objet défini nécessite la conclusion préalable d'un accord de branche étendu ou d'un accord d'entreprise.

Depuis les ordonnances Macron de septembre 2017, il est désormais possible de modifier la durée totale d'un CDD par convention ou accord de branche étendu, sauf pour le CDD à objet défini, le CDD visant à favoriser le recrutement de certaines

catégories de personnes sans emploi, le CDD conclu au titre d'activités de recherche et le CDD avec mise en place d'un complément de formation professionnelle (C. trav., art. L1242-8).

Lorsque le CDD n'a pas de terme précis et qu'il a été conclu dans le but de remplacer un salarié absent ou dont le contrat a été suspendu, il n'y a pas de limitation de durée. Le CDD prend fin au retour du salarié remplacé. Prenons l'exemple d'une salariée enceinte d'un premier enfant. Sa grossesse se déroule parfaitement, son congé maternité dure par conséquent 16 semaines. À la fin de celui-ci, elle choisit de bénéficier d'un congé parental de un an, qu'elle peut renouveler deux fois pour une durée totale n'excédant pas trois ans. De ce fait, son ou sa remplaçant(e) – embauché(e) en CDD – pourra rester théoriquement dans l'entreprise pendant trois ans et 16 semaines au maximum, soit plus du double d'un CDD classique de 18 mois…

En période de crise, bénéficier d'un CDD sur une longue période peut paraître intéressant. Toutefois, cela signifie que le salarié précaire est lié à l'entreprise jusqu'au retour de l'employé remplacé. Ce qui peut parfois se révéler problématique (en cas

de tensions avec l'employeur par exemple), un CDD ne pouvant être rompu que dans un nombre limité de situations.

Un CDD ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu peut prendre effet avant que la personne remplacée ne quitte temporairement l'entreprise. Cette disposition permet ainsi au remplacé de collaborer quelque temps avec son remplaçant (passation de consignes, présentation du poste à tenir, etc.).

Autre exemple de contrats sans terme précis : les emplois saisonniers. Le contrat se termine lorsque l'événement pour lequel il a été conclu se produit : fin de la saison touristique, des vendanges, etc. Il s'agit en fait de tâches amenées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs.

Quel que soit le motif de recours à un CDD, il n'est possible de le renouveler que deux fois et à condition que le contrat ait un terme précis (C. trav., art. L1243-13-1). La durée totale du CDD, renouvellements compris, ne peut excéder la durée légale. Les conditions de renouvellement doivent être précisées dans le contrat ou faire l'objet d'un

avenant avant le terme initialement prévu. En cas d'avenant, le salarié peut refuser le renouvellement, le contrat prenant alors fin à la date définie contractuellement.

Depuis les ordonnances Macron de septembre 2017, il est désormais possible de fixer le nombre maximal de renouvellements par convention ou accord de branche étendu, sauf pour le CDD visant à favoriser le recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi, le CDD conclu au titre d'activités de recherche et le CDD avec mise en place d'un complément de formation professionnelle (C. trav., art. L1243-13).

Succession de contrats

Le contrat de travail à durée déterminée étant par nature un contrat précaire auquel il est impossible de recourir afin de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, le législateur a instauré une règle appelée *tiers-temps* pour éviter les abus. En cas de CDD pour accroissement d'activité, un délai de carence doit être respecté entre la conclusion de deux contrats successifs sur un même poste. Celui-ci est calculé en fonction de la durée

(renouvellement compris) du contrat qui vient de s'achever :

- Il est égal au tiers de la durée du contrat expiré, si celle-ci est égale ou supérieure à 14 jours ;
- Il est égal à la moitié de la durée du contrat expiré, si celle-ci est inférieure à 14 jours.

Une convention ou un accord de branche étendu peut fixer les modalités de calcul du délai de carence (C. trav., art. L1244-3).

Les jours à prendre en considération pour déterminer le délai de carence sont les jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement concerné. Le principe du tiers-temps ne s'applique pas aux CDD conclus pour les motifs suivants :

- Remplacement d'un salarié momentanément absent ou dont le contrat de travail est suspendu. Il est ainsi possible de conclure des CDD successifs à chaque nouvelle absence de l'employé remplacé. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque l'arrêt maladie d'un salarié est prolongé. À noter que le remplacement successif de plusieurs salariés est autorisé, à

condition que cette pratique ne dégénère pas en abus ;

- Réalisation de travaux urgents pour des raisons de sécurité ;
- Emploi à caractère saisonnier ou pour lequel il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI ;

- Remplacement de l'une des personnes mentionnées aux 4° et 5° de l'article L1242-2 du Code du travail (chef d'entreprise, personne exerçant une profession libérale, chef d'une exploitation agricole, etc.) ;
- Recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi ;
- Recrutement d'un salarié avec mise en place d'un complément de formation professionnelle ;
- Rupture anticipée du précédent contrat à la demande du salarié ;
- Refus du salarié de renouveler le précédent CDD.

Cessation et rupture anticipée du CDD

Un contrat à durée déterminée prend fin à l'échéance du terme prévu contractuellement (date ou événement), y compris si son titulaire a été victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle au cours de la relation contractuelle. Il n'y a donc pas de report dans le temps des périodes non travaillées (C. trav., art. L1243-6).

Pendant la suspension d'un CDD occasionnée par l'une des deux causes précédemment énoncées, l'employeur n'a la possibilité de rompre le contrat qu'en cas de faute grave du salarié ou de force majeure (C. trav., art. L1226-18). Nous reviendrons en détail sur ces deux notions un peu plus loin.

Lorsqu'une clause de renouvellement est prévue dans le contrat, l'employeur ne peut pas – pendant les périodes de suspension du contrat – refuser le renouvellement en invoquant l'accident ou la maladie. Le motif énoncé doit être réel et sérieux. Dans le cas contraire, l'employeur peut être condamné à verser une indemnité destinée à réparer le préjudice subi par le salarié. Celle-ci ne peut être inférieure au total des salaires qui

auraient été perçus par le salarié jusqu'à la fin de la période de renouvellement (C. trav., art. L1226-19).

Lorsque le contrat ne prévoit pas les conditions de son renouvellement, il est impératif d'établir un avenant avant le terme initialement prévu. À défaut, le CDD est requalifié en CDI (Cass. soc., 28 novembre 2012, pourvoi n° 11-18526).

Le salarié peut refuser le renouvellement de son contrat de travail à durée déterminée.

Lorsque le titulaire d'un CDD est déclaré inapte suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'employeur peut demander la résolution judiciaire du contrat en cas d'impossibilité de reclassement à un autre poste. Il en va de même si le salarié refuse un nouvel emploi en adéquation avec ses capacités. Si la résolution est acceptée par le juge, celui-ci détermine ensuite le montant de la compensation financière qui sera versée au salarié. À noter qu'une inaptitude de nature non professionnelle ne permet pas le recours à la résolution judiciaire pour rompre le contrat.

Lorsque le titulaire d'un CDD est un salarié protégé (délégué syndical, membre du CSE, etc.), il

bénéficie – comme pour un CDI – des dispositions légales lui assurant une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun. Autrement dit, pour que la relation contractuelle prenne fin, deux conditions doivent être réunies :

- Le contrat doit arriver à son terme ;
- L'employeur doit saisir l'inspecteur du travail. Cette saisine doit se produire avant la cessation du CDD.

De même, lorsque l'employeur ne souhaite pas renouveler le CDD d'un salarié protégé alors qu'il existe une clause de renouvellement contractuelle, il doit demander l'autorisation à l'inspecteur du travail. En cas de refus de ce dernier, le CDD se transforme en CDI (Cass. soc., 27 septembre 2007, pourvoi nº 06-41086).

Il est par ailleurs possible de rompre un contrat à durée déterminée d'une manière anticipée, mais dans un nombre limité de situations :

- **Pendant la période d'essai** (nous en reparlerons ultérieurement dans la section de ce chapitre qui lui est consacrée) ;
- **En cas d'accord entre les parties, à condition que leur volonté soit claire et non équivoque.**

L'accord doit donc être matérialisé par un écrit et il ne donne droit à aucune compensation financière. Le salarié ne peut toutefois pas renoncer au versement de l'indemnité de précarité (Cass. soc., 6 octobre 2015, pourvoi nº 14-19126) ;

- **Lorsque le salarié embauché en CDD a trouvé un emploi en CDI.** Sauf accord entre les parties, un préavis doit être respecté. Sa durée, qui ne peut excéder deux semaines, est calculée à raison d'un jour par semaine en prenant en considération la durée totale (y compris le renouvellement) pour un CDD à terme précis, la durée effectuée pour un CDD sans terme précis ;

- **En cas de faute grave.** Est ainsi désignée une faute ne permettant pas la poursuite de la relation contractuelle. De fait, l'employeur qui souhaite rompre un CDD par anticipation en invoquant ce type de faute doit agir immédiatement. La jurisprudence a par exemple estimé qu'un employeur repoussant l'effet de la rupture du CDD de sept jours ne peut se prévaloir d'un tel motif (Cass. soc., 19 novembre 1992, RJS 1993.26, nº 12). C'est au

juge qu'il incombe d'apprécier si les faits dénoncés par l'une des parties constituent une faute grave.

Voici trois exemples de faute grave : ne pas satisfaire – pour un employeur – à son obligation de fournir du travail ou ne pas verser les salaires depuis deux mois ; refuser – pour un salarié – d'exécuter une tâche habituelle. Étant donné que la rupture anticipée pour faute grave représente une sanction, l'employeur est tenu de respecter la procédure disciplinaire instaurée par les articles L1332-1 et L1332-2 du Code du travail (entretien préalable, possibilité pour le salarié de se faire assister, débat contradictoire, lettre de rupture motivée) ;

- **En cas de force majeure.** Cette expression désigne un événement imprévisible, insurmontable et indépendant de la volonté des parties, rendant impossible la poursuite du CDD. Les juges reconnaissent rarement la force majeure comme motif valable de rupture anticipée. Ainsi, des difficultés économiques ou la liquidation d'une société ne constituent pas des cas de force majeure. En revanche, un

employeur dont l'entreprise a été entièrement détruite par un incendie ou un tremblement de terre peut l'invoquer. De même, peuvent être rompus les contrats à durée déterminée de salariés dans l'impossibilité d'accéder à leur poste de travail en raison d'une manifestation extérieure à la société (Cass. soc., 31 octobre 2006, pourvoi nº 04-47014).

Un salarié en CDD qui refuse le changement de ses conditions de travail manque à ses obligations contractuelles. Pour autant, ce manquement ne constitue pas à lui seul une faute grave permettant la rupture du CDD. En l'espèce, une salariée avait refusé un changement d'affectation d'un service à un autre. Pour les juges de la Cour de cassation, ce refus n'est pas constitutif d'une faute grave. L'exercice du pouvoir de direction est donc restreint par cette jurisprudence (Cass. soc., 20 novembre 2013, pourvoi nº 12 – 16370).

Si le salarié met fin à son CDD d'une manière anticipée en dehors des cas énoncés ci-dessus, l'employeur est en droit de demander des dommages-intérêts afin de réparer le préjudice subi. Inversement, si l'employeur rompt le contrat hors cas de force majeure, de faute grave ou

d'accord entre les parties, le salarié peut prétendre à des dommages-intérêts d'un montant égal ou supérieur aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'à l'échéance du CDD. Ces dommages-intérêts se cumulent avec l'indemnité de fin de contrat.

Indemnité de fin de contrat

En fin de CDD, l'employeur qui décide de ne pas poursuivre la relation contractuelle par un CDI doit payer au salarié une indemnité destinée à compenser la précarité de l'emploi. Celle-ci, correspondant à 10 % de la rémunération totale brute perçue par le salarié, est versée en même temps que le dernier salaire. Il est toutefois possible, pour un employeur, de réduire le montant de l'indemnité de fin de contrat à 6 %, en faisant bénéficier le titulaire du CDD d'une formation professionnelle (à la condition qu'une convention, un accord de branche étendu ou un accord d'entreprise le permette). Par ailleurs, l'employeur n'a pas à verser d'indemnité de précarité dans les cas suivants :

- Emploi à caractère saisonnier ou pour lequel il est d'usage constant de ne pas recourir à un CDI ;

- La personne embauchée en CDD appartenait à une certaine catégorie de chômeurs, dont le recrutement est favorisé par des dispositions légales ;
- Le salarié suit, aux frais de l'entreprise, une formation complémentaire dont la durée et les conditions sont fixées par décret ;
- Le titulaire du contrat est un lycéen ou un étudiant embauché pour les vacances ;
- Le salarié en CDD refuse de poursuivre la relation contractuelle en CDI (poste et rémunération équivalents) ;
- Le salarié refuse le renouvellement du CDD, alors que celui-ci comprend une clause de renouvellement automatique ;
- Rupture anticipée du CDD à l'initiative du salarié ;
- Faute grave du salarié ;
- Cas de force majeure.

Si l'employeur propose un CDI au salarié après l'expiration du CDD, il est tenu de verser l'indemnité de précarité (Cass. soc., 3 décembre 1997, RJS 1998.14, nº 9). En revanche,

l'indemnité de précarité n'est pas due lorsque la relation contractuelle se poursuit en CDI, notamment en cas de requalification d'un CDD (Cass. soc., 7 juillet 2015, pourvoi nº 13-17195).

Lorsqu'un salarié conclut plusieurs CDD successifs sans aucune interruption de la relation contractuelle, l'indemnité de précarité n'est pas due pour les CDD précédant le contrat le plus récent. En revanche, dès lors qu'une interruption – même courte – se produit entre deux contrats à durée déterminée, l'indemnité de fin de contrat doit être versée au salarié à l'issue du premier contrat.

Indemnité compensatrice de congés payés

Si, au terme de son CDD, un salarié n'a pas été en mesure de prendre tous les jours de congé auxquels il avait droit, il doit recevoir une indemnité compensatrice pour la fraction des congés dont il n'a pas bénéficié (C. trav., art. L3141-28). Pour une personne n'ayant posé aucun jour de congé pendant son CDD, l'indemnité compensatrice sera égale à 10 % de la rémunération totale brute perçue.

Le Code du travail opère une distinction entre « indemnité de congés payés » et « indemnité compensatrice de congés payés ». La première expression désigne la somme versée à un salarié pendant ses vacances. La seconde, une somme perçue à son départ de l'entreprise en compensation des congés qui n'ont pas été pris pendant l'exécution du contrat.

Formalisme du contrat à durée déterminée

Contrairement au CDI à temps complet qui ne nécessite aucun écrit obligatoire ni formalisme particulier, le CDD obéit à des règles très strictes. Ainsi, le non-respect des dispositions de l'article L1242-12 du Code du travail aura des conséquences importantes pour une entreprise, à savoir dans la plupart des cas la requalification du CDD en CDI et éventuellement le paiement d'une amende (C. trav., art. L1248-4 et L1248-6). Cette exigence formelle est rappelée constamment par la jurisprudence.

L'article L1245-1 répertorie les articles du Code du travail dont la méconnaissance des dispositions entraîne la requalification d'un CDD en CDI. Lorsqu'un salarié saisit le conseil de prud'hommes

pour demander la requalification de son contrat de travail à durée déterminée en CDI, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement. Celui-ci, appelé aussi *juge du fond*, doit alors statuer dans le délai de un mois suivant sa saisine (pour en savoir plus sur le fonctionnement du conseil de prud'hommes, consultez le chapitre 21). Le salarié dispose d'un délai de deux ans pour demander la requalification de son CDD en CDI. La Cour de cassation précise que le salarié peut demander à ce que la requalification produise ses effets à la date du premier contrat irrégulier (Cass. soc., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-15359).

Afin que le salarié sur le point de signer un contrat à durée déterminée soit suffisamment informé, doivent être mentionnés par écrit (C. trav., art. L1242-12) :

- La définition précise du motif. Est ainsi considérée comme répondant à cette exigence la mention selon laquelle le contrat est conclu pour un surcroît temporaire d'activité.
  L'indication précise de l'objet du contrat permet d'en apprécier la réalité et de circonscrire le périmètre du litige, en cas de contestation. Par ailleurs, dans un arrêt

du 23 janvier 2008 (pourvoi nº 06-41536), la Cour de cassation précise que le CDD ne peut comporter qu'un seul motif. En l'espèce, une comptable avait été embauchée au moyen d'un unique CDD dans un premier temps pour remplacer une salariée absente, dans un second temps pour surcroît d'activité ;

- Les nom et qualification de la personne absente, lorsqu'il s'agit d'un CDD pour remplacement. Dans un arrêt en date du 16 février 2012 (pourvoi nº 10-20113), la Cour de cassation rappelle que le contrat de travail doit comporter la qualification du salarié remplacé. Il en va de même pour le nom (Cass. soc., 18 mars 2015, pourvoi nº 13-25951). La mention des fonctions exercées suffit si elle renvoie à une qualification professionnelle issue de la grille de classification de l'entreprise (Cass. soc., 3 mai 2018, pourvoi nº 16-20636) ;
- La désignation du poste de travail et de l'emploi occupé. Si le poste de travail présente des risques pour sa santé ou sa sécurité, le salarié doit en être informé ;

- La date de fin de contrat et, si celui-ci comprend un terme fixe, les conditions d'une éventuelle clause de renouvellement ;
- La durée minimale si le CDD ne comporte pas de terme précis ;
- La durée d'une éventuelle période d'essai ;
- La convention collective applicable ;
- Le montant de la rémunération et de ses différentes composantes (par exemple primes, treizième mois, etc.). À noter que la rémunération du salarié embauché en CDD ne peut être inférieure à celle du salarié remplacé, excepté pour la fraction du salaire correspondant à l'ancienneté (certaines conventions collectives prévoient en effet une prime d'ancienneté, c'est le cas par exemple pour les journalistes professionnels). S'il ne s'agit pas d'un remplacement, le salaire doit être au moins égal à celui que percevrait un employé en CDI occupant un poste identique (C. trav., art. L1242-15). Il paraît toutefois évident que le nouvel embauché en CDD n'est pas en mesure de s'assurer, au moment de la signature du contrat, que la rémunération

proposée par l'employeur est conforme à la politique salariale en vigueur dans l'entreprise ;

- Les nom et adresse de la caisse de retraite complémentaire et, le cas échéant, de l'organisme de prévoyance.

Des mentions supplémentaires, énumérées dans l'article L1242-12-1, doivent être inscrites dans le contrat lorsqu'est conclu un CDD à objet défini.

La Cour de cassation a estimé que l'absence de la mention de la convention collective applicable (Cass. soc., 26 octobre 1999, pourvoi nº 97-42255) ainsi que de celle de la caisse de retraite complémentaire n'entraînait pas la requalification du contrat à durée déterminée en CDI.

Le contrat de travail doit être remis, pour signature, au salarié recruté en CDD dans les deux jours ouvrables suivant celui de l'embauche (C. trav., art. L1242-13). Par exemple, un CDD prenant effet un samedi devra être transmis au salarié au plus tard le mardi suivant (le dimanche n'étant pas comptabilisé puisque ce n'est pas un jour ouvrable). À défaut de respecter ce délai, le salarié a droit à une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne

peut être supérieure à un mois de salaire (C. trav., art. L1245-1).

L'employeur doit s'assurer que le salarié a bien signé le contrat. Dans le cas contraire, celui-ci ne serait pas considéré comme un contrat de travail écrit et serait donc requalifié en CDI (Cass. soc., 31 janvier 2018, pourvoi n° 17-13131). Dans un arrêt précédent en date du 6 octobre 2016 (pourvoi n° 15-20304), la Cour de cassation avait déjà indiqué qu'à défaut de comporter la signature de l'une des parties le CDD ne pouvait être considéré comme ayant été établi par écrit. En l'espèce, il manquait la signature de l'employeur. La Haute Juridiction a toutefois admis deux exceptions à ce principe. Dans un arrêt du 12 juillet 2006 (pourvoi n° 04-48058), elle a précisé qu'un contrat signé uniquement par l'employeur était bien un CDD et non un CDI, au motif qu'un courrier électronique confirmait l'engagement ferme des parties de se lier par un contrat de travail à durée déterminée. Par ailleurs, le CDD ne peut être requalifié en CDI lorsque le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de travail de mauvaise foi ou dans une intention frauduleuse (Cass. soc., 10 avril 2019, pourvoi n° 18-10614).

Lorsque plusieurs CDD sont requalifiés en CDI, l'employeur peut être condamné à verser un rappel de salaires impayés au titre des périodes « interstitielles », c'est-à-dire des périodes qui se sont écoulées entre chaque contrat. Toutefois, c'est au salarié de prouver qu'il se tenait à la disposition de l'employeur pendant ces périodes (Cass. soc., 16 septembre 2015, pourvoi n° 14-16277). Les indemnités perçues par le salarié au titre de l'assurance chômage n'ont pas à être déduites des rappels de salaires (Cass. soc., 16 mars 2016, pourvoi n° 15-11396).

Enfin, notez qu'un CDD régulièrement conclu ne peut être rompu par l'employeur en dehors des cas mentionnés à l'article L1243-1 du Code du travail, peu important que l'exécution du contrat ait ou non commencé (Cass. soc., 30 novembre 2011, pourvoi n° 10-11639).

Droits des salariés en CDD

Les salariés en CDD disposent de droits légaux et conventionnels identiques à ceux des salariés en CDI (C. trav., art. L1242-14) : congés payés, durée du travail, repos hebdomadaire, travail de nuit, jours fériés, hygiène et sécurité. Cette égalité de

traitement a été confirmée par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 14 mai 1985. Il en va de même en ce qui concerne les équipements collectifs : restauration, crèches, transports, etc.

Bien évidemment, un employé en CDD dispose également de l'exercice du droit de grève et du droit syndical. S'il remplit les critères d'électorat et d'éligibilité fixés par le Code du travail, il a le droit de voter et de se présenter aux élections des institutions représentatives du personnel.

Enfin, les salariés en CDD doivent être prévenus par l'employeur lorsque des postes en CDI sont vacants dans l'entreprise, sous réserve qu'il existe déjà un tel dispositif d'information pour les salariés en contrat à durée indéterminée.

Information des institutions représentatives du personnel

Le contrat à durée déterminée étant un contrat d'exception qui n'a pas pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, le législateur a accordé un droit d'information aux institutions représentatives du personnel. En vertu de l'article

L2312-18 du Code du travail, ces dernières peuvent consulter à tout moment une base de données économiques et sociales, dans laquelle sont notamment enregistrées l'évolution et la répartition des emplois précaires.

Le CDD d'usage

Pour conclure cette partie consacrée au contrat à durée déterminée, évoquons un CDD un peu particulier, dit d'usage. Celui-ci ne concerne que certains secteurs d'activité (définis par décret, par convention ou accord collectif de travail étendu), dans lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par essence temporaire de ces emplois.

Les secteurs pouvant recourir au CDD d'usage sont répertoriés dans l'article D1242-1 du Code du travail. Sont concernés, entre autres, les exploitations forestières, la réparation navale, le déménagement, l'hôtellerie et la restauration, le sport professionnel, les spectacles, l'action culturelle, l'audiovisuel, la production cinématographique, l'édition phonographique, l'enseignement, l'information, etc. Par conséquent,

sauf à appartenir à l'un de ces secteurs d'activité, une entreprise ne peut pas conclure de CDD d'usage (Cass. soc., 15 octobre 2014, pourvoi n° 13-19993).

Par rapport à un CDD classique, le CDD d'usage présente deux avantages pour l'employeur :

- Il n'existe pas de délai de carence. Un employeur peut donc proposer à un même salarié plusieurs CDD d'usage les uns à la suite des autres (C. trav., art. L1244-1) ;
- L'employeur n'est pas tenu de verser l'indemnité de précarité de 10 % à la fin du CDD (C. trav., art. L1243-10).

Ce système a, par conséquent, pour effet de maintenir dans la précarité les salariés travaillant dans les secteurs d'activité concernés (il n'est pas rare pour certains salariés de cumuler les CDD d'usage pendant des années). Toutefois, dans deux jurisprudences en date du 23 janvier 2008 (pourvois n^{os} 06-44197 et 06-43040), la Cour de cassation a limité les dérives liées à l'utilisation de cette catégorie particulière de CDD. La Haute Juridiction rappelle ainsi que les juges du fond doivent vérifier deux conditions essentielles pour qu'un CDD d'usage soit valide.

Premièrement, même si le secteur d'activité de l'entreprise est mentionné dans l'article D1242-1 du Code du travail, le juge est obligé de vérifier qu'il existe un usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée pour l'emploi occupé par le salarié. En cela, les arrêts de janvier 2008 ne font que confirmer des jurisprudences antérieures (Cass. soc., 28 juin 2005, pourvoi nº 03-43521 et 20 septembre 2006, pourvoi nº 05-41883).

Par usage constant, on entend l'usage ancien, bien établi et admis comme tel par la profession. Cet usage ne peut résulter d'une simple pratique de l'employeur (Circ. DRT nº 90-1, 30 octobre 1990).

Enfin, seconde condition essentielle pour qu'un CDD d'usage soit valide selon la Cour de cassation, leur succession dans le temps doit être justifiée par l'existence d'éléments concrets et précis établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi. En cela, la Haute Juridiction ne fait que rappeler une évidence : le CDD d'usage demeure un CDD (certes particulier), qui doit obéir aux dispositions de l'article L1242-1 du Code du travail. À savoir qu'un contrat à durée déterminée ne peut avoir pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité

normale et permanente de l'entreprise ! En cas de contentieux, c'est à l'employeur de prouver qu'il respecte la réglementation sur les CDD (Cass. soc., 20 novembre 2019, pourvoi nº 18-15696).

Par conséquent, les juges du fond ont obligation de rechercher l'existence d'éléments objectifs confirmant le caractère temporaire de l'emploi. Ainsi, dans l'un des arrêts du 23 janvier 2008 précédemment cités, la Cour de cassation a validé la décision d'une cour d'appel qui avait estimé qu'un emploi de formateur – professeur d'éducation artistique, occupé pendant 14 années scolaires successives par le même salarié embauché en CDD d'usage (l'enseignement faisant partie des secteurs d'activité énumérés dans l'article D1242-1 du Code du travail) –, n'avait pas un caractère temporaire et devait être requalifié en CDI. Cette jurisprudence a été réaffirmée récemment (Cass. soc., 26 janvier 2017, pourvoi nº 15-26845).

Pour qu'un employeur puisse recourir au CDD d'usage, l'activité principale de l'entreprise doit impérativement correspondre à l'un des secteurs pour lesquels ce type de contrat est autorisé (Cass. soc., 25 février 1998, pourvoi nº 95-44048). Il ne

suffit pas que l'activité exercée par le salarié en fasse partie.

Notez que le CDD d'usage obéit au même formalisme que le classique CDD. Dans un arrêt en date du 29 janvier 2020 (pourvoi n° 18-16695), la Cour de cassation précise notamment que « le recours au contrat de travail à durée déterminée d'usage ne dispense pas l'employeur d'établir un contrat écrit comportant la définition précise de son motif » et, qu'à défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée. Toutefois, lorsque la mention du poste est absente ou erronée, le CDD n'encourt pas la requalification en CDI quand l'emploi réellement occupé est par nature temporaire (Cass. soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-17241).

Pour lutter contre la précarisation des salariés, la loi de sécurisation de l'emploi a donné compétence aux partenaires sociaux négociant la convention d'assurance chômage pour majorer ou minorer les taux des contributions en fonction de la nature du contrat de travail, de sa durée, du motif de recours à un contrat d'une telle nature, de l'âge du salarié ou de la taille de l'entreprise (C. trav., art. L5422-12). En d'autres termes, les CDD de courte durée et

les CDD d'usage pourraient être plus lourdement taxés.

Le contrat de travail temporaire (intérim)

Plutôt que d'embaucher elles-mêmes des collaborateurs en CDD, certaines sociétés préfèrent déléguer ce type de recrutement ponctuel à des agences spécialisées dans le placement d'intérimaires. Le travail temporaire se caractérise donc par une relation triangulaire : une entreprise de travail temporaire embauche un salarié, lequel est ensuite mis à la disposition d'une société utilisatrice le temps d'une « mission ».

En vertu de l'article L1251-1 du Code du travail, pour chaque mission sont conclus :

- **Un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail temporaire et la société utilisatrice.** Celui-ci est signé au plus tard dans les deux jours ouvrables suivant la mise à disposition du travailleur intérimaire ;
- **Un contrat de travail dit « de mission » entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié intérimaire.** Celui-ci est remis à la personne

embauchée au plus tard dans les deux jours ouvrables suivant sa mise à disposition.

De nombreux points communs avec le CDD…

Comme son nom l'indique, le contrat de travail temporaire n'a pas pour objectif de pourvoir durablement un emploi dans une entreprise cliente (C. trav., art. L1251-5). C'est la raison pour laquelle il partage avec le contrat à durée déterminée un certain nombre de dispositions communes.

Par exemple, l'article L1251-6 traitant de l'intérim est quasiment identique à l'article L1242-2 relatif au CDD. D'une manière générale, ces deux types de contrat sont similaires en ce qui concerne :

- Les motifs de recours (remplacement d'un salarié, accroissement d'activité, etc.) ;
- Les interdictions de recours (remplacement d'un salarié gréviste, exécution de travaux particulièrement dangereux, etc.) ;
- Le formalisme (écrit obligatoire avec certaines mentions impératives) ;
- Le terme (précis ou non) ;

- La durée (18 mois au maximum pour un terme précis, sauf stipulations contraires d'une convention ou d'un accord de branche étendu de l'entreprise utilisatrice) ;
- Le renouvellement et la succession de contrats (délai de carence) ;
- L'indemnité compensatrice de congés payés ;
- Les droits des salariés intérimaires dans l'entreprise utilisatrice ;
- L'information sur les postes à pourvoir en CDI dans l'entreprise utilisatrice ;
- La requalification du contrat de travail temporaire en CDI (par exemple, lorsque le salarié continue à travailler dans l'entreprise utilisatrice à l'issue de la mission – C. trav., art. L1251-39).

… mais également des différences !

Un contrat de mission peut comporter une période d'essai dont la durée est fixée conventionnellement, par accord d'entreprise ou par accord de branche étendu. À défaut, la période d'essai ne peut dépasser :

- Deux jours si le contrat a une durée égale ou inférieure à un mois ;
- Trois jours si la durée du contrat est supérieure à un mois et au plus égale à deux mois ;
- Cinq jours pour un contrat d'une durée supérieure à deux mois.

La durée de la période d'essai se calcule en jours ouvrés, contrairement à la durée du contrat qui se calcule normalement en mois calendaires.

La rémunération versée pendant la période d'essai ne peut être inférieure à celle fixée par le contrat de mission (C. trav., art. L1251-15).

Autre différence par rapport au CDD, il est tout à fait possible d'avancer ou reporter le terme de la mission :

- D'une journée pour cinq jours de travail ;
- De deux jours pour une mission inférieure à dix jours de travail.

Cette possibilité d'aménagement ne doit pas réduire la durée initiale de la mission de plus de dix jours de travail ou, à l'inverse, dépasser la durée maximale autorisée pour le contrat de mission.

Par ailleurs, le contrat de mission ne peut être rompu par l'employeur avant le terme prévu, sauf en cas de faute grave du salarié, en cas de force majeur ou bien si l'entreprise de travail temporaire est en mesure de proposer un nouveau contrat de mission prenant effet dans un délai maximal de trois jours ouvrables. Dans ce dernier cas de figure, les éléments de rémunération, de qualification professionnelle, d'horaire de travail et de temps de transport mentionnés dans le nouveau contrat ne peuvent être différents de ceux du précédent contrat (C. trav., art. L1251-26).

Si la durée du nouveau contrat de mission est inférieure à celle qui restait à courir pour le contrat rompu, l'entreprise de travail temporaire est tenue de verser au salarié une rémunération équivalente à celle qu'il aurait dû recevoir jusqu'au terme du contrat, indemnité de fin de mission comprise.

Dans un arrêt du 9 juillet 2003 (*Recueil Dalloz* n° 3, p. 184), la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que la rupture du contrat de mise à disposition n'entraînait pas *ipso facto* la rupture du contrat de travail entre le salarié et l'entreprise de travail temporaire. Par conséquent, étant donné que l'interruption anticipée de la mission

n'incombe pas à cette dernière, celle-ci n'a pas à proposer au salarié un nouveau contrat.

La résiliation du contrat de mise à disposition n'est pas un événement de force majeure.

Lorsque le salarié décide de rompre par anticipation le contrat de mission, il est redevable de dommages-intérêts vis-à-vis de la société d'intérim, destinés à réparer le préjudice subi (C. trav., art. L1251-28), à moins qu'il puisse justifier de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée. Dans ce cas, et sauf accord entre les parties, il doit respecter un préavis qui ne peut être supérieur à deux semaines.

Au terme de son contrat, le salarié a droit à une indemnité de fin de mission, destinée à compenser la précarité de la situation. Versée par l'entreprise de travail temporaire, elle équivaut à 10 % de la rémunération totale brute perçue par le salarié. Cette indemnité n'est pas due :

- Lorsque le salarié intérimaire est embauché en CDI par l'entreprise utilisatrice à l'issue de la mission ;
- Lorsque le contrat concerne un emploi saisonnier ou pour lequel il est d'usage

constant de ne pas recourir à un CDI ;

- Lorsque le salarié intérimaire effectue un stage de formation, un bilan de compétences ou une action de validation d'acquis de l'expérience (C. trav., art. L1251-57) ;
- En cas de force majeure ;
- En cas de faute grave du salarié ;
- En cas de rupture anticipée du contrat de mission par le salarié.

Le CDI intérimaire

L'article 56 de la loi sur le dialogue social et l'emploi du 17 août 2015 a créé un dispositif temporaire, le CDI intérimaire. Cette expérimentation, qui devait prendre fin le 31 décembre 2018, a été pérennisée par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018. Ces dispositions, désormais codifiées sous les articles L1251-58-1 à L1251-58-8, s'appliquent aux contrats en cours ou conclus à partir du 7 septembre 2018.

Comme son nom l'indique, le CDI intérimaire est un contrat à durée indéterminée conclu librement entre un salarié intérimaire et une entreprise d'intérim. Il ne s'impose donc pas à l'une ou l'autre

des parties. Ce CDI a pour principale caractéristique de comprendre des périodes d'activité, au cours desquelles le salarié travaille pour une entreprise utilisatrice, et des périodes d'inactivité dites « d'intermission ». Ces dernières sont assimilées à du temps de travail effectif pour la détermination des droits à congés payés et pour l'ancienneté.

Le contrat de travail doit être établi par écrit et comporter notamment les mentions suivantes :

- L'identité des parties ;
- Le cas échéant, les conditions relatives à la durée du travail, en particulier le travail de nuit ;
- Les horaires auxquels le salarié doit être joignable pendant les périodes d'intermission ;
- Le périmètre de mobilité dans lequel s'effectuent les missions, qui tient compte de la spécificité des emplois et de la nature des tâches à accomplir, dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié ;
- La description des emplois correspondant aux qualifications du salarié ;
- Le cas échéant, la durée de la période d'essai ;

- Le montant de la rémunération mensuelle minimale garantie ;
- L'obligation de remise au salarié d'une lettre de mission pour chacune des missions qu'il effectue.

La durée totale de chaque mission ne peut excéder 36 mois. Lors des périodes d'intermission, le salarié perçoit une rémunération mensuelle minimale garantie. En contrepartie, il doit se tenir à la disposition de l'entreprise d'intérim et pouvoir démarrer une nouvelle mission dans la demi-journée qui suit.

Le CDI intérimaire est régi par les dispositions du Code du travail relatives au CDI (période d'essai, congés payés, rupture du contrat…) et au contrat d'intérim, sous réserve des adaptations prévues par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018.

Qui est responsable de quoi ?

Étant donné que deux entreprises sont parties prenantes dans la relation de travail, il est nécessaire de préciser leurs responsabilités respectives. En vertu des dispositions de l'article L1251-21 du Code du travail, l'entreprise utilisatrice

est responsable des conditions d'exécution du travail. En d'autres termes, à l'instar de n'importe quel salarié, le travailleur intérimaire doit respecter les règles en vigueur dans la société en matière de durée du travail, de travail de nuit, de repos hebdomadaire et jours fériés, de santé et sécurité au travail, de travail des femmes, des enfants ainsi que des jeunes travailleurs. En ce qui concerne le pouvoir disciplinaire, seule l'entreprise de travail temporaire a la possibilité de sanctionner un salarié intérimaire, tout simplement parce que, légalement, elle est l'unique employeur de ce dernier (*via* le contrat de mission).

En cas de litige portant sur le contrat de travail, il faut s'adresser à l'entreprise d'intérim. En effet, c'est elle qui a rédigé et signé le contrat. Par conséquent, lorsque celui-ci est entaché d'irrégularités, la requalification en CDI doit être demandée à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire. C'est par exemple le cas lorsque cette dernière ne respecte pas le délai de carence entre plusieurs contrats de mission signés avec un même salarié pour pourvoir le même poste au sein de la société utilisatrice (Cass. soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-16362). Toutefois, dans certaines situations,

la société utilisatrice peut être mise en cause. Par exemple, lorsqu'un contrat arrive à son terme le 30 juin, mais que l'entreprise utilisatrice fait travailler le salarié le 1er juillet, sans en informer la société de travail temporaire.

Sur le plan de la santé, les obligations liées à la médecine du travail sont à la charge de l'entreprise de travail temporaire. En revanche, lorsque le salarié intérimaire bénéficie d'une surveillance médicale renforcée, cette obligation revient à la société utilisatrice, laquelle doit également fournir les équipements de protection individuelle. Toutefois, des conventions et accords collectifs de travail mettent certains équipements personnalisés à la charge de la société d'intérim.

Sanctions pénales

Le Code du travail prévoit un certain nombre de sanctions à l'encontre des entreprises d'intérim ainsi que des sociétés utilisatrices qui méconnaîtraient les dispositions relatives au travail temporaire (art. L1255-1 à L1255-12). Ainsi, risque 3750 euros d'amende la société d'intérim qui :

- Ne respecterait pas les conditions d'exercice de l'activité de travail temporaire ;
- Conclut avec un salarié un contrat de mission dépourvu de certaines mentions obligatoires ou comprenant des mentions volontairement erronées ;
- Méconnaît les dispositions relatives à la rémunération minimale prévue au premier alinéa de l'article L1251-18 ;
- Met un intérimaire à la disposition d'une société utilisatrice, sans avoir conclu avec elle un contrat de mise à disposition dans les délais.

En ce qui concerne les entreprises utilisatrices, est punie d'une amende de 3750 euros la société qui :

- Conclut un contrat de mise à disposition afin de pourvoir durablement un emploi lié à son activité normale et permanente ;
- Ne respecte pas les cas de recours au travail temporaire ;
- Ne respecte pas les interdictions de recours au travail temporaire ;

- Ne respecte pas la durée légale du contrat de mission ;
- Méconnaît les conditions de renouvellement du contrat ;
- Signe un contrat de mise à disposition en omettant de préciser la totalité des éléments de rémunération ;
- Méconnaît les dispositions relatives à la succession de contrats sur un même poste ;
- Ne respecte pas le délai légal pour conclure un contrat de mise à disposition.

Pour tous les cas de figure précédemment mentionnés, la récidive est punie d'une amende de 7500 euros et de six mois d'emprisonnement.

Le contrat d'apprentissage

Le gouvernement a lancé début 2018 une grande réforme de la formation professionnelle dont la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 « pour la liberté de choisir son avenir professionnel » est l'aboutissement. Avec une entrée en vigueur progressive depuis le 1er janvier 2019, cette loi dite « Avenir professionnel » a apporté un certain

nombre de modifications au contrat d'apprentissage notamment en ce qui concerne l'accès à ce statut, la conclusion et la rupture du contrat, la rémunération des apprentis et l'ouverture simplifiée de nouveaux centres de formation d'apprentis (CFA).

L'apprentissage permet de dispenser à de jeunes travailleurs ayant satisfait à la scolarité obligatoire (mais sans avoir forcément décroché de diplôme) une formation à la fois théorique et pratique, en vue de l'obtention d'une qualification professionnelle et du diplôme afférent (inscrit au répertoire national des certifications professionnelles). La formation pratique s'effectue dans une ou plusieurs entreprise(s) du secteur privé (ou du secteur public non industriel et non commercial), tandis que l'enseignement théorique est suivi dans un centre de formation d'apprentis ou une section d'apprentissage. La formation est gratuite pour l'apprenti et pour son représentant légal (C. trav., art. L6211-1).

Qui peut devenir apprenti ?

Le contrat d'apprentissage est un contrat particulier conclu entre un apprenti et un

employeur (C. trav., art. L6221-1 et suiv.). Peut devenir apprenti tout jeune âgé d'au moins 16 ans et d'au plus 29 ans révolus au moment de la prise d'effet du contrat. La limite d'âge supérieure ne s'applique pas lorsque :

- Le nouveau contrat succède à un précédent contrat d'apprentissage et offre un niveau de diplôme supérieur ;
- Le contrat est rompu indépendamment de la volonté de l'apprenti – par exemple cessation d'activité de l'entreprise, risque sérieux d'atteinte à la santé ou à l'intégrité physique et/ou morale du jeune travailleur (C. trav., art. L6225-4) – ou bien suite à une inaptitude physique temporaire de celui-ci ;
- Le contrat est conclu avec une personne reconnue travailleur handicapé ;
- Le contrat est souscrit par une personne inscrite en tant que sportif de haut niveau ;
- Le contrat est conclu avec une personne ayant besoin du diplôme, ou titre sanctionnant la formation suivie, pour réaliser un projet de création ou de reprise d'entreprise.

Les jeunes âgés d'au moins 15 ans peuvent s'inscrire en apprentissage s'ils ont accompli la scolarité du premier cycle de l'enseignement secondaire (fin de troisième au collège).

Aucune contrepartie financière ne peut être demandée à l'apprenti lors de la conclusion, du dépôt ou de la rupture du contrat d'apprentissage. Il en va de même pour l'employeur lors du dépôt du contrat (C. trav., art. L6221-2).

Durée du contrat

Le contrat d'apprentissage peut être à durée limitée ou indéterminée (C. trav., art. L6222-7). Dans le second cas, il débute par la période d'apprentissage puis, à l'issue de celle-ci, il est régi par les dispositions générales relatives au contrat de travail (titres 2 et 3 du livre 2 de la première partie du Code du travail).

Le contrat d'apprentissage à durée limitée, qui correspond à la période d'apprentissage dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, a une durée qui varie entre six mois et trois ans selon le cycle de formation choisi. Il existe toutefois des exceptions :

- La durée du contrat peut être modulée (à la hausse ou à la baisse) selon le niveau initial de compétence de l'apprenti. Elle est fixée par une convention tripartite signée par le centre de formation, l'employeur et l'apprenti ou son représentant légal, annexée au contrat d'apprentissage ;
- La durée du contrat est portée à quatre ans lorsque l'apprenti est reconnu travailleur handicapé au titre de l'article L5213-1 du Code du travail ;
- L'apprentissage peut être prolongé de un an en cas d'échec à l'obtention du diplôme ou du titre professionnel visé.

Obligations de l'employeur

Le jeune travailleur est obligatoirement suivi par une personne responsable de sa formation, nommée « maître d'apprentissage » (C. trav., art. L6223-5). Celle-ci contribue à l'acquisition par l'apprenti des compétences indispensables à l'obtention du titre ou du diplôme préparé, en liaison avec le CFA. Le dirigeant de l'entreprise, le conjoint collaborateur ou l'un des salariés, peut être maître d'apprentissage à condition d'être

volontaire, majeur et d'offrir toutes garanties de moralité.

Les conditions de compétence professionnelle exigées d'un maître d'apprentissage sont déterminées par convention ou accord collectif de branche. À défaut d'un tel accord, elles sont déterminées par voie réglementaire (C. trav., art. L6223-8-1).

Il est possible de répartir le tutorat entre plusieurs salariés. Dans ce cas, l'équipe ainsi constituée est coordonnée par un maître d'apprentissage référent. L'employeur doit veiller à dégager du temps pour le tuteur, afin qu'il puisse remplir correctement sa mission. À noter que, s'il est possible d'accueillir plusieurs apprentis dans une entreprise, chaque maître d'apprentissage ne peut en gérer que deux au maximum (le suivi d'un apprenti supplémentaire dont la formation est prolongée en cas d'échec à l'examen est également autorisé).

L'employeur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer une formation pratique satisfaisante à l'apprenti. De plus, il doit inscrire ce dernier dans un CFA choisi contractuellement par les parties. Il s'assure que le jeune travailleur participe aux épreuves du diplôme ou du titre

sanctionnant la qualification professionnelle (C. trav., art. L6223-1 à L6223-4). Enfin, le comité social et économique doit être consulté sur la politique de la société en matière d'apprentissage.

Formalisme à respecter

Sur le plan formel, le contrat d'apprentissage nécessite un écrit (C. trav., art. L6222-4). Dans le cas contraire, il est frappé de nullité. L'apprenti est alors considéré comme étant titulaire d'un classique contrat de travail et sa rémunération est calculée sur la base du salaire minimum conventionnel en tenant compte des abattements liés à l'âge. Le contrat d'apprentissage doit être signé par les deux parties (par le représentant légal lorsque l'apprenti est mineur) avant le début de son exécution ; à défaut, il doit être requalifié en contrat de droit commun. Lors de sa rédaction doivent être notamment précisés :

- Les nom et prénom de l'employeur, la raison sociale de l'entreprise, l'adresse de l'établissement où aura lieu l'apprentissage ;
- Les nom, prénom, date et lieu de naissance ainsi que l'adresse de l'apprenti ;

- Les nom, prénom et adresse du représentant légal lorsque l'apprenti est mineur ;
- L'intitulé du dernier diplôme obtenu par l'apprenti ;
- Le nom du ou des maître(s) d'apprentissage, leurs titres ou diplômes ainsi que la durée de leur expérience professionnelle en lien avec la formation suivie par l'apprenti ;
- La date de début de l'exécution du contrat d'apprentissage, de la période de formation pratique chez l'employeur et de la période de formation en CFA (C. trav., art. L6222-12) ;
- La formation dispensée ainsi que le diplôme qui la sanctionnera ;
- Le salaire perçu par l'apprenti pour chaque année d'apprentissage.

Le contrat d'apprentissage est établi en trois exemplaires. Pour simplifier la tâche des employeurs, le ministère du Travail propose sur son site web le téléchargement du formulaire type CERFA 10103*09.

Une fois l'apprenti inscrit dans un CFA et le contrat signé, ce dernier doit être transmis gratuitement au

plus tard dans les cinq jours ouvrables qui suivent le début de l'exécution du contrat d'apprentissage, à l'opérateur de compétences dont dépend l'employeur (C. trav., art. L6224-1 et D6224-1). Le dépôt peut s'effectuer par voie dématérialisée.

En l'absence de dépôt, le contrat d'apprentissage est non seulement nul, mais de plus il ne peut recevoir exécution et être requalifié en CDI (Cass. soc., 11 février 2015, pourvoi nº 13-27616). Dans un tel cas de figure, l'apprenti peut demander, d'une part, le paiement des salaires sur la base du smic (salaire minimum interprofessionnel de croissance), ou du salaire minimum conventionnel, pour la période pendant laquelle le contrat a été néanmoins exécuté, d'autre part, l'indemnisation du préjudice résultant de la rupture des relations de travail.

À la réception du contrat d'apprentissage, l'opérateur de compétences vérifie si celui-ci satisfait aux conditions relatives à l'éligibilité de la formation à l'apprentissage, à l'âge et à la rémunération de l'apprenti, au maître d'apprentissage. Il dispose d'un délai de 20 jours pour accepter ou refuser la prise en charge financière (C. trav., art. R6224-3). En l'absence de

réponse à l'issue de ce délai, la prise en charge est implicitement refusée.

Succession de contrats et rupture contractuelle

Excepté le critère d'âge (29 ans au maximum, hors cas particuliers), il n'existe pas de restrictions en matière de succession de contrats (du moment que l'apprenti prépare des diplômes ou titres sanctionnant des qualifications différentes) ou de délai entre deux contrats d'apprentissage. En ce qui concerne la rupture de la relation contractuelle, chacune des parties peut mettre fin au contrat au cours des 45 premiers jours, consécutifs ou non, de formation pratique en entreprise (ce délai étant suspendu pendant les périodes d'absence de l'apprenti pour raisons médicales).

Aucune indemnité de rupture n'est due pendant les 45 premiers jours d'apprentissage, sauf clause contraire mentionnée dans le contrat (C. trav., art. L6222-21).

Au-delà des 45 jours, seul un accord écrit signé des deux parties permet de rompre le contrat. Ce dernier peut être également rompu par l'employeur en cas de force majeure, de faute grave de

l’apprenti (la procédure de licenciement pour motif disciplinaire doit alors être initiée) ou d’inaptitude physique constatée par le médecin du travail (C. trav., art. L6222-18). Dans ce dernier cas, l’employeur n’a pas d’obligation de reclassement. Par ailleurs, dans le cadre d’une entreprise unipersonnelle, le contrat d’apprentissage est rompu en cas de décès de l‘employeur maître d’apprentissage. Enfin, l’employeur a la possibilité de licencier l’apprenti pour motif personnel lorsque celui-ci est exclu définitivement du CFA. Si l’employeur renonce au licenciement, l’apprenti doit être inscrit dans un nouveau CFA dans un délai de deux mois. Les parties peuvent aussi décider de conclure un contrat de travail dans les conditions du droit commun ou mettre fin à la période d’apprentissage par avenant lorsque le contrat est à durée indéterminée.

De son côté, l’apprenti peut rompre unilatéralement son contrat en respectant un préavis. Il doit, au préalable, solliciter le médiateur mentionné à l’article L6222-39 du Code du travail. S’il est mineur, l’acte de rupture doit être conjointement signé par son représentant légal. Si ce dernier ne répond pas à la demande de

l’apprenti, celui-ci peut solliciter le médiateur qui dispose au maximum de quinze jours calendaires pour intervenir. Une copie de l’acte de rupture doit être adressée, pour information, à l’établissement de formation dans lequel l’apprenti est inscrit.

Ce dernier informe l’employeur de son intention de rompre le contrat par tout moyen conférant date certaine dans un délai qui ne peut être inférieur à cinq jours calendaires à compter de la saisine du médiateur (C. trav., art. D6222-21-1). La rupture du contrat d’apprentissage ne peut intervenir qu’après un délai ne pouvant être inférieur à sept jours calendaires à compter de la date à laquelle l’employeur a été informé par l’apprenti.

En cas de liquidation judiciaire sans maintien de l’activité ou lorsqu’il est mis fin au maintien de l’activité, le liquidateur signifie la rupture du contrat à l’apprenti. Ce dernier a alors droit à des dommages-intérêts au moins égaux aux rémunérations qui auraient dû être perçues jusqu’au terme du contrat.

Lorsque le diplôme ou le titre préparé est obtenu, le contrat d’apprentissage peut prendre fin – à l’initiative de l’apprenti – avant le terme fixé contractuellement (C. trav., art. L6222-19). Dans ce

cas, l'apprenti doit en informer l'employeur par écrit, au moins deux mois à l'avance.

Un salarié à part entière

L'apprenti est un salarié à part entière. Il bénéficie à ce titre des mêmes droits que les autres salariés de l'entreprise, notamment en matière de congés, de protection maladie, de maternité, d'accident du travail, de droit syndical, etc. D'une manière générale, les lois, les règlements et les dispositions conventionnelles en vigueur dans la branche professionnelle ou l'entreprise lui sont applicables (hors contraintes particulières liées au statut d'apprenti). Il doit par exemple se soumettre à la visite d'information et de prévention (C. trav., art. R6222-36). Il peut également participer aux élections professionnelles dans la société, sous réserve de satisfaire aux conditions d'électorat et d'éligibilité (pour en savoir plus, consultez le chapitre 24 consacré à l'élection du comité social et économique).

Outre les classiques congés payés, l'apprenti a droit à un congé supplémentaire de cinq jours ouvrables destiné à la préparation des épreuves sanctionnant le diplôme ou le titre. Celui-ci doit être pris dans le

mois précédant ces dernières (C. trav., art. L6222-35). Par ailleurs, tout apprenti âgé de moins de 21 ans peut demander, en plus, un congé non rémunéré de 30 jours ouvrables (C. trav., art. L3164-9).

Les apprentis n'entrent pas dans le calcul de l'effectif du personnel de l'entreprise dans laquelle ils travaillent, lorsque des dispositions législatives ou réglementaires font référence à une condition d'effectif minimum (sauf en ce qui concerne la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles).

Bien que l'apprenti soit un véritable salarié, il ne doit pas perdre de vue que l'apprentissage a pour finalité de décrocher un diplôme ou un titre. Le jeune travailleur est donc tenu de suivre la formation (C. trav., art. L6221-1) et de se présenter aux épreuves correspondantes (C. trav., art. L6222-34).

Durée du travail

Les apprentis majeurs doivent respecter les règles en vigueur dans l'entreprise en matière de durée du travail. En ce qui concerne les apprentis mineurs,

un certain nombre de restrictions et interdictions sont posées :

- Le travail journalier ne peut dépasser huit heures. Il peut être dérogé à cette durée quotidienne dans la limite de deux heures par jour pour certaines activités déterminées par décret en Conseil d'état et lorsque l'organisation collective du travail le justifie. En cas de dépassement horaire, il est attribué à l'apprenti des périodes de repos d'une durée au moins équivalente au nombre d'heures accomplies au-delà de la durée quotidienne de huit heures ;
- L'apprenti ne peut pas travailler plus de quatre heures et demie consécutives. Il doit alors bénéficier d'une pause minimale de 30 minutes (C. trav., art. L3162-3) ;
- La durée de travail hebdomadaire ne peut excéder 35 heures, sauf pour certaines activités déterminées par décret en Conseil d'état. Dans ce cas, lorsque l'organisation collective du travail le justifie, il peut être dérogé à cette durée hebdomadaire dans la limite de cinq heures par semaine. Par ailleurs, pour les autres activités, des dérogations peuvent être

exceptionnellement accordées par l'inspecteur du travail après avis du médecin du travail, dans la limite de cinq heures par semaine (C. trav., art. L3162-1) ;

- Le travail de nuit est interdit (C. trav., art. L6222-26). Ainsi, un apprenti mineur âgé de plus de 16 ans ne peut pas exercer une activité entre 22 heures et 6 heures ; un apprenti âge de moins de 16 ans entre 20 heures et 6 heures. Des dérogations sont toutefois accordées selon le secteur d'activité de l'entreprise (le spectacle, la boulangerie…). Mais, hors cas d'extrême urgence, le travail de nuit est strictement interdit entre minuit et 4 heures ;
- Le repos quotidien ne peut être inférieur à 12 heures consécutives pour les apprentis de 16 ans et plus, 14 heures pour ceux âgés de moins de 16 ans ;
- Les apprentis mineurs ont droit à deux jours de repos consécutifs par semaine ;
- Le travail dominical est interdit, sauf pour un certain nombre de secteurs d'activité dont la

liste est fixée par décret en Conseil d'État (C. trav., art. L3164-5) ;

- Les jeunes travailleurs n'ont pas le droit d'exercer une activité les jours fériés reconnus par la loi.

Les heures de formation dispensées dans le CFA sont comprises dans le temps de travail, au même titre que les heures de travail effectuées par l'apprenti dans la société qui l'accueille. Par conséquent, il faut bien tenir compte de cette contrainte lors de l'élaboration des horaires hebdomadaires. Les apprentis ont également la possibilité de suivre désormais des modules complémentaires de formation. Toutefois, ces derniers ne sont pas pris en considération dans le calcul des horaires.

Rémunération de l'apprenti

Le salaire de l'apprenti, déterminé en pourcentage du salaire minimum de croissance (smic), varie selon l'âge du jeune travailleur et le cycle de formation suivi (C. trav., art. L6222-27 et D6222-26). Les apprentis mineurs perçoivent ainsi 27 %, 39 % et 55 % du smic au cours des première, deuxième et troisième années d'exécution du

contrat. Les apprentis majeurs âgés de moins de 21 ans reçoivent respectivement 43 %, 51 % et 67 % du smic. Quant aux apprentis âgés d'au moins 21 ans et d'au plus 25 ans, leur salaire s'élève à 53 %, 61 % et 78 % du smic (ou du salaire minimum conventionnel s'il est plus favorable que le smic). Enfin, pour les jeunes âgés de 26 ans et plus, leur salaire s'élève à 100 % du smic (ou du salaire minimum conventionnel s'il est plus favorable que le smic). Bien entendu, l'employeur – s'il le souhaite – peut proposer contractuellement une rémunération plus élevée.

En ce qui concerne les heures supplémentaires, les modalités applicables sont celles en vigueur dans l'entreprise. À noter que la majoration pour heures supplémentaires doit être calculée sur la base du salaire calculé en pourcentage du smic. Enfin, les avantages en nature dont bénéficie éventuellement l'apprenti peuvent être déduits de son salaire dans la limite de 75 % de la déduction autorisée, pour les autres salariés, par la réglementation de la Sécurité sociale. Ces déductions sont toutefois plafonnées aux trois quarts du salaire (C. trav., art. D6222-33).

Lorsque l'entreprise est en redressement ou liquidation judiciaire, les salaires dus à l'apprenti

sont garantis par l'AGS, l'association pour la gestion du régime d'assurance de garantie des créances des salariés (Cass. soc., 7 juillet 2009, pourvoi nº 08-40870).

Sur le plan fiscal, en vertu de l'article 81 bis du Code général des impôts, les salaires perçus par un apprenti sont exonérés d'impôt sur le revenu, avec un plafonnement égal au montant annuel du smic. Pour calculer ce dernier, il faut multiplier le smic horaire brut au 1er juillet de l'année d'imposition par 1820 heures (35 heures × 52).

Aide unique à l'embauche d'un apprenti

La réforme de la formation professionnelle a supprimé toutes les aides à l'apprentissage existantes (prime à l'apprentissage, aides versées par les régions, aide TPE jeune apprenti et crédit d'impôt). Celles-ci ont été remplacées par une aide unique aux employeurs d'apprentis versée par l'État (décret nº2018-1348 du 28 décembre 2018). Peuvent en bénéficier les entreprises de moins de 250 salariés concluant des contrats d'apprentissage qui visent un diplôme ou un titre équivalant au plus au baccalauréat (C. trav., art. L6243-1). Pour

l'application de ce seuil de 250 salariés, l'effectif de l'entreprise est apprécié au titre de l'année civile précédant la date de conclusion du contrat, tous établissements confondus (C. trav., art. D6243-1).

Le montant de l'aide unique s'élève à (C. trav., art. D6243-2) :

- 4 125 € maximum pour la première année d'exécution du contrat d'apprentissage ;
- 2 000 € maximum pour la deuxième année ;
- 1 200 € maximum pour la troisième année ;
- Lorsque le contrat a une durée supérieure à trois ans, le montant prévu pour la troisième année s'applique également pour la quatrième année.

Le bénéfice de l'aide est subordonné au dépôt du contrat d'apprentissage par l'opérateur de compétences auprès du ministre chargé de la formation professionnelle (C. trav., art. D6243-3).

L'aide n'est pas due :

- En cas de rupture anticipée du contrat d'apprentissage (à compter du mois suivant la date de fin du contrat) ;

- En cas de suspension du contrat entraînant le non-versement de la rémunération par l'employeur à l'apprenti (pour chaque mois considéré) ;
- En cas de non-transmission de la déclaration sociale nominative (l'aide est suspendue le mois suivant).

Enfin, l'Agefiph propose, à tout employeur, une aide à la conclusion du contrat d'apprentissage de 4000 euros maximum pour l'embauche d'une personne en situation de handicap. Le contrat doit avoir une durée minimale de 6 mois et la durée hebdomadaire de travail doit être au moins égale à 24 heures. S'il est dérogé légalement ou conventionnellement à la durée hebdomadaire minimale, celle-ci ne peut être inférieure à 16 heures. L'aide est ouverte pour les contrats d'apprentissage prenant effet au plus tard le 31 décembre 2021. La demande d'aide doit être déposée au plus tard trois mois après la date d'embauche.

Le contrat de travail intermittent

Il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, qui est caractérisé par des périodes travaillées et non travaillées (C. trav., art. L3123-33 à L3123-38). Ce type de contrat, qui pourrait être par exemple en vigueur dans un hôtel n'ouvrant que pendant la saison des sports d'hiver, est sécurisant à la fois pour le salarié et l'employeur. Le premier est en effet certain de retrouver son poste à chaque nouvelle saison ; quant au second, il peut compter chaque fois sur les mêmes employés. Pour conclure un tel contrat, il faut impérativement qu'il soit prévu par un accord collectif de travail étendu, une convention ou un accord d'entreprise. Dans le cas contraire, le contrat de travail intermittent est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet (Cass. soc., 19 mars 2014, pourvoi n° 12-27282).

Lorsqu'une entreprise adaptée (au sens de l'article L5213-13 du Code du travail) conclut un contrat intermittent avec une personne handicapée bénéficiaire de l'obligation d'emploi au titre de l'article L5212-13 du code précité, il n'est pas nécessaire que cela soit prévu par un accord collectif de travail ou une convention.

Le contrat de travail intermittent est un contrat écrit comportant un certain nombre de clauses obligatoires, notamment :

- La qualification du salarié ;
- Les éléments de la rémunération ;
- La durée minimale annuelle de travail ;
- Les périodes travaillées ;
- La répartition des heures travaillées au cours de ces périodes.

La durée maximale de travail du salarié intermittent ne peut excéder la durée minimale plus un tiers de celle-ci, sauf accord du salarié. Enfin, ce dernier bénéficie des mêmes droits que les autres salariés de l'entreprise.

Les périodes travaillées doivent être définies précisément dans le contrat de travail intermittent. Celui-ci ne peut se limiter à prévoir que les périodes d'activité seront réparties sur toute la durée d'ouverture de l'établissement (Cass. soc., 15 mai 2014, pourvoi n° 12-27520). Selon l'article L3123-6 du Code du travail, le contrat de travail à temps partiel précise la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue ainsi que la répartition de la

durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois. Ces dispositions ne sont pas applicables au contrat de travail intermittent (Cass. soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 18-24909).

À titre expérimental, la loi de sécurisation de l'emploi avait autorisé les entreprises employant moins de 50 salariés à conclure des contrats de travail intermittents jusqu'au 31 décembre 2014, même en l'absence de convention ou d'accord collectif (les délégués du personnel devaient toutefois être informés du recours à ce type de contrat). Seuls trois secteurs d'activité étaient concernés :

- Organismes de formation, à l'exclusion des formateurs en langues ;
- Commerce des articles de sport et d'équipements de loisirs ;
- Détaillants et détaillants-fabricants de la confiserie, chocolaterie et biscuiterie.

Cette expérimentation devait faire l'objet d'un rapport d'évaluation que le gouvernement devait remettre au Parlement avant le 31 décembre 2014 (article 24 de la loi de sécurisation de l'emploi). Un rapport qui, semble-t-il, n'a jamais vu le jour…

Le portage salarial : un ovni juridique

Cette pratique n'est pas, à proprement parler, une nouveauté. Le portage salarial, qui existe depuis une trentaine d'années, permet à un travailleur indépendant – souvent un consultant – de bénéficier du statut de salarié grâce à une entreprise de portage salarial. Le principe est le suivant : le salarié « porté » conclut un contrat de travail avec l'entreprise de portage salarial, laquelle conclut à son tour, avec une société cliente, un contrat commercial de prestation de portage salarial. Au final, le salarié « porté » travaille pour l'entreprise cliente. L'originalité du système réside aussi dans le fait que c'est au salarié « porté » de rechercher des missions à accomplir ; ce n'est donc pas à l'entreprise de portage salarial de lui fournir du travail. Depuis le 1er juillet 2017, ce secteur d'activité dispose de sa propre convention collective qui s'applique à tous les salariés.

Longtemps critiqué par la Cour de cassation, fidèle à la définition traditionnelle du contrat de travail, ce dispositif est désormais réglementé par les articles L1254-1 à L1254-31 du Code du travail. Le

portage salarial est réservé au salarié « justifiant d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permet de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix ». À noter que l'entreprise de portage salarial n'est pas concernée par l'interdiction du prêt de main-d'œuvre et la répression du délit de marchandage.

Bien comprendre son contrat de travail

Le contrat de travail, qui désigne à la fois le support écrit signé par les parties et le rapport juridique existant entre celles-ci, est la conséquence d'une situation de fait. Il suppose, d'une part, un travail accompli en contrepartie d'une rémunération, d'autre part, l'existence d'un lien de subordination entre l'employeur et le salarié. La relation contractuelle a en effet pour originalité de placer le salarié sous le pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur. Toutefois, ce dernier ne possède pas un pouvoir illimité. Ainsi, s'il peut par exemple modifier unilatéralement les conditions de travail du salarié, il ne peut décider seul de changer un quelconque élément du contrat de travail. Ces

éléments intangibles sont appelés le *socle contractuel* ; leur compréhension nécessite de connaître les droits et obligations de chacune des parties.

Les principales obligations de l'employeur et du salarié

La conclusion d'un contrat de travail génère des obligations pour chacune des deux parties. Leur non-respect peut mettre en péril la relation contractuelle.

Les obligations de l'employeur

L'employeur doit confier au salarié des tâches ou des missions correspondant à sa qualification et lui fournir les outils et moyens nécessaires pour les réaliser. En contrepartie du travail, la rémunération convenue doit lui être versée au moins une fois par mois. Contrairement à une idée répandue, le paiement du salaire ne dispense pas l'employeur de fournir le travail. Celui-ci est toutefois dispensé de cette obligation pendant les périodes de suspension du contrat de travail, notamment lorsque le salarié

est placé en activité partielle, ce qui est soumis à une autorisation de l'administration.

L'entreprise est également tenue à une obligation de résultat en matière de santé au travail (accident du travail, maladie professionnelle et harcèlement moral). Les salariés doivent être adaptés à l'évolution de leur emploi en leur faisant bénéficier, si nécessaire, de formations (C. trav., art. L6321-1). Cette obligation relève de l'initiative de l'employeur : un salarié qui, en 25 ans, n'avait suivi qu'une seule formation de sécurité de deux jours peut obtenir des dommages et intérêt (Cass. soc., 21 avril 2017, pourvoi n° 15-28640). Enfin, préalablement à tout licenciement économique ou à la suite d'une inaptitude physique constatée par le médecin du travail, l'employeur doit tout mettre en œuvre pour reclasser un salarié afin d'éviter son licenciement (voir chapitres 15 et 16).

Les obligations du salarié

Le salarié doit accomplir son travail aussi consciencieusement que possible, en se conformant aux instructions et aux directives de l'employeur. Il a interdiction (même en l'absence d'une clause expresse dans son contrat) d'exercer une activité

concurrente pour son propre compte ou pour celui d'un tiers. Il doit respecter une obligation générale de discrétion et ne divulguer – dans ou hors de l'entreprise – aucune information qui pourrait nuire à son employeur. Lorsque le salarié manque à l'une de ses obligations, il peut recevoir une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à son licenciement. Sa responsabilité personnelle ne peut être toutefois engagée qu'en cas de faute lourde (ce qui suppose une intention de nuire). Est donc illicite toute clause contractuelle alourdissant la responsabilité du salarié, en permettant par exemple d'engager sa responsabilité en cas de faute grave.

La responsabilité pécuniaire d'un salarié ne peut résulter que d'une faute lourde. Viole ce principe la cour d'appel qui condamne un salarié à payer des dommages et intérêts à son employeur, alors qu'elle a décidé que le licenciement du salarié résultait d'une faute grave et n'a pas retenu l'existence de faits, distincts de ceux visés par la lettre de licenciement, caractérisant une faute lourde (Cass. soc., 25 janvier 2017, pourvoi n° 14-26071).

Tout document comportant des obligations pour le salarié ou des dispositions dont la connaissance est nécessaire pour l'exécution de son travail doit être rédigé en français (C. trav., art. L1321-6). Néanmoins, ce texte n'est pas applicable aux documents reçus de l'étranger ou destinés à des étrangers. Une citoyenne américaine s'était par exemple plainte de ne pas avoir reçu la traduction en français de documents rédigés en… anglais (Cass. soc., 24 juin 2015, pourvoi n° 14-13829).

Un contrat conclu *intuitu personae*

Chaque partie a conclu ce contrat en prenant en considération l'identité de l'autre. Le salarié ne peut donc pas se faire remplacer ou céder son contrat à une tierce personne. En ce qui concerne l'employeur, celui-ci ne peut pas transférer le salarié sans son accord dans une autre société, y compris si elle appartient au même groupe.

Le changement d'employeur par l'effet de la loi

Ce principe connaît toutefois une exception : la reprise ou la transmission d'une activité à un nouvel employeur. En effet, en vertu de l'article L1224-1 du Code du travail, le contrat est transféré de plein droit au nouvel employeur. Ce texte, très connu sous l'ancienne codification L122-12, est un monument du Code du travail. Il organise un changement d'employeur par l'effet de la loi, indépendamment de la volonté des parties. Les conditions à la réalisation de ce transfert sont :

- Un transfert d'une activité autonome ;
- Une activité poursuivie ou reprise conservant son identité.

Les principales situations concernées sont la cession de fonds de commerce, de clientèle d'une profession libérale ou l'apport en société. En revanche, une cession des titres d'une société ne rend pas applicable cette disposition. Ce transfert peut être prévu par la convention collective même si ces conditions ne sont pas remplies.

Le contrat de travail continue aux conditions antérieures. Le nouvel employeur devient redevable de toutes les sommes qui pouvaient être dues au salarié par le précédent, sauf si aucune convention

n’existe entre eux ou si l’entreprise est en procédure de sauvegarde, en redressement ou en liquidation judiciaire. Le transfert interdit à l’ancien employeur de licencier un salarié pour faire échec à ce dispositif légal. Le nouvel employeur pourra licencier un salarié transféré à condition de disposer d’un motif de licenciement (la réorganisation de l’entreprise consécutive au transfert du fond ne constituant pas une cause réelle et sérieuse de licenciement).

Une situation de fait : le coemploi

Un salarié peut être soumis au pouvoir de direction et de contrôle de plusieurs employeurs. La situation est fréquente dans les groupes de sociétés, notamment lorsqu’un salarié embauché par une entreprise est placé sous le pouvoir de direction d’une autre structure juridique. Le coemploi est également reconnu lorsqu’il existe une confusion d’intérêts et d’activité ainsi que de direction entre une société mère et sa filiale, cette dernière ne disposant d’aucune autonomie (Cass. soc., 18 janvier 2011, pourvoi n°09-69199). La reconnaissance d’une situation de coemploi ne sera pas sans conséquence juridique, chacun des

coemployeurs devenant redevable d'obligations vis-à-vis du salarié.

La réglementation de la mise à disposition à but non lucratif

Un salarié ne peut être mis à la disposition d'un autre employeur, sauf s'il travaille pour une agence d'intérim, une entreprise de services à la personne, une société de portage salarial, une agence de mannequins, une organisation syndicale ou une association sportive. Le Code du travail proscrit le prêt de personnel à but lucratif (c'est un délit pénal).

Depuis 2011, le prêt de personnel à but non lucratif est réglementé par le Code du travail (art. L8241-1 et suiv.). Le salarié doit signer un avenant à son contrat de travail. Une convention de mise à disposition doit être également signée entre son employeur initial et l'entreprise utilisatrice. Le premier peut facturer à la seconde uniquement le salaire, les charges sociales et les frais professionnels remboursés au salarié. Aucuns frais de gestion ne peuvent être facturés à l'entreprise utilisatrice. À l'issue de sa mise à disposition, le

salarié doit retrouver son poste ou un poste équivalent dans son entreprise d'origine.

L'expatriation dans une filiale étrangère

Lorsqu'un salarié d'une société française est mis à la disposition d'une filiale étrangère de son employeur, ce dernier doit prendre en charge son rapatriement en cas de licenciement. L'entreprise d'origine doit alors lui procurer un emploi correspondant aux fonctions qu'il occupait avant son départ à l'étranger (C. trav., art. L1231-5 alinéa 1er). Ce texte s'applique même si le contrat entre le salarié et la société française a été rompu et si le contrat conclu avec la filiale étrangère était soumis à un droit étranger (Cass. soc., 30 mars 2011, pourvoi n° 09-70306).

Les piliers du contrat de travail

Tout contrat de travail écrit comprend un certain nombre d'informations. Toutefois, ces éléments n'ont pas tous la même portée contractuelle. Certains d'entre eux peuvent être modifiés

unilatéralement par l'employeur alors que d'autres nécessitent impérativement l'accord des deux parties.

Les éléments non modifiables par l'employeur

Les informations suivantes ne peuvent être modifiées sans l'accord du salarié. Ce sont les éléments fondamentaux du contrat de travail.

Le salaire

Son montant et son mode de calcul constituent des éléments essentiels du contrat de travail qui ne peuvent être modifiés, même d'une manière minime, sans l'accord express du salarié (y compris si le nouveau mode est censé lui être plus favorable). La suppression d'un avantage en nature – un véhicule de fonction par exemple – constitue également une modification de la rémunération et nécessite donc l'accord de l'employé.

En revanche, certains éléments de la rémunération ne sont pas incorporés au contrat de travail. Ils peuvent par exemple résulter d'un usage, d'un engagement unilatéral de l'employeur ou de

l'application d'un accord collectif. Dans ce cas, ils pourront être remis en cause sous certaines conditions.

L'emploi et la qualification professionnelle

Les responsabilités du salarié faisant partie des piliers du contrat de travail, une promotion ou une rétrogradation ne peut pas non plus lui être imposée. Par ailleurs, l'accomplissement de nouvelles tâches ne doit pas aboutir à modifier sa qualification. Ainsi, demander au réceptionniste d'un hôtel de mettre le couvert du petit déjeuner constitue une modification de son contrat de travail. Il en va de même lorsqu'un salarié est en permanence confiné dans les attributions secondaires de son emploi. La jurisprudence est cependant partagée quand cette modification est exceptionnelle et de courte durée.

Le contrat peut prévoir une certaine polyvalence du salarié, mais celle-ci ne doit pas aboutir à une indétermination de sa fonction. Par ailleurs, l'insertion d'un niveau hiérarchique entre un salarié et son supérieur ne constitue pas en elle-même une modification du contrat, tant que le

premier conserve ses responsabilités, ses prérogatives et sa rémunération.

La durée du travail

Le volume du temps de travail (temps partiel ou temps plein) est un élément du contrat dont la modification nécessite l'accord du salarié. En revanche, le recours au chômage partiel ou aux heures supplémentaires (dans les limites du contingent autorisé) ou, à l'inverse, leur suppression, n'entraîne pas une modification du contrat. Il en va de même lorsqu'un accord de réduction du temps de travail est conclu, sauf si cet accord conduit à modifier la rémunération.

Les éléments modifiables sans l'accord du salarié

À l'exception des éléments fondamentaux du contrat de travail, tous les autres éléments mentionnés peuvent être changés par l'employeur sans l'accord du salarié. On parle alors de modification des conditions de travail.

Les tâches confiées au salarié

À savoir

L'employeur peut décider librement des tâches confiées au salarié, sous réserve qu'elles correspondent à sa qualification. L'ajout ou le retrait de missions relève de son pouvoir de direction. Par exemple, l'affectation d'une ouvrière agricole en charge de la récolte de citrons à l'égrenage des bananes ne constitue pas une modification de son contrat. En revanche, l'adjonction excessive de tâches constitue une modification du contrat de travail, y compris si une clause contractuelle le permet. C'est le cas par exemple lorsqu'un salarié initialement chargé de superviser quatre magasins a vu leur nombre passer à douze.

Le lieu de travail

Le changement de lieu de travail ne constitue pas une modification du contrat, sous réserve de rester dans la même zone géographique. Cette notion est appréciée au cas par cas par la jurisprudence, laquelle tient compte de l'emplacement du nouveau lieu de travail et non de celui du domicile du salarié.

Exemple

Plusieurs exemples, tirés de la jurisprudence, permettent de comprendre ce qui constitue ou non

une zone géographique. Deux communes limitrophes de Paris mais opposées (Malakoff et Aubervilliers) ou deux communes éloignées de 36 kilomètres mais reliées par une voie expresse appartiennent à la même zone géographique. En revanche, ce n'est pas le cas de Rosny-sous-Bois (93) éloigné de 19 kilomètres de Mitry-Mory (77), l'absence de liaison directe nécessitant le recours à trois moyens de transport différents pour rejoindre le nouveau lieu de travail. La présence d'un réseau de transport public milite souvent en faveur de l'existence d'une zone géographique.

Lorsque le lieu de travail est déplacé en dehors de cette zone géographique, l'accord du salarié ou l'existence d'une clause de mobilité est obligatoire. En revanche, un déplacement occasionnel ne constitue pas une modification du contrat de travail, si cette mission répond à l'intérêt de l'entreprise et si la fonction du salarié implique une certaine mobilité.

Lorsque le contrat de travail prévoit l'accomplissement du travail du salarié à son domicile, la remise en cause de cette organisation nécessite l'accord du salarié (Cass. soc., 13 février 2013, pourvoi n° 11-22360).

La modification du contrat de travail

L'entreprise peut être amenée à modifier des conditions contractuellement prévues avec l'un de ses salariés. Par exemple, le départ d'un employé entraîne son remplacement par un autre salarié exerçant initialement des fonctions différentes. Sauf si elle intervient pour un motif économique pour lequel il existe une procédure particulière, cette modification impose l'accord du salarié. C'est à l'employeur d'en rapporter la preuve. La poursuite du contrat aux nouvelles conditions sans protestation, même pendant plusieurs années, ne suffit pas à prouver cet accord. Le non-respect de son contrat de travail peut conduire le salarié à considérer la relation contractuelle comme rompue aux torts de l'employeur. Sans accord du salarié, les erreurs commises par celui-ci dans le cadre de ses fonctions modifiées pourront difficilement fonder un licenciement.

Lorsque la modification du contrat de travail répond à un motif économique, l'employeur doit respecter la procédure prévue à l'article L1222-6 du Code du travail (voir chapitre 16). À défaut, il ne peut se prévaloir ni d'une acceptation ni d'un refus du salarié (Cass. soc., 21 janvier 2015, pourvoi n° 13-22963).

L'horaire de travail

L'employeur a la possibilité de modifier l'horaire de travail. Il peut ainsi demander aux salariés de commencer leur travail plus tôt. En revanche, ce changement d'horaire constitue une modification du contrat s'il transforme l'« économie du contrat » : par exemple, passage d'un horaire de jour à un travail de nuit ou passage d'un horaire continu à un horaire discontinu.

Un employeur ne peut modifier la répartition des jours de travail sans l'accord du salarié, si ce changement a pour effet de priver ce dernier du repos dominical (Cass. soc., 18 janvier 2012, pourvoi n° 10-17085).

La signature d'un contrat écrit

Même si l'écrit n'est pas obligatoire pour conclure un contrat à durée indéterminée à temps plein, il est tout de même vivement conseillé de le faire, de manière à pouvoir produire – le cas échéant – un élément de preuve.

L'écrit n'est pas obligatoire

Bien que de nombreuses conventions collectives prévoient la signature d'un contrat de travail écrit,

ce n'est pas impératif. Toutefois, en cas de conclusion d'un contrat écrit, celui-ci doit être rédigé en français (C. trav., art. L1221-3). Il doit en outre comporter un minimum de clauses destinées à lui conférer une certaine cohérence. Ainsi, l'indication du salaire n'a aucun intérêt si la fonction du salarié n'est pas précisée. Le contrat de travail doit être signé en deux exemplaires, un pour chacune des parties. Si, de nos jours, la plupart des entreprises contractent par écrit avec leurs salariés, cette pratique était moins répandue par le passé. De fait, de nombreux salariés ayant une ancienneté importante ne possèdent pas de contrat écrit.

Les avantages de l'écrit

L'écrit est un moyen de prouver ce qui a été convenu au départ et donc de vérifier le respect du contrat. Celui-ci peut prévoir des clauses facultatives (néanmoins très utiles), stipulées dans l'intérêt du salarié ou de l'employeur. Il peut être ainsi prévu, en faveur du premier, une augmentation de la durée du préavis ou une indemnité contractuelle en cas de licenciement. Cependant, étant donné que l'employeur est le plus souvent en position de force, de nombreuses

clauses – la période d'essai par exemple – sont rédigées à son avantage. Mais, quoi qu'il en soit, la présence de ces clauses demeure une question de négociation. L'employeur n'a aucun intérêt à mentionner des éléments relevant de son pouvoir de direction dans le contrat. Cela aurait pour effet de les contractualiser et le consentement du salarié deviendrait alors nécessaire pour les modifier.

En l'absence d'écrit, il est quasiment impossible de rapporter la preuve de ses clauses facultatives. Toutefois, les bulletins de salaire pourront servir de témoins en ce qui concerne l'évolution de la carrière du salarié.

Les limites à la liberté contractuelle

L'imagination des rédacteurs n'est pas la seule limite à la liberté contractuelle. La présence d'une clause dans un contrat n'est absolument pas synonyme de « validité ». Ainsi, en vertu du principe de faveur, le contrat de travail ne doit pas contenir de clauses moins favorables au salarié que celles prévues par la convention collective applicable. Bien entendu, il ne doit pas être contraire à la loi (à travers l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence) et il ne peut prévoir

de clause instaurant une sanction pécuniaire. L'article L1121-1 du Code du travail stipule également que les droits des personnes ainsi que les libertés individuelles et collectives ne doivent pas connaître de restriction, sauf si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir ou proportionnées au but recherché. Il est donc interdit d'interdire, à moins que l'interdiction ne soit réellement justifiée. Certaines clauses peuvent donc être valables dans certaines circonstances mais pas dans d'autres. Enfin, une clause ne peut permettre à l'employeur de modifier unilatéralement l'un des éléments essentiels du contrat.

Les clauses obligatoires

Certaines clauses doivent impérativement être mentionnées dans un contrat de travail écrit.

L'identité des parties

Le contrat doit indiquer l'identité de l'employeur et celle du salarié. Pour ce dernier, doivent être précisés ses nom et prénom, nationalité, adresse, numéro de Sécurité sociale ainsi que sa date de naissance. Avant de signer un contrat de travail,

l'employeur doit s'enquérir de l'identité du recruté en photocopiant sa pièce d'identité ou son titre de séjour. Cet acte n'est pas purement administratif ; la substitution de personnes est en effet une réalité. Une affaire, jugée par le conseil de prud'hommes de Paris, est là pour nous le rappeler (un individu avait travaillé sous un autre nom que le sien).

L'employeur doit, de son côté, indiquer sa dénomination sociale, sa forme sociale (SA, SARL, SAS, ...), l'adresse du siège social, son numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, le capital social, le nom de la personne signataire du contrat dûment habilitée à cet effet.

La qualification et les fonctions

Le contrat doit mentionner le poste occupé ainsi que la position hiérarchique attribuée, en reprenant les grilles de classification d'emploi de l'éventuelle convention collective applicable. De nombreux contrats répertorient également les tâches confiées au salarié. Dans un tel cas, l'employeur a tout intérêt à préciser que cette liste est informative et surtout non exhaustive. Toutefois, étant donné que la détermination des tâches relève du pouvoir de direction de l'employeur, cette liste n'est pas

vraiment indispensable. Préférez plutôt une fiche de poste qui sera remise au salarié à titre d'information lors de son embauche. Celle-ci pourra ensuite évoluer plus facilement en dehors du cadre contractuel.

Le salaire

Le montant de la rémunération est indiqué sur une base mensuelle ou annuelle. Mais, dans les deux cas de figure, il est nécessaire de préciser le nombre de versements (par exemple sur 13 mois). Lorsque la rémunération comprend une part variable, son mode de calcul doit être indiqué et celui-ci doit reposer sur des éléments indépendants de la volonté de l'employeur. Certains contrats lient sa détermination à la signature d'un avenant annuel. Tant que le salarié est d'accord pour le signer, il n'y a aucun problème. En revanche, en cas de désaccord, les parties devront saisir le juge, lequel calculera la rémunération en s'appuyant sur les critères prévus au contrat ainsi que sur les montants des années passées. Cette clause peut également prévoir les modes d'évolution du salaire, mais son montant ne peut être indexé sur

l'inflation (pour plus de détails, consultez le chapitre 8 sur la rémunération).

La date de début du contrat de travail

Cette date peut être antérieure à celle de la signature du contrat (celui-ci pouvant être remis au salarié bien après sa prise de fonctions). En revanche, la relation contractuelle ne doit jamais commencer avant que l'employeur n'ait accompli ses obligations déclaratives préalables à l'embauche.

Le lieu de travail

Sa mention dans le contrat de travail n'a qu'une valeur informative, sauf si les parties considèrent qu'il est l'un des principaux éléments ayant conduit à la conclusion du contrat. Lorsque le lieu de travail n'est pas fixe ou prédominant, l'employeur doit préciser d'une manière sommaire les divers endroits possibles (chez les clients, dans les filiales du groupe, etc). Le salarié doit accepter les déplacements s'inscrivant dans le cadre habituel de ses fonctions et il ne peut les refuser sous prétexte que la clause de mobilité prévue par son

contrat de travail serait imprécise (Cass. soc., 21 janvier 2015, pourvoi nº 13-25759).

La durée du travail

Le volume du temps de travail (temps plein ou temps partiel) doit être mentionné. Il fait souvent référence, pour un temps plein, à la durée de travail hebdomadaire applicable dans l'entreprise. En l'absence de contrat écrit, le salarié est réputé avoir été embauché à temps plein. À l'exception des contrats à temps partiel, l'horaire de travail n'a pas à être indiqué et l'employeur n'y a d'ailleurs aucun intérêt puisque sa détermination fait partie de ses prérogatives. Or, en mentionnant l'horaire de travail dans le contrat, celui-ci entrera dans le champ contractuel et ne pourra plus être modifié sans l'accord du salarié. Le contrat peut également prévoir, sous certaines conditions, une forfaitisation du temps de travail (voir chapitre 6).

La période d'essai

Lorsqu'un salarié est embauché dans une nouvelle entreprise, une période d'essai précède généralement la conclusion définitive du contrat de travail (à durée déterminée ou indéterminée).

Celle-ci a un double objectif : permettre à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans le poste occupé, et à l'employé de s'assurer que les fonctions proposées sont conformes à ses attentes. Cette étape est importante, car il n'est pas rare que des candidats enjolivent quelque peu leur CV pour décrocher un emploi. Inversement, un chef d'entreprise aura parfois tendance à dépeindre la « mariée » plus belle qu'elle n'est en réalité…

La période d'essai ne se présume pas. En d'autres termes, une clause faisant référence à la période d'essai et éventuellement à son renouvellement doit apparaître dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail (C. trav., art. L1221-23). En l'absence de signature du contrat de travail stipulant une période d'essai, cette dernière n'est pas opposable au salarié (Cass. soc., 21 octobre 2020, pourvoi n° 19-17219).

Lorsqu'un employeur a déjà pu apprécier les compétences professionnelles d'un salarié au cours d'une précédente relation de travail, cela rend illicite la période d'essai et justifie le versement de dommages et intérêts (Cass. soc., 25 mai 2011, pourvois n° 09-68157 et 09-68402).

Durée

Avant la loi nº 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, la durée maximale de la période d'essai dépendait des conventions collectives. En l'absence de dispositions conventionnelles, le juge devait s'assurer, en cas de litige, que la durée fixée contractuellement était raisonnable et en rapport avec l'emploi occupé. Depuis juin 2008, la durée maximale de la période d'essai pour un contrat à durée indéterminée est précisée dans l'article L1221-19 du Code du travail :

- Deux mois pour les ouvriers et les employés ;
- Trois mois pour les agents de maîtrise et les techniciens ;
- Quatre mois pour les cadres.

L'article L1242-10 du Code du travail définit la durée de la période d'essai applicable à un contrat à durée déterminée. Celle-ci est calculée sur la base d'un jour par semaine travaillée, dans la limite maximale de deux semaines, pour les CDD inférieurs ou égaux à six mois. Pour les contrats d'une durée supérieure, la période d'essai est fixée à un mois.

Les parties ne peuvent pas déroger aux durées légales de la période d'essai, sauf dans les trois cas suivants :

- Une durée plus longue a été définie par des accords de branche conclus avant la promulgation de la loi portant modernisation du marché du travail ;
- Une durée plus courte a été fixée par des accords collectifs conclus après la promulgation de la loi précédemment citée ;
- Une durée plus courte a été mentionnée dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

Pour déterminer la fin d'une période d'essai, on tient compte des week-ends et des jours fériés : par exemple, une période d'essai de un mois, précisée dans un contrat dont l'exécution commence un 8 novembre, prendra fin le 7 décembre à minuit. En cas d'arrêt maladie ou d'accident du travail, la période d'essai est suspendue jusqu'au retour du salarié dans l'entreprise.

Lorsqu'une personne est embauchée à l'issue d'un stage de fin d'études, la durée de ce dernier est déduite de la période d'essai. La réduction ne peut

toutefois excéder la moitié de la période d'essai, sauf dispositions conventionnelles plus favorables.

Renouvellement

Il est possible de renouveler la période d'essai – une seule fois et pour une durée maximale identique à la durée initiale – lorsqu'un accord de branche étendu le prévoit. Dans le cas contraire, le contrat de travail ne peut pas comprendre de clause de renouvellement.

Lorsqu'un renouvellement est prévu, l'accord de branche étendu doit également en fixer les conditions. À noter que la loi ne précise pas s'il faut respecter un certain formalisme lors du renouvellement. Par conséquent, par précaution et sans préjuger de la pertinence des conditions énoncées dans les accords de branche étendus, l'employeur a tout intérêt à obtenir l'accord écrit du salarié pour renouveler la période d'essai. La jurisprudence avait d'ailleurs déjà statué en ce sens bien avant la loi du 25 juin 2008, en précisant que le renouvellement ne peut résulter que d'un accord exprès des parties intervenu au cours de la période initiale (Cass. soc., 23 janvier 1997, Libessart c/ Sté Lilper). Dans un arrêt en date

du 8 juillet 2015 (pourvoi n° 14-11762), la Haute Juridiction affirme que la seule signature du salarié ne suffit pas à caractériser sa volonté de renouveler la période d'essai, sans plus de précisions…

Rupture

Le droit du licenciement ne s'applique pas pendant la période d'essai (C. trav., art. L1231-1). Il s'agit d'une période d'insécurité pour les deux parties, chacune d'entre elles pouvant rompre le contrat à tout moment, avec des contraintes limitées. Lorsqu'un salarié désire interrompre la période d'essai, il doit respecter un délai de prévenance de 48 heures (24 heures si sa présence dans l'entreprise est inférieure à huit jours). Lorsqu'un employeur souhaite interrompre une période d'essai, et ainsi mettre fin au contrat de travail, il doit respecter un délai de prévenance qui ne peut être inférieur à :

- 24 heures pour moins de huit jours de présence ;
- 48 heures entre huit jours et un mois de présence ;
- Deux semaines après un mois de présence ;

- Un mois après trois mois de présence.

Selon l'article L1221-25 du Code du travail, le respect du délai de prévenance ne doit pas conduire le salarié à travailler au-delà du terme de la période d'essai, renouvellement inclus. Dans le cas contraire, le contrat de travail devient définitif. Si l'employeur met fin à la période d'essai avant son terme mais trop tardivement pour respecter le délai de prévenance, il doit impérativement dispenser le salarié de l'exécution de son « préavis » (Cass. soc., 16 septembre 2015, pourvoi n° 14-16713).

Le non-respect du délai de prévenance ouvre droit pour le salarié, sauf s'il a commis une faute grave, à une indemnité compensatrice. Celle-ci est égale au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du délai de prévenance, indemnité compensatrice de congés payés comprise.

Si l'employeur invoque une faute du salarié, il se place sur un terrain disciplinaire. Il doit donc organiser un entretien préalable pour lui permettre de se défendre.

Enfin, bien que la période d'essai soit pour le salarié une période d'insécurité (l'employeur n'a

pas à motiver sa décision, sauf disposition conventionnelle éventuelle), la rupture du fait de ce dernier peut être requalifiée, par le juge du fond, en licenciement ou en exercice d'un abus du droit de rompre pour les motifs suivants :

- Intention de nuire ;
- Légèreté blâmable ;
- Discrimination (C. trav., art. L1132-1).

Ainsi agit avec une légèreté blâmable l'employeur qui met fin aux relations contractuelles une semaine après le début de la période d'essai alors que le salarié, âgé de 45 ans et démissionnaire de son précédent emploi, suivait un stage d'adaptation aux techniques de la société et n'avait pas encore exercé les fonctions pour lesquelles il avait été embauché (Cass. soc., 5 mai 2004, pourvoi nº 02-41224).

D'une manière générale, l'employeur qui rompt la période d'essai pour des raisons personnelles – et non pour un motif lié aux capacités professionnelles du salarié – commet un abus de droit. Dans un arrêt en date du 20 novembre 2007 (pourvoi nº 06-41212), la chambre sociale de la Cour de cassation précise en effet que la période

d'essai doit permettre d'évaluer la valeur professionnelle d'un employé ; le contrat de travail ne peut donc être résilié que pour un motif inhérent à la personne du salarié (Cass. soc., 10 avril 2013, pourvoi n° 11-24794). En d'autres termes, seule une faute ou une insuffisance professionnelle imputable à ce dernier autorise l'exercice d'un droit de rupture.

Bien que l'employeur puisse interrompre la période d'essai sans aucun formalisme, la Cour de cassation a estimé – dans un arrêt du 10 mars 2004 (pourvoi n° 01-44750) – que la rupture fondée sur un motif disciplinaire nécessitait le respect de la procédure disciplinaire (convocation du salarié fautif à un entretien préalable). Cette décision jurisprudentielle peut paraître quelque peu surprenante au vu de l'article L1231-1 du Code du travail. Celui-ci stipule en effet qu'un CDI peut être rompu par l'employeur dans les conditions prévues par les dispositions du titre 3 du deuxième livre du Code du travail, mais que ces dernières – réglementant par exemple le licenciement pour motif personnel – ne s'appliquent pas pendant la période d'essai. Or, il est à noter que le droit disciplinaire (sanction et procédure) est traité dans

le titre 3 du troisième livre. La décision de la Cour de cassation est donc tout à fait logique et cohérente.

En cas de rupture abusive du fait de l'employeur, le salarié est en droit de demander des dommages-intérêts. Toutefois, étant donné que la charge de la preuve lui revient, il lui est généralement difficile de faire valoir son bon droit. En effet, puisque l'employeur n'a pas à se justifier quant au motif de la résiliation de la relation contractuelle, il n'est pas aisé de trouver des éléments à charge établissant une faute de sa part.

Salariés protégés

Enfin, notez que les salariés protégés bénéficient également, pendant la période d'essai, des dispositions légales qui leur assurent une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun. La Cour de cassation a statué en ce sens dans deux arrêts en date du 26 octobre 2005 (pourvois n^{os} 03-44751 et 03-44585). Toutefois, leur portée est limitée, car cette jurisprudence n'est susceptible de s'appliquer qu'à certains mandats ou fonctions exercés dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs : conseiller

du salarié, médecin du travail et conseiller prud'homal. En ce qui concerne les mandats de membre de la délégation du personnel au comité social et économique et délégué syndical, seuls les salariés présents dans l'entreprise depuis un an au moins peuvent faire acte de candidature. Or, la durée maximale de la période d'essai (renouvellement compris) ne pouvant excéder huit mois, cette jurisprudence ne peut en l'espèce s'appliquer.

Les clauses facultatives

Outre les clauses obligatoires, il existe une multitude de clauses facultatives qui permettent de caractériser en détail la relation contractuelle.

L'indication de l'application d'un accord collectif dans un contrat de travail n'a pas pour effet de le contractualiser (Cass. soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-10220).

Les organismes de prévoyance et de retraite

Les noms et coordonnées des organismes de prévoyance et de retraite peuvent être précisés.

Toutefois, cette mention n'a qu'une valeur informative et ne lie pas l'employeur si celui-ci décide de changer d'organismes (Cass. soc., 4 juillet 2007, pourvoi nº 05-45688).

La clause de reprise d'ancienneté

Elle permet de préciser une date d'entrée du salarié dans l'entreprise antérieure à la date réelle. Souvent présente dans les conventions de transfert, cette clause n'est pas un droit pour le salarié. Cependant, ce dernier a tout intérêt à la demander, lorsqu'il est déjà en poste et qu'un employeur veut à tout prix le recruter. Lors de l'embauche, une telle clause ne coûte rien à l'employeur (sauf si la convention collective prévoit le paiement d'une prime d'ancienneté). En revanche, au moment de la rupture du contrat, elle présentera un réel intérêt pour le salarié, car ses droits éventuels (indemnité de licenciement, par exemple) seront calculés à partir de cette ancienneté fictive.

La convention de transfert

Cette convention est conclue entre trois parties : le salarié, son employeur et une nouvelle entreprise dans laquelle il va être transféré. Elle met fin au contrat de travail en cours et entraîne simultanément la conclusion d'un contrat avec le nouvel employeur. Très souvent, l'ancienneté acquise dans la précédente entreprise est reprise dans la nouvelle.

Le salarié n'a d'ailleurs que très peu d'intérêt à signer cette convention, si elle ne prévoit pas la reprise de son ancienneté. Il est rare en revanche que le nouveau contrat prévoie une période d'essai. Ce type de convention est utilisé dans les groupes de sociétés pour transférer un salarié d'une entité à une autre, ainsi que pour les expatriations.

La clause de non-concurrence

Cette clause est assurément l'une des plus connues des salariés, mais également celle – avec la clause de mobilité – qui connaît le plus de contentieux.

Son objet

Elle interdit au salarié d'exercer une activité concurrente de celle de l'employeur à l'expiration de son contrat de travail. L'activité concurrentielle concerne uniquement la société employant le

salarié ; elle ne peut être étendue à l'activité des autres entreprises d'un groupe de sociétés. Étant donné que la clause de non-concurrence porte atteinte à la liberté du travail (le salarié ne peut plus travailler dans son précédent secteur d'activité), elle est très réglementée, à la fois par la jurisprudence et certaines conventions collectives. Parfois, elle est également appelée « clause de non-sollicitation » et interdit à un salarié de démarcher les clients de son ancien employeur.

Ses conditions de validité

Le juge doit rechercher la nature de l'obligation à la charge du salarié, afin de déterminer si elle constitue ou non une clause de non-concurrence. Pour être valable, cette dernière doit répondre à l'ensemble des conditions suivantes :

- Elle a pour objectif de protéger les intérêts légitimes de l'entreprise ;
- Elle doit être limitée dans l'espace et le temps ;
- Elle doit être assortie d'une contrepartie financière.

Seul le juge peut décider de sa validité.

La protection d'un intérêt légitime de l'entreprise

L'entreprise peut interdire au salarié de lui faire concurrence si elle a un intérêt légitime à protéger. Dans le cas contraire, elle irait à l'encontre de l'article L1121-1 du Code du travail. L'activité concurrente doit être de nature à causer un préjudice à la société. Pour déterminer ce dernier, il est nécessaire de s'intéresser en premier lieu à la fonction exercée par le salarié. Ainsi, l'interdiction n'est pas justifiée pour un laveur de carreaux ou un télévendeur. Elle l'est en revanche pour une personne disposant d'un savoir-faire technique ou pour une personne en contact direct avec le public (un coiffeur, un commercial, etc.) et dont le départ peut avoir un impact sur la clientèle. Même si une standardiste est en contact avec le public, l'insertion d'une clause de non-concurrence dans son contrat de travail serait considérée comme abusive. En effet, son départ ne serait pas de nature à causer un préjudice à son ancien employeur.

La limitation dans l'espace et le temps

Ces deux conditions, *a priori* différentes, sont appréciées globalement par les magistrats, en fonction notamment des spécificités de la situation

de l'entreprise et du salarié. La clause de non-concurrence est une question d'équité et de bon sens. Il vaut mieux une clause plus restreinte mais valable qu'une clause très générale mais illicite dans sa durée et dans son étendue géographique.

Plusieurs exemples tirés de la jurisprudence précisent les limitations admises et celles qui ne le sont pas. Il est rare que la durée soit inférieure à un an et supérieure à deux ans. En revanche, la délimitation de l'interdiction dans l'espace est plus délicate. La clause de non-concurrence peut ainsi être limitée à une seule ville (Maubeuge) pour un garçon de café ou à un rayon de 3 kilomètres autour de son ancien salon pour un coiffeur. Dans le premier exemple, nous pouvons imaginer que les consommateurs habituels suivront le serveur dans la même ville, mais ne seront pas prêts à faire 10 kilomètres pour prendre une consommation.

Plus l'activité de l'entreprise est spécifique et restreinte, plus la limitation dans l'espace peut être vaste. Celle-ci peut comprendre l'ensemble du territoire national pour un directeur commercial d'une société de vente de bijoux ayant développé une méthode marketing spécifique ou pour un

cadre commercial vendant des scanners et des appareils IRM dans toute la France. À l'inverse, est illicite l'interdiction du territoire national pour un conseiller en gestion de patrimoine, car cela l'obligerait à s'expatrier ou à se reconvertir en raison de la nature particulière de sa branche d'activité (Cass. soc., 30 octobre 1997, pourvoi n° 3927D, Ufifrance Patrimoine c/ Michalet). Les juges doivent non seulement examiner l'étendue géographique de la clause, mais également vérifier si le salarié peut continuer à exercer une activité conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle (Cass. soc., 3 juillet 2019, pourvoi n° 18-16134). Ils apprécient en fait les situations au cas par cas. La clause de non-concurrence ne doit pas aboutir à priver le salarié d'un moyen de subsistance. Elle peut prévoir l'interdiction pour le salarié de travailler dans la zone géographique dans laquelle il a exercé précédemment. Cette zone n'est pas obligatoirement celle dans laquelle il a commencé son activité dans l'entreprise. La clause considérée comme limitée dans l'espace est valable (Cass. soc., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-16020).

La contrepartie financière

La Cour de cassation a modifié sa jurisprudence le 10 juillet 2002 : en l'absence de contrepartie financière, la clause de non-concurrence est nulle. Par ailleurs, le montant de la contrepartie est fixe, il ne peut pas varier en fonction de la nature de la rupture (Cass. soc., 18 janvier 2018, pourvoi n° 15-24002).

Cette somme a la nature d'un salaire et donne lieu au paiement de cotisations sociales. Toutefois, il est impossible de la verser par anticipation pendant la durée du contrat. Elle se cumule avec les autres indemnités (congés payés, licenciement) et elle sera prise en compte par Pôle emploi dans la détermination du montant de l'allocation éventuellement versée. Elle ouvre même droit au paiement d'une indemnité de congés payés sauf si la clause prévoit que celle-ci est incluse (Cass. soc., 23 juin 2010, pourvoi n° 08-70233). À noter, pour l'anecdote, que la Cour de cassation a cassé un arrêt d'une cour d'appel qui avait condamné un employeur à verser la contrepartie financière à la veuve d'un salarié dont le contrat avait été rompu par son décès (Cass. soc., 29 octobre 2008, pourvoi n° 07-43093).

À la suite du revirement de jurisprudence en 2002, les employeurs se sont interrogés sur le montant à prévoir pour que la contrepartie soit valable (la somme ne pouvant être dérisoire ou symbolique). À défaut de jurisprudence et de réglementation sur la question, les seuls éléments de comparaison étaient les conventions collectives prévoyant une telle contrepartie. La jurisprudence donne peu d'exemples de clause de non-concurrence. Toutefois, lorsque celle-ci est égale à 10 % du salaire, elle est jugée comme dérisoire. En revanche, elle semble être valable à 33 %.

En cas d'interruption de la période d'essai, la clause de non-concurrence s'applique, sauf accord contractuel explicite des parties (Cass. soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-17921).

Sa mise en œuvre

En l'absence de clause de non-concurrence, le salarié peut exercer la même activité que celle qu'il avait chez son précédent employeur, à condition de ne pas lui faire de concurrence déloyale (en entretenant par exemple une confusion entre l'ancienne et la nouvelle société). En revanche, l'existence de cette clause – si elle est valable –

interdit au salarié toute concurrence sous peine d'être condamné à cesser ses actes sous astreinte, à réparer l'entier préjudice subi par son employeur et à rembourser la contrepartie financière qui lui a été versée.

L'ancien employeur peut également agir contre le nouveau sur le fondement de la concurrence déloyale, mais uniquement après l'avoir averti de l'existence de la clause (le nouvel employeur, en se rendant complice de la violation contractuelle de son salarié, commet une faute). Enfin, seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la clause, contrairement à l'employeur qui ne peut se dispenser du paiement de la contrepartie financière.

La renonciation

La clause peut permettre à l'employeur de renoncer à son exécution, ce qui lui évitera d'avoir à payer la contrepartie financière. Toutefois, certaines conventions collectives l'interdisent si le salarié ne donne pas son accord (Cass. soc., 6 janvier 2021, pourvoi n° 19-18312). En cas de renonciation, l'employeur doit respecter le formalisme prévu par le contrat de travail ou la convention collective. S'il

est prévu l'envoi d'une lettre recommandée, l'employeur ne peut se limiter à adresser un courriel de renonciation (Cass. soc., 21 octobre 2020, pourvoi n° 19-18399). L'employeur a intérêt à le faire savoir au salarié dès la lettre de licenciement ou en réponse à la réception d'une démission. D'une manière générale, la jurisprudence admet que cette renonciation puisse intervenir jusqu'au départ effectif du salarié de l'entreprise. Ainsi, la levée de la clause de non-concurrence faite en cours de préavis exécuté par le salarié est valable (Cass. soc., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-21021).

L'employeur ne peut pas renoncer unilatéralement à une clause de non-concurrence au cours de l'exécution du contrat de travail, sauf si ce dernier le permet (Cass. soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-22257).

Lorsque l'employeur ne lève pas une clause de non-concurrence illicite (par exemple, aucune contrepartie financière n'est prévue), il s'expose à une demande d'indemnisation de la part du salarié qui a exécuté une clause nulle. En effet, le respect d'une telle clause cause un préjudice au salarié, lequel peut alors demander réparation à son ex-

employeur. Cette demande est fréquente et le préjudice peut rapidement s'élever à plusieurs milliers d'euros si le salarié a renoncé à un emploi en respectant une clause nulle. Le salarié doit toutefois rapporter la preuve de son préjudice (Cass. soc., 25 mai 2016, pourvoi nº 14-20578). Par ailleurs, le fait que le salarié ait participé à la rédaction d'une clause nulle n'a pas d'incidence quant à l'obligation pour l'employeur de réparer son préjudice (Cass. soc., 6 juillet 2016, pourvoi nº 15-10987).

La clause de résultat, d'objectif ou de quotas

Cette clause fixe un résultat à atteindre par le salarié en termes de chiffre d'affaires, de nombre de ventes ou de rendement. Elle est souvent associée au versement d'une rémunération variable. Sa présence pose la question de sa conséquence si le résultat n'est pas atteint. Elle ne peut toutefois avoir pour effet de rompre le contrat et n'établit pas en elle-même une insuffisance professionnelle ou une faute du salarié qui justifierait son licenciement.

Sa validité est admise si les objectifs sont raisonnables et compatibles avec le marché. En cas de litige, même si comparaison n'est pas toujours raison, l'évolution des résultats du salarié dans le temps ou un comparatif avec d'autres salariés peut démontrer que les objectifs prévus par la clause sont raisonnables. Les objectifs peuvent être définis unilatéralement par l'employeur, à condition de respecter ce principe. Ils doivent être rédigés en français ; à défaut, ceux-ci sont inopposables au salarié sauf si l'employeur régularise la situation en communiquant dans un bref délai leur traduction en français (C. trav., art. L1321-6 ; Cass. soc., 21 septembre 2017, pourvoi nº 16-20426).

La clause de mobilité

Celle-ci permet à l'employeur de changer unilatéralement le lieu de travail du salarié sans que cela n'entraîne pour autant une modification de son contrat de travail (ce changement étant en effet prévu contractuellement). Pour être valable, une telle clause doit définir de manière précise la zone géographique d'application (que l'employeur n'a pas le pouvoir d'étendre unilatéralement). Par conséquent, une simple mention comme « en

fonction des besoins de l'entreprise » ou « dans tous les établissements de l'entreprise » ne suffit pas. En revanche, la zone géographique peut comprendre l'ensemble du territoire national (Cass. soc., 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-11906).

La clause doit être appliquée de bonne foi par l'employeur. Son exécution doit donc être décidée dans l'intérêt de l'entreprise et non dans le but de nuire au salarié. La mauvaise foi est ainsi caractérisée lorsqu'un délai de prévenance n'est pas respecté (Cass. soc., 3 mai 2012, pourvoi n° 10-25937). En l'espèce, une responsable d'équipe devait changer de lieu de travail du jour au lendemain. En cas de contestation, c'est au salarié de prouver la mauvaise foi de l'employeur. Le juge vérifiera alors si la mutation contestée est indispensable à la bonne marche de l'entreprise (Cass. soc., 14 novembre 2007, pourvoi n° 06-45164). Dans le cas contraire, cela signifiera que l'employeur a l'intention de se séparer du salarié. Lorsque la clause de mobilité s'accompagne d'une modification de fonction ou de rémunération, cela constitue une modification du contrat de travail qui nécessite l'accord de l'employé (Cass. soc., 14 octobre 2008, pourvoi n° 07-41454).

Le refus d'une mutation constitue une insubordination qui, jusqu'en 2007 était sanctionnée par un licenciement pour faute grave. En janvier 2008, la Cour de cassation a opéré un revirement jurisprudentiel en estimant que le refus « constitue en principe un manquement à ses obligations contractuelles mais ne caractérise pas à lui seul une faute grave » (Cass. soc., 23 janvier 2008, pourvoi n° 07-40522). Le juge doit notamment chercher à savoir si la mise en œuvre de la clause de mobilité porte atteinte aux droits du salarié et si cette atteinte est justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Ainsi le juge peut-il apprécier la légitimité de la mise en œuvre de la clause au regard de la vie familiale et personnelle du salarié (Cass. soc., 10 février 2016, pourvoi n° 14-17576).

En revanche, doit par exemple être sanctionné par un licenciement pour faute grave le refus d'un salarié de rejoindre temporairement le siège de la société pour y suivre une formation (Cass. soc., 25 juin 2014, pourvoi n° 12-35300). Ou le refus d'un salarié d'exécuter son préavis sur son nouveau lieu de travail (Cass. soc., 31 mars 2016, pourvoi n° 14-19711).

Enfin, l'employeur ne peut obliger le salarié à partager son temps de travail entre deux établissements de l'entreprise (Cass. soc., 20 décembre 2006, pourvoi nº 05-42224, Dramogore c/ Sté Le Bac).

La clause de domicile

Cette clause restreint la liberté du salarié dans le choix de son domicile. Elle lui impose d'habiter sur son lieu de travail ou à proximité de celui-ci. Pour être valable, elle doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Par exemple, elle ne peut être opposée à un gardien d'immeuble si celui-ci est en mesure de remplir ses fonctions en résidant à l'extérieur de son lieu de travail (Cass. soc., 13 avril 2005, pourvoi nº 03-42965). De même, elle n'est pas justifiée pour un délégué médical au prétexte d'accroître sa disponibilité (Paris, 14 décembre 2006, nº 05-4586). Elle est en revanche valable pour le chef d'agence d'un quotidien régional, celui-ci devant pouvoir intervenir à tout moment en fonction des impératifs de l'actualité (Dijon, 16 décembre 2004).

La clause de discrétion et de secret professionnel

Comme nous l'avons évoqué précédemment, le salarié est tenu à une obligation de discrétion. Par conséquent, cette clause peut sembler, à première vue, inutile. Toutefois, étant donné que de nombreux salariés n'ont pas (encore) lu cet ouvrage, cette clause a pour objectif de les informer. Elle permet d'insister sur cette obligation (en passant de la discrétion au secret) et d'en définir précisément les contours.

La clause de discrétion qui se borne à imposer au salarié la confidentialité des informations qu'il détient sur la société sans porter atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle n'ouvre pas droit à une contrepartie financière (Cass. soc., 15 octobre 2014, pourvoi nº 13-11524).

La clause de dédit formation

En cas de démission avant un certain délai, le salarié s'engage à rembourser le coût d'une formation financée par l'employeur. Cette clause est notamment utilisée par des compagnies aériennes qui financent des formations coûteuses. Elles évitent ainsi que des pilotes ne

démissionnent, une fois la qualification obtenue, pour rejoindre une compagnie concurrente. Pour être valable, une telle clause doit répondre à plusieurs conditions :

- L'employeur doit avoir pris en charge des frais supérieurs aux dépenses de formation obligatoire prévues par la loi ou la convention collective ;
- La clause doit donner lieu à la signature d'une convention spéciale avant le début de la formation ;
- Doivent être précisés le coût réel pour l'employeur, les modalités de remboursement par le salarié ainsi que la durée de la clause.

S'il manque l'une de ces mentions, la clause de dédit formation est nulle et l'employeur ne peut s'en prévaloir. À noter que la clause ne peut prévoir le remboursement des rémunérations perçues par le salarié pendant la durée de sa formation (Cass. soc., 5 octobre 2016, pourvoi n° 15 – 17127). Enfin, une telle clause est strictement interdite dans les contrats de qualification, de professionnalisation et d'insertion en alternance.

La clause d’indivisibilité

Lorsque l’embauche d’un salarié est liée à celle d’un autre salarié (par exemple, un couple de concierges en charge du même immeuble), la rupture du contrat de travail de l’un peut rendre impossible la poursuite du contrat avec le second et justifier son licenciement. La clause d’indivisibilité a pour rôle de prévoir cette interdépendance. En revanche, elle ne peut avoir pour effet une rupture de plein droit du contrat, le salarié ne pouvant renoncer par avance aux règles protectrices du licenciement. Dans ce cas, l’employeur devra licencier le salarié en retenant le motif d’indivisibilité.

Si cette clause est contestée, le juge devra, d’une part, vérifier si la poursuite du second contrat de travail est possible, d’autre part, s’assurer que l’indivisibilité est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Si le licenciement du premier salarié est jugé abusif, celui du second le sera également.

La clause de garantie d’emploi

L’employeur s’engage à ne pas rompre le contrat de travail du salarié pendant une certaine durée, voire

même pendant une durée indéterminée, sauf en cas de faute grave ou lourde. Si le contrat est rompu par l'employeur, celui-ci devra réparer le préjudice subi par le salarié en lui versant l'intégralité des salaires jusqu'à l'expiration de la période de garantie, déduction faite d'éventuelles allocations chômage.

La violation de cette clause ne rend pas forcément le licenciement illégitime. Toutefois, en cas de survenance de ces deux événements, Pôle emploi est en droit de demander le remboursement des allocations chômage versées (Cass. soc., 23 octobre 2007, pourvoi nº 06-42994). Cette clause est certainement la plus intéressante de toutes pour un salarié. Elle est souvent négociée afin de garantir l'emploi d'un dirigeant ou d'un propriétaire de société après cession de son capital. En règle générale, lorsqu'une clause de garantie d'emploi est insérée dans un contrat de travail, les parties ne prévoient aucune période d'essai.

La clause d'exclusivité et de fidélité

Présente dans de nombreux contrats, elle interdit au salarié d'exercer une autre activité professionnelle. Depuis 2000, la Cour de cassation

limite son champ d'application aux activités concurrentes de celles de l'employeur. Pour être valable, la clause d'exclusivité doit être « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ». Elle doit aussi délimiter les activités interdites. Si elle est rédigée en termes généraux et imprécis sans spécifier les activités pouvant être envisagées par le salarié (activité bénévole ou lucrative, professionnelle ou de loisirs), elle est sans effet (Cass. soc., 16 mai 2018, pourvoi nº 16-25272).

La jurisprudence donne peu d'exemples validant cette clause. Elle a ainsi été jugée licite pour un directeur commercial encadrant 100 commerciaux, la cour d'appel estimant qu'une telle charge de travail ne permettait pas au salarié d'exercer une autre activité (Paris, 29 avril 2003, nº 01-37760). Enfin, notez qu'un salarié cumulant plusieurs activités n'a pas le droit de dépasser les durées maximales de travail autorisées.

La clause de restitution de matériel

Cette clause prévoit la restitution du matériel à l'issue du contrat de travail, ce qui semble aller de soi. L'employeur a intérêt à l'assortir d'une astreinte quotidienne, consistant en une somme due à l'employeur, en cas de non-respect de cette obligation. Afin que cette clause n'aille pas à l'encontre des principes de l'interdiction des sanctions pécuniaires, l'astreinte ne produira son effet qu'à partir de la rupture du contrat. Le juge n'aurait donc aucune raison de l'invalider.

Une telle clause n'a pas pour objectif d'être invoquée dans une procédure judiciaire, elle a simplement un rôle dissuasif. Sa mise en œuvre suppose un document signé du salarié attestant de l'identification (modèle, numéro de série, etc.) et de la remise du matériel. Le salarié signant un tel document ne doit pas oublier de demander une décharge lors de la restitution du matériel.

La tenue vestimentaire

Cette clause prévoit une tenue vestimentaire que les salariés doivent revêtir. À partir du moment où elle restreint la liberté de se vêtir, sa validité doit être « justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché » (C. trav., art.

L1121-1) . En principe, elle est admise lorsqu'elle répond à un intérêt commercial ou de sécurité. Par exemple, une vendeuse d'une grande marque de vêtements ne peut refuser de porter les tenues fournies par son employeur (Cass. soc., 3 juin 2009, pourvoi nº 08-40346). En revanche, un agent de sécurité chargé de visionner les images prises par des caméras de surveillance peut refuser de porter un uniforme, en l'absence de contacts avec la clientèle (Metz, 3 mars 2009, nº 06-2417). Cette clause implique la fourniture de vêtements ou l'indemnisation des salariés.

Le permis de conduire

En raison de l'augmentation du nombre de personnes conduisant sans permis suite à des infractions routières, certaines entreprises imposent contractuellement à leurs salariés de les avertir en cas de retrait de permis. Pour respecter cette obligation, les salariés peuvent avoir à justifier régulièrement de la possession de leur permis de conduire, en le présentant à leur employeur.

La délégation de pouvoir

Elle permet au chef d'entreprise de s'exonérer de sa responsabilité pénale (à condition toutefois de ne pas être personnellement l'auteur d'infractions), en la transmettant à un autre salarié. L'effectivité de cette délégation nécessite que le salarié ait à la fois les moyens et les connaissances nécessaires pour assumer cette responsabilité. Les principaux domaines de délégation sont : l'hygiène, la sécurité et le respect de la législation sociale. Celui qui reçoit la délégation peut lui-même déléguer à un autre salarié (cela s'appelle une « subdélégation »). En revanche, la délégation ne peut pas être donnée à une personne extérieure à l'entreprise, comme un prestataire, ou à deux personnes, le risque étant de « diluer » leur responsabilité.

Partie 3
La vie dans l'entreprise

Dans cette partie…

Vous voilà embauché(e), vous entrez dans l'entreprise, contrat en main, mais connaissez-vous bien les droits et devoirs qu'implique cette nouvelle vie professionnelle ? Nous parlerons tout d'abord de la durée du travail et des fameuses 35 heures, une spécificité bien française.

Nous aborderons également dans cette partie les congés, la santé au travail et, enfin, les sanctions disciplinaires que votre employeur pourrait éventuellement vous infliger, avec des conséquences plus ou moins fâcheuses.

DANS CE CHAPITRE

La définition du temps de travail

•

Les heures supplémentaires

•

Les limites journalières et hebdomadaires

•

Les conventions de forfait en jours, en heures

Chapitre 6
La durée du travail

La durée du travail est certainement l'un des domaines les plus complexes du Code du travail, notamment en raison de l'existence d'une multiplicité de règles auxquelles il est possible de déroger – dans certaines limites – par la conclusion d'accords collectifs. Cette réglementation a été marquée par un mouvement de réduction de la durée du travail aujourd'hui stabilisé. Un rôle accru a été accordé aux

partenaires sociaux par la loi Travail du 8 août 2016, qui a réorganisé le Code du travail. Chaque sujet lié au temps de travail a été divisé en trois parties : tout d'abord des dispositions d'ordre public auxquelles on ne peut déroger, puis le champ de la négociation collective et enfin les règles s'appliquant à défaut d'accord collectif. En facilitant la conclusion d'accords d'entreprise, les ordonnances du 22 septembre 2017 ont également permis de déroger à certaines des règles présentées dans ce chapitre.

La pandémie de Covid-19 a entraîné la modification de certaines règles sur la durée du travail. Des dérogations aux durées maximales de travail quotidienne et hebdomadaire ont par exemple été autorisées pour permettre à des secteurs stratégiques de conserver un niveau d'activité le plus élevé possible.

Le travail effectif

Le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives constitue le temps de travail effectif (C. trav., art. L3121-1). Autre notion importante précisée dans cet article : la personne ne peut

vaquer librement à ses occupations personnelles. Cette définition retient la disponibilité du salarié pour exercer une activité, quand bien même son employeur le laisserait inoccupé, sans lui confier de mission ou de tâche à accomplir. Le travail effectif n'implique donc pas une activité physique ou intellectuelle, mais simplement de rester à la disposition de son employeur. Pour la plupart des salariés, le temps de travail effectif coïncide avec leur temps de présence dans l'entreprise, pendant l'horaire collectif auquel ils sont soumis indépendamment de l'exercice d'une activité.

Le temps pendant lequel une ambulancière doit rester postée à proximité d'un circuit automobile constitue du temps de travail (Cass. soc., 6 avril 1999, pourvoi n°97-40058). L'accomplissement d'une permanence sur le lieu de travail constitue du temps de travail (Cass. soc., 4 mai 1999, pourvoi n° 96-43037). Le temps de travail effectif se distingue aisément des périodes de repos, pendant lesquelles le salarié peut se consacrer à ses occupations personnelles sans aucun contrôle de son employeur. Ainsi, la participation à des voyages ne constitue pas du temps de travail lorsque le salarié n'a pas

l'obligation de prendre en charge des clients et peut vaquer à ses occupations personnelles (Cass. soc., 10 février 2016, pourvoi nº 14-14213).

Entre travail et repos, des situations intermédiaires

Certaines situations charnières vont donner lieu à débat, par exemple lorsque le salarié, en pause sur son lieu de travail ou soumis à une astreinte à son domicile, peut vaquer à ses occupations personnelles tout en se tenant prêt à intervenir à tout moment.

Les temps de pause et de repas

L'article L3121-2 précise que la pause et le repas ne sont pas du temps de travail effectif, sauf si la situation dans laquelle se trouve le salarié répond aux critères énoncés dans l'article L3121-1 :

- Le temps du repas pendant lequel une infirmière peut être appelée à tout moment constitue du temps de travail effectif (Cass. soc., 4 février 2006, pourvoi nº 04-42648) ;

- Constitue du travail effectif le temps de pause du salarié d'une station-service travaillant seul la nuit, si celui-ci doit rester pour recevoir les clients sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles (Cass. soc., 13 janvier 2010, pourvoi nº 08-42716) ;
- Une pause n'a pas à être comptabilisée comme temps de travail effectif, peu importe qu'elle soit brève et que le salarié soit dans l'impossibilité de sortir de l'établissement pour vaquer à ses occupations personnelles (Cass. soc., 5 avril 2006, pourvoi nº 05-43061) ;
- L'interdiction de quitter l'entreprise pendant une pause n'empêche pas le salarié de vaquer à ses occupations personnelles. La pause ne doit donc pas être comptabilisée comme du temps de travail effectif (Cass. soc., 19 mai 2009, pourvoi nº 08-40208).

La pause est définie comme étant un arrêt de travail de courte durée, sur le lieu de travail ou à proximité. Toutefois, elle ne dispense pas un salarié d'intervenir pour des raisons de sécurité (Cass. soc., 1er avril 2003, pourvoi nº 01-01395).

Les temps de pause et de repas ne sont pas payés ni considérés comme du temps de travail, sauf si cela résulte d'un usage dans l'entreprise ou si la convention collective ou le contrat de travail le prévoit.

Le salarié qui a travaillé pendant six heures sans interruption doit bénéficier d'une pause de 20 minutes minimum (C. trav., art. L3121-16). Celle-ci doit être continue et ne peut être fractionnée (Cass. soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-28613). Le paiement du temps de pause doit être indiqué sur le bulletin de salaire. Néanmoins, cette absence d'indication ne signifie pas nécessairement que la pause n'a pas été rémunérée (Cass. soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 16-20856). Entre le début et la fin de la journée de travail, il ne doit pas s'écouler plus de 13 heures, pauses comprises. Cette limitation de l'amplitude de la journée de travail résulte de l'obligation d'accorder au salarié un repos ininterrompu d'au moins 11 heures (C. trav., art. L3131-1). Un accord collectif permet de déroger à cette règle dans les secteurs d'activité où une continuité de service doit être assurée ou en cas de surcroît temporaire d'activité. Cependant, la durée du repos quotidien

ne peut être inférieure à neuf heures (C. trav., art. D3131-4 à D3131-7).

L'employeur doit rapporter la preuve du respect du temps de pause obligatoire dont bénéficie le salarié (Cass. soc., 15 mai 2019, pourvoi n° 17-28018).

L'astreinte

Il s'agit d'une période pendant laquelle le salarié ne travaille pas, mais doit pouvoir intervenir à tout moment pour accomplir un travail (C. trav., art. L3121-9). Ce temps d'attente n'est pas considéré comme du temps de travail effectif, sauf si le salarié doit rester dans les locaux de l'entreprise. En revanche, le temps de l'intervention et celui pour s'y rendre constituent du temps de travail. Le salarié qui peut rester à son domicile mitoyen du magasin ne travaille pas mais est en astreinte (Cass. soc., 16 juin 2004, pourvoi n° 02-43755). Il en est de même pour le salarié qui doit pouvoir être joint téléphoniquement, afin d'effectuer un travail urgent (Cass. soc., 20 janvier 2021, pourvoi n°19-10956).

La situation est controversée lorsque le salarié doit – en raison de l'éloignement de son domicile –

résider dans un logement mis à sa disposition par l'employeur, pour demeurer à proximité de son lieu d'intervention. La jurisprudence a tout d'abord considéré, pour des agents EDF, que ce temps constituait du temps de travail effectif puisque ce lieu était imposé par l'employeur (Cass. soc., 2 avril 2003, pourvoi nº 01-40032). Elle a ensuite décidé, pour un médecin résident libre de vaquer à ses occupations personnelles, que ce temps constituait une astreinte (Cass. soc., 8 septembre 2016, pourvoi nº 14-23714).

Le recours à l'astreinte

L'astreinte peut être prévue par une convention ou un accord collectif (C. trav., art. L3121-11) et le délai de prévenance des périodes d'astreinte doit être raisonnable. Si la conclusion d'un accord est impossible, elle peut être instaurée par une décision de l'employeur après consultation du comité social et économique, et information de l'inspecteur du travail (C. trav., art. L3121-12). Le salarié doit alors être informé d'une période d'astreinte au moins 15 jours à l'avance. En cas de circonstances exceptionnelles, ce délai peut être ramené à un jour franc, ce qui laisse une journée

entière entre le jour de l'information et celui de l'astreinte. À la fin du mois, l'employeur a l'obligation de remettre au salarié un document récapitulant les heures d'astreinte accomplies ainsi que la compensation accordée en contrepartie (C. trav., art. R3121-2). Ces documents pourront être consultés par l'inspecteur du travail pendant un an (C. trav., art. D3171-16).

Prévoir des astreintes dans le contrat de travail ne suffit pas à leur donner un caractère obligatoire. Il faut en effet qu'elles soient mises en place dans un cadre légal, à savoir par accord collectif ou après consultation des représentants du personnel (Cass. soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 15-24507).

Contrepartie financière ou sous forme de repos

Même si le salarié peut vaquer à ses occupations personnelles, la possibilité d'être dérangé à tout moment et de devoir rester à son domicile (ou à proximité) constitue une contrainte. Par conséquent, l'astreinte doit comprendre une contrepartie monétaire ou en repos prévue par un accord collectif. En l'absence d'accord, l'employeur décide seul des compensations accordées après

consultation du comité social et économique et information de l'inspecteur du travail (C. trav., art. L3121-12). Si aucune rémunération n'a été prévue, le juge pourra la fixer librement.

Bien que les périodes d'astreinte – hors intervention – ne soient pas du temps de travail effectif, elles sont prises en considération dans le décompte du repos journalier ou hebdomadaire (C. trav., art. L3121-10). La privation du repos hebdomadaire en raison de l'accomplissement des astreintes constitue un préjudice spécifique qui donne droit au salarié à l'obtention de dommages et intérêts (Cass. soc., 8 juin 2011, pourvoi nº 09-67051).

Le temps de trajet

Le temps de trajet entre le domicile du salarié et son lieu de travail habituel ne constitue pas du temps de travail effectif. En revanche, si la durée du trajet pour se rendre sur un autre lieu de travail dépasse la durée « normale » entre domicile et lieu de travail habituel, elle doit donner lieu à une contrepartie financière ou sous la forme de repos (C. trav., art. L3121-4). Cette règle ne propose toutefois aucune solution pour traiter la situation

des salariés qui n'ont pas de lieu de travail habituel (par exemple, ils sont soit itinérants, soit travailleurs sur des chantiers ne nécessitant pas un passage par l'entreprise). La Cour de cassation a néanmoins retenu une solution qui pourrait être appliquée pour régler ce problème. Le juge doit tout d'abord rechercher, dans la région où se situe l'entreprise, quel est le temps de trajet normal d'un salarié se rendant de son domicile à son lieu de travail habituel. Puis il doit le comparer au temps de trajet litigieux (Cass. soc., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-18571).

Lorsque le salarié passe par l'entreprise pour se rendre sur son lieu d'intervention, le compteur du temps de travail effectif commence à tourner (Cass. soc., 5 décembre 2018, pourvoi n° 17-18217).

Le Code du travail renvoie à un accord collectif ou à une décision unilatérale de l'employeur pour déterminer la contrepartie dont bénéficient les salariés. Par exemple, la convention collective du bâtiment prévoit le versement d'indemnités de petit et grand déplacements en fonction de l'éloignement des chantiers du siège de l'entreprise ou de l'établissement de rattachement. Le temps pendant lequel le salarié se rend d'un lieu de travail

à un autre constitue du temps de travail effectif puisque le salarié est à la disposition de l'employeur. La durée du déplacement coïncidant avec l'horaire de travail ne doit entraîner aucune diminution de salaire (Cass. soc., 12 janvier 2005, pourvoi nº 02-47505).

Le temps d'habillage et de déshabillage

Certains salariés doivent porter un uniforme ou une tenue spécifique. Le temps passé à s'habiller et à se déshabiller ne constitue pas du temps de travail effectif, sauf si une convention ou un accord collectif prévoit le contraire. Lorsqu'une tenue est imposée conventionnellement, contractuellement ou par le règlement intérieur et que l'habillage ou le déshabillage doit être effectué sur le lieu de travail, ce temps doit donner lieu à une contrepartie financière ou sous forme de repos. La contrepartie est prévue par une convention, un accord collectif ou le contrat de travail (C. trav., art. L3121-3 et L3121-7).

La durée légale du travail

La durée légale du travail en France est de 35 heures hebdomadaires, la semaine débutant le lundi matin à minuit et se terminant le dimanche soir à minuit (C. trav., art. L3121-27 et L3121-35). Cette durée, qui s'applique à toutes les entreprises quel que soit leur effectif, concerne tous les salariés à temps plein et toutes les heures effectuées au-delà sont considérées comme des heures supplémentaires (sauf si le salarié est soumis, par dérogation, à une durée de travail équivalente). Sur un mois, un salarié travaille 151,67 heures, un mois représentant 4,33 semaines. Sur l'année, cela représente 1607 heures de travail. Il existe toutefois différents dispositifs permettant d'aménager ou de décompter la durée du travail en sortant de la référence hebdomadaire. Par exemple, certains salariés peuvent être soumis à un forfait jours.

Pour les salariés à temps partiel, le contrat de travail doit mentionner une durée du travail inférieure à 35 heures.

Les cadres dirigeants

Les cadres dirigeants ne sont pas soumis aux règles de la durée du travail. En pratique, ce sont des salariés qui, sans être des mandataires sociaux

inscrits sur l'extrait Kbis, ont une situation et des missions très proches de celles du chef d'entreprise. Ils doivent notamment participer à la direction de la société (Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 12-19759).

L'article L3111-2 du Code du travail fixe trois conditions cumulatives pour qu'un salarié soit considéré comme tel :

- Il doit bénéficier d'une rémunération appartenant aux niveaux les plus élevés de l'entreprise ;
- En raison de la nature de ses responsabilités, il doit disposer d'une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps ;
- Il doit être autonome dans la prise de décision.

Ces trois critères ne sont pas nécessairement réservés aux dirigeants de l'entreprise. Pour retenir ou écarter le régime des cadres dirigeants, le juge doit vérifier les conditions dans lesquelles le salarié exerce ses fonctions indépendamment de la qualification retenue dans un accord collectif ou dans son contrat de travail. L'attribution de cette qualité peut être en effet un subterfuge pour éviter de soumettre un salarié à la durée légale du travail

et de lui payer des heures supplémentaires. En revanche, l'appartenance à la catégorie des cadres dirigeants n'implique pas nécessairement une mention dans le contrat de travail (Cass. soc., 30 mai 2018, pourvoi nº 16-25557).

La jurisprudence apprécie ces critères au cas par cas. Un cadre dont le rôle est de mettre en œuvre des politiques commerciales qu'il n'a pas définies n'a pas la qualité de cadre dirigeant (Cass. soc., 18 juin 2008, pourvoi nº 07-40427). En revanche, le directeur des ressources humaines d'une société de 2500 salariés, exerçant des responsabilités importantes et percevant le deuxième salaire de l'entreprise, peut être qualifié de cadre dirigeant (Cass. soc., 3 juin 2009, pourvoi nº 07-44293).

Les heures d'équivalence

Dans certaines professions dont le temps de travail comprend des périodes d'inaction, les salariés sont soumis à une durée du travail dite « équivalente », supérieure à 35 heures par semaine (C. trav., art. L3121-13). Les heures comprises entre les 35 heures hebdomadaires et la durée d'équivalence ne sont pas considérées comme des heures supplémentaires. Le Code du travail renvoie aux

accords collectifs applicables pour déterminer la rémunération de ces heures qui peut être facultative. Un régime d'équivalence est mis en place par accord collectif (hors accord d'entreprise) ou par décret en Conseil d'État. Un tel régime existe dans l'épicerie, dans l'hospitalisation privée, pour les personnes exerçant une surveillance nocturne ou dans les casinos. Dans ce dernier secteur, la durée du travail est de 38 heures par semaine.

La récupération des heures perdues

L'employeur a la possibilité de faire récupérer aux salariés les heures perdues collectivement en raison de certains événements, dans les 12 mois précédant ou suivant leur perte (C. trav., art. L3121-50 et R3121-34). Cette récupération ne doit pas augmenter la durée du travail de plus de une heure par jour ou de plus de huit heures par semaine (C. trav., art. R3121-35). Cette récupération est soumise à une information préalable de l'inspecteur du travail (C. trav., art. R3121-33). Les heures récupérées sont rémunérées normalement.

La récupération des heures perdues suppose que ces dernières aient été perdues en raison :

- D'une intempérie, d'une cause accidentelle ou d'un cas de force majeure. À noter, par exemple, qu'un incendie détruisant les stocks et non l'outil de production d'une entreprise n'a pas été considéré comme constituant un cas de force majeure (Cass. soc., 7 avril 1994, pourvoi nº 89-42872) ;
- D'un inventaire ;
- De la fermeture de la société pendant un ou deux jours ouvrables compris entre un jour férié et un jour de repos hebdomadaire.

Les heures perdues en raison de la fermeture de l'entreprise un jour férié ne peuvent être récupérées (C. trav., art. L3133-2).

Les heures supplémentaires

Les heures accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire constituent des heures supplémentaires (C. trav., art. L3121-28). Les cadres dirigeants et les salariés en forfait jours sur l'année ne sont pas concernés par cette réglementation. Le décompte des heures supplémentaires s'effectue

par semaine (C. trav., art. L3121-29), sauf pour les salariés soumis à un aménagement du temps de travail. Dans ce cas, les heures supplémentaires sont décomptées à l'issue d'une période de référence qui ne peut dépasser trois ans en cas d'accord de branche et neuf semaines en cas de décision unilatérale de l'employeur (C. trav., art. L3121-41). Pour les salariés assujettis à un horaire collectif inférieur à la durée légale hebdomadaire, les majorations ne leur sont payées qu'après la 35e heure.

La décision de recourir à des heures supplémentaires appartient à l'employeur. Certaines jurisprudences ont fixé des limites au pouvoir de ce dernier, en lui imposant un délai de prévenance (sans le fixer) ou en lui interdisant de les supprimer à moins de le justifier par l'intérêt de l'entreprise (Cass. soc., 19 juin 2008, pourvoi nº 07-40876).

La mention des heures supplémentaires dans le contrat de travail évitera leur suppression sans l'accord du salarié.

Les heures supplémentaires doivent être décomptées pour pouvoir être payées. Elles donnent droit à des majorations ou à une contrepartie en

repos. Contrairement à ce que certaines pratiques pourraient laisser penser, le paiement d'une prime ne vaut pas paiement des heures supplémentaires.

Contingent annuel d'heures supplémentaires

Le Code du travail fixe le contingent annuel d'heures supplémentaires à 220 heures par salarié (C. trav., art. D3121-24). Toutefois, celui-ci peut être réduit ou augmenté par convention, accord de branche, accord d'entreprise ou d'établissement (C. trav., art. L3121-33 et L3121-30). L'employeur qui décide d'avoir recours à des heures supplémentaires dans la limite du contingent annuel doit informer le comité social et économique. Pour dépasser le contingent, il doit demander l'avis de ce dernier.

Le contingent n'est pas transférable d'un salarié à un autre.

Les heures supplémentaires accomplies pour réaliser des travaux urgents ou donnant lieu à un repos compensateur équivalent ne sont pas décomptées du contingent (C. trav., art. L3121-30). Dans les branches dont l'activité est saisonnière,

un accord collectif peut modifier la période de référence pour décompter les heures supplémentaires et les repos compensateurs (C. trav., art. L3121-34).

Majorations

Les heures supplémentaires sont majorées de 25 % pour les huit premières (entre la 35e et la 43e heure), de 50 % au-delà. Un accord collectif peut diminuer ces taux de majoration, mais sans que ceux-ci soient inférieurs à 10 % (C. trav., art. L3121-33). Une convention ou un accord collectif peut également prévoir de remplacer le paiement des heures supplémentaires (y compris les majorations) par un repos compensateur équivalent. Lorsque l'entreprise ne compte pas de représentants syndicaux, l'employeur peut décider de cette modification avec l'accord du comité social et économique (C. trav., art. L3121-37).

Contrepartie obligatoire en repos

Pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent, le salarié doit bénéficier – en plus

de la majoration – d'une contrepartie obligatoire en repos (C. trav., art. L3121-38). Celle-ci est égale à 50 % de la durée des heures supplémentaires effectuées dans les entreprises d'au plus 20 salariés, de 100 % dans les autres entreprises. Il existe donc deux types de repos compensateur : celui de remplacement qui peut se substituer au paiement des heures supplémentaires (C. trav., art. L3121-37) et la contrepartie obligatoire en repos pour les heures accomplies au-delà du contingent d'heures supplémentaires.

Le solde de ces deux types de repos doit être mentionné sur un document annexé au bulletin de paie (C. trav., art. D3171-11). De plus, dès que ce crédit atteint au moins sept heures, il doit être précisé sur le document que le salarié dispose d'un délai de deux mois pour les prendre. La personne doit prévenir son employeur au moins sept jours à l'avance. Celui-ci dispose du même délai pour lui accorder ou lui refuser en raison d'impératifs liés à l'activité de l'entreprise. Dans ce second cas, l'employeur consulte le comité social et économique, puis propose au salarié une nouvelle date dans les deux mois. En l'absence d'une demande du salarié, celui-ci ne peut perdre son

droit à repos. L'employeur doit alors lui demander de les prendre dans un délai de un an. En cas de départ de l'entreprise, les repos non pris sont convertis en indemnité pécuniaire (C. trav., art. D3121-17 à D3121-23).

Litiges relatifs au paiement des heures supplémentaires

Le non-paiement des heures supplémentaires peut conduire le salarié à saisir la justice. Cette demande intervient la plupart du temps après la rupture du contrat de travail. S'il n'est pas inutile pour le salarié d'exiger leur paiement pendant la relation contractuelle, cela ne prouve pas pour autant qu'il les a bien effectuées. La prescription est de trois ans d'arriérés à compter de la demande en justice, ces sommes ayant une nature de salaire. Les heures supplémentaires sont dues au salarié à condition qu'elles aient été demandées par l'employeur, réalisées avec son accord implicite ou bien imposées par la nature ou la quantité du travail confié (Cass. soc., 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-16959). Lorsque la dernière condition est remplie, il n'est pas nécessaire d'obtenir une autorisation de l'employeur (Cass. soc., 14 novembre 2018, pourvoi

n° 17-20659). Lorsque l'employeur conteste l'exécution d'heures supplémentaires, le salarié doit impérativement établir que celui-ci avait connaissance de leur réalisation (Cass. soc., 2 novembre 2016, pourvoi n° 15 – 20540).

Lorsqu'il existe un litige sur la réalisation d'heures supplémentaires, la charge de la preuve pèse à la fois sur l'employeur et le salarié. Ce dernier doit apporter au juge des éléments de nature à étayer sa demande (C. trav., art. L3171-4). En pratique, il faut au minimum fournir un décompte indiquant le nombre d'heures effectuées quotidiennement ainsi qu'un récapitulatif hebdomadaire, les heures supplémentaires se décomptant par semaine. Un salarié qui prétend, par exemple, avoir effectué des heures supplémentaires pendant les vacances ou un arrêt maladie (cela s'est déjà vu) perd toute crédibilité. Ce décompte doit être précis, les heures supplémentaires ne se chiffrant pas à la louche. Dans un arrêt récent, la Cour de Cassation semble revenir sur l'exigence de fournir un décompte hebdomadaire (Cass. soc., 4 septembre 2019, pourvoi n° 18-10541). Il existe une opposition fréquente entre les cours d'appel et la Cour de Cassation. Cette dernière intervient pour censurer

des décisions dont elle estime qu'elles font peser la charge de la preuve sur le seul salarié ou en exigeant de celui-ci des éléments corroborant ses décomptes d'heures supplémentaires (Cass. soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-26385).

De son côté, l'employeur doit fournir au juge des éléments justifiant les horaires effectivement réalisés par le salarié. Lorsque cette obligation n'est pas respectée, la jurisprudence a déjà admis la condamnation de l'employeur sur la base des seuls décomptes établis par le salarié (Cass. soc., 13 octobre 1998, pourvoi n° 96-42375).

Dans un arrêt du 24 novembre 2010 (pourvoi n° 09-40928), la Cour de cassation est allée encore plus loin en censurant une cour d'appel qui avait rejeté la demande d'une salariée au motif que celle-ci avait communiqué un décompte mois par mois rédigé « au crayon », sans aucune explication ni indication complémentaire. La Haute Juridiction estime en effet que l'employeur aurait dû répondre en produisant des éléments de nature à justifier les horaires réalisés par la salariée. Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt du 30 mai 2012 (pourvoi n° 09-71831).

Le juge ne peut pas rejeter une demande en paiement d'heures supplémentaires en retenant que le salarié n'apporte pas la preuve irréfutable et incontestable de leur accomplissement (Cass. soc., 10 mai 2007, pourvoi n° 05-45.932). En revanche, le salarié doit être en mesure de prouver un préjudice pour en obtenir réparation (Cass. soc., 29 juin 2017, pourvoi n° 16-11280).

Les horaires de travail

Le personnel de l'entreprise est soumis à un horaire défini par l'employeur. Certains salariés peuvent ainsi être assujettis à un horaire collectif fixe, tandis que d'autres doivent respecter un horaire individualisé variable. Ces horaires comportent des limites hebdomadaire et quotidienne, le salarié devant bénéficier de un jour de repos par semaine (en principe le dimanche).

L'horaire collectif

L'horaire collectif fixé par l'employeur, après consultation du comité social et économique, doit être matérialisé par un écrit daté, signé et affiché dans l'entreprise. Ce document, dont une copie est

transmise à l'inspecteur du travail, mentionne les heures de début et de fin de chaque période de travail. L'horaire collectif n'est pas nécessairement unique pour tous les salariés, un horaire différent pouvant être assigné selon les services. Les horaires n'ont pas à être mentionnés dans le contrat de travail, sauf pour les personnes à temps partiel (leur modification nécessitant alors l'accord du salarié). Lorsque le travail est organisé par roulement ou par équipes successives, des tableaux comportant le nom de chacun des salariés composant l'équipe doivent être affichés ou un registre doit être tenu à jour pour permettre sa consultation par l'inspecteur du travail et les membres de la délégation du personnel du comité social et économique (C. trav., art. D3171-1 à D3171-7).

L'existence d'un horaire collectif n'impose pas à l'employeur de tenir un décompte individuel du temps de travail des salariés, lesquels sont censés respecter l'horaire collectif. Toutefois, en cas de litige, l'employeur doit justifier des heures de travail réalisées par le salarié (C. trav., art. L3171-4).

L’horaire individualisé

Des salariés peuvent demander – sous réserve d’acceptation par l’employeur – à bénéficier d’un horaire individualisé. Celui-ci se caractérise par des plages fixes pendant lesquelles les salariés doivent être présents et des plages mobiles pendant lesquelles ils peuvent être absents, sous réserve d’accomplir un nombre d’heures correspondant à la durée du travail en vigueur dans l’entreprise. Ce système permet au salarié de reporter trois heures au maximum d’une semaine sur l’autre, avec un cumul maximal de dix heures (C. trav., art. R3121-30). La mise en place d’un tel système nécessite l’aval du comité social et économique. L’accord de l’inspecteur du travail est obligatoire en l’absence de représentants du personnel (C. trav., art. L3121-48).

Le temps de travail des salariés soumis à un horaire individualisé doit être décompté chaque jour et chaque semaine, dans un document indiquant le nombre d’heures accomplies ainsi que les heures de début et de fin de service (C. trav., art. D3171-8).

Les durées maximales de travail et la répartition des horaires

Le temps de travail est limité tant dans la durée à ne pas dépasser que dans l'amplitude, laquelle désigne l'écart entre le début et la fin de la journée de travail. Ce respect s'impose à l'employeur mais également au salarié si celui-ci occupe plusieurs emplois. Les personnes soumises à un forfait jours ou heures ne sont pas concernées.

Les limitations quotidiennes

Le salarié ne doit pas travailler plus de 10 heures par jour, mais une convention ou un accord collectif permet de porter cette durée à 12 heures (C. trav., art. L3121-18 et L3121-19). Des autorisations peuvent être également accordées par l'inspecteur du travail en cas de surcroît temporaire d'activité (C. trav., art. D3121-4), notamment dans le cadre de :

- Travaux saisonniers ;
- Travaux impliquant une activité accrue certains jours de la semaine, du mois ou de

l'année ;

- Travaux à exécuter dans un délai précis, compte tenu de leur nature, des charges imposées à l'entreprise et des engagements contractés par celle-ci.

En cas d'urgence, l'employeur peut prendre la responsabilité de faire travailler les salariés plus longtemps. Toutefois, il doit simultanément demander l'autorisation à l'inspecteur du travail pour régulariser cette situation. En cas de rejet de la demande, l'entreprise sera dans l'illégalité.

Les limitations hebdomadaires

La durée du travail hebdomadaire ne doit pas dépasser 48 heures, avec une moyenne de 44 heures sur une période de 12 semaines consécutives. Cette moyenne peut être portée de 44 à 46 heures par un accord collectif ou en demandant l'autorisation à l'inspecteur du travail. En cas de circonstances exceptionnelles, le directeur du travail peut autoriser un dépassement temporaire et porter la durée du travail à 60 heures par semaine (C. trav., art. L3121-20 et suiv.). Dans certaines branches d'activité, des dérogations peuvent être autorisées à un niveau national par le

ministre du Travail, à un niveau local et (inter) départemental par le directeur régional du travail (C. trav., art. R3121-13 et R3121-14). La mise en application, dans les entreprises intéressées, des dérogations ainsi obtenues est du ressort de l'inspecteur du travail, qui sollicite l'avis du comité social et économique (C. trav., art. R3121-15).

Les sociétés n'appartenant pas à un secteur concerné par les décisions prévues aux articles R3121-13 et R3121-14 peuvent également demander à bénéficier d'une dérogation particulière en cas de situations exceptionnelles. Une demande motivée, accompagnée le cas échéant de l'avis du CSE, est adressée à l'inspecteur du travail. Celui-ci la transmet ensuite au directeur régional du travail afin qu'il statue sur la requête (C. trav., art. R3121-16).

La preuve du respect de la limite quotidienne de 10 heures de travail et de celle de 48 heures hebdomadaires de travail incombe à l'employeur (Cass. soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 15-24507).

La répartition des horaires sur les jours de la semaine

La répartition des horaires de travail à l'intérieur de la semaine est régie par des décrets d'application, auxquels des conventions ou des accords collectifs peuvent déroger (C. trav., art. L3121-67 et L3121-68). La semaine de travail est répartie sur 5 jours avec 7 heures de travail quotidien ou sur 6 jours avec 5 heures 50 minutes. Certains secteurs, comme la banque ou les transports routiers, ont adopté une semaine de 4 ou 4,5 jours.

Le repos hebdomadaire et dominical

Le salarié doit bénéficier au minimum d'une journée de repos par semaine, le Code du travail précisant qu'il s'agit du dimanche. Cette journée de relâche compte 24 heures, auxquelles doivent être accolées les 11 heures de repos consécutives entre deux journées de travail (C. trav., art. L3132-1 à L3132-3). À noter que la législation n'oblige pas les entreprises à accorder deux jours de repos consécutifs à leurs salariés.

Dérogations au repos hebdomadaire

Les entreprises ont la possibilité de déroger aux règles du repos hebdomadaire dans certaines situations (C. trav., art. L3132-4 à L3132-11) :

- En cas de travaux urgents (organisation de mesures de sauvetage, prévention d'accidents imminents ou réparation d'accidents survenus au matériel, aux installations ou aux bâtiments de l'établissement) ;
- En cas de surcroît extraordinaire de travail ou dans certaines industries traitant des matières périssables ;
- Lors de travaux de chargement/déchargement dans les ports, débarcadères et stations ;
- Dans le cas d'activités saisonnières ;
- Lors de travaux de nettoyage des locaux industriels et de maintenance qui doivent être réalisés impérativement le jour de repos collectif ;
- Lors de l'exécution de travaux pour le compte de l'État et dans l'intérêt de la Défense nationale ;
- Dans les établissements industriels fonctionnant en continu ;

- Dans les établissements industriels et commerciaux employant des gardiens et des concierges.

Dérogations au repos dominical

En dépit du principe du repos dominical, de nombreux salariés travaillent le dimanche, leurs employeurs bénéficiant d'une dérogation ou d'une autorisation. Il est à noter que la loi Macron du 6 août 2015 a profondément réformé le repos dominical et l'ouverture des commerces le dimanche. Les nouvelles dispositions législatives sont entrées en vigueur le 25 septembre 2015.

Dérogation permanente de droit

Cela concerne des établissements dont le fonctionnement ou l'ouverture est rendu nécessaire par les contraintes de l'activité ou les besoins du public (hôtellerie, clinique…), ou bien des entreprises confrontées à des impératifs techniques, par exemple la fabrication de produits alimentaires. Le repos dominical est alors accordé par roulement (C. trav., art. L3132-12).

Dérogations conventionnelles

Dans les entreprises industrielles, une convention ou un accord collectif peut prévoir une organisation du travail de manière continue et l'attribution du repos dominical par roulement (C. trav., art. L3132-14).

Une convention ou un accord collectif peut également prévoir que le personnel soit divisé en deux groupes dont l'un, appelé « équipe de suppléance », a pour seule fonction de remplacer l'autre pendant le ou les jours de repos (C. trav., art. L3132-16).

À défaut d'accord ou de convention, ces deux dérogations peuvent être accordées par l'inspecteur du travail après consultation des délégués syndicaux et avis du comité social et économique.

Dérogations accordées par le préfet

Lorsque le repos dominical simultané de tous les salariés d'un établissement peut se révéler préjudiciable au public ou compromettre le fonctionnement dudit établissement, le préfet peut autoriser l'employeur à fixer le jour de repos un autre jour que le dimanche (C. trav., art. L3132-20).

Cette autorisation, accordée pour une durée maximale de trois ans, peut s'appliquer toute l'année ou seulement à certaines périodes.

Dérogations accordées par le maire

Dans les établissements de commerce de détail normalement fermés le dimanche, le maire après avis du conseil municipal peut décider de supprimer le repos dominical dans la limite maximale de douze dimanches par an (C. trav., art. L3132-26).

Dérogations sur un fondement géographique

Peuvent déroger aux règles communes du repos dominical les commerces de détail situés :

- Dans les zones touristiques internationales (ZTI) caractérisées par leur rayonnement international, l'affluence exceptionnelle de touristes résidant hors de France et l'importance de leurs achats (C. trav., art. L3132-24) ;
- Dans les zones touristiques (ZT) caractérisées par une affluence particulièrement importante

de touristes (C. trav., art. L3132-25) ;

- Dans les zones commerciales (ZC) caractérisées par une offre commerciale et une demande potentielle particulièrement importantes (C. trav., art. L3132-25-1). À noter que les périmètres d'usage de consommation exceptionnel, dits « puce », qui existaient avant la loi Macron constituent de plein droit des ZC ;
- Dans l'emprise d'une gare ne relevant pas des zones ci-dessus et caractérisée par l'affluence exceptionnelle de passagers (C. trav., art. L3132-25-6).

La délimitation ou la modification des ZTI est déterminée par arrêté ministériel après avis du maire et, le cas échéant, du président de l'établissement public de coopération intercommunale. Les ZT et ZC sont délimitées par arrêté préfectoral à la demande du maire ou du président de l'établissement public de coopération intercommunale.

Pour bénéficier des dérogations sur un fondement géographique, l'employeur doit être couvert soit par un accord collectif de branche, d'entreprise ou

d'établissement, soit par un accord territorial (C. trav., art. L3132-25-3). Cet accord doit notamment préciser les contreparties offertes aux salariés privés de repos dominical.

Dans les entreprises de moins de onze salariés, à défaut d'accord collectif, l'ouverture le dimanche est conditionnée à une consultation des salariés concernés et à l'approbation de la mesure par une majorité d'entre eux.

Seuls les salariés volontaires ayant donné leur accord par écrit à leur employeur peuvent travailler le dimanche (C. trav., art. L3132-25-4).

Hors cas évoqués ci-dessus, le non-respect du repos dominical est assorti de sanctions pénales. Les syndicats de salariés peuvent exercer une action en justice pour obtenir la fermeture d'un magasin sous astreinte. Cela signifie que le contrevenant devra payer, chaque jour où cette interdiction n'est pas respectée, une somme importante destinée à le dissuader d'ouvrir boutique. Paradoxalement, les syndicats d'employeurs peuvent également exercer une action en ce sens, le non-respect du repos dominical par certains entrepreneurs causant un préjudice à ceux respectant la législation.

Le travail de nuit

Le travail de nuit correspond à tout horaire de travail d'au moins 9 heures consécutives comprenant l'intervalle entre minuit et 5 heures. Il commence au plus tôt à 21 heures et s'achève au plus tard à 7 heures (C. trav., art. L3122-2).

Dans les zones touristiques internationales, pour les magasins commercialisant des produits et des services au détail, la période de nuit débute après 22 heures pour une durée d'au moins 7 heures consécutives comprenant l'intervalle entre minuit et 7 heures (C. trav., art. L 3122-4). Les heures de travail effectuées entre 21 heures et le début de la période de nuit sont payées double *a minima* et donnent lieu à un repos compensateur équivalent en temps.

Dans certaines activités comme la presse, la télévision ou le spectacle, la période de travail de nuit est d'au moins 7 heures consécutives comprenant l'intervalle entre minuit et 5 heures (C. trav., art. L3122-3). Pour être considéré comme travailleur de nuit, le salarié doit accomplir au moins deux fois par semaine trois heures consécutives pendant la période de travail de nuit

ou bien un minimum de 270 heures sur 12 mois consécutifs (C. trav., art. L3122-5 et L3122-23). Un accord collectif peut fixer un nombre minimal d'heures et une période de référence différente (C. trav., art. L3122-16).

Le passage à un horaire de nuit

Le travail de nuit doit être exceptionnel et doit prendre en compte la protection de la santé et de la sécurité du salarié (C. trav., art. L3122-1). Pour mettre en place un horaire de nuit ou pour le modifier, le médecin du travail doit être consulté (C. trav., art. L3122-10) et une convention ou un accord collectif doit être signé(e). Si les négociations avec les organisations syndicales échouent, l'employeur peut demander l'autorisation à l'inspecteur du travail en justifiant sa demande par la nécessité d'assurer l'activité économique ou un service d'utilité sociale (C. trav., art. L3122-21 et R3122-9). L'avis des délégués syndicaux et du comité social et économique doit être joint à la demande.

Le passage à un horaire de nuit implique la signature d'un avenant au contrat de travail, si ce dernier ne prévoyait pas cette possibilité de modification. Le salarié peut refuser un travail de nuit en invoquant des obligations familiales impérieuses, comme la garde d'un enfant ou d'une personne dépendante, et son refus ne pourra pas constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, ni même une faute (C. trav., art. L3122-12).

Les garanties et les contreparties

Le salarié ne peut travailler plus de huit heures d'affilée et doit bénéficier immédiatement de son repos quotidien de onze heures. Un accord collectif peut toutefois accroître cette durée pour des activités de garde et de surveillance (protection des biens et des personnes), des activités assurant la continuité d'un service ou de la production, ou des activités caractérisées par l'éloignement du domicile du salarié par rapport à son lieu de travail (C. trav., art. R3122-7). Le dépassement de la durée quotidienne maximale peut également être autorisé par l'inspecteur du travail en cas de circonstances

étrangères à l'employeur, anormales et imprévisibles, ou d'événements exceptionnels dont les conséquences n'auraient pu être évitées (C. trav., art. R3122-1).

Sur une durée de 12 semaines consécutives, la durée hebdomadaire de travail ne doit pas dépasser 40 heures par semaine. Elle peut être portée à 44 heures hebdomadaires par accord collectif (C. trav., art. L3122-18). En contrepartie, les salariés bénéficient d'un repos compensateur et éventuellement d'une contrepartie financière. Les salariés travaillant de nuit bénéficient d'un suivi individuel régulier de leur état de santé (la périodicité est fixée par le médecin du travail – C. trav., art. L4624-1) et sont prioritaires pour occuper un emploi de jour. Le non-respect des règles relatives au travail de nuit est puni d'une amende prévue pour les contraventions de cinquième classe, soit 1500 euros multipliés par le nombre de salariés en infraction (C. trav., art. R3124-15).

Les conventions de forfait

Ces conventions fixent la durée du travail – en jours ou en heures – sur la semaine, le mois ou

l'année, en contrepartie d'une rémunération forfaitaire. Elles permettent de déroger à la durée légale hebdomadaire. La loi du 8 août 2016 a remanié les règles de conclusion de ces conventions (les accords antérieurs à cette réforme restant en vigueur).

Forfait en heures sur la semaine ou le mois

Cette convention fixe une rémunération forfaitaire en contrepartie d'un nombre d'heures travaillées sur la semaine ou le mois, heures supplémentaires comprises (C. trav., art. L3121-56 et L3121-57). Ce forfait peut être formalisé dans le contrat initial ou par la signature d'un avenant. Il ne peut trouver son origine dans un usage. La convention doit impérativement mentionner le nombre d'heures prévues (Cass. soc., 5 juin 2002, pourvoi nº 00-45421).

La rémunération forfaitaire ne doit en aucun cas être défavorable au salarié : ainsi, le paiement des heures supplémentaires effectivement réalisées (en tenant compte des majorations) ne peut être inférieur à celui qui aurait été versé au salarié hors

forfait. Les contreparties en repos doivent être également accordées. En cas de nullité de la convention, le salarié pourrait bénéficier du paiement des heures supplémentaires accomplies chaque semaine au-delà de la durée légale hebdomadaire (Cass. soc., 3 mars 2009, pourvoi nº 07-43240). Lorsque le forfait d'heures supplémentaires est dépassé, les heures effectuées au-delà doivent être payées au salarié. L'ensemble des règles relatives à la durée du travail s'appliquent en présence d'une telle convention.

Forfait en heures ou en jours sur l'année

La conclusion de l'une de ces conventions de forfait suppose un accord écrit du salarié. Elle doit être également prévue par une convention ou un accord collectif qui détermine les catégories de salariés concernés, la durée annuelle prévue et les principales caractéristiques (C. trav., art. L3121-63 et L3121-64). Le renvoi général dans le contrat de travail à l'accord d'entreprise ne constitue pas l'écrit qui manifeste l'accord du salarié (Cass. soc., 31 janvier 2012, pourvoi nº 10-17593).

Forfait en heures

Il fixe sur l'année le nombre d'heures de travail à accomplir par un salarié. Le forfait peut être supérieur ou inférieur à la durée annuelle de 1607 heures correspondant à 35 heures par semaine. Ces conventions permettent de s'affranchir de la fixation d'une durée du travail hebdomadaire ou mensuelle. Toutefois, elles n'évitent pas le décompte des heures de travail accomplies ainsi que le respect des règles des repos quotidiens et hebdomadaires et des durées maximales de travail fixées par le Code du travail ou l'accord collectif. La conclusion de cette convention de forfait en heures exclut l'application du contingent légal d'heures supplémentaires (C. trav., art. D3121-24). En contrepartie, le salarié doit percevoir une rémunération au moins égale à celle pratiquée dans l'entreprise pour le nombre d'heures effectuées, à laquelle s'ajoutent les majorations pour heures supplémentaires (C. trav., art. L3121-57). Cette exigence permet d'éviter que le salarié ne soit perdant en signant cette convention.

La durée maximale de travail fixée dans le forfait peut être dépassée à condition de rester dans les limites définies par l'accord collectif. Le

dépassement doit donner lieu au paiement des majorations s'il excède la durée annuelle de 1607 heures. Les conventions de forfait sur l'année sont réservées aux cadres non soumis à l'horaire collectif en raison de la nature de leurs fonctions et aux salariés non cadres disposant d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps (C. trav., art. L3121-56).

Forfait en jours sur l'année

Ces conventions organisent un décompte du travail en jours, avec un nombre maximal de jours fixé à 218 par an. La fixation d'un nombre de jours inférieur à ce plafond n'a pas pour effet de transformer le contrat en temps partiel (Cass. soc., 27 mars 2019, pourvoi n° 16-23800). Le décompte du temps de travail s'effectue sur la base du nombre de jours travaillés. Le salarié peut renoncer, avec l'accord de son employeur, à certains de ses jours de repos en contrepartie d'une augmentation de salaire. Le nombre de jours travaillés peut être porté au maximum fixé par l'accord collectif ou à 235 jours si rien n'est précisé dans l'accord (C. trav., art. L3121-66). Cette

renonciation doit être écrite et prévoir une majoration d'au moins 10 % minimum.

Chaque année, un entretien doit être organisé avec chaque salarié signataire d'une convention de forfait en jours. Cet entretien a pour objet d'examiner la charge de travail, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre la vie personnelle et l'activité professionnelle (C. trav., art. L3121-65). Lorsque la rémunération ne tient pas compte des sujétions résultant de cette convention de forfait en jours, le salarié a la possibilité de saisir la justice afin d'obtenir une indemnité pour compenser son préjudice (C. trav., art. L3121-61). Ces conventions sont réservées aux cadres bénéficiant d'une autonomie pour organiser leur emploi du temps et ne suivant pas l'horaire collectif, ainsi qu'aux salariés disposant d'une réelle autonomie pour organiser leur emploi du temps et dont le temps de travail n'est pas prédéterminé (C. trav., art. L3121-58). Le salarié soumis à un planning contraignant imposant sa présence au sein de l'entreprise à des horaires prédéterminés ne peut relever du système de forfait en jours (Cass. soc., 15 décembre 2016, pourvoi n° 15-17568).

Les salariés au forfait jours ne sont pas soumis aux règles imposant le respect de la durée maximale de travail quotidienne et hebdomadaire (C. trav., art. L3121-62). En revanche, ils sont soumis aux règles imposant un repos d'au moins 11 heures par jour et un repos hebdomadaire. Par ailleurs, l'absence de décompte de la durée de la journée et de la semaine de travail ne doit pas permettre d'imposer un rythme de travail excessif mettant en péril la santé (Dijon, 22 juin 2006, RG nº 06/0008). Le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi.

La Cour de cassation a, par exemple, invalidé une convention de forfait individuelle (convention collective nationale des bureaux d'études techniques) au motif que l'accord collectif de branche ne garantissait pas aux salariés une amplitude et une charge de travail raisonnables (Cass. soc., 24 avril 2013, pourvoi nº 11-28398). Dans une autre affaire, la Haute Juridiction a décidé que la seule obligation pour le salarié de respecter la durée minimale de repos quotidien ou hebdomadaire ne protégeait pas sa santé et sa sécurité (Cass. soc., 31 janvier 2012, pourvoi nº 10-19807). Enfin, dans un arrêt du 5 octobre 2017 (pourvoi nº 16-23106), elle a estimé que l'absence

de suivi effectif et régulier par la hiérarchie des états récapitulatifs du temps de travail des salariés n'était pas de nature à garantir une amplitude et une charge de travail raisonnables.

Remise en cause de la validité des forfaits en jours sur l'année

La Cour de cassation a invalidé les forfaits en jours sur l'année prévus par un certain nombre de conventions collectives, dont celles des bureaux d'études techniques, des cabinets d'expert-comptable (Cass. soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 13-10637), du notariat, de la chimie et du commerce de gros. En revanche, elle a validé les forfaits prévus par la convention collective des banques (Cass. soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-22890) ou de la métallurgie. Ces décisions rappellent aussi (indépendamment de la solution retenue) que les conventions de forfait en jours doivent être prévues par un accord collectif, dont les dispositions doivent garantir le respect des durées maximales de travail ainsi que celui des repos journaliers et hebdomadaires (cela ressemble fort à une remise en cause de l'article L3121-62).

Les raisons de ces invalidités sont multiples. Par exemple, le seul examen par l'employeur des informations communiquées par le salarié sur sa charge de travail et l'amplitude de ses journées est considéré comme insuffisant. De même, l'obligation pour le salarié de respecter les durées hebdomadaires et quotidiennes maximales de travail n'est pas reconnue comme une garantie satisfaisante. Pour justifier ses décisions, la Cour de cassation fait expressément référence à la charte sociale européenne et à des textes constitutionnels comme le préambule de la Constitution de 1946. La Haute Juridiction a ainsi invalidé les conventions de forfait qui font peser sur le seul salarié la déclaration de sa surcharge de travail, au motif que l'employeur (tenu de son obligation de sécurité de résultat) doit veiller à la santé de ses salariés.

À l'inverse, la validité est retenue lorsque l'employeur doit surveiller l'établissement d'un document de contrôle par le salarié ou s'assurer d'un suivi régulier de l'organisation et de la charge de travail de ce dernier. L'accord collectif est également valable lorsqu'il prévoit que l'employeur doit veiller et remédier à la surcharge de travail du salarié.

La loi du 8 août 2016 a renforcé les obligations de l'employeur qui doit s'assurer que la charge de travail est raisonnable (C. trav., art. L3121-60). De plus, le contenu des clauses de l'accord collectif est désormais réglementé (C. trav., art. L3121-64).

Enfin, pour mettre un terme à l'incertitude liée à la rédaction de l'accord collectif instaurant un forfait en jours, les conventions individuelles de forfait sont validées même si l'accord collectif ne contient pas toutes les mentions obligatoires dès lors que l'employeur (C. trav., art. L3121-65) :

- Établit un document indiquant le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées ;
- S'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;
- Organise une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sa rémunération.

Le dépassement par le salarié du nombre de jours prévus au forfait n'a pas pour effet d'invalider ce

dernier (Cass. soc., 24 octobre 2018, pourvoi n° 17-12535).

L'appartenance à une branche d'activité dont le forfait en jours a été validé n'évite pas le risque judiciaire. Si les dispositions protectrices prévues par l'accord collectif ne sont pas mises en pratique, ce dernier est tout simplement privé d'effet. Le salarié peut alors demander le paiement de toutes les heures supplémentaires accomplies au-delà de 35 heures par semaine (Cass. soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71107). L'employeur doit rapporter la preuve du respect de l'accord collectif (Cass. soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 17-18725).

Droit à la déconnexion

Dans le cadre de leur activité professionnelle, de nombreux salariés utilisent quotidiennement un ordinateur et un téléphone mobile. Bien que très pratiques, ces outils ont la fâcheuse tendance à estomper les limites entre travail et vie personnelle. Pour éviter cela, l'article L2242-17 du Code du travail a instauré un droit à la déconnexion. Dans le cadre de la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au

travail, doivent être définies des modalités du plein exercice par le salarié de ce droit, notamment *via* la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. À défaut d'accord, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit les modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.

À défaut de stipulations conventionnelles, dans les entreprises de moins de 50 salariés, l'employeur communique par tous moyens les modalités du plein exercice du droit à la déconnexion aux salariés concernés par une convention individuelle de forfait en heures ou en jours. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, ces modalités sont conformes à la charte précédemment mentionnée.

Compte épargne temps

Ce compte permet d'épargner du temps mais également de l'argent, dans le but de le transformer éventuellement en congés ou en rémunération supplémentaire. Sa mise en place nécessite un accord collectif (de branche, d'entreprise ou d'établissement) ou une convention qui va prévoir les conditions de son alimentation et son mode de gestion. Le salarié doit conserver au minimum 24 jours de congé annuel et ne peut alimenter son compte épargne temps qu'avec le surplus (C. trav., art. L3151-1 et suiv.). En cas de départ de l'entreprise, le compte peut être liquidé, le salarié percevant la contrepartie monétaire, ou bien transféré vers un autre employeur (sous réserve de l'existence de dispositions conventionnelles le prévoyant).

Aménagement du temps de travail

La durée hebdomadaire du travail est de 35 heures par semaine, mais il est possible de faire varier cette durée en fonction de l'activité économique, notamment pour les emplois saisonniers. Avant la

loi du 20 août 2008, plusieurs dispositifs permettaient d'aménager le temps de travail pour sortir de ce cadre hebdomadaire (les accords collectifs conclus avant cette date demeurant applicables). Depuis cette réforme, un dispositif unique les remplace.

Les dispositifs en vigueur avant la loi du 20 août 2008

Les dispositifs suivants peuvent demeurer en vigueur dans les entreprise ayant conclu un accord avant la loi de 2008 :

- Les cycles permettaient de faire varier la durée du travail sous la forme de périodes se répétant à l'identique, avec des semaines où l'horaire collectif était supérieur à 35 heures et d'autres au cours desquelles il était inférieur à 35 heures ;
- La modulation du temps de travail consistait à faire varier sur l'année la durée hebdomadaire de travail entre des semaines hautes et basses ;
- La réduction de la durée du travail en contrepartie de jours de repos permettait de maintenir une durée hebdomadaire en deçà

de 39 heures en échange de jours de repos. Sur une période inférieure de quatre semaines, elle pouvait être décidée par l'employeur après consultation du comité d'entreprise.

Le dispositif unique d'aménagement du temps de travail

Les règles autorisant un aménagement du temps de travail sont différentes selon la durée de la période de référence (supérieure ou inférieure à quatre semaines).

Période comprise entre une semaine et trois années

La répartition de la durée du travail sur une période comprise entre une semaine et un an doit être prévue par un accord d'entreprise (trois ans si un accord de branche l'autorise). Ce texte doit mentionner des délais de prévenance avant modification de la durée ou de l'horaire de travail, ainsi que des limites au décompte des heures supplémentaires. L'accord peut prévoir ou non le lissage de la rémunération indépendamment du

nombre d'heures travaillées. Les heures accomplies au-delà de la limite fixée par l'accord sont des heures supplémentaires et doivent être payées avec le salaire du mois concerné (C. trav., art. L3121-44).

Ce système garantit une fixité de la rémunération mais pose néanmoins des difficultés lorsque des salariés quittent ou intègrent l'entreprise en cours de période. Si le salarié est créditeur en salaire, les heures accomplies et non rémunérées doivent lui être payées. Dans le cas inverse, l'employeur pourra lui décompter les heures payées en trop. Cette retenue doit bien évidemment respecter les règles de compensation étudiées au chapitre sur la rémunération (voir chapitre 8). Les heures supplémentaires sont celles effectuées au-delà de 1607 heures par an ou d'une limite inférieure prévue par l'accord collectif ou d'une moyenne de 35 heures par semaine (C. trav., art. L3121-41).

Lorsqu'un accord de modulation est irrégulier, le décompte du temps de travail applicable aux salariés ne peut l'être que dans un cadre hebdomadaire (Cass. soc., 9 avril 2015, pourvoi n° 13-20924).

La mise en place de ce dispositif sur une période supérieure à la semaine par accord collectif ne

constitue pas une modification du contrat de travail pour les salariés à temps complet (C. trav., art. L3121-43).

Période inférieure ou égale à neuf semaines

En l'absence d'accord collectif, l'employeur peut décider d'organiser la durée du travail en période de neuf semaines maximum dans les entreprises de moins de 50 salariés et quatre semaines dans les autres (C. trav., art. L3121-45). Il doit consulter le comité social et économique sur le planning indicatif et sur toutes les modifications qui lui seront apportées (C. trav., art. D3121-27). L'employeur devra, au moins une fois par an, communiquer un bilan de l'application de ce programme au comité social et économique. Le paiement d'heures supplémentaires est dû pour les heures effectuées au-delà de 39 heures au cours d'une semaine ou pour celles effectuées au-delà de 35 heures en moyenne sur toute la période de référence (C. trav., art. D3121-25).

Les modifications d'horaires doivent être décidées avec un délai de prévenance de sept jours (C. trav., art. D3121-27). Cette modification de la durée du

travail constitue un changement du contrat de travail qui nécessite un accord du salarié. Les horaires de travail doivent être affichés (avec mention des dates de début et de fin de la période de référence, ainsi que de l'horaire de travail au cours de chaque semaine).

Pour briser une jurisprudence contraire, l'article L3121-43 a été inséré dans le Code du travail en 2012. Celui-ci prévoit que la mise en place d'un tel aménagement ne constitue pas une modification du contrat de travail (Cass. soc., 11 mai 2016, pourvoi n° 15-10025). Il n'est donc pas nécessaire de recueillir l'accord de chaque salarié. Ce texte ne s'applique pas aux salariés à temps partiel.

Sanctions en cas de non-respect de la durée du travail

La plupart des infractions à la durée du travail sont sanctionnées d'une amende de quatrième classe, à l'exception du non-respect du travail de nuit ou du repos hebdomadaire qui est sanctionné par des contraventions de cinquième classe. L'emploi d'un salarié sans le déclarer et sans lui remettre un bulletin de paie mentionnant le nombre d'heures de

travail accomplies constitue une dissimulation d'emploi salarié qui est un délit pénal réprimé de trois ans d'emprisonnement maximum et de 45000 euros d'amende. La dissimulation d'emploi salarié suppose un caractère intentionnel (Cass. soc., 24 mars 2004, pourvoi n° 01-43875). En cas de rupture du contrat, le salarié peut prétendre à une indemnité pour travail dissimulé d'un montant correspondant à six mois de salaire, qui se cumule avec l'indemnité pour rupture abusive et non-respect de la procédure. En revanche, il n'y a pas de cumul avec l'indemnité légale de licenciement.

La reconnaissance par l'employeur, devant les gendarmes, du règlement des heures supplémentaires en espèces constitue un délit qui ouvre droit pour le salarié au paiement de l'indemnité pour travail dissimulé (Cass. soc., 16 septembre 2015, pourvoi n° 14-15679).

La seule application d'une convention de forfait illicite n'établit pas à elle seule le caractère intentionnel que suppose la reconnaissance d'un travail dissimulé (Cass. soc., 16 juin 2015, pourvoi n° 14-16953).

DANS CE CHAPITRE

Période de prise et calcul des congés payés

•

Les différents types de congés

Chapitre 7
Les congés

Tout travail mérite salaire… mais ouvre également droit à des congés payés permettant au salarié de se reposer certaines périodes de l'année ! Tout le monde a sans aucun doute en mémoire les premiers congés payés, nés en 1936 pendant le Front populaire : pour la première fois en France, hors initiatives locales et très isolées, les travailleurs hexagonaux découvrent les joies des vacances en famille. Fixée originellement à 15 jours, la durée des congés payés n'a cessé d'augmenter sous l'action des parlementaires mais aussi et surtout de la lutte syndicale et politique : trois semaines en 1956, quatre en 1969 et enfin cinq

en 1982 (la cinquième semaine ayant été l'une des promesses du candidat François Mitterrand à l'élection présidentielle de 1981).

Il existe également d'autres types de congés, auxquels les salariés peuvent prétendre, répondant à une situation particulière.

Congés payés

Le droit aux congés payés est garanti par l'article L3141-1 du Code du travail : « Tout salarié a droit chaque année à un congé payé à la charge de l'employeur. » Depuis le 1er juin 2012, le droit aux congés payés est automatiquement ouvert dès la prise de fonction, l'exigence d'une durée de travail minimale ayant été supprimée par l'article 50 de la loi nº 2012-387 du 22 mars 2012.

Mode de calcul

Lors du calcul du nombre de jours de congés payés auxquels peut prétendre un salarié, il faut tenir compte des éléments suivants.

Période de référence

Les congés payés se calculent sur une période de référence d'une année, dont le point de départ est fixé au 1er juin (C. trav., art. R3141-4). Par exemple : un salarié embauché le 1er février de l'année N accumulera des jours de congés jusqu'au 31 mai. Ceux-ci pourront ensuite être pris entre le 1er juin de l'année N et le 31 mai de l'année N + 1.

Texte de loi

Lorsque l'employeur est obligé de s'affilier à une caisse de congés en vertu de l'article L3141-32 du Code du travail, le point de départ de la période de référence est fixé au 1er avril. Il est également possible de définir une autre date par convention ou accord collectif de travail conclu en application de l'article L3141-10.

Jour ouvrable ou jour ouvré ?

Le Code du travail prévoit le calcul des congés payés en jours ouvrables. Ces derniers désignent tous les jours de la semaine, à l'exception du jour de repos hebdomadaire légal (généralement le dimanche) et des jours fériés reconnus par la loi. Chaque mois de travail effectif donne droit à un congé de 2,5 jours ouvrables, soit 30 jours ouvrables sur un an.

Un « mois de travail effectif » correspond à une période travaillée de 4 semaines, ou 24 jours (C.

trav., art. L3141-4).

Ces 30 jours se décomposent en 5 lundis, 5 mardis, 5 mercredis, 5 jeudis, 5 vendredis et 5 samedis, soit 5 semaines de congés payés. Cependant, étant donné que la plupart des entreprises ne sont pas ouvertes le samedi, les employeurs doivent absolument veiller à ne pas décompter plus de cinq samedis dans l'année. Pour éviter ce genre de problème, il est possible de calculer les congés payés en jours ouvrés (du lundi au vendredi). Dans ce cas, chaque mois travaillé donne droit à un congé de 2,08 jours ouvrés, soit 25 jours ouvrés sur un an. Les entreprises peuvent choisir indifféremment l'un ou l'autre des deux modes de calcul et l'appliquer à l'ensemble du personnel.

Les salariés à temps partiel bénéficient des mêmes droits à congés que leurs homologues à temps plein.

Absences assimilées à du travail effectif

En vertu de l'article L3141-5 du Code du travail, certaines absences sont considérées comme des périodes de travail effectif et doivent donc être

prises en considération dans le calcul du nombre de jours de congés :

- Les périodes de congés payés ;
- Les périodes de congé de maternité, de paternité et d'accueil de l'enfant et d'adoption ;
- Les contreparties obligatoires en repos accordées au titre des heures supplémentaires (C. trav., art. L3121-30, L3121-33 et L3121-38) ;
- Les jours de repos accordés au titre d'un accord collectif conclu en application de l'article L3121-44 ;
- Les périodes de suspension du contrat pour accident du travail ou maladie professionnelle, d'une durée ininterrompue de un an au maximum ;
- Les absences pour don d'ovocytes (C. santé pub., art. L1244-5 ; C. trav., art. L1225-16) ;
- Les périodes d'appel ou de rappel du salarié sous les drapeaux (réserve opérationnelle ou Journée défense et citoyenneté – JDC).

D'autres absences, comme les congés de formation ou des congés particuliers prévus par convention ou

accord collectif, sont également assimilées à du travail effectif.

Préavis

Le salarié qui démissionne ou est licencié doit généralement effectuer un préavis. La jurisprudence considère que celui-ci doit être assimilé à une période de travail effectif, ouvrant droit à congés payés, y compris si le salarié est dispensé de l'exécuter. Ce principe est d'ailleurs repris dans l'article L1234-5 du Code du travail.

Autres dispositions

La réduction du nombre de jours de congés payés doit être strictement proportionnelle à la durée de l'absence du salarié (C. trav., art. L3141-6). Lorsque le calcul du nombre de jours de congés ne donne pas comme résultat un nombre entier, la durée du congé est arrondie à l'entier immédiatement supérieur. Par exemple, 24,5 jours de congés équivalent à 25 jours. La durée du congé annuel peut enfin être augmentée conventionnellement ou par accord collectif de travail en raison de l'âge, du handicap ou de l'ancienneté du salarié.

Jours fériés

Les fêtes légales considérées comme fériées par le Code du travail (art. L3133-1) sont les suivantes :

- Le 1er janvier ;
- Le lundi de Pâques ;
- Le 1er mai ;
- Le 8 mai ;
- L'Ascension ;
- Le lundi de Pentecôte ;
- Le 14 juillet ;
- L'Assomption ;
- La Toussaint ;
- Le 11 novembre ;
- Le jour de Noël.

D'autres jours fériés peuvent exister localement, c'est par exemple le cas du 26 décembre en Alsace-Moselle. À l'exception du 1er mai, les jours fériés ne sont pas nécessairement chômés. De fait, le salarié qui travaille un tel jour ne perçoit que son salaire, sauf disposition conventionnelle ou contractuelle plus favorable. La récupération des jours fériés

chômés est interdite (C. trav., art. L3133-2). Depuis la loi Travail du 8 août 2016, les jours fériés chômés doivent être définis par accord collectif. À défaut, c'est à l'employeur de fixer ces jours (C. trav., art. L3133-3-2).

Les travailleurs et apprentis de moins de 18 ans n'ont pas le droit de travailler les jours fériés, sauf dérogation dans certains secteurs d'activité (hôtellerie, restauration, boulangerie, etc.).

En ce qui concerne le 1er mai, le chômage de ce jour ne peut entraîner une réduction de salaire. Dans les entreprises qui ne peuvent interrompre leur activité ce jour-là (transport, hôpitaux, etc.), la rémunération des salariés est majorée de 100 % (C. trav., art. L3133-6).

À défaut de disposition conventionnelle plus favorable, le chômage des autres jours fériés est rémunéré pour les salariés justifiant au minimum de trois mois d'ancienneté. Cette règle ne s'applique pas aux salariés travaillant à domicile, aux intermittents ni aux intérimaires. En revanche, elle concerne les saisonniers ayant cumulé une ancienneté totale d'au moins trois mois dans l'entreprise, que leurs contrats de travail soient successifs ou non.

À la suite de la canicule meurtrière de l'été 2003, le législateur a instauré une journée de solidarité destinée à financer les actions en faveur des personnes âgées. Pendant cette journée, les salariés travaillent sans être payés (C. trav., art. L3133-7). Le choix de ce jour de travail non rémunéré est défini par accord d'entreprise ou d'établissement, à défaut par accord de branche. En l'absence d'accord, l'employeur fixe les modalités d'accomplissement de la journée de solidarité après consultation du comité social et économique (C. trav., art. L3133-12).

Enfin, l'employeur est libre d'accorder une ou deux « journée(s) de pont » à ses salariés entre un jour férié et un jour de repos hebdomadaire. Les heures perdues à l'occasion d'un pont peuvent être récupérées dans les 12 mois précédant ou suivant leur perte (C. trav., art. L3121-50 et R3121-34). Les modalités de récupération des heures perdues peuvent faire l'objet d'un accord d'entreprise ou d'établissement, à défaut d'une convention ou d'un accord de branche.

Prendre ses congés

Contrairement à ce que de nombreux salariés peuvent penser, le Code du travail fixe très précisément les modalités de prise des congés payés. Toutefois, dans les faits, certains employeurs s'affranchissent des règles légales, contraignantes et pas toujours adaptées à la réalité de l'activité de l'entreprise. En tout cas, une règle ne doit jamais être oubliée : les congés payés ne peuvent être pris par anticipation, car ils doivent permettre aux salariés de se reposer.

Période de prise des congés

Les congés payés ne se prennent pas à n'importe quelle date. Il faut en effet que soit ouverte une période de prise des congés. À défaut de convention ou d'accord collectif de travail, celle-ci est fixée par l'employeur, lequel doit tenir compte d'éventuels usages et consulter le comité social et économique. Un seul impératif à respecter : la période de prise des congés doit inclure les mois de mai à octobre inclus (C. trav., art. L3141-13). L'employeur doit informer le personnel au moins deux mois avant l'ouverture de cette période (C. trav., art. D3141-5).

Ordre des départs

En l'absence de dispositions résultant de conventions, d'accords collectifs de travail ou d'usages, l'employeur fixe l'ordre des départs après avis, le cas échéant, des membres du CSE. Il doit tenir compte de la situation de famille des intéressés, de leur ancienneté dans l'entreprise, et éventuellement de leur activité chez d'autres employeurs (en cas de temps partiel).

Les conjoints et les partenaires pacsés peuvent prendre leurs congés à des dates identiques lorsqu'ils travaillent dans la même société (C. trav., art. L3141-14).

L'employeur communique par tout moyen, au moins un mois à l'avance, l'ordre et la date des départs à chaque salarié (C. trav., art. D3141-6). Sauf en cas de circonstances exceptionnelles (c'est par exemple le cas lorsque l'employeur doit remplacer en urgence un salarié décédé – Cass. soc., 15 mai 2008, pourvoi n° 06-44354), l'ordre et la date de départ ne peuvent être modifiés moins d'un mois avant le départ.

Répartition et fractionnement

En vertu de l'article L3141-17 du Code du travail, il n'est pas possible de prendre plus de 24 jours

ouvrables d'affilée. Toutefois, les salariés soumis à des contraintes géographiques particulières ou justifiant de la présence au sein du foyer d'un enfant ou d'un adulte handicapé ou d'une personne âgée en perte d'autonomie peuvent demander une dérogation. Le congé n'excédant pas 12 jours ouvrables doit être continu.

Lorsque le congé comprend au minimum 13 jours ouvrables et au plus 24, il peut être fractionné par l'employeur avec l'accord du salarié. Toutefois, l'une des fractions doit comprendre au moins 12 jours ouvrables continus compris entre deux jours de repos hebdomadaire (C. trav., art. L3141-19). Un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut fixer la période pendant laquelle cette fraction est attribuée ainsi que les règles de fractionnement du congé au-delà du douzième jour. En l'absence d'accord, la fraction continue d'au moins douze jours ouvrables doit être prise entre le 1er mai et le 31 octobre. Les autres fractions peuvent être prises en dehors de cette période, mais elles donnent alors droit à des congés supplémentaires :

- Deux jours de plus pour une fraction d'au moins six jours ;
- Un jour en plus pour une fraction comprenant entre trois et cinq jours.

À noter que le fractionnement de la cinquième semaine n'ouvre pas droit à des jours supplémentaires.

Report des congés

Les salariés sont normalement obligés de prendre leurs congés avant l'expiration de la période fixée par l'employeur, par convention ou accord collectif de travail. Une fois le délai passé, les congés non posés sont perdus (Cass. soc., 7 avril 2009, pourvoi nº 07-45525), sauf en cas de retour de congé maternité, d'adoption, d'accident du travail ou de maladie professionnelle. Il est en outre impossible d'obtenir une indemnité destinée à compenser la non-prise des congés, lorsqu'il ressort que cette dernière est imputable au salarié (Cass. soc., 28 janvier 2004, pourvoi nº 01-46314). En revanche, si la personne a été dans l'impossibilité de prendre ses congés en raison des agissements de l'employeur, elle a droit à une indemnisation (Cass. soc., 26 mars 2014, pourvoi nº 12-29324). Notez

par ailleurs que la jurisprudence admet le report des congés si celui-ci résulte d'un accord passé entre le salarié et l'employeur (Cass. soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-23634). En l'espèce, le report du solde de congés apparaissait sur les bulletins de paie, ce qui valait accord de l'employeur. Les congés reportés ont la même nature que les congés payés annuels. De fait, l'employeur doit respecter les règles de fixation de l'ordre des départs en congé annuel et ne peut imposer au salarié - sans délai de prévenance - de solder l'intégralité des congés reportés. Il s'agit d'un exercice abusif de son pouvoir de direction (Cass. soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-21681).

En cas de contestation, c'est à l'employeur de justifier qu'il a mis en demeure le salarié de prendre les congés payés auxquels il avait droit (Cass. soc., 18 mars 2015, pourvoi n° 13-17763). La même règle de preuve s'applique aux congés payés conventionnels (Cass. soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-18898).

Lorsque la durée du travail est décomptée à l'année, un accord collectif peut prévoir que les congés ouverts au titre de l'année de référence puissent faire l'objet de reports

jusqu'au 31 décembre de l'année suivante (C. trav., art. L3141-22). Il doit préciser :

- Les modalités de rémunération des congés payés reportés ;
- Les cas précis et exceptionnels de report ;
- Les conditions de ces reports à la demande du salarié (après accord de l'employeur) ;
- Les conséquences de ces reports sur le respect des seuils annuels définis au sixième alinéa de l'article L3121-44, au troisième de l'article L3121-64 et à l'article L3123-1. Ces seuils ne doivent pas être majorés dans une proportion plus importante que celle correspondant à la durée reportée.

Congés payés et maladie

Lorsqu'un salarié tombe malade pendant ses congés payés, l'employeur n'est pas tenu de reporter ces derniers (sauf dispositions conventionnelles plus avantageuses). Les congés et l'arrêt maladie se confondent. Inconvénient : le salarié ne profite pas de ses vacances. En revanche, il bénéficie du cumul de l'indemnité de congés

payés et de l'indemnité journalière de Sécurité sociale.

Lorsque le salarié tombe malade avant ses congés, ceux-ci sont reportés, y compris si la période de prise de congés a expiré (Cass. soc., 28 mai 2014, pourvoi n° 12-28082). Dans un arrêt du 21 septembre 2017 (pourvoi n° 16-24022), la Cour de cassation rappelle par ailleurs le principe posé par la CJUE (arrêt du 22 novembre 2011, « KHS AG/Winfried X… »), selon lequel « toute période de report doit dépasser substantiellement la durée de la période de référence pour laquelle elle est accordée ». La CJUE a fixé le report à quinze mois lorsque la période de référence pour l'acquisition des congés payés est d'une année.

Indemnités de congés

Pendant ses vacances, le salarié reçoit une indemnité de congés payés. Celle-ci peut être calculée de deux manières différentes, la plus avantageuse devant être retenue (C. trav., art. L3141-24) :

- L'indemnité est égale au dixième de la rémunération brute totale (accessoires de

salaire inclus) perçue par le salarié au cours de la période de référence ;

- L'indemnité est égale à la rémunération que le salarié aurait perçue s'il avait continué à travailler.

En cas de rupture du contrat de travail (quel qu'en soit le motif), les congés acquis et non pris sont payés sous la forme d'une indemnité compensatrice de congés (C. trav., art. L3141-28).

Lorsque la durée de fermeture d'une entreprise excède la durée des congés annuels, les salariés doivent percevoir une indemnité au moins égale à l'indemnité journalière de congés pour chaque jour de fermeture non compris dans les congés légaux (C. trav., art. L3141-31).

Les différentes formes de congés

Les congés payés ne sont pas les seuls congés auxquels les salariés peuvent prétendre. Outre, par exemple, le congé d'adoption, le congé sabbatique ou le congé pour création ou reprise d'entreprise, il existe une multitude d'événements pour lesquels

un salarié peut s'absenter plus ou moins longtemps de l'entreprise, sans rompre son contrat de travail.

Congés pour événements familiaux

En vertu de l'article L3142-1 du Code du travail, l'employeur doit accorder une autorisation d'absence exceptionnelle – sans perte de salaire – à tout salarié qui en fait la demande, en raison de la survenance de l'un des événements familiaux suivants :

- Mariage ou conclusion d'un pacte civil de solidarité (quatre jours) ;
- Naissance ou adoption (trois jours). Ce congé est non cumulable avec celui accordé pour la maternité ;
- Décès d'un enfant (cinq jours) ;
- Décès du conjoint, du concubin ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité (trois jours) ;
- Mariage d'un enfant (un jour) ;
- Survenance d'une situation de handicap chez un enfant (deux jours) ;

- Décès de l'un des parents, de l'un des beaux-parents, d'un frère ou d'une sœur (trois jours).

Certaines conventions collectives accordent des jours supplémentaires lors de la survenue des événements précités. Ainsi, la convention collective de travail des journalistes octroie, par exemple, six jours pour le mariage au lieu de quatre. Il est d'ailleurs possible de modifier à la hausse le nombre de jours définis par le Code du travail au moyen d'un accord collectif (C. trav., art. L3142-4).

La loi n° 2020-692 du 8 juin 2020 a créé un congé de deuil de huit jours (pouvant être fractionnés) en cas de décès d'un enfant âgé de moins de vingt-cinq ans ou d'une personne de moins de vingt-cinq ans à la charge effective et permanente du salarié. Celui-ci informe l'employeur au moins vingt-quatre heures avant le début de chaque période d'absence. Le congé de deuil peut être pris dans un délai d'un an.

Le contrat de travail ne peut être rompu pendant les treize semaines suivant le décès de l'enfant, sauf si l'employeur justifie d'une faute grave de l'intéressé ou de son impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger au décès (C. trav., art. L1225-4-2).

Pour prétendre à ces congés, le salarié doit nécessairement produire un justificatif avant de s'absenter. Toutefois, dans certaines circonstances telles qu'un deuil, l'employeur n'exigera – normalement – qu'*a posteriori* la présentation d'un certificat de décès…

La jurisprudence estime que le salarié n'est pas forcément obligé de s'absenter le jour de survenance de l'événement, mais pendant une période qui doit être raisonnable.

Congé de maternité

Toute salariée enceinte bénéficie d'un congé de maternité qui débute six semaines avant la date estimée de la naissance de l'enfant et prend fin dix semaines après l'accouchement. Il est toutefois possible, avec l'accord du médecin en charge du suivi de la grossesse, de réduire la période de congé prénatale d'une durée maximale de trois semaines. Dans ce cas, la période de congé postnatale est augmentée d'autant (C. trav., art. L1225-17).

Avant le congé de maternité, la salariée peut s'absenter – sans diminution de la rémunération – pour se rendre aux examens médicaux obligatoires

prévus par l'article L2122-1 du Code de la santé publique (échographies par exemple) ou à des examens à réaliser dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. À condition qu'il soit salarié, le conjoint, le partenaire pacsé ou le concubin bénéficie également d'une autorisation d'absence pour assister au maximum à trois de ces examens (C. trav., art. L1225-16).

Lorsqu'une salariée décide de reporter une partie de son congé de maternité après l'accouchement, la survenue d'un arrêt de travail avant ce dernier annule le report. Le contrat de travail est alors suspendu à compter du premier jour de l'arrêt de travail et la période de congé maternité initialement reportée est réduite d'autant.

La durée du congé de maternité est augmentée lorsque la salariée enceinte (ou le foyer) a déjà au minimum deux enfants à charge ou lorsqu'elle a déjà accouché de deux enfants viables. La période prénatale est alors fixée à 8 semaines, la période postnatale à 18 semaines. Il est, de plus, possible d'accroître la période de congé antérieure à l'accouchement d'une durée maximale de deux semaines. Dans ce cas, la période postérieure est réduite d'autant (C. trav., art. L1225-19).

Lorsqu'il est prévu des naissances multiples, le congé de maternité est fixé à :

- 34 semaines au total (12 + 22) pour des jumeaux. Il est possible d'augmenter la période de congé prénatale d'une durée maximale de quatre semaines. La période postnatale est alors réduite d'autant ;
- 46 semaines au total (24 + 22) pour des triplés ou plus.

Lorsque l'enfant naît avant la date prévue, la durée du congé maternité n'est pas pour autant réduite.

En cas de grossesse dite « pathologique » attestée par un certificat médical, la période de congé prénatale peut être majorée au maximum de deux semaines, la période postnatale de quatre semaines (C. trav., art. L1225-21).

La salariée prévient son employeur de son absence pour cause de maternité par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé (C. trav., art. D1225-4-1). Elle doit notamment préciser la date de son retour dans l'entreprise. Pendant le congé maternité, le contrat de travail est suspendu. À noter que ce congé est considéré

comme une période de travail effectif (C. trav., art. L3141-5).

À son retour dans la société, la salariée doit retrouver son emploi ou un poste similaire avec une rémunération équivalente ou supérieure. Elle a également le droit de s'entretenir avec son employeur au sujet de son orientation professionnelle (C. trav., art. L1225-27).

Selon l'article L1225-4 du Code du travail, un employeur ne peut pas rompre le contrat de travail d'une salariée pendant les dix semaines qui suivent l'expiration du congé de maternité. Cette période de protection est suspendue par la prise concomitante de congés payés et son point de départ est reporté à la date de la reprise du travail par la salariée (Cass. soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-12321). L'employeur peut toutefois rompre le contrat de travail en cas de faute grave non liée à l'état de grossesse. Il en va de même lorsqu'il lui est impossible de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement.

Si la mère décède pendant le congé maternité, le père a la possibilité de suspendre son contrat de travail pour s'occuper de son enfant pendant une période au plus égale à la durée d'indemnisation

restant à courir au titre de l'assurance maternité. Pendant toute la durée de son absence, le salarié est protégé contre le licenciement en vertu de l'article L1225-4-1 du Code du travail. À noter que, pour être indemnisé par la Sécurité sociale, le père doit cesser toute activité salariée.

Si le père n'exerce pas son droit à congé maternité, celui-ci peut être accordé au conjoint, au partenaire pacsé ou à la personne vivant maritalement avec la mère, sous réserve qu'il soit salarié (C. trav., art. L1225-28).

Congé d'adoption

Tout salarié, auquel le service départemental d'aide sociale à l'enfance, l'Agence française de l'adoption ou tout autre organisme français agréé confie l'adoption d'un enfant, bénéficie d'un congé d'une durée maximale de seize semaines. Celui-ci débute à l'arrivée de l'enfant dans le foyer ou, au plus, sept jours auparavant (C. trav., art. L1225-37). Lorsque l'adoption a pour effet de porter à au moins trois le nombre d'enfants pris en charge par le salarié, le congé d'adoption s'élève à 18 semaines. Il passe à 22 semaines en cas d'adoptions multiples. Quand il est partagé entre deux parents salariés, 25 jours

supplémentaires sont accordés (32 jours en cas d'adoptions multiples ; C. trav., art. L1225-40).

Le salarié prévient son employeur par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé (C. trav., art. R1225-11). Il doit notamment préciser la date de son retour dans l'entreprise. Pendant le congé, le contrat de travail est suspendu et le salarié est protégé contre le licenciement en vertu des articles L1225-38 et L1225-39 du Code du travail. À noter que le congé d'adoption est considéré comme une période de travail effectif (C. trav., art. L3141-5). L'employeur n'est pas tenu de rémunérer le salarié. Dans ce cas, ce dernier perçoit de la Sécurité sociale une indemnité journalière identique à celle due au titre du congé maternité. Lorsqu'une convention ou un accord collectif de travail accorde des avantages aux salariées en congé maternité, ceux-ci s'appliquent également aux personnes ayant sollicité un congé d'adoption. Au terme de ce dernier, le salarié doit retrouver son emploi ou un poste similaire avec une rémunération équivalente ou supérieure.

Un congé d'adoption internationale, non rémunéré et d'une durée maximale de six semaines, peut être accordé à tout salarié titulaire de l'agrément

mentionné aux articles L225-2 et L225-17 du Code de l'action sociale et des familles, devant se rendre à l'étranger ou dans un département ou collectivité d'outre-mer. L'employeur doit être informé de la date de début et de la durée envisagée du congé au moins deux semaines à l'avance. Le salarié peut interrompre le congé avant la date prévue et reprendre immédiatement son travail.

Congé de paternité et d'accueil de l'enfant

Pendant très longtemps, les pères n'ont bénéficié d'aucun congé pour passer du temps avec leur(s) enfant(s) lors de la naissance (à l'exception des trois jours légaux de congé pour événements familiaux). La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2002 a remédié à cela en instaurant le congé de paternité, auquel tout père salarié peut prétendre. Sa durée est fixée à 25 jours calendaires – 32 en cas de naissances multiples –, pendant lesquels le contrat de travail est suspendu (C. trav., art. L1225-35). Il n'existe aucune condition particulière pour en bénéficier : peu importe la nature du contrat de travail (CDD, CDI, etc.), la situation familiale de l'intéressé, son ancienneté

dans l'entreprise. Il est même possible d'obtenir ce congé pour un enfant qui n'est pas à la charge du père.

À condition qu'il soit salarié, le conjoint, le partenaire pacsé ou le concubin de la mère peut également bénéficier de ce congé.

Ce dernier se compose d'une période de quatre jours consécutifs succédant immédiatement au congé légal de naissance et d'une période fractionnable de 21 jours calendaires (28 en cas de naissances multiples).

Le délai de prévenance de l'employeur (date prévisionnelle de l'accouchement, dates de prise du ou des congés de la seconde période de 21 ou 28 jours, durée de ces congés) doit être compris entre quinze jours et deux mois (C. trav., art. L1225-35). À noter qu'il n'y a pas d'obligation légale à envoyer ce courrier en recommandé avec avis de réception. À l'issue du congé, la personne doit retrouver son emploi ou un poste similaire avec une rémunération équivalente ou supérieure.

Lorsque l'état de santé de l'enfant nécessite une hospitalisation immédiatement après la naissance dans une unité de soins spécialisée, le salarié peut

demander à prolonger la période de congé de quatre jours consécutifs pendant la période d'hospitalisation, dans la limite d'une durée maximale déterminée par décret.

Le congé de paternité n'est pas rémunéré. Toutefois, si le salarié cesse toute activité, la Sécurité sociale lui versera des indemnités journalières identiques à celles attribuées pour le congé maternité, sous réserve de satisfaire à certaines conditions. La personne doit ainsi justifier de dix mois d'immatriculation comme assuré social. Il faut également qu'elle ait satisfait l'un des trois points suivants :

- Travaillé au minimum 150 heures au cours des trois mois précédant le congé ;
- Cotisé sur un salaire supérieur ou égal à 1 015 fois le smic horaire au cours des six mois civils précédant le congé ;
- Exercé une activité pendant 600 heures au minimum au cours des 12 derniers mois précédant le congé ou cotisé sur un salaire supérieur ou égal à 2 030 fois le smic horaire.

Sur un plan formel, pour obtenir le versement des indemnités journalières, le salarié doit envoyer à sa

caisse primaire d'assurance maladie soit la copie intégrale de l'acte de naissance de l'enfant, la photocopie du livret de famille actualisé, la copie de l'acte de reconnaissance de l'enfant, soit, malheureusement, la copie de l'acte d'enfant sans vie ainsi que le certificat médical d'accouchement d'un enfant né mort et viable.

Les demandeurs d'emploi et les stagiaires de la formation professionnelle peuvent également bénéficier du congé de paternité sous certaines conditions.

Congé parental d'éducation

À l'issue du congé de maternité ou d'adoption, tout salarié ayant au moins un an d'ancienneté au moment de la naissance (ou de l'adoption) d'un enfant, ou de l'arrivée dans la famille d'un enfant n'ayant pas encore atteint l'âge de la fin de la scolarité obligatoire, a droit à un congé parental d'éducation (le contrat de travail étant alors suspendu) ou bien à une réduction de son temps de travail (C. trav., art. L1225-47). Dans ce cas, la durée de l'activité à temps partiel ne peut être inférieure à 16 heures par semaine. Lorsque les parties ne parviennent pas à trouver un accord

quant aux horaires de travail, la fixation de ces derniers relève du pouvoir de direction de l'employeur (Cass. soc., 23 septembre 2009, pourvoi nº 08-41641). Le salarié qui refuse les horaires proposés ne commet pas de faute grave, lorsque ceux-ci sont incompatibles avec des obligations familiales impérieuses (Cass. soc., 1er avril 2003, pourvoi nº 00-41873).

La durée initiale du congé parental d'éducation (ou de l'activité à temps partiel) est fixée à un an au maximum. Deux prolongations sont ensuite possibles, le congé prenant fin à la survenance de l'un des termes suivants :

- Troisième anniversaire de l'enfant ;
- En cas d'adoption d'un enfant âgé de moins de 3 ans, le congé expire à l'issue d'une période de trois années à compter de son arrivée dans le foyer.

En cas d'adoption d'un enfant âgé de plus de 3 ans et de moins de 16 ans, le congé expire à l'issue d'une période d'une année à compter de son arrivée dans le foyer. En cas de naissances multiples, le congé parental d'éducation peut être prolongé jusqu'à l'entrée à l'école maternelle des enfants.

Pour les naissances multiples d'au moins trois enfants ou les arrivées simultanées d'au moins trois enfants adoptés ou confiés en vue d'adoption, il peut être prolongé cinq fois pour prendre fin au plus tard au sixième anniversaire des enfants.

Ces délais sont majorés au plus de un an lorsque l'enfant est victime d'un accident ou est atteint d'une maladie ou d'un handicap grave (C. trav., art. L1225-49). Les justificatifs à produire pour bénéficier de cette année supplémentaire sont répertoriés dans l'article R1225-12 du Code du travail.

Par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, le salarié prévient l'employeur de la date de début du congé parental d'éducation ou de l'activité à temps partiel (C. trav., art. L1225-50 et R1225-13). Le délai de prévenance est le suivant :

- Au moins un mois avant la fin du congé de maternité (ou d'adoption) lorsque le congé parental d'éducation survient immédiatement après ;
- Au moins deux mois avant le début du congé parental d'éducation dans les autres cas.

Le salarié peut prolonger ou transformer le congé parental d'éducation en activité à temps partiel (et inversement), à condition d'avertir l'employeur au moins un mois avant le terme initialement prévu. En revanche, il n'a pas la possibilité, dans le cas d'un temps partiel, de modifier la durée du travail originelle, sauf si l'employeur accède à sa demande ou si une convention ou un accord collectif de travail le prévoit expressément.

Lorsque le congé parental d'éducation est transformé en activité à temps partiel, le salarié est en droit de retrouver l'emploi précédemment occupé, sauf si l'employeur parvient à démontrer que ce dernier n'est pas compatible avec un temps partiel (Cass. soc., 10 décembre 2014, pourvoi n° 13-22135).

Lorsque le foyer accuse une baisse importante de revenus ou en cas de décès de l'enfant, le salarié peut :

- Reprendre une activité à temps plein ou à temps partiel s'il bénéficie du congé parental d'éducation ;
- Reprendre son activité initiale s'il bénéficie d'un temps partiel.

La demande doit être motivée et adressée à l'employeur au minimum un mois avant la date à laquelle le salarié compte profiter de cette mesure. À l'issue du congé parental d'éducation (ou de l'activité à temps partiel), la personne doit retrouver son emploi ou un poste similaire avec une rémunération équivalente ou supérieure. Elle a également le droit de s'entretenir avec son employeur au sujet de son orientation professionnelle (C. trav., art. L1225-57) et de suivre une action de formation professionnelle (C. trav., art. L1225-59).

Le non-respect par un employeur du droit à une action de formation professionnelle ne constitue pas une violation d'une liberté fondamentale (Cass. soc., 5 mars 2014, pourvoi n° 11-14426). En l'espèce, une salariée avait été licenciée après son retour d'un congé parental d'éducation pour insuffisance professionnelle. Elle avait alors contesté son licenciement devant le conseil des prud'hommes, en invoquant l'indigence de la formation professionnelle qui lui avait été dispensée à l'issue de son congé.

Aucune rémunération n'est versée par l'employeur pendant le congé parental d'éducation. Toutefois, le

salarié peut éventuellement « piocher » dans son compte épargne temps (voir chapitre 6) ou bénéficier de la prestation partagée d'éducation de l'enfant (PreParE). Attention, cette prestation gérée par la Caisse d'allocations familiales (CAF) est délivrée sous certaines conditions.

Congé de solidarité familiale

Lorsque le proche d'un salarié (ascendant, descendant ou personne vivant sous le même toit) souffre d'une maladie engageant le pronostic vital ou est en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, un congé de solidarité familiale – non rémunéré – peut être accordé pour une durée maximale de trois mois, renouvelable une seule fois (C. trav., art. L3142-6 et L3142-15). Les modalités de mise en œuvre de ce congé peuvent être définies par un accord collectif.

Si l'employeur est d'accord, ce congé peut être converti en activité à temps partiel.

Le salarié prévient son employeur au moins 15 jours à l'avance, par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, de sa volonté de bénéficier du congé de solidarité familiale. Il

joint à sa demande un certificat médical attestant que la personne, au chevet de laquelle il souhaite rester, a son pronostic vital engagé ou est en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable (C. trav., art. D3142-5). En cas d'urgence absolue constatée par écrit par le médecin établissant le certificat médical, le congé débute dès la réception du courrier du salarié par l'employeur. Le renouvellement du congé est également adressé, par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, au moins 15 jours avant l'issue de la période initiale.

Le congé expire une fois arrivé à son terme, par anticipation ou bien dans les trois jours suivant le décès de la personne. Dans ce dernier cas, il peut se cumuler avec les congés pour événements familiaux et événements personnels. Le salarié informe l'employeur de son retour avec un préavis de trois jours francs. Il doit alors retrouver son emploi ou un poste similaire avec une rémunération équivalente ou supérieure.

La personne bénéficiant du congé de solidarité familiale ou d'un aménagement de son activité en temps partiel n'a pas le droit d'occuper un autre emploi (C. trav., art. L3142-9).

Congé de proche aidant

Tout salarié peut bénéficier d'un congé non rémunéré pour s'occuper d'un proche victime d'un handicap ou d'une perte d'autonomie particulièrement grave (C. trav., art. L3142-16). Peuvent être assistés :

- Le conjoint ;
- Le concubin ;
- Le partenaire pacsé ;
- Un ascendant ;
- Un descendant ;
- Un enfant à charge ;
- Un collatéral jusqu'au quatrième degré (frère, sœur, oncle, tante, neveu, nièce… jusqu'à cousin(e) germain(e)) ;
- Une personne âgée ou handicapée avec laquelle réside le salarié ou avec laquelle il entretient des liens étroits et stables, à qui il vient en aide fréquemment pour accomplir des actes de la vie quotidienne ;
- Un ascendant, un descendant ou un collatéral jusqu'au quatrième degré du conjoint,

concubin ou partenaire pacsé.

La personne assistée doit résider en France. À défaut d'accord collectif, la durée du congé de soutien familial est de trois mois renouvelables, dans la limite d'une année pour la totalité de la carrière professionnelle. Le salarié prévient son employeur, par tout moyen conférant date certaine, au moins un mois avant le début du congé (C. trav., art. D3142-11). Sont joints à ce courrier les documents suivants :

- Une déclaration sur l'honneur quant à l'existence d'un lien familial entre le demandeur et la personne assistée ou de l'aide apportée à une personne âgée ou handicapée avec laquelle le salarié réside ou entretient des liens étroits et stables ;
- Une déclaration sur l'honneur du salarié indiquant qu'il n'a jamais eu recours à ce congé ou, dans le cas contraire, la durée dont il a déjà bénéficié ;
- Lorsque la personne assistée est un enfant handicapé à charge ou un adulte handicapé, une copie de la décision prise en application de la législation de Sécurité sociale ou d'aide

sociale subordonnée à la justification d'un taux d'incapacité permanente au moins égal à 80 % ;

- Lorsque la personne aidée est victime d'une perte d'autonomie, une copie de la décision d'attribution de l'allocation personnalisée d'autonomie au titre d'un classement dans les groupes I, II et III de la grille nationale mentionnée à l'article L232-2 du Code de l'action sociale et des familles.

Le délai de prévenance d'un mois ne s'applique pas en cas notamment de dégradation brutale de l'état de santé du tiers assisté ou de cessation soudaine de son hébergement en établissement (C. trav., art. D3142-7). Le bénéfice du congé est alors immédiat. Le contrat de travail est suspendu pendant le congé. Ce dernier peut être renouvelé de la manière suivante :

- Si le renouvellement est successif, le salarié prévient l'employeur au moins quinze jours avant le terme prévu (par tout moyen conférant date certaine) ;
- Si le renouvellement n'est pas successif, le salarié prévient l'employeur au moins un mois

avant le début du congé (par tout moyen conférant date certaine).

Pendant le congé de proche aidant, le salarié ne peut pas exercer d'activité professionnelle, sauf s'il est employé par la personne aidée dans le respect du deuxième alinéa des articles L232-7 ou L245-12 du Code de l'action sociale et des familles (C. trav., art. L3142-18).

Le salarié a la possibilité de mettre fin au congé par anticipation ou d'y renoncer dans les cas suivants :

- Décès de la personne assistée ;
- Admission de celle-ci dans un établissement ;
- Réduction importante des ressources du salarié ;
- Recours à un service d'aide à domicile pour assister la personne aidée ;
- Congé de proche aidant repris par un proche.

La demande du salarié doit être motivée et adressée à l'employeur, par tout moyen conférant date certaine, au minimum un mois à l'avance. Ce délai est réduit à deux semaines en cas de décès de la personne assistée.

À son retour dans la société, le salarié doit retrouver son emploi ou un poste similaire avec une rémunération équivalente ou supérieure. Il a également le droit de s'entretenir avec son employeur au sujet de son orientation professionnelle, avant et après le congé (C. trav., art. L3142-23).

Congé de présence parentale

Le Code du travail accorde un congé non rémunéré (de trois jours par an au maximum) à tout salarié dont l'enfant, âgé de moins de 16 ans, est malade ou a été victime d'un accident. Lorsque l'enfant a moins de un an ou si le salarié a trois enfants à charge, le délai passe de trois à cinq jours. Malheureusement, en cas de maladie, de handicap ou d'accident particulièrement grave, le congé pour enfant malade se révèle insuffisant. C'est la raison pour laquelle le législateur a créé le congé de présence parentale. Quand un enfant a besoin – pour raison de santé – de la présence soutenue d'un parent, celui-ci peut bénéficier d'un congé d'une durée maximale de 310 jours ouvrés sur une période de trois ans (C. trav., art. L1225-62 et art. D1225-16). Ce congé peut être pris en une ou

plusieurs fois. À noter qu'il est possible de fractionner les jours (par exemple en demi-journées) ou de transformer ce congé en période d'activité à temps partiel avec l'accord de l'employeur.

Par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, le salarié prévient l'employeur qu'il désire s'occuper de son enfant au moins 15 jours avant le début du congé de présence parentale. La durée initiale de ce dernier est précisée dans le certificat médical, rédigé par le praticien en charge du suivi de l'enfant, qui est joint à la demande. Le salarié doit ensuite prévenir l'employeur au minimum 48 heures à l'avance chaque fois qu'il désire poser un ou plusieurs (demi-) jour(s) de congés (C. trav., art. L1225-63). En cas de dégradation soudaine de l'état de santé de l'enfant ou de situation de crise nécessitant une présence sans délai du salarié, ce dernier peut bénéficier immédiatement de ce congé.

Tous les six mois, la durée initiale du congé fait l'objet d'un réexamen et un nouveau certificat médical est envoyé à l'employeur. Si besoin est, le congé peut être prolongé au-delà de la durée initialement prévue. Dans ce cas, l'employeur doit

être informé au moins 15 jours avant le terme du congé en cours (C. trav., art. D1225-17). À son retour dans la société, le salarié doit retrouver son emploi ou un poste similaire avec une rémunération équivalente ou supérieure. En cas de décès de l'enfant ou de baisse importante de ses ressources, le salarié a le droit de réintégrer l'entreprise avec un délai de prévenance d'au moins un mois.

Pendant un congé de présence parentale, l'employeur n'est pas tenu de rémunérer le salarié. Ce dernier peut toutefois, sous certaines conditions, bénéficier de l'allocation journalière de présence parentale (AJPP).

Don de jours de repos à un parent d'enfant gravement malade

La loi n° 2014-459 du 9 mai 2014 a permis de pallier le principal défaut du congé de présence parentale, à savoir la quasi-absence de rémunération pour le parent qui s'absente de l'entreprise pour s'occuper d'un enfant gravement malade, en situation de handicap ou victime d'un

accident particulièrement grave. Désormais, en vertu des articles L1225-65-1 et L1225-65-2 du Code du travail, des salariés peuvent, à leur demande, renoncer anonymement et sans contrepartie, totalement ou partiellement, à leurs jours de repos (affectés ou non à un compte épargne temps) au bénéfice d'un collègue dont la présence soutenue auprès d'un enfant âgé de moins de vingt ans est requise. Sont concernés par ce don :

- Les jours de réduction du temps de travail (RTT) ;
- Les congés payés pour la durée excédant vingt-quatre jours ouvrables ;
- Les autres jours de récupération.

Le don de jours de repos nécessite l'accord de l'employeur et la particulière gravité de la maladie, du handicap ou de l'accident rendant indispensable la présence du parent auprès de l'enfant doit être attestée par un certificat médical établi par le médecin qui le suit.

Le don de jour de repos est également possible au bénéfice d'un autre salarié dont l'enfant âgé de moins de vingt-cinq ans (ou la personne de moins

de vingt-cinq ans à sa charge effective et permanente) est décédé. Ce don peut intervenir au cours de l'année suivant la date du décès.

Congé de formation économique et sociale et de formation syndicale

Tout salarié a droit à un ou plusieurs congés pour participer à des stages de formation économique et sociale ou de formation syndicale (C. trav., art. L2145-5). Ces stages ou sessions de formation doivent être organisés par des centres rattachés aux organisations syndicales mentionnées au 3° de l'article L2135-12 du Code du travail ou par des instituts spécialisés (la liste des organismes de formation agréés étant fixée par arrêté).

La durée totale de ces congés ne peut être supérieure à douze jours par an (dix-huit jours lorsque le salarié anime lui-même des stages et des sessions). À noter que les demandeurs d'emploi peuvent également bénéficier de ce congé ; dans ce cas ils conservent le revenu de remplacement auquel ils ont droit pendant la durée de la formation.

Au moins trente jours avant le début du congé, le salarié informe l'employeur de son souhait de suivre une formation économique et sociale ou syndicale. Il doit indiquer la date et la durée de son absence, ainsi que le nom de l'organisme responsable de la formation (C. trav., art. R2145-4). Le congé est de droit, sauf si l'employeur estime que cette absence pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise (C. trav., art. L2145-11). Après consultation du comité social et économique, l'employeur doit motiver le refus du congé et notifier celui-ci au salarié dans un délai de huit jours à compter de la réception de la demande (C. trav., art. R2145-5). En cas de désaccord, le bureau de jugement du conseil de prud'hommes peut être saisi.

Pendant la durée du congé, le salarié a droit au maintien total de sa rémunération (C. trav., art. L2145-6).

Autres congés

Il ne suffirait pas de tout cet ouvrage pour vous présenter en détail les congés répertoriés dans le Code du travail et dont peuvent bénéficier les

salariés sous certaines conditions. Voici quelques congés – liste non exhaustive – brièvement décrits :

- **Le congé pour catastrophe naturelle** (C. trav., art. L3142-48 à L3142-53). Ce congé non rémunéré permet à un salarié, habitant ou travaillant dans une zone dévastée par une catastrophe naturelle, de se mettre au service d'organismes apportant une aide aux victimes ;
- **Le congé des conseillers prud'hommes** (C. trav., art. L1442-2, L1442-5 et L1442-6). Les salariés élus conseillers prud'hommes bénéficient de congés rémunérés pour se former et pour siéger ;
- **Le congé de solidarité internationale** (C. trav., art. L3142-67 et suiv.). Ce congé non rémunéré permet à un salarié de participer à une mission humanitaire à l'étranger ;
- **Les congés des salariés candidats ou élus à un mandat parlementaire ou local** (C. trav., art. L3142-79 et suiv.). Ce congé permet à un salarié de participer à une campagne électorale (députation, Sénat, Parlement européen,

conseil départemental, conseil régional, conseil municipal, Assemblée de Corse, conseil de la Métropole de Lyon) ;

- **Le congé pour acquisition de la nationalité** (C. trav., art. L3142-75 à L3142-78). Il permet à un salarié, sur justification, d'assister à sa cérémonie d'accueil dans la citoyenneté française ;
- **La réserve opérationnelle** (C. trav., art. L3142-89 et suiv.). Tout salarié ayant souscrit un engagement à servir dans la réserve opérationnelle peut s'absenter pendant huit jours par année civile au titre de ses activités militaires ;
- **Le congé pour création ou reprise d'entreprise** (C. trav., art. L3142-105 et suiv.). Le salarié qui souhaite créer ou reprendre une société peut bénéficier d'un congé ou bien d'une période d'activité à temps partiel ;
- **Le congé pour la préparation directe d'un examen** (loi n° 2015-990 du 6 août 2015, art. 296). Un étudiant inscrit dans un établissement de l'enseignement supérieur a droit à un congé supplémentaire non rémunéré

de cinq jours ouvrables par tranche de soixante jours ouvrables. Ce congé est pris dans le mois précédant l'examen ;

- **Le congé sabbatique** (C. trav., art. L3142-28 et suiv.). Tout salarié justifiant d'une ancienneté d'au moins trente-six mois, consécutifs ou non, dans l'entreprise ainsi que de six années d'activité professionnelle peut solliciter un congé sabbatique d'une durée comprise entre 6 et 11 mois.

DANS CE CHAPITRE

Les règles de fixation du salaire

•

La composition du salaire et le paiement de primes

•

La protection du salaire et les règles de saisie

•

L'épargne salariale

Chapitre 8
La rémunération

L'adage « Tout travail mérite salaire » énonce quasiment une règle juridique, à laquelle il associe une connotation morale. La rémunération est donc la contrepartie du travail. Dans le Code du travail, elle est définie comme étant le salaire (ou le traitement) auquel sont ajoutés tous les autres avantages et accessoires payés au titre de l'emploi occupé (C. trav., art. L3221-3). En son absence, le travail devient du bénévolat. La perception d'une

somme d'argent en contrepartie d'une activité est l'un des critères de formation du contrat de travail. L'employeur a ainsi l'obligation essentielle de rémunérer un salarié, afin que celui-ci puisse tout simplement vivre. La rémunération est uniquement versée lorsque le salarié a travaillé ou s'est tenu à la disposition de son employeur. Les situations peuvent être extrêmement complexes lorsque le salarié perçoit, outre son salaire de base, une rémunération variable, des primes, un intéressement et des stock-options. Versée en principe sous la forme d'une somme d'argent, la rémunération peut être accompagnée d'avantages en nature. Ce chapitre expose les principales règles permettant de déterminer son montant, les accessoires associés, son mode de paiement ainsi que les conditions de sa saisie par un créancier du salarié.

Le montant du salaire

La rémunération du salarié est décidée d'un commun accord avec l'employeur, au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, la liberté de choix n'est pas absolue. Le Code du travail interdit par exemple le recours à une méthode d'enchères

électroniques inversées pour recruter le salarié qui proposerait l'offre de salaire la plus basse (C. trav., art. L1221-4). Au cours de l'exécution du contrat, le montant de la rémunération sera amené à évoluer.

Une liberté limitée

Le salaire versé ne doit pas être inférieur au smic ou au salaire plancher éventuellement prévu par la convention collective en vigueur dans l'entreprise. L'employeur doit appliquer le principe « À travail égal salaire égal » à l'ensemble des salariés de la société.

Le respect du smic

Le salarié ne peut être payé en dessous du smic. En 2021, celui-ci correspond à un montant brut horaire de 10,25 euros, soit un salaire brut mensuel de 1554,58 euros pour un salarié soumis à la durée légale hebdomadaire de 35 heures. Pour les salariés mineurs, l'employeur peut appliquer un abattement de 20 % entre 16 et 17 ans, de 10 % entre 17 et 18 ans. En 2019, 13,4 % des salariés percevaient le smic. Son non-respect est sanctionné d'une amende de 1500 euros (C. trav., art. R3233-1), et tout salarié dont la rémunération

est inférieure au smic peut demander des dommages et intérêts en raison du préjudice subi (Cass. soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-12884).

Depuis 2010, le smic est revalorisé chaque année au 1er janvier et chaque fois que l'indice national des prix à la consommation augmente de 2 % (C. trav., art. L3231-5 et L3231-6). Son montant actualisé est consultable sur le site www.travail-emploi.gouv.fr.

Le respect du smic implique un décompte du temps de travail du salarié pour vérifier que le salaire réel ne lui est pas inférieur. Il faut prendre en compte toutes les sommes versées en contrepartie du travail en incluant les avantages en nature. En revanche, les remboursements de frais professionnels et les primes d'ancienneté ainsi que toutes les gratifications aléatoires ou décidées librement par l'employeur n'ont pas à être prises en considération. La perception d'un salaire supérieur au smic certains mois ne permet pas de compenser le versement d'une rémunération inférieure les autres mois. Cependant, le paiement d'un complément de salaire pour garantir le salaire minimum peut être récupéré les mois suivants si une clause du contrat le prévoit. Les personnes

rémunérées à la tâche ne doivent pas percevoir un salaire horaire inférieur au taux horaire du smic. La perception d'une rémunération inférieure au smic doit conduire l'employeur à la compléter en conséquence.

Le minimum conventionnel

Certaines conventions collectives comportent des grilles de salaire indiquant une rémunération minimale à verser au salarié en fonction de l'emploi qu'il occupe. Celle-ci doit être supérieure au smic. Les partenaires sociaux de chaque branche d'activité doivent se réunir au moins une fois tous les quatre ans pour réévaluer le montant des salaires minimaux (C. trav., art. L2241-1). La vérification du respect du minimum conventionnel nécessite de comparer le bulletin de salaire aux tableaux prévus par la convention collective. L'appréciation de ce respect est mensuelle sauf disposition contraire de la convention collective (Cass. soc., 24 novembre 2017, pourvoi n° 17-22539). En pratique, les litiges portent sur la qualification et/ou le coefficient hiérarchique attribués au salarié. Ceux-ci doivent correspondre

aux fonctions réellement exercées par ce dernier (Cass. soc., 28 octobre 1998, pourvoi nº 96-42876).

Une seconde source de contestation porte sur les éléments à comptabiliser lors de la vérification du respect du minimum conventionnel. Il faut toujours vérifier les termes retenus par la convention. Si celle-ci ne contient pas de précisions, les éléments de la rémunération à prendre en compte sont, comme pour le smic, ceux versés en contrepartie du travail. De fait, les primes d'ancienneté ou celles versées pour compenser une sujétion particulière ne sont en principe pas incluses. Toutefois, la distinction n'est pas toujours évidente. Ainsi, dans le bâtiment, les ouvriers perçoivent une prime d'activité. Ce terme pourrait laisser supposer qu'il s'agit d'une contrepartie du travail des ouvriers. Or, pour la Cour de cassation, cette prime rémunère le rythme de travail contraignant mais ne constitue pas une contrepartie des prestations effectuées par le salarié. Elle n'entre pas de ce fait dans le calcul du minimum conventionnel (Cass. soc., 27 octobre 1999, pourvoi nº 98-44627).

De même, la prime de résultat – décidée après un entretien avec le collaborateur – présentant un caractère aléatoire ne doit pas être prise en compte

dans le salaire minimum conventionnel (Cass. soc., 20 avril 2005, pourvoi nº 03-42721). En revanche, le paiement d'un treizième mois doit, en principe, être pris en considération pour le mois de son versement (Cass. soc., 17 février 1999, pourvoi nº 96-45671). Enfin, le versement d'une prime garantissant le pouvoir d'achat n'exclut pas que son versement soit une contrepartie du travail (Cass. soc., 7 avril 2010, pourvoi nº 07-45322).

Le principe « À travail égal salaire égal »

L'employeur a l'obligation d'assurer une égalité de traitement entre les salariés. Le principe « À travail égal salaire égal » est non seulement prévu par l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, mais également par le Code du travail (art. L3221-2). Celui-ci prévoit, d'une manière générale, le respect de l'égalité entre hommes et femmes. Ainsi, une prime de crèche versée initialement aux mères de famille doit être également étendue aux pères (Cass. soc., 27 février 1991, pourvoi nº 90-42239). Le respect de l'égalité hommes-femmes implique à plus forte raison celui de l'égalité entre personnes du même

sexe qui est, selon la Cour de cassation, « une règle générale » (Cass. soc., 29 octobre 1996, pourvoi nº 92-43680). Les salariés placés dans une situation identique doivent donc percevoir la même rémunération. Par exemple, ce doit être le cas pour le remboursement des frais kilométriques entre le domicile et le lieu de travail. (Cass. soc., 13 avril 2016, pourvoi nº 15 – 10272).

Cependant, la violation de ce principe n'implique pas nécessairement une discrimination fondée sur l'une des caractéristiques inhérentes à la personne du salarié citées dans l'article L1132-1 du Code du travail (opinions politiques, syndicales et religieuses, origine, sexe, etc).

L'employeur doit justifier une différence de traitement portant atteinte au principe de l'égalité salariale par des éléments objectifs (Cass. soc., 28 novembre 2018, pourvoi nº17-20007). Il peut s'agir d'une différence d'ancienneté, d'expérience ou de qualité du travail. Concernant ce dernier critère, il ne sera pas aisé pour l'employeur d'en apporter la preuve au moyen d'éléments objectifs. Le maintien d'un usage dont bénéficient des salariés transférés d'une unité économique autorise une différence de traitement par rapport aux autres

employés (Cass. soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-14614). En revanche, l'ancienneté ne peut justifier une différence de salaire si elle est déjà rémunérée par une prime (Cass. soc., 17 mars 2010, pourvoi n° 08-43135). À noter que l'expérience acquise au profit d'un précédent employeur peut être invoquée pour porter atteinte à l'égalité salariale, mais uniquement au moment de l'embauche et à condition d'être en relation avec le poste et les responsabilités du salarié (Cass. soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-19438).

En l'absence d'éléments objectifs justifiant une différence, le salarié placé dans des conditions identiques et accomplissant un travail de valeur égale doit bénéficier de la même rémunération que celle perçue par ses collègues (Cass. soc., 27 novembre 2019, pourvoi n° 18-10807).

La possession d'un diplôme justifie une différence de rémunération entre des salariés exerçant les mêmes fonctions, à condition que le salarié diplômé ait acquis des connaissances particulières utiles à l'exercice de sa profession. Il en est de même des qualités professionnelles qui peuvent justifier d'une évolution salariale différente mais ne permettent pas de justifier de différences de

rémunération lors de l'embauche, étant donné que l'employeur ne connaît pas les qualités professionnelles du salarié (Cass. soc., 13 novembre 2014, pourvoi n° 12-20069).

La Cour de cassation a admis qu'une femme exerçant des fonctions différentes mais de niveau hiérarchique identique à celles de ses collègues masculins (tous membres du comité de direction avec des responsabilités comparables), ayant une ancienneté plus importante ainsi qu'un niveau d'études similaire et percevant une rémunération inférieure, a été victime d'une inégalité de traitement dès lors que l'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination pour justifier cette inégalité (Cass. soc., 6 juillet 2010, pourvoi n° 09-40021).

Le principe d'égalité de traitement n'est pas applicable entre sociétés différentes appartenant à un même groupe (Cass. soc., 16 septembre 2015, pourvoi n° 13 – 28415). En revanche, cette question se pose pour les salariés d'une même entreprise appartenant à des établissements distincts. Les différences sont présumées justifiées si elles résultent de l'application d'un accord collectif propre à l'établissement. Celui qui les conteste doit

donc démontrer que les différences de traitement sont étrangères à des considérations de nature professionnelle (Cass. soc., 4 octobre 2017, pourvoi nº 16-17517). Si la différence résulte d'un engagement unilatéral de l'employeur, celle-ci doit reposer sur des raisons objectives. Par exemple, la différence de coût de la vie entre la région parisienne et le nord en est une puisque les salariés ne sont pas placés dans des conditions identiques (Cass. soc., 14 septembre 2016, pourvoi nº 15-11386).

Les salariés intérimaires ou en contrat à durée déterminée doivent bénéficier de la même rémunération que les salariés en CDI s'ils ont la même qualification professionnelle (C. trav., art. L1242-15 et L1251-18).

Salaire brut et salaire net

La rémunération indiquée dans les offres d'emploi ou les contrats de travail est généralement brute. Pour obtenir la somme nette qui sera effectivement versée au salarié, l'employeur doit déduire les charges salariales payées aux différentes caisses recouvrant les cotisations sociales. S'il ne le fait

pas, il prend le risque de sanctions pénales (C. séc. soc., art. R244-3 et L244-6).

Pour l'employeur comme pour le salarié, seul le résultat compte. Ainsi, le salarié va prendre en considération le montant net perçu, l'employeur la totalité du coût salarial, à savoir le salaire net auquel est ajouté l'ensemble des charges salariales et patronales. La jurisprudence permet à l'employeur et au salarié de convenir du versement d'un salaire net et non d'un salaire brut (Cass. soc., 14 juin 2005, pourvoi n° 02-47320).

La mensualisation

La quasi-totalité des salariés bénéficient du système de la mensualisation. Comme son nom l'indique, les salariés sont payés chaque mois, mais surtout leur salaire est fixe (sauf s'il contient une part variable ou des gratifications occasionnelles) et indépendant du nombre de jours travaillés, variable d'un mois sur l'autre (C. trav., art. L3242-1). Pour le calcul de la rémunération, le Code du travail part du salaire horaire, qui doit être multiplié par la durée de travail hebdomadaire et par 52 (le nombre de semaines dans l'année), puis divisé par 12 (le nombre de mois). Le résultat

obtenu neutralise l'inégalité du nombre de jours travaillés au cours d'un mois.

Sauf pour les smicards, certains bas salaires et les salariés à temps partiel, la rémunération convenue est mensuelle. Il faut donc procéder au cheminement inverse à celui du Code du travail pour aboutir à la rémunération horaire, celle-ci servant à calculer les majorations pour les heures supplémentaires indiquées sur le bulletin de salaire. Pour une durée de 35 heures par semaine, la durée moyenne de travail au cours d'un mois correspond à 151,67 heures.

Seuls les salariés à domicile, les intermittents, les travailleurs temporaires et saisonniers ne sont pas soumis au système de la mensualisation. Ils doivent être payés au moins deux fois par mois, avec un intervalle maximal de 16 jours (C. trav., art. L3242-3).

Le salaire, contrepartie du travail

Le salarié doit percevoir sa rémunération à partir du moment où il se tient à la disposition de l'employeur, même si ce dernier n'a aucune tâche à

lui confier. C'est à l'employeur de démontrer que le salarié ne se tient pas à sa disposition (Cass. soc., 13 février 2019, pourvoi n° 17-21176). Seul un cas de force majeure, ou une situation dite contraignante (rarement admise par la jurisprudence), dispense du paiement du salaire : par exemple, la destruction totale de l'entreprise ou une grève empêchant la société de fonctionner avec les salariés non grévistes (l'employeur étant alors dispensé de verser leur paie à ces derniers). De même, le salaire n'est pas dû si le salarié ne peut plus travailler en raison de la destruction de son véhicule personnel dont il doit disposer aux termes de son contrat de travail (Cass. soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-15379).

La rémunération correspond à un certain nombre d'heures prévues au contrat, sauf pour les salariés soumis à un forfait jours. En cas d'absence non rémunérée, l'employeur peut déduire ce temps d'absence du salaire. La méthode de calcul consiste à diviser le salaire par le nombre d'heures de travail au cours du mois. Vous obtenez ainsi le montant à retirer par heure d'absence (Cass. soc., 20 janvier 1999, pourvoi n° 96-45042). Ce résultat pourra différer de la méthode prévue par l'article

L3242-1 du Code du travail, laquelle permet de calculer une rémunération mensuelle indépendante du nombre de jours travaillés dans le mois.

Pour les salariés soumis à un forfait jours, la situation est compliquée, car le décompte de leur temps de travail s'effectue à la journée et non à l'heure. Dans ce cas, il faut se reporter à l'accord collectif mettant en place ce forfait, lequel peut prévoir des modalités pour effectuer ce décompte. Si rien n'est prévu dans l'accord, la retenue sur salaire doit être proportionnelle au temps d'absence (Cass. soc., 13 novembre 2008, pourvoi nº 06-44608). Cela implique de calculer un salaire horaire fictif par rapport au temps de travail applicable dans l'entreprise. En revanche, le temps de travail effectué au-delà de la durée hebdomadaire doit être rémunéré selon les règles présentées au chapitre 6.

La composition de la rémunération

La rémunération comprend un salaire de base, qui peut être complété par diverses primes, gratifications et même pourboires versés

directement par les clients. Certains salariés perçoivent également des sommes destinées à rembourser les frais dépensés dans l'exercice de leur activité professionnelle.

Le salaire de base

Le salaire de base correspond à la somme perçue en contrepartie de la durée du travail prévue au contrat, indépendamment de toute prime ou gratification. Élément du contrat de travail, il ne peut être diminué par une décision unilatérale de l'employeur sans l'accord du salarié. L'expression « de base » sous-entend l'existence d'autres éléments venant le compléter. La rémunération peut ainsi être composée d'une part variable correspondant, par exemple, à une commission sur le chiffre d'affaires réalisé par le salarié.

L'employeur doit mettre en place un système de commissionnement lisible et fiable ; à défaut, il encourt une prise d'acte de la rupture à ses torts (Cass. soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13 – 26373). Le salarié doit être en mesure de vérifier le calcul de sa rémunération conformément aux modalités prévues par le contrat de travail. L'employeur doit notamment lui communiquer les éléments

nécessaires au calcul de la part variable de sa rémuneration (Cass. soc., 22 octobre 2015, pourvoi nº 14-18565).

Si la rémunération variable dépend de la fixation d'objectifs par l'employeur, le défaut d'objectifs constitue un manquement contractuel de l'employeur qui justifie une prise d'acte de la rupture (voir chapitre 14) (Cass. soc., 29 juin 2011, pourvoi nº 09-65710). En l'absence de fixation des objectifs permettant d'atteindre un bonus cible, l'employeur est tenu de payer ce dernier (Cass. soc., 25 novembre 2020, pourvoi nº 19-17246).

Les accessoires du salaire

Diverses gratifications ou primes peuvent s'ajouter au salaire, les appellations étant nombreuses : treizième mois, prime de fin d'année, de rendement, d'assiduité, de bilan ou d'ancienneté… Ces gratifications, qui ne sont pas prévues par le Code du travail, trouvent leur origine dans le contrat de travail, la convention collective, un usage dans l'entreprise ou un engagement de l'employeur. L'origine de ces gratifications détermine les conditions d'utilisation ainsi que les possibilités de modification ou de suppression. La

gratification qui ne peut être rattachée à l'une de ces catégories est un cadeau de l'employeur (appelé, dans le jargon juridique, une « libéralité »). Elle peut être librement supprimée par celui-ci tant qu'elle n'est pas devenue un usage.

La prime prévue par le contrat de travail ne peut être supprimée sans l'accord exprès du salarié. La poursuite du contrat aux nouvelles conditions ne suffit pas pour démontrer l'accord du salarié, sauf si la procédure de modification du contrat pour motif économique – décrite au chapitre 16 – a été suivie (C. trav., art. L1222-6). La prime prévue par la convention collective doit être obligatoirement versée au salarié. La renonciation à cette prime par écrit ne libérera pas l'employeur si le salarié change d'avis et en demande le paiement, celui-ci ne pouvant par avance renoncer aux dispositions en sa faveur prévues dans une convention collective. La prime d'ancienneté doit être mentionnée sur le bulletin de salaire pour établir son paiement. Si le contrat de travail peut prévoir l'attribution d'une prime laissée à la libre appréciation de l'employeur, cette disposition contractuelle ne lui permet pas de traiter d'une façon différente des salariés placés

dans la même situation (Cass. soc., 10 octobre 2012, pourvoi n° 11-15296).

L'employeur doit être extrêmement rigoureux lors de la rédaction du contrat de travail et lors de l'inscription d'une gratification sur le bulletin de salaire. La dénomination de la gratification doit correspondre précisément à celle qui est due au salarié. Par exemple, indiquer que le salaire est payé en 13 mensualités ne signifie pas que le salarié reçoit le 13ème mois dû en vertu d'un usage d'entreprise ou d'une disposition de la convention collective (Cass. soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-20646).

La gratification qui résulte d'un usage dans l'entreprise ou d'un engagement unilatéral de l'employeur peut être remise en cause sous certaines conditions. Il faut délimiter les notions de prime ou d'engagement unilatéral de l'employeur. La prime payée en exécution d'un tel engagement constitue un élément du salaire même si elle est variable. Son paiement est obligatoire selon les modalités de cet engagement (Cass. soc., 7 novembre 2001, pourvoi n° 99-45537). La gratification constitue un usage à condition d'être à la fois constante, fixe et généralisée :

- **La généralité implique un versement à tous les salariés de l'entreprise ou à une catégorie d'entre eux (par exemple à tous les cadres).** En principe, la prime versée à un seul salarié ne répond pas à cette condition, sauf s'il est le seul salarié d'une catégorie ;

- **La fixité nécessite l'existence d'un mode de calcul ou de critères permettant d'en déterminer le montant en tant que pourcentage du salaire.** La prime versée pendant plusieurs années, dont le montant a quasiment toujours augmenté, répond au critère de fixité (Cass. soc., 8 avril 1998, pourvoi nº 96-40926) ;
- **La constance est caractérisée à partir d'un certain nombre de versements.** Le paiement d'une prime à deux reprises ou pendant trois mois d'affilée ne suffit pas à remplir ce critère (Cass. soc., 20 octobre 1994, pourvoi nº 93-42800 ; Cass. soc., 3 octobre 1991, pourvoi nº 89-41759). En revanche, le versement d'une prime pendant quatre années consécutives répond à ce critère (Cass. soc., 28 février 1996, pourvoi nº 93-40883).

L'existence d'un engagement unilatéral de l'employeur n'est pas aisée à établir, sauf lorsque ce dernier l'annonce par écrit aux institutions représentatives du personnel. Le versement pendant plus d'une année d'une commission supérieure à celle prévue dans le contrat de travail constitue un engagement unilatéral de l'employeur et non une libéralité (Cass. soc., 6 décembre 2000, pourvoi nº 98-43188). Pour que le versement d'une prime dont l'existence est fondée sur la réalisation d'objectifs puisse être supprimé, il faut simultanément que les objectifs ne soient plus atteints et que le salarié en ait été informé (Cass. soc., 24 septembre 2008, pourvoi nº 07-40717).

Un usage ou un engagement unilatéral peut être dénoncé par l'employeur en respectant un délai de prévenance suffisant. Cette procédure, qui ne peut valider rétroactivement la suppression d'un usage ou d'un engagement de l'employeur, implique d'en aviser le comité social et économique. La société doit ensuite informer chaque salarié par lettre recommandée ou remise en mains propres contre décharge. L'employeur qui n'a pas rempli ses obligations en matière d'organisation d'élections ne peut valablement dénoncer un usage.

La modification du salaire

L'employeur peut augmenter librement la rémunération, ce qui pose rarement des problèmes au salarié. En revanche, il ne peut pas en modifier la structure (même dans un sens plus favorable au salarié) ou la diminuer sans son accord exprès. Ainsi, le remplacement de la part variable de la rémunération par une augmentation de la partie fixe constitue une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié (Cass. soc., 8 juin 2016, pourvoi nº 15-10116).

L'absence de protestation, même pendant plusieurs années, ne suffit pas pour établir le consentement du salarié (Cass. soc., 28 mars 2001, pourvoi nº 99-41804). En droit, qui ne dit mot ne consent pas, sauf lorsque la loi le prévoit. L'indexation des salaires sur l'augmentation des prix ou sur le niveau du smic est interdite (C. mon. et fin., art. L112-2 ; C. trav., art. L3231-3). La clause d'un contrat de travail ou d'une convention collective prévoyant une telle indexation est nulle et le salarié ne peut en exiger l'application.

L'exclusion d'un salarié d'une augmentation générale des salaires constitue une sanction

financière prohibée. Par ailleurs, l'employeur ne peut réduire la rémunération d'un salarié à titre de sanction, en raison par exemple d'une mauvaise exécution de son travail. Cette mesure constituerait une sanction pécuniaire interdite (C. trav., art. L1331-2).

De même, une clause contractuelle qui aurait pour effet de supprimer une partie des commissions dues à un salarié (sur des affaires effectivement réalisées) en raison d'un taux d'annulation de commandes déterminé constitue une sanction financière prohibée (Cass. soc., 18 juin 2008, pourvoi nº 06-40160).

Dans les entreprises disposant de sections syndicales, une négociation concernant, entre autres, le niveau des salaires doit se tenir tous les quatre ans (C. trav., art. L2242-1). De plus, la structure et le montant des salaires font partie des éléments qui doivent être présents dans la base de données économiques et sociales des sociétés d'au moins 300 salariés (C. trav., art. R2312-9).

Les avantages en nature

L’utilisation à des fins personnelles des biens de l’entreprise (une voiture, un logement) ou le bénéfice de prestations comme un repas constituent des avantages en nature. Les services fiscaux et l’Urssaf les considèrent comme un revenu. Ils doivent donc être indiqués sur le bulletin de salaire avec une évaluation financière qui sera intégrée fictivement à la rémunération. Cette évaluation permet de calculer le montant des charges sociales correspondant aux avantages. Elle sera également prise en compte dans le calcul des diverses indemnités (congés payés, préavis, licenciement…) et intégrée au salaire net fiscal afin de soumettre le ou les avantage(s) à l’impôt sur le revenu. L’employeur ne peut décider sans l’accord du salarié de les remplacer par leur contrepartie en argent.

Pendant la durée du préavis, et même s’il a été dispensé de l’exécuter, le salarié doit pouvoir se servir de sa voiture de fonction (Cass. soc., 8 mars 2000, pourvoi nº 99-43091, Volmers c/ Lafarge Couverture).

Un arrêté du 10 décembre 2002 fixe les règles pour évaluer le paiement des cotisations sociales dues en contrepartie des avantages en nature.

Les frais professionnels

Les frais dépensés par les salariés pour les besoins de leur activité professionnelle dans l'intérêt de l'entreprise doivent leur être remboursés. Une clause contractuelle ne peut prévoir de les laisser à leur charge (Cass. soc., 25 mars 2010, pourvoi nº 08-43156). Le contrat peut envisager un remboursement forfaitaire à condition que le salaire, déduction faite des frais payés, ne devienne pas inférieur au smic ou au minimum prévu par la convention collective (Cass. soc., 17 septembre 2015, pourvoi nº 14-14608). Les remboursements de frais professionnels qui ne correspondent pas à des dépenses réellement exposées par le salarié sont considérés comme des compléments de salaire (Cass. soc., 7 novembre 1985, pourvoi nº 82-42643). Ainsi, afin que le versement de frais de repas ne constitue pas un complément de salaire, le salarié doit justifier d'une impossibilité de regagner son domicile ou son lieu de travail habituel (Cass. soc., 21 février 2008, pourvoi nº 07-12230 ; Cass. soc., 12 novembre 2008, pourvoi nº 07-41351).

L'obligation pour le salarié d'utiliser son domicile à des fins professionnelles doit donner lieu à une indemnisation (Cass. soc., 7 avril 2010, pourvoi

n° 08-44865). L'employeur a également l'obligation de rembourser une partie de l'abonnement à un réseau de transport public pour permettre au salarié de se rendre, depuis son domicile, sur son lieu de travail (C. trav., art. L3261-2). De même, il peut attribuer une prime annuelle de 200 euros, non assujettis au paiement de cotisations sociales, pour participer à la prise en charge des frais de carburant du personnel, de 400 euros pour les frais d'alimentation des véhicules électriques, hybrides rechargeables ou hydrogène (C. trav., art. L3261-4). Toutefois, cette prime n'est pas attribuable à un salarié bénéficiant d'un véhicule mis à sa disposition par l'employeur, ni cumulable avec le remboursement des frais de transport public.

Les trajets entre le domicile du salarié et différents lieux de travail, dont la distance est supérieure à celle entre son domicile et le siège de son entreprise, sont effectués pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur. Ils ne sont donc pas assimilables à des trajets domicile-travail et doivent être indemnisés (Cass. soc., 23 janvier 2019, pourvoi n° 17-19779).

Le salarié peut bénéficier de la prise en charge par son employeur de ses frais d'essence ou d'alimentation électrique de son véhicule (C. trav., art. R3261-15).

Les pourboires

Dans certains secteurs, les pourboires arrondissent les fins de mois et représentent une part conséquente de la rémunération. La plupart du temps, le client le donne directement au salarié. Lorsque l'employeur recueille les pourboires (comme pour les croupiers dans les casinos), ceux-ci doivent être distribués au personnel en contact avec la clientèle (C. trav., art. L3244-1). L'employeur devra être en mesure de justifier l'encaissement et la répartition des sommes, en s'appuyant notamment sur les conventions collectives afin de déterminer les emplois concernés (C. trav., art. R3244-1). L'employeur ne peut s'en réserver une part ou l'attribuer à d'autres salariés. De même, il ne peut imputer les pourboires sur le salaire convenu, sauf si celui-ci n'est qu'une garantie.

Le paiement du salaire

Le salarié reçoit son salaire de l'employeur à intervalles réguliers, en principe par chèque ou virement. En dessous de 1500 euros, le salaire doit être payé en espèces si le salarié le demande (C. trav., art. L3241-1). Le non-paiement des salaires peut le conduire à saisir les prud'hommes. Le versement de sommes indues ne crée aucun droit pour le salarié, l'employeur pouvant en demander le remboursement.

La date de paiement

Contrairement à une idée répandue, le Code du travail ne précise aucune date pour le paiement du salaire. Pour les salariés mensualisés, la rémunération doit être payée au moins une fois par mois, l'intervalle entre deux paies ne devant excéder plus d'un mois. Le salarié peut demander à recevoir un acompte sur salaire, par exemple, la moitié pour 15 jours de travail (C. trav., art. L3242-1).

Le paiement du salaire avec retard permet au salarié de demander des dommages-intérêts si cela lui cause un préjudice. Mais, surtout, le salarié peut rompre son contrat aux torts de l'employeur, ce qui pourra conduire à une indemnisation identique à

celle d'un licenciement abusif (voir chapitre 14). Les salariés qui ne sont pas mensualisés (salariés à domicile, intermittents…) doivent recevoir leur rémunération deux fois par mois, avec un intervalle de 16 jours maximum (C. trav., art. L3242-3).

L'employeur ne peut demander au juge de lui accorder des délais pour verser les sommes de nature salariale sur le fondement de l'article 1343-5 du Code civil, lequel permet à un débiteur de demander au juge de lui octroyer des délais de paiement pour payer un créancier.

Le délai de saisine des prud'hommes

Le salarié dont la rémunération n'a pas été versée sera certainement contraint de saisir les prud'hommes pour obtenir la condamnation de son employeur. Pour exercer cette action, il dispose d'un délai de trois ans. En cas de rupture du contrat de travail, il peut réclamer les sommes dues au titre des trois années précédant la fin de la relation contractuelle (C. trav., art. L3245-1). S'agissant du remboursement des frais professionnels, le délai de

prescription est de cinq ans et non de trois, l'article précité ne s'appliquant pas dans ce cas.

Le salarié peut agir même si l'erreur de calcul à l'origine de sa demande a été commise plus de trois ans auparavant (Cass. soc., 24 avril 2013, pourvoi nº 12-10196). Pour interrompre la prescription, le salarié doit saisir le conseil de prud'hommes ou disposer d'une reconnaissance écrite de l'employeur. Une lettre recommandée ne suffit pas.

Certains juristes audacieux ont tenté de contourner ce délai en demandant des dommages-intérêts en lieu et place des salaires, en invoquant le manquement de l'employeur à son obligation de les payer. Mais cette pratique n'est pas acceptée par la jurisprudence (Cass. soc., 9 octobre 1996, pourvoi nº 94-43202).

Les événements affectant le versement de la rémunération

Le paiement du salaire est la contrepartie de l'exécution du contrat de travail. La suspension de ce dernier dispense du paiement du salaire pour une période déterminée. La rupture contractuelle met fin à l'obligation de payer la rémunération.

La suspension du contrat

Sans être rompu, le contrat peut être suspendu par différents événements, comme la grève ou la maladie. Cette suspension dispense de payer la rémunération pendant toute sa durée, sauf lorsque la loi prévoit le contraire. Ainsi, un salarié en arrêt maladie bénéficie du maintien de sa rémunération à condition de répondre aux critères posés par l'article L1226-1 du Code du travail (voir chapitre 10).

Le versement d'une prime peut être conditionné à une présence effective du salarié dans l'entreprise au moment de son versement. Cette condition de présence est réputée remplie par un salarié absent en raison d'un accident du travail (Cass. soc., 5 avril 2006, pourvoi nº 03-48017).

La rupture du contrat

Une fois le préavis effectué ou lorsque le salarié demande expressément à en être dispensé, l'employeur n'a plus à verser de rémunération. En cas de faute grave ou lourde, aucun préavis n'est dû et le salaire est donc payé jusqu'à la rupture du contrat ou la notification d'une mise à pied conservatoire. Certains éléments de la

rémunération correspondant à une période de travail sont parfois perçus avec un décalage de plusieurs mois, notamment si le versement d'une commission intervient après le paiement de la prestation par le client. Le contrat de travail ne peut conditionner ce versement à la présence du salarié dans l'entreprise (Cass. soc., 3 avril 2007, pourvoi n° 05-45110).

L'octroi d'une prime annuelle est lié à la présence du salarié dans l'entreprise à la date de son versement. Pour prétendre au paiement d'un prorata de treizième mois, le salarié doit être en mesure d'invoquer une clause contractuelle ou un usage dans l'entreprise. En revanche, la mention dans le contrat de travail d'un paiement du salaire sur 13 mois implique un paiement de ce prorata (Cass. soc., 19 décembre 1990, pourvoi n° 88-41075). En 2018, la Cour de cassation avait décidé qu'un salarié licencié abusivement pouvait bénéficier d'une prime attribuée sous condition de présence dans l'entreprise au moment de son versement (Cass. soc., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-19840). Elle a adopté une position contraire en 2020 : cette prime n'est pas due lorsque le contrat de travail a été rompu, y compris si le

licenciement est ensuite jugé sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 27 mai 2020, pourvoi nº 18-20688). En revanche, la prime est due si le licenciement du salarié est déclaré nul (Cass. soc., 27 mai 2020, pourvoi nº 18-20156).

Le bulletin de salaire

La remise d'un bulletin de salaire à l'occasion de chaque paie est une obligation pour l'employeur. Toutefois, avec l'accord du salarié, le bulletin papier peut être remplacé par un document électronique. Ce dernier doit demeurer accessible au salarié pendant cinquante ans ou pendant une durée de six ans après l'âge légal de la retraite de 67 ans. Depuis le 1er janvier 2019, les employeurs peuvent recourir aux services d'un coffre-fort numérique répondant aux conditions posées par le Code des postes et des communications électroniques.

Le bulletin de paie doit contenir l'ensemble des informations obligatoires mentionnées dans l'article R3243-1 du Code du travail, notamment :

- Les coordonnées de l'employeur et de l'établissement dont dépend le salarié ;

- Le nom du salarié et sa position dans la convention collective ;
- La période afférente à ce bulletin, le nombre d'heures au taux normal et celles travaillées en heures supplémentaires (certains employeurs pensent rémunérer les heures supplémentaires en accordant des primes aux salariés concernés. Or, cette prime ne rémunère pas les heures supplémentaires puisque celles-ci ne sont pas inscrites sur le bulletin de paie) ;
- La mention de la rubrique dédiée au bulletin de paie sur le portail www.service-public.fr ;
- Les différents éléments du salaire.

Le rappel de salaires dus sur plusieurs mois peut figurer sur un seul bulletin de paie établi lors de son paiement (Cass. soc., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-41065).

Les multiples mentions apportent de nombreuses informations sur la situation du salarié (depuis le 1er janvier 2018, le bulletin de paie a été simplifié. Le nombre de lignes est censé avoir été divisé par deux, par regroupement des contributions patronales – arrêté du 25 février 2016). Par ailleurs, le Code du travail prévoit qu'un document

concernant les éventuels repos compensateurs de remplacement soit annexé au bulletin de paie (C. trav., art. D3171-11 et suiv.). En revanche, ce dernier ne doit pas laisser apparaître la participation à une grève ou la qualité de représentant du personnel (en mentionnant les heures de délégation).

La convention collective applicable à l'entreprise dépend de son activité principale. Si aucune convention collective ne s'applique (personne ne réussit à la déterminer ou certaines activités ne peuvent pas être rattachées au champ d'application d'une convention), l'employeur doit mentionner les articles du Code du travail déterminant la durée des congés payés et celles des préavis. Si la convention collective mentionnée sur le bulletin de paie ne correspond pas à l'activité de la société, le salarié ne peut en revendiquer l'application, sauf s'il ne s'agit pas d'une erreur, l'employeur l'ayant volontairement appliquée (Cass. soc., 15 novembre 2007, pourvoi nº 06-43383).

La mention sur les fiches de paye d'un taux horaire erroné donnant lieu à une rectification de la part de l'employeur ne permet pas au salarié de prétendre à un rappel de salaire au motif que son employeur aurait baissé son salaire sans son accord après

l'avoir augmenté (Cass. soc., 16 octobre 2019, pourvoi nº 18-13602).

Depuis le 1er janvier 2019, date de l'entrée en vigueur de la retenue à la source de l'impôt sur le revenu, le bulletin de salaire doit mentionner le taux, le montant de la retenue à la source et du revenu qui lui sert de base, ainsi que le montant de la rémunération restant due au salarié.

Pendant longtemps, la jurisprudence a considéré que la remise du bulletin de paie constituait une présomption de paiement du salaire. Désormais, l'employeur doit prouver ce paiement en produisant des pièces comptables ou bancaires (Cass. soc., 2 février 1999, pourvoi nº 96-44798). L'employeur a l'obligation de conserver les bulletins remis au salarié pendant cinq ans et ce dernier doit les garder indéfiniment (ils lui seront nécessaires lorsqu'il partira à la retraite). À cet effet, le bulletin de paie doit contenir une formule incitant le salarié à le conserver sans limitation de durée (C. trav., art. R3243-5).

La saisie et la protection du salaire

Le salaire est souvent le seul revenu du salarié. Il lui est donc indispensable pour vivre. La loi autorise toutefois ses créanciers à saisir une partie de sa rémunération directement auprès de son employeur. Mais une fraction insaisissable est laissée au débiteur à des fins de subsistance. La pratique d'une saisie nécessite un jugement condamnant le salarié. Le créancier devra donc engager une procédure de saisie des rémunérations devant le tribunal judiciaire. En cas de non-paiement d'une pension alimentaire, le créancier peut utiliser une procédure rapide dite du paiement direct en s'adressant directement à un huissier. Pour le paiement des impôts, le Trésor public n'a pas à obtenir de jugement et peut adresser directement à l'employeur une saisie administrative à tiers détenteur. En cas de télescopage entre ces différentes procédures de saisie, celle de paiement direct prime la saisie administrative à tiers détenteur du Trésor public, laquelle passera avant la saisie sur salaire d'un créancier ordinaire.

La saisie sur salaire

Pour saisir la rémunération d'un salarié, le créancier ayant obtenu un jugement en sa faveur doit exercer une procédure devant le tribunal judiciaire dont relève le domicile de la personne condamnée. Il doit adresser une requête au tribunal, en précisant ses coordonnées ainsi que celles du salarié et de son employeur. Il doit également joindre une copie du jugement qui fonde sa créance. Celle-ci doit comporter un décompte précis des sommes dues, distinguant le montant dû en capital de celui dû en intérêts. Le greffier convoquera ensuite le salarié et son créancier à une audience de conciliation. Si ceux-ci ne tombent pas d'accord sur une modalité de paiement, le juge vérifiera le montant de la créance et autorisera la mesure en notifiant un acte de saisie à l'employeur. Ce dernier adressera chaque mois le montant correspondant à la fraction saisissable de la rémunération au greffe, qui le transmettra au créancier. Lorsque plusieurs saisies interviennent en même temps, l'employeur doit adresser un chèque à l'ordre du régisseur d'avances et de recettes du tribunal, qui paiera en priorité les créanciers dont la créance est inférieure à 500 euros dans l'ordre croissant, puis les autres proportionnellement au montant de leur dû.

Une part insaisissable du salaire

La part de la rémunération saisissable est calculée en appliquant un barème progressif, qui prévoit, en fonction des tranches de revenus, un pourcentage des sommes pouvant être saisies (C. trav., art. R3252-2). Sur la part inférieure à 3870 euros annuels, 5 % sont attribués au créancier et, au-delà d'un revenu annuel de 22360 euros, la totalité de la rémunération est versée au créancier. Pour un salarié gagnant 1840 euros par mois, le montant maximum pouvant être saisi est de 480,14 euros. Lorsque la dette est une pension alimentaire, la somme restant au salarié est limitée au solde bancaire insaisissable (SBI). Un simulateur de saisies sur salaires est disponible sur www.justice.fr/simulateur/saisies-remunerations.

Toutes les sommes qui ont une nature de salaire rentrent dans l'assiette permettant de calculer le montant de la saisie. Les remboursements de frais professionnels sont en revanche exclus et laissés intégralement au salarié. Les sommes ayant une nature indemnitaire (des dommages-intérêts pour

licenciement abusif ou l'indemnité de licenciement par exemple) peuvent être saisies en totalité.

L'interdiction des retenues sur salaire

Dans certaines circonstances, le salarié est susceptible de devoir de l'argent à son employeur. Par exemple, les sommes qui lui ont été versées par erreur peuvent être récupérées par la société. De même, le refus du salarié d'exécuter son préavis alors qu'il n'en a pas été dispensé le rend redevable envers l'entreprise d'une indemnité correspondant à la rémunération qu'il aurait dû percevoir. L'employeur pourrait être tenté d'opérer ce que l'on appelle dans le jargon juridique une « compensation » (C. civ., art. 1347), c'est-à-dire l'annulation de leurs dettes réciproques en retirant la somme due de la rémunération à verser au salarié. Cette opération implique des dettes certaines, liquides et exigibles. La dette doit être incontestée par le salarié, et l'employeur ne pourra y procéder que dans la limite de la fraction saisissable de la rémunération. Or, en vertu de l'article L3251-1 du Code du travail, l'employeur ne peut exiger le paiement de fournitures diverses,

quelle que soit leur nature. Une dérogation à cette règle est néanmoins prévue pour les outils et les matériaux (C. trav., art. L3251-2).

L'employeur ne peut engager la responsabilité pécuniaire du salarié qu'en cas de faute lourde (Cass. soc., 17 avril 2013, pourvoi nº 11-27550). Cela suppose une intention de nuire, qui permet d'engager sa responsabilité et donc de lui faire payer les conséquences financières de sa faute. En revanche, l'employeur ne peut exercer de retenues en raison d'une mauvaise exécution du travail. Une erreur, même manifeste, du salarié ne lui permet pas de procéder à une retenue sur salaire. Cette mesure constituerait une sanction pécuniaire interdite. Ainsi, le prix d'un badge perdu – interdisant au salarié d'accéder à son lieu de travail – ne peut être prélevé sur la rémunération (Cass. soc., 20 avril 2005, pourvoi nº 03-40069). De même, l'employeur ne peut arguer d'une perte de recettes du fait du salarié (Cass. soc., 21 octobre 2008, pourvoi nº 07-40809). Enfin, il ne peut se rembourser du montant d'une contravention dressée suite à un mauvais stationnement du salarié (Cass. soc., 11 janvier 2006, pourvoi nº 03-43587).

La saisie administrative à tiers détenteur

Depuis le 1er janvier 2019, la saisie administrative à tiers détenteur s'est substituée à l'avis à tiers détenteur et a unifié les différentes procédures de saisie émanant des comptables publics (article 73 de la loi de finances rectificative pour 2017 ; article L262 du livre des procédures fiscales).

Pour le recouvrement des impôts, le Trésor public peut adresser une saisie administrative à tiers détenteur à l'employeur, sans aucune formalité préalable et sans obtenir de jugement. La réception de ce document impose à l'employeur de payer au Trésor public les montants dus par le salarié, déduction faite de la part insaisissable. Il est obligé de répondre à la saisie administrative en indiquant l'étendue de ses obligations à l'égard du salarié. Il dispose de deux mois pour faire éventuellement opposition en saisissant préalablement le trésorier payeur général. Si cette demande est rejetée, il doit saisir le juge de l'exécution. Le non-paiement de la saisie administrative à tiers détenteur rend

l’employeur redevable de la somme qu’il n’a pas versée.

La procédure de paiement direct

Le bénéficiaire d’une pension alimentaire peut en obtenir directement le paiement auprès de l’employeur de son débiteur, dans une limite de six mois d’arriérés. Le créancier doit mandater un huissier de justice, qui aura l’obligation d’intervenir dans les huit jours en s’adressant à l’employeur et en avertissant le salarié débiteur de la pension. L’employeur devra répondre dans les huit jours pour lui indiquer si ce paiement est possible. Le salarié redevable d’une pension alimentaire peut voir les sommes dues adressées directement par son employeur à son créancier si celles-ci ne sont pas payées spontanément. L’employeur, ou le salarié, qui conteste cette procédure peut exercer un recours devant le juge judiciaire, mais la demande de modification de la pension alimentaire relève de la compétence du juge aux affaires familiales.

L’épargne salariale

Divers dispositifs permettent de compléter la rémunération des salariés en leur attribuant d’une part des résultats de l’entreprise (la participation et l’intéressement), en les aidant à se constituer d’autre part un portefeuille de valeurs mobilières en vue ou non de leur retraite (le plan d’épargne entreprise / PEE et le plan d’épargne pour la retraite collectif / PERCO). Lors de la conclusion du contrat de travail, le salarié doit recevoir un livret d’épargne salariale présentant les dispositifs existant dans l’entreprise (C. trav., art. L3341-6). Au moment de son départ de l’entreprise, un état récapitulatif des sommes épargnées doit être inséré dans le livret d’épargne salariale (C. trav., art. L3341-7).

La participation

La mise en place

Ce dispositif est obligatoire dans les entreprises ou les unités économiques et sociales comptant au moins 50 salariés pendant cinq années civiles consécutives et sans aucune discontinuité (C. trav.,

art. L3322-1 ; C. séc. soc., art. L130-1). Il bénéficie à l'ensemble des salariés et aux mandataires sociaux titulaires d'un contrat de travail. Pour les entreprises nouvelles atteignant cet effectif, la participation est obligatoire à partir du troisième exercice clos depuis sa création. Sa mise en place nécessite la conclusion d'un accord de participation (le cas échéant au niveau d'un groupe) qui peut être conclu entre l'employeur et les syndicats représentatifs dans l'entreprise, ou au sein du comité social et économique ou résulter de la ratification d'un projet d'accord par les deux tiers des salariés. Certaines branches d'activité ont mis en place un « modèle » d'accord que toute entreprise appartenant à ce secteur a la possibilité d'adopter.

L'accord doit impérativement intervenir dans l'année suivant la clôture de l'exercice générant les droits des salariés (C. trav., art. L3323-5). Il doit donner lieu à un affichage dans l'entreprise (C. trav., art. D3323-12). En l'absence d'accord dans ce délai d'un an, un régime dit d'autorité s'applique sur décision de l'inspecteur du travail (C. trav., art. L3323-5) et pénalise sérieusement l'entreprise et les salariés.

La réserve spéciale de participation

La formule prévue par le Code du travail prend en compte diverses données comptables et fiscales de l'entreprise :

> RSP = 1/2 [bénéfice net fiscal – 5 % des capitaux propres] × [salaires / valeur ajoutée]

Prenons l'exemple concret d'une PME : bénéfice net fiscal de 300 000 euros, capitaux propres de 800 000 euros, masse salariale de 2 000 000 euros, valeur ajoutée de 2 300 000 euros. Le montant de la réserve spéciale de participation s'élève donc à :

> 1/2 [(300 000 – (800 000 x 5 %)] × [2 000 000 / 2 300 000] = 1/2 (260 000 x 0,869) = 225 940/2 = 113 043 €.

Compte tenu de la formule de calcul, la constitution d'une réserve de participation ne s'impose que si le bénéfice net fiscal est supérieur à 5 % des capitaux propres. L'accord de participation peut toutefois instituer une formule de calcul différente, à condition qu'elle soit au moins aussi favorable aux salariés (règle de l'équivalence des avantages).

Le montant de la RSP peut être réparti uniformément entre les salariés ou proportionnellement à leur salaire ou à la durée de leur présence au cours de l'exercice. Ces trois critères peuvent aussi être utilisés conjointement. Les sommes sont versées immédiatement (sur demande expresse du salarié) ou affectées pour une durée minimale de cinq ans à un PEE (dont l'institution est rendue obligatoire par celle de la participation), à un PERCO, à un PERECO (plan d'épargne retraite d'entreprise collectif) ou à un CCB (compte courant bloqué, mais seulement si des comptes courants bloqués existaient dans l'entreprise avant le 22 mai 2019). Elles peuvent toutefois être débloquées par anticipation si le salarié quitte l'entreprise ou en cas d'événement familial (décès, mariage, naissance, achat du logement principal).

L'existence d'une RSP à l'issue d'un exercice permet (unilatéralement) à l'entreprise de verser un supplément de participation au titre du même exercice.

Le contenu de l'accord

L'accord de participation à durée déterminée ou indéterminée doit envisager la formule, les modalités de répartition de la RSP, les modalités d'information des salariés ainsi que le plafond global de la RSP et la durée d'indisponibilité des droits.

Le régime fiscal et social des droits à participation

Pour l'entreprise, la RSP est déductible du bénéfice imposable, mais soumise au forfait social au taux de 20 % sauf si la participation est instituée à titre volontaire (entreprises employant moins de 50 salariés). Les droits attribués aux salariés sont exonérés de cotisations patronales et salariales, mais soumis à l'impôt sur le revenu, sauf affectation à un PEE, un PERCO, un PERECO ou un CCB. En revanche, ils sont soumis à CSG-CRDS.

Les formalités

L'accord doit être transmis par l'employeur à la Dreets (direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités) qui lui délivre un récépissé et transmet l'accord à l'URSSAF qui peut, dans les quatre mois suivant cette transmission, demander le retrait ou la

modification de clauses illégales. Ce dépôt est indispensable pour bénéficier des exonérations fiscales et sociales prévues dans le dispositif.

L’intéressement

Contrairement à la participation, l’intéressement est un dispositif facultatif conclu pour une durée comprise entre un et trois ans (éventuellement renouvelable par tacite reconduction) par voie d’accord du même type que ceux prévus pour instituer la participation. Cependant les TPE qui emploient moins de onze salariés peuvent, dans certaines conditions, mettre en place un intéressement de façon unilatérale. L’entreprise doit satisfaire à ses obligations en matière de représentation du personnel.

L’accord doit être conclu avant la fin de la moitié de la période de calcul retenue (entre trois mois et un an). Il doit être transmis à la Dreets au plus tard dans les quinze jours après la fin du délai pour le conclure. Le respect de ces règles conditionne l’application du régime fiscal et social de faveur dont bénéficient les sommes versées aux salariés. La Dreets délivre à l’entreprise un récépissé après un premier contrôle et le transmet à l’Urssaf

compétente qui dispose d'un délai de quatre mois susceptible d'être prolongé de deux mois pour valider l'accord. En l'absence d'observations au terme du premier contrôle, l'accord est réputé valable pour l'exercice en cours et au terme du second, pour toute sa durée.

L'intéressement ne peut se substituer à un élément de rémunération existant ou supprimé depuis moins d'un an avant son entrée en vigueur.

L'accord d'intéressement doit obligatoirement comporter une formule de calcul à caractère aléatoire qui prend en compte les résultats ou les performances de l'entreprise ou des objectifs de performances. Cette formule peut tenir compte du résultat des filiales à condition que les deux tiers de leurs salariés bénéficient également d'un accord d'intéressement. Il doit aussi revêtir un caractère collectif (l'accord ne doit retenir aucun critère lié au résultat personnel du salarié), mais une ancienneté minimum de trois mois peut être retenue. La prime d'intéressement est répartie entre les bénéficiaires selon des modalités identiques à celles applicables à la participation. Dans les entreprises de moins de 250 salariés, l'intéressement peut aussi bénéficier aux

mandataires sociaux, à condition qu'il existe au moins un salarié non-mandataire dans l'entreprise et que l'accord le mentionne expressément.

Le versement d'une prime d'intéressement autorise aussi l'entreprise à verser à ses salariés, au moyen d'une décision unilatérale, un supplément d'intéressement au titre de l'exercice écoulé.

L'intéressement global est plafonné à 20 % des salaires bruts versés par l'entreprise et l'intéressement individuel aux trois quarts du plafond annuel de la Sécurité sociale. La prime d'intéressement est déductible du bénéfice imposable, exonérée des charges patronales et ne constitue pas un avantage acquis, mais elle est soumise au forfait social au taux de 20 % sauf si l'entreprise emploie moins de 250 salariés (exonération totale). Pour les salariés, ces sommes ne sont pas soumises aux cotisations salariales, mais à la CSG-CRDS et à l'impôt sur le revenu, sauf si elles sont affectées dans un PEE, un PEI (plan d'épargne interentreprises), un PERCO ou un PERECO.

Le plan d'épargne entreprise (PEE)

Le PEE est un système facultatif (sauf si la participation a été instituée dans l'entreprise) qui permet aux salariés de se constituer un portefeuille de valeurs mobilières en souscrivant à des parts de fonds communs de placement (FCP) ou à des titres de Sociétés d'investissement à capital variable (Sicav) ou en acquérant directement des actions de l'entreprise ou du groupe auquel ils appartiennent. Il peut être mis en place dans toute entreprise par voie d'accord selon les mêmes modalités que la participation ou résulter d'une décision unilatérale du chef d'entreprise. Il peut être commun à plusieurs sociétés ; il s'agit alors soit d'un accord de groupe si ces entreprises entretiennent entre elles des rapports économiques et financiers, soit d'un plan d'épargne interentreprises (PEI) si elles sont totalement indépendantes.

Les bénéficiaires (salariés, le cas échéant comptant au moins trois mois d'ancienneté dans l'entreprise, et dirigeants d'entreprises employant moins de 250 salariés) peuvent décider d'affecter tout ou partie du montant de leurs droits à participation et de leur prime d'intéressement sur le PEE. Les versements volontaires (salaires ou autres) des salariés sont limités au quart de leur salaire brut annuel.

L’employeur peut abonder les versements dans une double limite de 8 % du plafond annuel de la Sécurité sociale et du triple du montant versé par le salarié. L’abondement est déductible du bénéfice imposable, exonéré de charges patronales et salariales et d’impôt sur le revenu, mais soumis à CSG-CRDS et au forfait social de 20 %, sauf pour les entreprises employant moins de 50 salariés (exonération totale) et pour les acquisitions de titres de l’entreprise qui sont soumises au taux réduit de 10 %, ramené à zéro en 2021 et 2022. En effet, le PEE peut également servir de cadre à un actionnariat salarié spécifique et collectif (distinct des attributions gratuites d’actions (AGA) et des stock-options qui relèvent du Code de commerce) : directement ou par l’intermédiaire d’un FCPE (fonds commun de placement d’entreprise). L’employeur peut verser un abondement majoré de 80 % (soit 14,4 % du PASS) et consentir une décote sur le prix de souscription ou d’acquisition des titres, éventuellement attribuée en actions gratuites. La décote est exonérée de charges sociales et d’impôt sur le revenu et son taux maximum varie selon la durée minimale de détention des titres. Les revenus des placements sont soumis à l’impôt sur le revenu s’ils sont

perçus immédiatement et aux prélèvements sociaux (17,2 %), mais exonérés s'ils sont bloqués avec le principal. Les plus-values réalisées lors de la cession des parts de FCPE ou des titres sont exonérées de l'impôt, mais soumises aux prélèvements sociaux.

Les sommes investies par les salariés et l'abondement sont bloqués pendant cinq ans au minimum. Ils peuvent toutefois être débloqués dans les mêmes conditions que pour la participation, sauf en matière de levée d'options (C. trav., art. L3332-25).

Le règlement du PEE doit être déposé à la Dreets. Il est soumis au même contrôle de régularité que l'accord de participation. Les modalités d'information des salariés doivent être prévues par le règlement (C. trav., art. L3332-8).

Le plan d'épargne collectif pour la retraite (PERCO) et le plan d'épargne retraite d'entreprise collectif (PERECO)

Le PERCO est une variante du PEE dédiée à l'épargne retraite, dont la mise en place – selon des

principes identiques – est soumise à l'existence préalable d'un PEE. Les sommes affectées ou versées par le salarié au PERCO et l'abondement éventuel de l'employeur sont bloqués jusqu'au départ en retraite du salarié. Les possibilités de déblocage anticipé sont plus limitées que pour le PEE. La sortie peut se faire en rente viagère ou en capital (ou un « mix » des deux) et bénéficie du régime fiscal de faveur de l'assurance-vie. Le PERCO est donc adossé à une compagnie ou une société mutuelle d'assurance.

Cependant, aucun nouveau PERCO ne peut être mis en place depuis le 1er octobre 2020 du fait de la profonde réforme de l'épargne retraite résultant de la loi dite PACTE (loi n°2019-486 du 22 mai 2019). Les entreprises sont désormais incitées à mettre en place un PERECO, plan d'épargne retraite d'entreprise collectif à caractère facultatif, régi par les articles L224-1 à L224-22 du Code monétaire et financier, qui peut recevoir les droits à participation et les primes d'intéressement. Les PERCO existant au 30 septembre 2020 peuvent perdurer sans modification, être transformés en PERECO ou leurs avoirs faire l'objet d'un transfert collectif de droits vers un PERECO.

DANS CE CHAPITRE

Le compte personnel de formation

•

La reconversion ou la promotion par alternance

•

Le plan de développement des compétences

Chapitre 9
La formation

Trop nombreuses sont les personnes estimant que la formation des Français prend fin avec la remise des diplômes à l'université. Or, l'école n'est qu'une étape dans la vie des futurs salariés. Tout au long de leur carrière, ces derniers auront la possibilité de parfaire leur formation initiale en suivant des stages professionnels… ou en reprenant tout simplement leurs études ! L'article L6111-1 du Code du travail érige d'ailleurs la formation professionnelle au rang d'obligation nationale (la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de

l'emploi a complété cet article en précisant que la formation « constitue un élément déterminant de sécurisation des parcours professionnels et de la promotion des salariés »).

La loi nº 2018-771 du 5 septembre 2018 « pour la liberté de choisir son avenir professionnel » a par ailleurs modifié en profondeur le champ de la formation professionnelle. Parmi les nombreuses mesures mises en œuvre dans le cadre de cette loi « Avenir professionnel » citons entre autres : la suppression du congé individuel de formation (CIF), la réforme du compte personnel de formation (CPF), le remplacement du plan de formation par le plan de développement des compétences, la création d'un dispositif de reconversion ou promotion par alternance, la refondation des diplômes et titres professionnels, la création de « France compétences » (autorité nationale de financement et de régulation de la formation professionnelle et de l'apprentissage).

L'État, les régions et les partenaires sociaux sont en charge de la mise en œuvre d'une stratégie qui permettra à chaque travailleur d'acquérir de nouveaux savoirs et compétences (l'action de formation est définie comme étant un parcours

pédagogique permettant d'atteindre un objectif professionnel).

Le salarié peut notamment accéder à la formation professionnelle continue, soit à son initiative, soit à l'initiative de l'employeur.

Entretien professionnel

Lors de son embauche, le salarié est informé qu'il bénéficie tous les deux ans d'un entretien avec son employeur consacré à ses perspectives d'évolution professionnelle (C. trav., art. L6315-1). À noter qu'il n'est pas question d'évaluer le travail du salarié à l'occasion de cet entretien. Ce dernier permet à l'employeur de déterminer les objectifs de formation de la personne. Le diagnostic est réalisé en commun par le salarié et l'employeur.

Le second informe également le premier de la possibilité de faire appel à un service gratuit de conseil en évolution professionnelle (CÉP) qui peut l'aider à faire le point sur sa situation actuelle et l'accompagner dans un éventuel projet d'évolution professionnelle.

Tous les six ans, l'entretien dresse un état des lieux récapitulatif du parcours professionnel du salarié. Il est notamment vérifié si ce dernier a suivi au moins une action de formation, s'il a acquis des éléments de certification par la formation ou par la validation des acquis de l'expérience (VAE), s'il a bénéficié d'une progression salariale ou professionnelle.

Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'employeur qui, pendant ces six années, ne fait pas bénéficier le salarié des entretiens prévus et d'au moins une

formation doit abonder son compte personnel de formation dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.

Formations à l'initiative de l'employeur

La première obligation de l'employeur est de s'assurer que les salariés sont capables d'occuper leur emploi, eu égard notamment aux évolutions technologiques et organisationnelles. Il peut aussi leur proposer des formations de développement des compétences et de lutte contre l'illettrisme (C. trav., art. L6321-1).

Lorsqu'un salarié suit une formation assurant son adaptation au poste de travail, il est considéré comme effectuant un travail effectif et il doit être rémunéré.

En l'absence d'accord collectif, les formations autres que celles mentionnées à l'article L6321-2 peuvent se dérouler hors du temps de travail effectif dans une limite de 30 heures par an et par personne (au maximum 2 % du forfait pour les salariés en forfait en jours ou en heures – voir chapitre 6). Elles sont formalisées par un accord entre l'employeur et le salarié. Ce dernier ne peut être

sanctionné s'il refuse de participer à une telle formation (C. trav., art. L6321-7).

Lorsque les formations se déroulant en dehors du temps de travail sont définies dans le cadre d'un accord d'entreprise ou de branche, celui-ci peut prévoir des contreparties de l'employeur afin de compenser les charges supportées par le salarié pour la garde d'enfant.

Lorsqu'en vertu d'une convention, d'un accord collectif étendu ou du contrat de travail un employeur s'engage à reconduire le contrat d'un saisonnier la saison suivante, il est possible de conclure un CDD pour permettre au salarié de participer à une action de formation prévue au plan de développement des compétences de l'entreprise (C. trav., art. L6321-9).

Plan de développement des compétences

Tous les ans, le comité social et économique est consulté sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi (C. trav., art. L2312-24). À ce titre, il se prononce sur le programme pluriannuel de formation élaboré par la

direction ainsi que sur les actions de formation envisagées. Dans les entreprises de moins de 300 salariés, la base de données économiques et sociales comporte notamment les informations suivantes (C. trav., art. R2312-8) :

- Les orientations de la formation professionnelle dans l'entreprise ;
- Le résultat éventuel des négociations triennales sur la formation professionnelle prévus à l'article L2241-6 ;
- Les informations relatives aux modalités d'accès à la formation professionnelle des salariés transmises par l'employeur à l'autorité administrative en application de l'article L6331-32 ;
- Le bilan des actions comprises dans le plan de formation de l'entreprise pour l'année antérieure et pour l'année en cours comportant la liste des actions de formation, des bilans de compétences et des validations des acquis de l'expérience réalisés ;
- Les informations, pour l'année antérieure et l'année en cours, relatives aux congés individuels de formation, aux congés de bilan

de compétences, aux congés de validation des acquis de l'expérience et aux congés pour enseignement accordés ;

- Le bilan, pour l'année antérieure et l'année en cours, des conditions de mise en œuvre des contrats d'alternance et des périodes de professionnalisation ainsi que du compte personnel de formation.

Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, l'employeur engage tous les trois ans une négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels. Celle-ci porte entre autres sur les grandes orientations à trois ans de la formation professionnelle dans l'entreprise et les objectifs du plan de développement des compétences (C. trav., art. L2242-20).

Le Code du travail ne donne pas de définition du plan de développement des compétences. Nous pourrions le définir comme étant l'ensemble des actions de formation à mener au sein de l'entreprise dans deux domaines :

- Adaptation au poste de travail et maintien de la capacité des salariés à occuper un emploi, au

regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations ;

- Développement des compétences.

Toute entreprise quel que soit son effectif peut élaborer un plan de développement des compétences. La mise en œuvre de ce dernier n'est pas obligatoire, elle relève d'une décision unilatérale de l'employeur.

Aucun formalisme n'est imposé quant à la structure du plan de développement des compétences. Celui-ci doit néanmoins contenir un certain nombre d'informations : note de synthèse sur la stratégie de l'entreprise en matière de formation, liste des actions de formation envisagées (bilan de compétences, validation des acquis de l'expérience…), calendrier prévisionnel, nombre de personnes prévues, etc.

Il existe deux types d'actions de formation :

- Obligatoires en application d'accords ou conventions collectives. Ce type d'action permet au salarié d'acquérir des compétences directement mobilisables dans le cadre de ses fonctions. L'employeur n'a pas besoin d'obtenir l'accord du salarié. Le refus de ce

dernier de participer à une telle formation est constitutif d'une faute pouvant conduire à son licenciement.

- Non obligatoires. Le salarié acquiert des compétences qu'il n'a pas à mobiliser dans le cadre de son travail, mais qui lui permettront d'évoluer professionnellement dans ou hors de l'entreprise. L'accord du salarié est impératif.

Si le plan de formation concerne en principe tous les salariés, l'employeur peut – en vertu de son pouvoir de direction – choisir les salariés qui en bénéficieront. Toutefois, sa décision de ne pas accorder une formation à certains salariés ne doit pas reposer sur des motifs discriminatoires (orientation sexuelle, opinions syndicales, religion, etc).

Formations à l'initiative du salarié

Le salarié a le droit de suivre des formations à sa demande. Pour cela, il peut mobiliser une ressource principale : le compte personnel de formation. Il peut également bénéficier de certains dispositifs

comme « la reconversion ou la promotion par alternance (Pro-A) » présentée dans ce chapitre.

Compte personnel de formation

La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a instauré la création d'un compte personnel de formation (CPF) destiné à favoriser l'accès à la formation professionnelle tout au long de la vie. Le CPF a remplacé le droit individuel à la formation (DIF) au 1er janvier 2015. Les caractéristiques du CPF, qui est une composante du compte personnel d'activité, sont les suivantes (C. trav., art. L6323-1 et suiv.) :

- Dès son entrée sur le marché du travail et quel que soit son statut (salarié, demandeur d'emploi, travailleur indépendant, etc.), toute personne âgée d'au moins seize ans (quinze ans pour un jeune signant un contrat d'apprentissage) se voit attribuer un compte personnel de formation ;
- Le CPF recense les heures acquises par le salarié pendant sa carrière professionnelle ;

- La personne y a recours dès qu'elle accède à une formation à titre individuel. Le CPF ne peut être débité sans son accord ;
- Le CPF est intégralement transférable en cas de changement ou de perte d'emploi ;
- Le compte est fermé en cas de décès du titulaire.

Les formations suivies par un salarié ou un demandeur d'emploi au titre du CPF doivent être impérativement qualifiantes. En d'autres termes, elles doivent permettre d'obtenir un diplôme ou une certification professionnelle enregistrés au répertoire national des certifications professionnelles (RNCP), de valider les acquis de l'expérience (VAE) ou tout simplement d'acquérir le socle de connaissances et de compétences que tout collégien est normalement censé maîtriser à l'issue de la scolarité obligatoire. Il est également possible de financer *via* le CPF les bilans de compétences, la préparation de l'épreuve théorique du code de la route et de l'épreuve pratique du permis de conduire, les formations d'accompagnement et de conseil destinées aux créateurs ou repreneurs d'entreprises, les formations permettant aux bénévoles et aux volontaires en service civique

d’acquérir les compétences nécessaires à l’exercice de leurs missions. À noter que les partenaires sociaux ont également la possibilité d’établir une liste de formations éligibles au CPF.

Le compte personnel de formation est alimenté (C. trav., art. L6323-10 à L6323-15) :

- Chaque année en euros ;
- Par des abondements versés en application d’un accord collectif (entreprise, groupe, branche) ;
- Par des abondements complémentaires (État, région, OPCO, employeur, titulaire du compte, UNEDIC, Pôle emploi, collectivités territoriales, etc).

Lorsqu’un salarié est licencié suite au refus d’une modification de son contrat de travail résultant de l’application d’un accord d’entreprise, son CPF est abondé au minimum de 3000 euros.

Dans les entreprises d’au moins cinquante salariés, lorsque les dispositions de l’article L6315-1 du Code du travail n’ont pas été respectées, 3000 euros sont crédités sur le CPF.

Le titulaire d'un compte personnel de formation peut connaître à tout moment les droits en euros acquis, les formations éligibles et les abondements complémentaires susceptibles d'être sollicités, en se connectant à un site Internet dédié (www.moncompteformation.gouv.fr).

Le salarié n'a pas besoin de l'accord de l'employeur lorsque la formation financée *via* son CPF se déroule en dehors du temps de travail. Lorsque la formation est suivie partiellement ou intégralement pendant le temps de travail, il doit envoyer sa demande à l'employeur au moins soixante jours calendaires avant le début de la formation si celle-ci est inférieure à six mois, au moins cent vingt jours calendaires dans les autres cas (C. trav., art. D6323-4). L'employeur doit répondre au salarié dans les 30 jours calendaires suivant la réception de la demande. L'absence de réponse vaut acceptation.

La rémunération du salarié est maintenue par l'entreprise lorsque les heures consacrées à la formation sont prises sur le temps de travail (C. trav., art. L6323-18).

Réforme de la formation professionnelle

Voici les principales dispositions introduites par la loi nº 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel :

- Un CPF monétisé et abondé en euros. Chaque salarié à temps plein est crédité de 500 euros par an (800 euros pour les personnes non qualifiées). Le plafond du CPF est de 5000 euros (8000 euros pour les personnes non qualifiées), hors abondements complémentaires notamment par les entreprises et les branches par accord collectif ;
- Les salariés à temps partiel dont le temps de travail est supérieur ou égal à 50 % du temps complet sur l'ensemble de l'année bénéficient des mêmes droits que les salariés à temps plein. En-dessous de 50 % du temps complet, le CPF est crédité prorata temporis ;
- Mise en place d'un dispositif d'accompagnement gratuit, le conseil en évolution professionnelle (https://mon-cep.org). Celui-ci porte sur l'évaluation des compétences du salarié, la définition de son projet professionnel, les différentes formations disponibles…

- Les entreprises s'acquittent d'une contribution unique à la formation professionnelle ;
- L'agence nationale France compétences, qui a remplacé trois instances de gouvernance (FPSPP, Cnefop, Copanef), a en charge la régulation de la qualité et des prix des formations ;
- Les opérateurs de compétences (OPCO), remplaçants des OPCA, financent les CFA ainsi que le plan de développement des compétences des TPE et PME.

Reconversion ou promotion par alternance (Pro-A)

La loi « Avenir professionnel » a créé un nouveau dispositif intitulé « reconversion ou promotion par alternance (Pro-A) ». Complémentaire du CPF et du plan de développement des compétences de l'entreprise, celui-ci a pour objectif de permettre une réorientation professionnelle du salarié (changement de métier ou de profession) ou de lui faire bénéficier d'une promotion sociale ou professionnelle *via* des actions de formation ou de

validation des acquis de l'expérience (C. trav., art. L6324-1). Il est mis en œuvre à l'initiative du salarié ou de l'employeur.

Sont concernés :

- Les salariés en CDI ;
- Les salariés (sportifs ou entraîneurs professionnels) en CDD conclu en application de l'article L222-2-3 du Code du sport ;
- Les salariés bénéficiaires d'un contrat unique d'insertion (CUI) à durée indéterminée ;
- Les salariés placés en position d'activité partielle (C. trav., art. L5122-1).

L'accès à ce dispositif est ouvert aux salariés n'ayant pas atteint un niveau de qualification sanctionné par une certification professionnelle enregistrée au RNCP équivalant au grade de la licence (C. trav., art. L6324-2 et D6324-1-1). La Pro-A permet d'acquérir une certification professionnelle après une formation en alternance.

Un accord collectif de branche étendu définit la liste des certifications professionnelles éligibles à la Pro-A. L'extension de cet accord (pour en savoir plus sur ce sujet, consultez le chapitre 25) est

subordonnée au respect des critères de forte mutation de l'activité et de risque d'obsolescence des compétences (C. trav., art. L6324-3).

La durée applicable à la Pro-A est celle du contrat de professionnalisation, soit six à douze mois. Elle peut être étendue jusqu'à :

- Trente-six mois pour les jeunes de moins de 26 ans ayant quitté le système scolaire obligatoire sans diplôme ;
- Vingt-quatre mois lorsque la nature des qualifications prévues l'exige. Ces dernières sont définies par convention ou accord collectif de branche.

La Pro-A ne nécessite pas de formalisme particulier. Le salarié qui souhaite en bénéficier doit se rapprocher de son employeur. Le contrat de travail fait l'objet d'un avenant fixant la durée et l'objet de la reconversion ou de la promotion par alternance. Cet avenant doit être déposé auprès de l'opérateur de compétences (C. trav., art. L6324-6).

La formation peut se dérouler pendant ou en dehors du temps de travail. Lorsque les actions mises en œuvre dans le cadre de ce dispositif s'effectuent pendant le temps de travail, le salarié

conserve sa rémunération (C. trav., art. L6324-8). Pour une formation en dehors du temps de travail, l'accord écrit du salarié est indispensable.

Tout au long de sa formation, l'alternant est suivi par un salarié expérimenté choisi par l'employeur. Ce tuteur doit être volontaire et justifier d'une expérience professionnelle d'au moins deux ans en lien avec l'objectif de professionnalisation visé.

Les frais pédagogiques, de transport et d'hébergement sont pris en charge, totalement ou partiellement, par l'opérateur de compétences dont dépend l'entreprise. La branche professionnelle détermine un montant forfaitaire de prise en charge. L'employeur doit se rapprocher de son OPCO pour obtenir des informations sur le financement de la reconversion ou la promotion par alternance.

DANS CE CHAPITRE

Les obligations de l'employeur et du salarié

•

Le reclassement d'un salarié inapte à son poste

•

Les affections d'origine professionnelle

•

L'effet de la maladie sur le contrat de travail

Chapitre 10
Le travail, c'est la santé !

L« e travail, c'est la santé », chantait Henri Salvador. Malheureusement, cette assertion ne se vérifie pas toujours. L'excès de travail ou de mauvaises conditions de travail peuvent en effet altérer la santé des salariés. Toute personne exerçant une activité professionnelle – y compris dans des conditions normales – court le risque, un jour ou l'autre, de contracter une maladie ou d'être victime d'un accident. Par ailleurs, outre l'aspect

purement médical, la dégradation de la santé d'un salarié peut avoir un impact important sur le contrat de travail. Des problèmes de santé, qu'ils soient d'origine professionnelle ou non, sont en effet susceptibles d'entraîner une interruption temporaire de l'activité du salarié, voire même de rendre ce dernier définitivement inapte à son poste. Dans un tel cas de figure, l'employeur sera contraint de le reclasser sur un nouveau poste qui soit compatible avec son état de santé. Enfin, lorsque l'on parle de santé au travail, on ne se limite pas au seul état physique ; la santé mentale est également prise en compte.

Santé au travail et pandémie

Cette nouvelle édition a été rédigée pendant la pandémie de Covid-19 au cours de laquelle l'obligation de protection de la santé des salariés a pris une acuité particulière puisque le lieu de travail est devenu un espace de contamination. En espérant que cet épisode ne sera bientôt qu'un mauvais souvenir.

Le protocole national pour assurer la santé des salariés en entreprise (PNPASSE) a été édicté par le ministère du Travail et modifié à plusieurs reprises pour servir de guide aux employeurs afin d'éviter les contaminations. Ce document d'une vingtaine de pages constitue un référentiel de l'ensemble des outils et des mesures à mettre en œuvre pour protéger les salariés. De multiples sujets sont abordés : masques, gestes barrières, aération des espaces de travail, tests de dépistage et protocole de prise en charge d'une personne symptomatique afin de protéger ses contacts directs.

Selon le Conseil d'État et la direction générale du travail, ce protocole n'a pas de force contraignante (CE, 19 octobre 2020, décision n° 444809). Son non-respect est néanmoins susceptible de constituer un manquement à l'obligation de l'employeur de protéger la santé des salariés (C. trav., art. L4121-1). La responsabilité de ce dernier peut

donc être engagée, mais le délit de mise en danger de la vie d'autrui n'est pas constitué (C. pén., art. 223-1).

Depuis 2017, en cas de menace d'épidémie ou de force majeure (le législateur a sans doute eu une prémonition), l'employeur peut mettre en place le télétravail. Celui-ci est alors considéré comme un aménagement du poste de travail et ne requiert pas l'accord du salarié (C. trav., art. L1222-11). Le salarié ne peut donc pas refuser de télétravailler. Pendant l'état d'urgence sanitaire, lorsque l'activité de l'entreprise ou des salariés le permet, l'employeur a l'obligation de mettre en place le télétravail. Il ne peut pas le refuser à un salarié sauf si celui-ci ne peut travailler à distance.

Enfin, la pandémie de Covid-19 impose à l'employeur de modifier le document unique d'évaluation des risques (DUER) et de consulter le comité social et économique lorsque les mesures prises entraînent une modification de l'organisation du travail (C. trav., art. L2312-17).

Protéger la santé du salarié

L'employeur doit tout mettre en œuvre pour éviter que le travail nuise à la santé des salariés, mais ces derniers ont, eux aussi, des obligations. De nombreuses règles en matière de santé et de sécurité s'appliquent dans l'entreprise et

l'employeur est responsable de leur respect. Le comité social et économique (notamment *via* la commission santé, sécurité et conditions de travail) est bien évidemment concerné par ces questions de santé. Nous reviendrons sur son rôle dans le chapitre 22.

Les obligations de l'employeur

Le travail ne doit pas porter atteinte à la santé des salariés. L'employeur est donc tenu à une obligation de résultat pour protéger leur santé (Cass. ass. plén., 24 juin 2005, pourvoi nº 03-30038). Sa responsabilité peut être engagée, même si les moyens nécessaires ont été mis en œuvre ou même si le salarié fautif concourt à la création de son dommage (Cass. soc., 10 février 2016, pourvoi nº 14 – 24350). Le contrat de travail plaçant le salarié sous la direction et le contrôle de l'employeur, les instructions de ce dernier ne doivent pas mettre en danger la santé du salarié (obligation de tenir des cadences infernales, exécution de tâches ne respectant pas les règles de sécurité, etc.). Une charge de travail excessive, même pour un salarié soumis au forfait jour et n'établissant pas de décompte de son temps de

travail, constitue un manquement à l'obligation de bonne foi, ce qui risque de nuire à la santé de l'employé (Dijon, 22 juin 2006, SAS Carrefour Intermarché c/ Bonnot).

Mieux, l'avertissement adressé par le salarié à son employeur doit conduire le second à prendre les mesures nécessaires. Le non-respect de cette obligation peut entraîner la condamnation de l'employeur et le paiement de dommages-intérêts. Par ailleurs, la direction de l'entreprise doit exercer un contrôle sur les salariés afin qu'ils prennent soin de leur santé et de celle de leurs collègues. Il doit engager les mesures nécessaires pour protéger le personnel (C. trav., art. L4121-1). Cette obligation s'illustre par exemple dans la lutte contre le tabagisme. Le non-respect de la réglementation antitabac dans l'entreprise va à l'encontre de l'une des obligations essentielles du patron et justifie la rupture du contrat à ses torts par le salarié (Cass. soc., 29 juin 2005, pourvoi nº 03-44412). Le juge peut être saisi pour ordonner la suspension d'une réorganisation qui a entraîné une dégradation des conditions de travail (Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi nº 06-45888).

La Cour de cassation a jugé que l'employeur ne manquait pas à son obligation de sécurité de résultat s'il avait pris toutes les mesures prévues par les articles L4121-1 et L4121-2 du Code du travail pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de ses salariés. Cet arrêt pourrait laisser présager un futur revirement par rapport à la jurisprudence antérieure (Cass. soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-24444). En revanche, l'employeur manque à son obligation de sécurité de résultat lorsqu'un de ses salariés reçoit d'un autre salarié un coup de poing à la figure (Cass. soc., 26 mai 2016, pourvoi n° 14-15566).

Enfin, l'employeur ne peut opérer de discrimination liée à l'état de santé du salarié (C. trav., art. L1132-1). Le retard dans l'évolution de carrière du salarié ne peut être justifié par ses périodes d'arrêt maladie (Cass. soc., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-44486). De même, constitue une discrimination indirecte l'organisation d'un entretien dit « de retour d'absence » pour sensibiliser le salarié à la désorganisation de la production consécutive à son absence (Cass. soc., 12 février 2013, pourvoi n° 11-27689). Cependant, la (mauvaise) santé d'un

employé peut avoir un effet sur son aptitude à travailler. Par conséquent, les différences de traitement fondées sur l'inaptitude physique constatée par le médecin du travail ne constituent pas une discrimination, à condition d'être objectives, nécessaires et appropriées (C. trav., art. L1133-3).

L'inaptitude constatée par la médecine du travail oblige l'employeur à rechercher un poste de reclassement compatible avec les capacités du salarié.

La déclaration annuelle des facteurs de risques

L'employeur est désormais tenu de déclarer chaque année les salariés exposés à des facteurs de risques. Ces derniers sont caractérisés en présence de contraintes physiques marquées (liées par exemple à des postures pénibles), d'un environnement physique agressif ou de rythmes de travail à partir d'un seuil d'exposition précisé par décret (C. trav., art. D4161-3). Cette déclaration est transmise *via* la déclaration sociale nominative (DSN) aux caisses de retraite en charge de la tenue des comptes pénibilité des salariés (C. trav., art. L4163-1). Pour

de plus amples informations, consultez le site www.compteprofessionnelprevention.fr.

L'employeur a l'obligation de désigner un ou plusieurs salariés afin de s'occuper des activités de protection et de prévention des risques professionnels. Ceux-ci peuvent bénéficier d'une formation en matière de santé au travail. Il est également possible de faire appel à des intervenants extérieurs (C. trav., art. L4644-1).

Le compte professionnel de prévention

Ce compte, appelé C2P, a remplacé le compte personnel de prévention de la pénibilité (C3P). La loi a défini dix facteurs de risques, dont six sont concernés par le compte professionnel de prévention. Les salariés exposés à un ou plusieurs de ces six facteurs de risques bénéficient de points qui sont crédités sur le C2P géré par la caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV). Ces facteurs de risques sont les suivants :

- Les activités en milieu hyperbare ;
- Le travail de nuit ;
- Le travail répétitif ;

- Le travail en équipes successives alternantes ;
- Les températures extrêmes ;
- Le bruit.

L'employeur doit déclarer les salariés exposés à ces facteurs de risques au-delà des seuils réglementaires. Cette déclaration donne lieu à l'inscription de points sur le compte personnel de prévention : 4 points pour une exposition pendant un an à un risque, 8 points en cas d'exposition à plusieurs risques (les points sont doublés pour les salariés nés avant juillet 1956). Le C2P est plafonné à 100 points non renouvelables et est alimenté pendant toute la carrière du salarié. Il sert au financement :

- De formations professionnelles qui permettront d'accéder à un poste moins ou non exposé aux facteurs de risques ;
- D'heures non travaillées (le salarié travaillant à temps partiel sans réduction de salaire) ;
- De trimestres de majoration de durée d'assurance vieillesse (le salarié part plus tôt à la retraite).

Le financement de ces mesures est assuré par une cotisation assise sur la masse salariale des entreprises.

Les points accumulés demeurent acquis jusqu'à leur utilisation complète ou jusqu'au départ à la retraite/décès du titulaire du compte.

Pour évaluer l'exposition aux risques professionnels, l'employeur dispose soit d'un accord de branche étendu déterminant l'exposition des salariés en fonction de leur poste de travail, soit d'un référentiel professionnel de branche homologué par arrêté ministériel (C. trav., art. L4163-2).

Pour les 4 facteurs de pénibilité non concernés par le C2P (manutention manuelle de charges, postures pénibles, vibrations mécaniques et agents chimiques dangereux), les salariés peuvent bénéficier d'une retraite anticipée pour pénibilité.

Les obligations du salarié

Conformément aux directives de l'employeur, les salariés ont l'obligation de prendre soin de leur santé, de leur sécurité ainsi que de celles de toute personne concernée par leur activité (C. trav., art.

L4122-1). Le non-respect de ces obligations est susceptible de donner lieu à une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement. L'employeur qui constate un manquement d'un salarié a l'obligation d'y mettre fin. Par exemple, le refus d'un chef de chantier, en dépit de demandes réitérées, de porter un casque de protection est constitutif d'une faute grave (Cass. soc., 23 mars 2005, pourvoi n° 03-42404). Un salarié qui s'abstient d'intervenir pour préserver l'intégrité physique et psychique de ses collaborateurs encourt un licenciement (Cass. soc., 23 octobre 2019, pourvoi n° 18-14260). Toutefois, ces mesures ne doivent pas pénaliser financièrement les salariés (C. trav., art. L4122-2).

Le respect des règles de santé et de sécurité

Le Code du travail prévoit de multiples prescriptions en matière de sécurité, qui doivent être respectées pour ne pas porter atteinte à la santé. Malheureusement, le présent chapitre ne peut pas toutes les recenser. La quatrième partie du code précité, consacrée à la santé et à la sécurité, est en effet divisée en six livres, eux-mêmes divisés

en de nombreux titres et chapitres contenant ces articles…

En résumé, l'employeur doit faire respecter des règles d'hygiène et de sécurité pour protéger le salarié des risques professionnels. Les articles L4121-1 à L4121-5 (qui sont la transposition en droit français de la directive européenne 89/391/CE du 12 juin 1989) énoncent les principes généraux de prévention. Différentes actions doivent être mises en œuvre, portant à la fois sur l'information, la formation et la prévention des risques professionnels (ce qui nécessite d'évaluer ces derniers afin de les éviter). Ces principes consistent notamment à tenir compte de l'état de la technique, de remplacer ce qui est dangereux par ce qui ne l'est pas ou ce qui l'est moins (C. trav., art. L4121-2). Le livre III est consacré aux équipements de travail et aux moyens de protection. Le livre IV traite de la prévention de certains risques d'exposition et le livre V de la prévention des risques liés à certaines activités ou opérations. Tous les établissements ont l'obligation de disposer d'une trousse de premiers secours (C. trav., art. R4224-14) et de permettre aux salariés de bénéficier d'eau fraîche (C. trav., art. R4225-2) ou

d’une boisson non alcoolisée lorsqu’ils sont amenés à se désaltérer fréquemment en raison de conditions particulières de travail (C. trav., art. R4225-3). D’autres règles concernent également de nombreux salariés :

- **La manutention de charges est réglementée par les articles R4541-1 à R4541-10.** Les salariés portant des charges supérieures à 55 kilogrammes doivent avoir été déclarés aptes par le médecin du travail. Cette même réglementation interdit aux femmes de porter plus de 25 kilogrammes ;
- **Des mesures spécifiques s’appliquent aux salariés travaillant sur un écran de visualisation (C. trav., art. R4542-1 à R4542-19).** Le temps de travail sur écran doit être interrompu par des pauses ou des changements d’activité (C. trav., art. R4542-4). L’affectation d’un salarié à des tâches sur écran nécessite un examen médical préalable des yeux et de la vue par le médecin du travail. (C. trav., art. R4542-17) ;
- **Des mesures spécifiques s’appliquent aux salariés exposés à certains risques chimiques (C. trav., art. L4411-1) ou biologiques (C. trav.,**

art. R4421-1 et suivants). La présence d'un coordonnateur de sécurité est obligatoire lors d'opérations de génie civil (C. trav., art. L4532-2).

La protection de la santé mentale

La santé ne se limite pas à sa seule dimension physique, elle inclut également l'aspect psychologique, le travail ne devant pas nuire à l'équilibre psychique du salarié.

La santé mentale est protégée au même titre que la santé physique par une obligation de résultat à la charge de l'employeur (C. trav., art. L4121-1). Sa protection ne se limite pas à la seule interdiction du harcèlement moral, lequel implique des agissements répétés et une dégradation des conditions de travail. Ainsi, le stress, qualifié de risque psychosocial, porte atteinte à la santé mentale et même à la santé physique.

La protection de la santé mentale pose la question des suicides en série dans certaines grandes entreprises, suicides qui peuvent – sous certaines

conditions – être considérés comme des accidents du travail.

Le stress au travail

Le stress au travail a donné lieu à un accord interprofessionnel du 2 juillet 2008, étendu à tous les salariés par un arrêté d'extension du 23 avril 2009. Ce texte est intervenu à la suite d'un accord signé par les partenaires sociaux au niveau européen. Le stress est décrit comme un déséquilibre entre la perception par le salarié des contraintes qui lui sont imposées et ses ressources pour y faire face. Cet accord, qui donne les indicateurs pour identifier le stress (absentéisme, conflits et accidents du travail), a pour objet de déclencher une prise de conscience permettant que les mesures nécessaires soient mises en place pour le prévenir et le réduire. Les entreprises de plus de 1000 salariés sont incitées à négocier un accord sur le sujet.

Le harcèlement moral

Le harcèlement moral est interdit dans l'entreprise et engage la responsabilité de l'employeur, celui-ci

étant tenu d'une obligation de résultat afin de l'éviter.

Définition

Le harcèlement moral est défini par le Code du travail (art. L1152-1 et suiv.). Son existence implique des agissements répétés entraînant une dégradation des conditions de travail, dont la conséquence est ou peut être de :

- Porter atteinte au droit et à la dignité du salarié ;
- Altérer sa santé physique ou mentale ;
- Compromettre son avenir professionnel.

Le code ne liste pas les comportements pouvant correspondre à cette définition ; le juge devra donc décider, au cas par cas, si les actes incriminés ont occasionné à la fois une dégradation des conditions de travail et les conséquences mentionnées ci-dessus.

À noter que les seuls problèmes de santé du salarié ne permettent pas de déduire le harcèlement moral (Douai, 30 juin 2006, RG nº 05/2266). La jurisprudence fournit des exemples de faits caractérisant le harcèlement (le harceleur ayant

manifestement l'intention de faire craquer le salarié) :

- Des sanctions injustifiées ;
- Des reproches incessants ;
- Des tâches dépassant les capacités physiques du salarié et ne respectant pas les préconisations du médecin du travail ;
- Un dénigrement systématique ;
- Un contrôle excessif et injustifié ;
- Une modification des conditions de travail défavorable, comme une affectation dans des locaux sans chauffage.

L'intention peut aussi correspondre à une méthode de management, si celle-ci aboutit au résultat défini par la loi (Cass. soc., 10 novembre 2009, pourvoi nº 07-45321).

Le terme même de « harcèlement » implique une répétition des faits. Un seul acte, par exemple une rétrogradation, ne suffit pas à le caractériser (Cass. soc., 15 avril 2008, pourvoi nº 07-40290). Le harcèlement moral n'a pas à se manifester pendant une durée minimum. Celle-ci peut être très courte, la définition donnée par la loi ne posant pas de

condition de durée (Cass. soc., 26 mai 2010, pourvoi nº 08-43152).

En vertu du contrat de travail, le salarié est soumis au pouvoir de direction, de contrôle et de sanction de l'employeur. Cette situation implique un rapport hiérarchique, et donc une autorité légitime de l'employeur envers le salarié. L'existence d'un harcèlement moral dénote une sorte de détournement de ce pouvoir, mais l'intention de son auteur n'en est pas une condition. Ainsi, les personnages désignés communément comme « caractériels » se rendent facilement coupables de harcèlement moral sans s'en rendre compte, sans avoir aucune volonté délibérée.

Un subordonné peut être reconnu coupable de harcèlement moral envers un supérieur, la loi n'exigeant pas l'existence d'un rapport hiérarchique entre le harceleur et le harcelé (Cass. crim., 6 décembre 2011, pourvoi nº 10-82266).

L'employeur est tenu à une obligation de résultat et sa responsabilité peut être engagée même en l'absence d'une faute de sa part. Il doit donc prendre toutes les mesures nécessaires afin de l'éviter. L'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention et fait cesser

immédiatement des faits de harcèlement remplit son obligation légale (Cass. soc., 1er juin 2016, pourvoi nº 14 – 19702). L'auteur du harcèlement n'est pas nécessairement le chef d'entreprise en personne, mais un supérieur hiérarchique, voire même un subordonné, qui engage sa responsabilité personnelle vis-à-vis de la victime. Celle-ci peut saisir le conseil de prud'hommes, non seulement à l'encontre de l'employeur, mais aussi envers le salarié coupable. La prohibition du harcèlement doit être mentionnée dans le règlement intérieur. À noter qu'une personne extérieure à l'entreprise mais ayant une autorité de fait sur les salariés peut être reconnue responsable de harcèlement moral (Cass. soc., 1er mars 2011, pourvoi nº 09-69616).

Un salarié ne peut être licencié pour avoir été victime ou témoin de faits de harcèlement moral (C. trav., art. L1152-2). Comme cela est exposé au chapitre 15, un tel licenciement est nul avec des conséquences très sévères pour l'employeur. La nullité du licenciement est également prononcée lorsque les motifs de licenciement reprochés au salarié sont une réaction de ce dernier aux faits de harcèlement moral subis (Cass. soc., 10 juillet 2019, pourvoi nº18-14317).

Étant donné que le harcèlement moral est un délit, la personne dénonçant un délit peut être poursuivie pour dénonciation calomnieuse. Un employeur peut sanctionner un salarié qui porte des accusations de harcèlement moral à la seule condition que celui-ci soit de mauvaise foi. Celle-ci résulte de la connaissance par le salarié de la fausseté de ces faits.

Éléments de preuve

Le Code du travail définit un régime de preuve favorable au salarié. Celui-ci doit établir des faits permettant de présumer l'existence du harcèlement. L'employeur, au vu de ces éléments, doit prouver que les faits ne sont pas constitutifs d'une telle faute (C. trav., art. L1154-1 et suiv.). Ainsi, l'interdiction faite à une auxiliaire de puériculture, pendant trois jours à son retour de congés, de se trouver dans la même pièce que les enfants établit, en l'absence d'éléments objectifs justifiant cette mesure, des faits permettant de présumer un harcèlement (Cass. soc., 15 décembre 2009, pourvoi nº 08-43288). Lorsque des agissements de harcèlement moral se manifestent à l'égard d'une collectivité de salariés, chacun d'entre eux doit prouver individuellement

les faits dont il se dit victime (Cass. soc., 28 mars 2012, pourvoi n° 10-24441).

Sanction

La victime peut demander des dommages-intérêts à son employeur pour avoir manqué à son obligation de résultat, même si l'auteur n'est pas le chef d'entreprise lui-même mais un autre salarié. La personne harcelée peut également prendre acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur ou demander au juge d'en prononcer la résiliation judiciaire. Ces deux modes de rupture, qui ont chacun leurs avantages et leurs inconvénients, sont présentés dans le chapitre 12. Leur finalité, après une action en justice, est de produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Enfin, le harcèlement moral, qui est un délit, peut donner lieu à des sanctions pénales (une amende d'un montant maximum de 15000 euros et un an d'emprisonnement).

À la suite de la dénonciation d'agissements de harcèlement moral, l'employeur a l'obligation de mettre en œuvre des mesures de prévention et d'enquête. Son inaction l'expose à devoir verser des dommages-intérêts au salarié, même si celui-ci n'a

subi aucun harcèlement moral. Cette obligation résultant de la prévention des risques professionnels est en effet distincte de celle prohibant les agissements de harcèlement moral (Cass. soc., 27 novembre 2020, pourvoi n° 18-10551).

Le harcèlement sexuel

Au même titre que le harcèlement moral, le harcèlement sexuel est interdit (C. trav., art. L1153-1). Il constitue un délit pénal dont les peines maximales sont trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende (C. pén., art. 222-33).

Le harcèlement sexuel est caractérisé par des propos ou des comportements à connotations sexuelles répétés, portant atteinte à la dignité de la victime par leur caractère humiliant ou offensant. Le fait d'user d'une forme de pression grave dans le but d'obtenir un acte de nature sexuelle est également assimilé à du harcèlement sexuel. Ce dernier engage la responsabilité de son auteur, qui n'est pas forcément un collègue mais peut être un tiers à l'entreprise. L'employeur, qui a l'obligation de le prévenir (C. trav., art. L1153-5), est soumis à une obligation de résultat en matière de sécurité,

quand bien même toutes les mesures pour l'empêcher auraient été prises (Cass. soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-44019).

La relaxe par le tribunal correctionnel d'un prévenu accusé de harcèlement sexuel n'empêche pas la reconnaissance de ce harcèlement par le conseil de prud'hommes (Cass. soc., 25 mars 2020, pourvoi n°18-23682).

Le rôle du médecin du travail

Le médecin du travail appartient à un service de santé. Sa mission la plus connue consiste à faire passer les examens médicaux obligatoires, pour vérifier si les salariés sont aptes à remplir leurs fonctions. En raison de la pénurie de praticiens, une réforme a réorganisé la médecine du travail en 2012. Celle-ci a désormais pour objectif de préserver non seulement la santé physique mais également la santé mentale du salarié (C. trav., art. L4622-2). La loi Travail de 2016 a complété la réforme de 2012 en déchargeant le médecin du travail de certaines de ses missions (suppression de l'examen médical d'embauche par exemple).

Le service de santé au travail

Il s'agit d'un organisme privé agréé par l'administration, auquel les sociétés ont l'obligation d'adhérer. Lorsque l'effectif de la société atteint plus de 500 salariés, l'employeur peut choisir de créer un service de santé au travail interne à l'entreprise ou à ses établissements. Ce service comprend un médecin du travail indépendant et tenu au secret professionnel, qui bénéficie de la même protection contre le licenciement que les représentants du personnel. Son rôle est préventif. Il intervient à la demande du comité social et économique. L'une de ses principales missions est de procéder aux examens obligatoires. Un dossier médical est créé pour chaque salarié au moment de la visite d'information et de prévention (Vip). Celle-ci est réalisée dans les trois mois de l'entrée en fonction du salarié par l'un des membres de l'équipe pluridisciplinaire, qui ne sera pas nécessairement le médecin du travail mais un infirmier par exemple (C. trav., art. R4624-10). Cette visite donne lieu à la délivrance d'une attestation de suivi.

Le médecin du travail doit tenir cette fiche à jour pour chaque entreprise et consacrer le tiers de son

temps de travail mensuel à des missions en milieu de travail (C. trav., art. R4624-4). Le nom et le numéro de téléphone du médecin du travail ou du service de santé compétent doivent être affichés dans l'établissement (C. trav., art. D4711-1).

Les examens médicaux obligatoires

Le salarié doit bénéficier d'examens médicaux avant son embauche ou au plus tard dans un délai de trois mois. Ces examens sont ensuite renouvelés au maximum tous les cinq ans (C. trav., art. R4624-16). La visite d'information et de prévention n'est pas obligatoire si le salarié occupe un emploi identique au précédent, à condition d'avoir passé un précédent examen moins de cinq ans auparavant, de ne pas avoir fait l'objet d'un avis d'inaptitude au cours des cinq dernières années et de disposer de la dernière fiche d'aptitude ou attestation de suivi.

Un examen médical peut également être organisé à la demande de l'employeur ou du salarié (C. trav., art. R4624-34). Ces examens permettent de vérifier l'aptitude du salarié à occuper son poste de travail.

Lorsque l'arrêt de travail est supérieur à trois mois, le salarié bénéficie d'une visite de préreprise à son initiative, à celle de son médecin traitant ou du médecin conseil de la Sécurité sociale (C. trav., art. R4624-29). Le médecin du travail peut recommander un aménagement ou une adaptation de son poste de travail, une formation ou un reclassement (C. trav., art. R4624-30). Cette visite est suivie d'une visite de reprise (cf. section « La visite de reprise »).

Selon l'article R4624-31 du Code du travail, le salarié doit bénéficier d'un examen de reprise du travail après un congé maternité, une absence causée par une maladie professionnelle ou toute absence d'au moins 30 jours (maladie, accident ayant une origine professionnelle ou non). Le médecin du travail doit également être informé de tout arrêt d'une durée inférieure à 30 jours résultant d'un accident du travail, afin de pouvoir proposer des mesures de prévention des risques professionnels (C. trav., art. R4624-33).

Certains salariés sont soumis à un suivi individuel adapté en raison de leur état ou de leurs conditions de travail (femmes enceintes, travailleurs en situation de handicap, salariés de moins de 18 ans,

travailleurs de nuit…). C'est également le cas pour les salariés affectés à un poste comportant des risques particuliers (exposition à l'amiante, au plomb, aux rayonnements ionisants, etc.). À compter de leur Vip d'embauche, ces derniers bénéficient d'une visite médicale réalisée par le médecin de travail au moins tous les quatre ans. Une visite intermédiaire est effectuée par un professionnel de santé au plus tard deux ans après la visite avec le médecin du travail (C. trav., art. R4624-28).

Les sanctions à l'encontre de l'employeur

L'employeur engage sa responsabilité civile vis-à-vis du salarié en cas de non-respect de ses obligations, notamment si le salarié ne subit pas tous les examens médicaux. La violation de la réglementation sur la médecine du travail le rend passible d'une amende de 1500 euros (7500 euros pour les personnes morales). En cas de récidive dans un délai de trois ans, l'amende passe à 3750 euros (15000 euros pour les personnes morales)) et peut être assortie d'une peine de quatre mois de prison (C. trav., art. L4745-1).

L’employeur manque à son obligation de résultat en matière de sécurité en ne soumettant pas un salarié à la visite d’embauche, mais celui-ci doit justifier d’un préjudice pour obtenir des dommages-intérêts (Cass. soc., 27 juin 2018, pourvoi n° 17-15438).

Le non-respect des règles de santé et de sécurité est sanctionné d’une amende maximale de 10000 euros pour l’employeur par salarié en infraction (C. trav., art. L4741-1). En cas de récidive, le montant est porté à 30000 euros, auquel s’ajoute un an de prison. Lorsque la personne ayant commis l’infraction n’est pas l’employeur ou son délégataire, l’amende s’élève à 3750 euros. La récidive est punie d’une amende de 9000 euros et d’un an d’emprisonnement (C. trav., art. L4741-9). Enfin, le Code pénal prévoit un certain nombre de délits – comme celui de mise en danger de la vie d’autrui – qui peuvent porter atteinte à l’intégrité physique des salariés en cas de non-respect des règles.

Les droits d'alerte et de retrait

Le salarié peut se retirer d'une situation présentant un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, sans subir de perte financière ni de sanction disciplinaire (C. trav., art. L4131-1 et suiv.). Sa première obligation est de prévenir immédiatement l'employeur pour lui permettre de prendre les mesures nécessaires. L'exercice de ce droit doit être justifié, celui-ci ne devant pas être un prétexte. Pour le salarié, c'est seulement une possibilité : il « peut » se retirer d'une telle situation. Compte tenu de l'obligation pour le salarié de prendre soin de sa santé et de sa sécurité (C. trav., art. L4122-1), le droit de retrait pourrait être un devoir. Si la situation en cause aboutit à un accident du travail ou une maladie professionnelle, le salarié qui aura signalé un danger à son employeur bénéficiera de la reconnaissance *ipso facto* d'une faute inexcusable. Toutefois, ce retrait ne doit pas avoir pour conséquence d'entraîner un nouveau danger grave et imminent pour autrui. L'employeur qui estime le droit de retrait abusivement mis en œuvre peut sanctionner le salarié. Le juge devra par la suite décider librement si ce droit était légitime ou non. Le salarié doit avoir des motifs raisonnables pour se sentir en danger. Le licenciement prononcé en raison de l'exercice légitime de ce droit est nul (Cass. soc., 28 janvier 2009, pourvoi nº 07-44556). Un chauffeur de poids lourd peut ainsi valablement

exercer ce droit en raison de la défectuosité des freins de son véhicule. L'absence d'un nombre suffisant de protections individuelles sur un chantier le justifie également. En revanche, le bruit « épouvantable » d'un ventilateur n'autorise pas un tel droit de retrait. Il en va de même pour le convoyeur de fonds, qui ne peut faire état du risque inhérent à sa fonction.

La détérioration de la santé en raison du travail

Les atteintes à la santé du salarié peuvent avoir une origine professionnelle si le salarié est victime d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail. Leur effet sur le contrat de travail et les prestations servies au salarié sont identiques, que ces affections résultent de l'une ou de l'autre de ces causes.

L'accident du travail

Texte de loi

Selon l'article L411-1 du Code de la sécurité sociale, « est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail ». Cette définition a été complétée par la Cour de cassation : « Un

événement soudain et inattendu survenu à l'occasion du travail ou par son fait, entraînant une lésion corporelle, constitue un accident du travail » (Cass. soc., 2 avril 2003, pourvoi n° 00-21768). La Haute Juridiction précise que les lésions peuvent apparaître postérieurement à l'événement, lequel doit pouvoir être daté. L'accident survenu pendant le temps de travail et sur le lieu de travail est présumé professionnel. Seule l'absence totale de lien entre l'activité professionnelle et l'accident empêche ce dernier d'être considéré comme un accident du travail (Cass. soc., 22 février 1996, pourvoi n° 94-10658). En principe, un accident qui se produit en dehors du temps de travail n'a pas un caractère professionnel. Toutefois, le suicide d'un salarié hors de son lieu de travail à la suite de reproches de l'employeur constitue un accident du travail (Cass. soc., 24 janvier 2019, pourvoi n° 17-31382).

Les lésions sont principalement physiques, mais elles peuvent aussi être psychologiques. L'agression du directeur d'une agence bancaire rendant nécessaire un traitement psychologique constitue un accident du travail (Cass. civ., 2e ch., 15 juin 2004, pourvoi n° 02-31194). Le harcèlement

moral, qui implique une répétition des faits, ne peut être considéré comme un accident du travail. Le juge décide librement si l'accident est survenu ou non par le fait ou à l'occasion du travail.

La victime d'un accident du travail doit en informer son employeur au plus tard dans les 24 heures. Celui-ci doit adresser, dans les 48 heures et par tout moyen susceptible de donner date certaine, une déclaration à la CPAM (Caisse primaire d'assurance maladie), qui en avisera l'inspecteur du travail. Cette déclaration peut être effectuée en ligne sur le site www.netentreprises.fr. Un formulaire de la caisse d'assurance maladie, appelé « feuille d'accident », doit être remis au salarié par l'employeur afin de permettre la prise en charge de l'intégralité des soins médicaux. L'employeur ne peut refuser de déclarer l'accident au motif qu'il en contesterait le caractère professionnel. Le médecin traitant doit établir un certificat en deux exemplaires, indiquant l'état de santé du salarié, les suites possibles de cet accident et la durée prévisible de son incapacité de travail. La caisse dispose d'un délai d'un mois pour statuer sur la reconnaissance du caractère professionnel (C. séc. soc., art. R441-07). Elle peut décider dans ce

délai d'engager des investigations et elle dispose alors de 90 jours à compter de la déclaration pour les mener à bien. En l'absence de déclaration par l'employeur, le salarié dispose d'un délai de deux ans pour adresser un recommandé à la CPAM.

L'accident qui n'entraîne pas d'arrêt de travail doit être déclaré. Les grandes entreprises qui disposent de personnel médical peuvent être autorisées à remplacer cette déclaration par son inscription sur un registre spécifique.

L’accident de trajet

L’accident entre le domicile et son lieu de travail par l’itinéraire direct ou le plus rapide constitue un accident de trajet et non de travail. L’accident de trajet est admis en cas de covoiturage régulier d’autres salariés.

Le droit de la sécurité sociale assimile l’accident de trajet à l’accident du travail. La victime d’un accident de trajet percevra donc les mêmes prestations de la caisse d’assurance maladie qu’un accidenté du travail (C. séc. soc., art. L411-2).

En revanche, cette assimilation ne vaut pas en matière de droit du travail. La victime d’un accident de trajet ne bénéficie pas de la protection spécifique contre le licenciement accordée par la loi aux victimes d’accident du travail et de maladie professionnelle (C. trav., art. L1226-7). Elle ne perçoit pas l’indemnité spéciale de licenciement et l’indemnité compensatrice de préavis (Cass. soc., 22 septembre 2016, pourvoi n^{o} 14 – 28869).

La maladie professionnelle

La maladie contractée à cause du travail est qualifiée de professionnelle, mais elle ne produit pas nécessairement ses effets pendant le temps de

travail. Pour faciliter la reconnaissance de leur origine, les maladies professionnelles sont listées dans des tableaux annexés à l'article R461-3 du Code de la sécurité sociale et sont associées au risque professionnel les occasionnant. Leur origine professionnelle est établie lorsque le salarié peut prouver avoir été exposé au risque mentionné sur le tableau correspondant à la maladie. Ce risque peut consister en une exposition à un agent nocif, en une infection microbienne ou bien il peut être lié à l'exécution de certains travaux.

À titre d'exemple, le tableau numéro 57 correspond « aux affections périarticulaires provoquées par certains gestes et postures de travail ». La tendinite, qui est l'une des maladies indiquées dans ce tableau, a une origine professionnelle pour les salariés ayant effectué habituellement des mouvements répétés ou prolongées des tendons fléchisseurs des mains et du poignet. Les atteintes à la santé sont extrêmement nombreuses. Il existe près de 120 tableaux, chacun d'entre eux correspondant à une catégorie de risques particuliers (une exposition à un produit chimique peut se manifester par différentes maladies). Le tableau indique un délai de prise en charge au cours

duquel la maladie doit être déclarée ou au moins constatée après la fin de l'exposition du salarié au risque.

La reconnaissance d'une maladie professionnelle peut intervenir par une décision de la CPAM à la suite d'une expertise individuelle établissant le lien pour une maladie inscrite sur l'un des tableaux, sans que le salarié ait été exposé au risque lui correspondant. La caisse doit recueillir préalablement l'avis du comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles (CRRMP). Le caractère professionnel peut aussi être accordé à une maladie – et notamment les pathologies psychiques telles que le burn out – qui n'est pas inscrite sur l'un des tableaux, si celle-ci a provoqué le décès ou une incapacité permanente de travail de plus de 25 % (C. séc. soc., art. L461-1).

Le salarié atteint d'une maladie professionnelle doit la déclarer dans les 15 jours suivant le début de son arrêt de travail en adressant un imprimé de maladie professionnelle (téléchargeable sur le site ameli.fr) à la CPAM. Celui-ci doit être accompagné de deux exemplaires du certificat médical et de l'attestation de salaire. La CPAM va adresser un double de la déclaration au médecin du travail ainsi

qu'à l'employeur afin que celui-ci puisse éventuellement faire part de ses réserves. La CPAM doit statuer dans un délai de 120 jours francs sur le caractère professionnel ou non de la maladie (C. séc. soc., art. R461-9).

Au moins vingt jours avant de prendre sa décision, la CPAM doit communiquer aux parties le dossier prévu à l'article R441-14. Ces dernières disposent alors d'un délai de dix jours francs pour le consulter et faire connaître leurs observations.

La contestation du caractère professionnel

L'employeur peut contester le caractère professionnel de l'accident ou de la maladie, en émettant des réserves motivées lors de la déclaration ou pendant la procédure d'instruction. Il dispose d'un délai de dix jours à partir de la date de sa déclaration ou de la réception de la déclaration du salarié. Une fois la décision prise par la CPAM, celle-ci peut être contestée dans les deux mois. L'employeur doit tout d'abord saisir la commission de recours amiable (CRA) avant de saisir le Pôle social du tribunal judiciaire.

L'employeur peut également contester devant ce dernier l'imputabilité à l'accident du travail ou à la maladie professionnelle de tout ou partie des soins et arrêts de travail pris en charge ultérieurement par la CPAM (Cass. soc., 4 mai 2016, pourvoi n° 15 – 16895).

L'absence du salarié pour raison de santé

La maladie du salarié, qui l'empêche d'accomplir ses tâches professionnelles, suspend le contrat de travail pendant la durée nécessaire à son rétablissement. La personne malade ne percevra plus son salaire mais des indemnités journalières. À noter que, sous certaines conditions, le salaire peut être maintenu par l'employeur.

La suspension du contrat

Le salarié qui ne peut pas travailler en raison de son état de santé doit transmettre un arrêt de travail à son employeur. Celui-ci aura pour effet de suspendre le contrat, et le salarié sera dispensé de travailler. Le Code du travail ne prévoit pas de délai pour adresser cet arrêt. Celui-ci est donc déterminé

par la convention collective, le contrat de travail ou l'usage. La durée la plus fréquemment usitée est de 48 heures. Elle correspond à la durée prévue pour transmettre ce document à la CPAM (C. séc. soc., art. R321-2). En cas de non-respect de ce délai, la CPAM informe le salarié qu'un nouvel envoi tardif entraînera une réduction de moitié des indemnités journalières servies entre la date de l'arrêt maladie et celle de l'envoi des documents à la caisse d'assurance maladie (excepté en cas d'hospitalisation). Pendant la suspension du contrat de travail, le salarié n'acquiert pas de droits à congés payés mais conserve sa qualité de salarié et demeure électeur et éligible aux élections professionnelles.

Un arrêt de travail dû à une maladie professionnelle ou à un accident du travail permet de capitaliser des congés payés pendant un an.

Les obligations du salarié pendant la suspension

Le salarié dont le contrat est suspendu reste tenu à certaines obligations vis-à-vis de son employeur

ainsi qu'à l'égard de la caisse primaire d'assurance maladie.

Vis-à-vis de son employeur

Le salarié a l'obligation de transmettre à son employeur un arrêt maladie signé par un médecin, afin de justifier son absence et de suspendre le contrat. Le non-respect de cette obligation ne permet pas de considérer le salarié comme démissionnaire, mais peut justifier une sanction. L'envoi de l'arrêt de travail en lettre recommandée permet d'éviter tout litige, seul le salarié pouvant rapporter la preuve de cet envoi. L'employeur ne dispose d'aucun autre moyen pour établir la preuve contraire.

Le salarié ne doit pas travailler pendant la durée de cet arrêt. Il est en revanche tenu de transmettre à son employeur les informations nécessaires à la poursuite de l'activité (code informatique, documents, etc.).

L'obligation de loyauté, qui est maintenue pendant toute la durée de la suspension du contrat, lui interdit de concurrencer son employeur. Toutefois, l'aide à titre bénévole d'un conjoint commerçant ne constitue pas une faute (Cass. soc., 11 juin 2003,

pourvoi n° 02-42818). De même, exercer une activité lucrative pendant un arrêt maladie ne justifie pas un licenciement pour faute grave, dès lors que l'employeur ne subit pas de préjudice (Cass. soc., 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-16649). Dans un arrêt du 16 juin 1998 (pourvoi n° 96-41558), la Cour de cassation a désavoué une cour d'appel ayant validé le licenciement d'un salarié parti en vacances en Yougoslavie pendant la durée de son arrêt. La motivation de cette décision repose sur l'absence de violation des obligations contractuelles.

Vis-à-vis de la CPAM

Le salarié est tenu à certaines obligations à l'égard de la Caisse primaire de sécurité sociale : interdiction d'exercer une activité non autorisée (notamment un travail rémunéré ou non), respect des prescriptions du praticien, respect des heures de sortie (C. séc. soc., art. L323-6). Concernant ces dernières, le médecin traitant doit indiquer sur l'arrêt de travail si les sorties sont autorisées. Si c'est le cas, le salarié doit néanmoins rester à son domicile de 9 heures à 11 heures et de 14 heures à 16 heures (sauf en cas de soins ou d'examen

médicaux). Le médecin a également la possibilité d'autoriser les sorties libres (c'est-à-dire sans aucune restriction), mais il doit alors indiquer sur l'arrêt de travail les raisons médicales qui les justifient. La CPAM peut contrôler le salarié en se rendant inopinément à son domicile ou en le convoquant.

Le salarié absent de son domicile en dehors des heures de sortie et sans autorisation de la CPAM s'expose à une suppression ou à une diminution des indemnités journalières, y compris pour se rendre à un rendez-vous médical (Cass. civ., 2e ch., 17 décembre 2009, pourvoi nº 08-19594), à une restitution des indemnités versées et même à une pénalité financière s'il exerce une activité interdite (C. séc. soc., art. L323-6). L'employeur ne peut invoquer une absence non autorisée du domicile pour motiver un licenciement.

L'indemnisation du salarié

Pendant la durée de son arrêt de travail, le salarié peut percevoir les indemnités journalières versées par la Caisse primaire d'assurance maladie et bénéficier, sous certaines conditions, d'un maintien du salaire. Les garanties accordées aux salariés

différent en fonction de l'origine professionnelle ou non de l'affection. Par ailleurs, l'indemnisation peut être plus favorable en raison de l'application d'une convention collective ou d'un régime de prévoyance souscrit par l'entreprise.

Les indemnités journalières

Elles sont versées par la Sécurité sociale et leur montant correspond à la moitié du gain journalier calculé par référence au salaire des trois derniers mois (soit 1/90^{e} de la somme totale des trois derniers salaires). Une majoration est accordée au salarié ayant au moins trois enfants à charge. Ces indemnités sont versées le quatrième jour, en raison d'une carence de trois jours. Cette dernière ne s'applique pas lorsque le nouvel arrêt est espacé du précédent de moins de 48 heures. Le salarié ne peut percevoir plus de 360 indemnités journalières sur une période de trois ans, sauf s'il est atteint de l'une des maladies de longue durée mentionnées dans l'article D160-4 du Code de la sécurité sociale.

À l'issue d'un arrêt de travail de trois mois, le médecin-conseil de la Sécurité sociale peut demander au médecin du travail d'examiner le salarié afin d'étudier les modalités de reprise du

travail et d'une formation éventuelle (C. séc. soc., art. L323-4-1).

En cas d'accident du travail (ou de maladie professionnelle), le salarié est payé le jour de l'accident par l'employeur, puis bénéficie des indemnités journalières dès le lendemain jusqu'à la reprise du travail ou à la déclaration d'inaptitude. Le montant des indemnités représente 60 % du salaire de référence journalier pendant les 28 premiers jours, puis 80 % au-delà. Le salarié qui ne retrouve pas sa pleine et entière capacité de travail bénéficie, à partir de la consolidation, d'une rente d'invalidité. Celle-ci, calculée selon son incapacité à travailler, lui est versée sous la forme d'un capital si le taux d'incapacité est inférieur à 10 %. Le salarié bénéficie de la prise en charge de l'ensemble de ses frais médicaux, à condition de se faire soigner dans un hôpital public. Il est également dispensé du paiement du forfait journalier en cas d'hospitalisation.

Le maintien du salaire par l'employeur

Le maintien du salaire est possible si le salarié répond à trois conditions (C. trav., art. L1226-1) :

- Avoir au moins un an d'ancienneté au premier jour de l'absence ;
- Avoir justifié de son arrêt dans les 48 heures ;
- Être pris en charge par la Sécurité sociale et soigné en France ou dans un pays de l'Union européenne.

Le maintien du salaire démarre à compter du huitième jour d'absence (le premier jour en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle). Il vient compléter les indemnités servies par la Sécurité sociale. L'indemnisation sera de 90 % du salaire brut pendant les 30 premiers jours, puis des deux tiers pendant les 30 jours suivants. Ces durées de 30 jours sont augmentées de 10 jours par tranche de cinq ans d'ancienneté. Par exemple, un salarié ayant six ans d'ancienneté touchera pendant 40 jours 90 % de son salaire, puis les deux tiers de son salaire pendant les 40 jours suivants. Le salaire pris en compte est la rémunération brute que le salarié aurait perçue s'il avait travaillé. Les primes doivent donc être prises en considération. L'employeur qui maintient le salaire est subrogé dans les droits du salarié et perçoit les indemnités journalières à sa place.

Certaines conventions collectives prévoient une indemnisation plus favorable que celle prévue par le Code du travail. Il faut donc toujours s'en assurer.

La contre-visite

Le versement d'un complément aux indemnités journalières par l'employeur permet à celui-ci de faire pratiquer une contre-visite médicale. Il envoie un médecin qui se rend au domicile du salarié, en principe sans le prévenir, afin de contrôler le bien-fondé de l'arrêt de travail ainsi que sa durée. Ce médecin, soumis au secret professionnel, ne peut révéler d'informations médicales à l'employeur, à l'exception des conclusions de son examen. Le salarié doit informer l'employeur si son lieu de résidence n'est pas son domicile habituel (Cass. soc., 16 mars 2016, pourvoi nº 14-16588). L'absence du salarié de son domicile sans motif légitime ou son refus de subir cette contre-visite permet à l'employeur de ne plus lui verser de complément de salaire. Le salarié peut contester la contre-visite en demandant une expertise judiciaire. Il percevra de nouveau les indemnités complémentaires si l'arrêt de travail est prolongé à la suite de la contre-visite.

Faute inexcusable de l'employeur

Le salarié atteint d'une maladie professionnelle ou victime d'un accident du travail bénéficie d'une rente définitive, qui pourra être majorée si la faute inexcusable de l'employeur est reconnue (C. séc. soc., art. L452-1). Une telle reconnaissance nécessite que l'employeur n'ait pas pris les mesures nécessaires pour éviter ce danger dont il a eu ou aurait dû avoir connaissance (Cass. soc., 28 février 2002, pourvoi nº 00-10051). Une telle faute inexcusable est établie pour un employeur qui s'est affranchi des données médicales sur le stress au travail, qui a surchargé de travail un salarié, lui a fixé des objectifs inatteignables tout en ne prenant aucune mesure pour préserver ses employés d'un tel risque (Cass. soc., 8 novembre 2012, pourvoi nº 11-23855). Elle a également été retenue dans le cas d'un conducteur d'autobus victime d'une agression physique. L'employeur aurait dû avoir conscience du risque puisque quatre agressions en vingt mois avaient été signalées sur la ligne (Cass. civ., 8 octobre 2020, pourvoi nº 18-25021).

Préalablement à l'exercice d'une action en justice, la victime doit demander à la CPAM d'organiser une procédure de conciliation. Si cette tentative n'aboutit pas, le Pôle social du tribunal judiciaire peut être saisi. La majoration de la rente sera répercutée par la CPAM sur le taux de cotisation d'accident du travail. Le salarié peut aussi percevoir une indemnité afin de réparer la perte de son emploi occasionnée par cette faute (Cass. soc., 17 mai 2006, pourvoi n° 04-47455). La même solution a été retenue en cas d'accident du travail (Cass. soc., 14 avril 2010, pourvoi n° 09-40357).

L'article L452-3 du Code de la sécurité sociale prévoit enfin la réparation d'un certain nombre de préjudices, dont celui consécutif à la diminution de l'espoir de promotion professionnelle (Cass. civ., 2e ch., 20 septembre 2005, pourvoi n° 04-30278). Or, dans un autre arrêt, la Cour de cassation avait refusé à une victime la réparation de son préjudice sexuel et de celui résultant de son handicap dans la vie courante faute d'être indiqués dans l'article précité. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité quant à la conformité de ce texte à la Constitution, a considéré, dans une décision du 18 juin 2010, que

cette limitation portait atteinte au droit des accidentés du travail d'obtenir réparation de tous leurs préjudices.

Le licenciement pendant la période de suspension du contrat

La maladie ne constitue pas un motif de licenciement. Une telle mesure prononcée en raison de l'état de santé du salarié serait discriminatoire et donc nulle (C. trav., art. L1132-1). Toutefois, la période de suspension du contrat de travail n'empêche pas le licenciement pour un autre motif. L'arrêt de travail ne peut pas être utilisé par un salarié pour éviter son licenciement pour une cause autre que la maladie (comme une faute ou un motif économique). D'ailleurs, l'envoi d'un arrêt de travail à la suite de la réception d'une convocation à un entretien préalable au licenciement n'oblige pas l'employeur à reporter celui-ci. En revanche, l'envoi d'une convocation à un salarié en arrêt maladie nécessite de tenir compte de ses heures de sortie pour lui permettre d'y assister.

En cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, le salarié bénéficie d'une protection contre le licenciement (C. trav., art. L1226-9). Cependant, l'employeur peut le licencier en cas de faute grave ou pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie et empêchant le maintien du contrat. L'hypothèse d'un tel licenciement est surtout théorique. L'employeur prend en effet le risque de voir un tel licenciement annulé si le juge requalifie la faute grave

(rarement commise par un salarié en arrêt maladie) en cause réelle et sérieuse. Par ailleurs, un motif économique de licenciement ne suffit pas à établir l'impossibilité de maintenir le contrat de travail de la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Enfin, la possibilité de licencier un salarié dont l'absence perturbe le fonctionnement de l'entreprise est soumise à des conditions très strictes (voir chapitre 15).

La visite de reprise

Le salarié dont l'arrêt de travail (qu'il soit d'origine professionnelle ou non) a duré au moins 30 jours doit passer une visite médicale de reprise auprès du médecin du travail. En cas de maladie professionnelle, la visite est obligatoire quelle que soit la durée de l'arrêt.

Le classement en invalidité par la Sécurité sociale ne dispense pas de cette visite. Seul ce médecin peut pratiquer l'examen et vérifier l'aptitude du salarié à reprendre son poste. La délivrance d'un nouvel arrêt de travail à la suite de la déclaration d'inaptitude n'ouvre pas une nouvelle période de suspension (Cass. soc., 9 juin 2010, pourvoi nº 09-40553).

L'examen doit avoir lieu au plus tard dans les huit jours qui suivent la reprise du travail. L'employeur, qui doit prendre l'initiative de cette visite, a intérêt à la programmer le plus tôt possible. Par exemple, tant que la visite de reprise n'a pas eu lieu, l'abandon de poste ne justifie pas un licenciement même si le salarié a repris temporairement son poste (Cass. soc., 13 février 2019, pourvoi n° 17-17492). La déclaration d'aptitude du salarié met fin à la période de suspension du contrat de travail (Cass. soc., 7 juin 1995, pourvoi n° 92-41810).

Cet examen ne doit pas être confondu avec la visite de préreprise – à l'initiative du salarié ou de son médecin traitant –, qui a pour objectif de faciliter la recherche de mesures adaptées lorsqu'une modification de l'aptitude du salarié est prévisible (C. trav., art. R4624-30).

La visite de reprise peut aboutir à deux situations :

- **Le salarié est déclaré apte et doit retrouver son emploi ou, s'il n'existe plus, un emploi équivalent et une rémunération au moins identique** (C. trav., art. L1226-8) ;
- **L'inaptitude est prononcée après au moins un examen.** Au préalable, une étude du poste du

salarié a été réalisée et le médecin du travail a constaté l'absence de mesures d'aménagement ou de transformation du poste. Cet avis doit être accompagné de conclusions et d'indications pour faciliter le reclassement du salarié (C. trav., art. L4624-4).

En pratique, lorsque le salarié est apte à reprendre ses fonctions, le médecin du travail lui remet une attestation de suivi ou un avis d'aptitude s'il est soumis à une surveillance médicale renforcée. Ces documents peuvent être accompagnés d'une annexe comportant des préconisations d'aménagement pour son poste. Si l'employeur ne peut pas respecter ces dernières, il doit demander au médecin de modifier cet avis.

En cas de refus, l'employeur (ou le salarié) peut exercer un recours contre l'avis du médecin du travail pour contester les éléments de nature médicale. Cela nécessite de saisir le conseil de prud'hommes selon la procédure accélérée au fond (C. trav., art. L4624-7) dans un délai de 15 jours à compter de la notification de l'avis d'aptitude ou d'inaptitude. Le demandeur doit en informer le médecin du travail qui n'interviendra pas dans cette procédure. Comme les conseillers

prud'homaux ne sont pas médecins, ceux-ci peuvent confier une mesure d'instruction au médecin inspecteur du travail, lequel peut également se faire assister. La décision du conseil de prud'hommes se substitue à l'avis contesté (C. trav., art. L4624-7).

L'obligation de rechercher un reclassement

Depuis 2017, l'employeur est dispensé d'une recherche de reclassement, lorsque l'avis du médecin du travail comporte l'une des mentions suivantes : « tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé » ; « l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi ». En l'absence de ces mentions, l'employeur est toujours tenu de rechercher un reclassement au salarié déclaré inapte, même si les restrictions ou les recommandations du médecin du travail rendent vaine cette recherche ou si l'état de santé du salarié l'empêche d'exercer une quelconque activité. Le poste doit être aussi proche que possible du précédent et compatible avec l'état de santé. L'employeur doit soumettre au médecin du travail

les éventuelles propositions de poste formulées au salarié.

En l'absence de poste à proposer, il doit interroger le médecin du travail sur la possibilité de mettre en œuvre certaines mesures prévues par le Code du travail : mutation, aménagements, adaptation ou transformation de postes existants, aménagement du temps de travail (C. trav., art. L1226-2 et L1226-10). L'employeur qui ne demande pas au médecin du travail des précisions sur les possibilités d'aménagement ou d'adaptation d'un poste ne procède pas à une recherche sérieuse de reclassement (Cass. soc., 10 juillet 2019, pourvoi n° 18-15081). Pour démontrer qu'il a effectué une recherche de reclassement, l'employeur peut par exemple invoquer un courriel adressé au médecin du travail, dans lequel il l'interroge sur une proposition de poste, peu importe que le salarié n'ait pas été informé de cette démarche (Cass. soc., 6 janvier 2021, pourvoi n°19-15384).

L'inaptitude physique ne constitue pas un motif de licenciement et son énonciation dans la lettre de licenciement sans mentionner l'impossibilité de reclassement ne constitue pas un motif de rupture du contrat (Cass. soc., 26 septembre 2012, pourvoi

n° 11-14989). La déclaration d'inaptitude oblige l'employeur à rechercher un reclassement pour le salarié sur un poste aussi proche que possible du précédent et compatible avec son état de santé. Pour rechercher ce poste, l'employeur doit tenir compte des recommandations du médecin du travail. En l'absence de propositions, l'employeur doit solliciter le praticien. De même, le classement du salarié en invalidité par la Sécurité sociale ne dispense pas de cette recherche (Cass. soc., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-41 318).

Le reclassement doit être recherché dans tous les établissements de l'entreprise et même dans l'ensemble du groupe sur le territoire national. Pour effectuer cette recherche, l'employeur doit envisager de procéder à des mutations, des transformations de poste ou à un aménagement du temps de travail. Cela implique toutefois que les postes soient disponibles et qu'une modification du contrat de travail ne soit pas imposée à un autre salarié (Cass. soc., 8 février 2017, pourvoi n° 15 – 22992). L'employeur doit même proposer un contrat à durée déterminée au salarié, lorsqu'un poste en CDD est à pourvoir (Cass. soc., 10 février 2016, pourvoi n° 14-16156). La recherche

ne peut se limiter à un panel de sociétés mais doit concerner l'ensemble des entreprises du groupe ; l'employeur doit attendre leurs réponses (Cass. soc., 21 décembre 2012, pourvoi n° 11-18293) ou tout au moins doit leur laisser le temps nécessaire pour répondre aux courriers (Cass. soc., 21 octobre 2014, pourvoi n° 13-15467). Il ne peut se limiter à l'envoi d'une lettre impersonnelle et générale, ne donnant aucune précision sur les aptitudes, les qualifications et l'ancienneté du salarié (Cass. soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-14610).

L'employeur dispose d'un délai d'un mois à compter de la constatation de l'inaptitude par le médecin du travail pour reclasser ou licencier le salarié. À l'issue de ce délai, l'employeur doit reprendre le paiement du salaire.

L'employeur n'est pas tenu d'aboutir au reclassement, mais il devra démontrer avoir tout mis en œuvre pour essayer d'y parvenir. Il est réputé avoir accompli son obligation de reclassement lorsqu'il propose un emploi le plus équivalent possible à celui précédemment occupé par le salarié.

Les spécificités de la procédure de reclassement et de licenciement

Attention, certaines règles spécifiques s'appliquent lorsque la recherche de reclassement est consécutive à une inaptitude d'origine professionnelle ou non. L'employeur doit impérativement convoquer les élus du personnel pour les consulter sur les possibilités de reclassement. Cette consultation, obligatoire même si aucune proposition n'est faite au salarié (Cass. soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-16488), doit intervenir avant de proposer à ce dernier un reclassement ou d'initier la procédure de licenciement. Le non respect de cette obligation est sanctionné par la réintégration du salarié ou, si celui-ci la refuse, par le versement d'une indemnité qui ne peut être inférieure à 6 mois de salaire (elle n'est due que si l'inaptitude est d'origine professionnelle).

L'absence de représentants du personnel dans l'entreprise dispense de cette consultation, à condition qu'un procès-verbal de carence ait été établi faute de candidats à l'élection professionnelle ou, bien évidemment, si l'effectif de l'entreprise n'exige pas une telle élection. Pour pouvoir donner leur avis, les élus du personnel doivent recevoir une information en même temps que la convocation.

Le médecin du travail doit également donner son avis sur l'aptitude du salarié à bénéficier d'une formation qui permettrait de lui offrir un poste adapté. Le non-respect de cette obligation est sanctionné d'une indemnité de 12 mois de salaires versée au salarié.

Avant d'initier la procédure de licenciement, l'employeur doit informer le salarié des motifs empêchant de le reclasser. Cette information n'est pas anodine, car des indications insuffisantes ou maladroites pourront se retourner contre l'employeur en cas de contestation du reclassement et du licenciement.

La consultation des membres du CSE et la notification des motifs qui s'opposent au reclassement sont sans objet lorsque l'employeur est dispensé de recherche de reclassement.

Le licenciement d'un salarié non reclassable

Le licenciement pourra être prononcé en cas d'impossibilité de proposer un reclassement au salarié. En cas de contestation de ce licenciement, l'employeur devra établir cette impossibilité. Le refus par le salarié des postes proposés par l'employeur ne démontre pas le respect de cette

obligation par ce dernier (Cass. soc., 11 juillet 2012, pourvoi nº 11-17689). Le juge appréciera les démarches accomplies et les mesures envisagées pour offrir des reclassements au salarié. Ce dernier peut refuser le reclassement proposé par l'employeur si le nouveau poste entraîne une modification de son contrat de travail. L'employeur doit alors lui soumettre un autre poste, ou bien le licencier s'il est impossible de lui faire d'autres propositions. La simple mention d'une recherche de reclassement dans la convocation à l'entretien préalable de licenciement ne correspond pas à une proposition sérieuse de reclassement (Cass. soc., 7 janvier 2015, pourvoi nº 13-13793).

Prenons l'exemple d'un ouvrier travaillant à la chaîne, déclaré inapte à son poste car certains mouvements lui sont interdits. Le seul poste dans l'entreprise qu'il pourrait occuper est un emploi de gardien actuellement disponible. L'obligation de reclassement implique en premier lieu de rechercher la possibilité d'aménager un poste sur cette chaîne qui ne l'obligerait plus à accomplir ces mouvements. Si cela se révèle impossible, l'employeur doit lui proposer dans un second temps le poste de gardien. Cette recherche

nécessite d'interroger le médecin du travail sur les possibilités d'aménagement de poste.

En cas de contestation par le salarié de la compatibilité du poste proposé avec son état de santé, l'employeur n'est pas tenu de saisir de nouveau le médecin du travail (Cass. soc., 27 mars 2019, pourvoi n° 17-27986). Lorsque le salarié conteste les efforts mis en œuvre par son ancien employeur, celui-ci doit apporter la preuve des recherches de reclassement et de l'impossibilité de reclasser le salarié. Dans un arrêt du 30 avril 2009 (pourvoi n° 07-43219), la Cour de cassation a ainsi estimé que la brièveté du délai de trois jours entre la constatation de l'inaptitude et la consultation des délégués du personnel démontrait à elle seule l'absence de recherche sérieuse de reclassement.

Le licenciement peut être abusif lorsque l'inaptitude est consécutive à une faute de l'employeur, celui-ci n'ayant par exemple pas pris toutes les mesures pour respecter les préconisations du médecin du travail (Cass. soc., 17 octobre 2012, pourvoi n° 11-18648). Lorsque l'inaptitude trouve son origine dans un état dépressif réactionnel aux agissements de

harcèlement moral, le licenciement est nul (Cass. soc., 13 février 2013, pourvoi nº 12-26380).

Les suites du licenciement d'un salarié non reclassable

Seule l'impossibilité de reclasser le salarié permet d'envisager son licenciement. La procédure à suivre pour aboutir à cette rupture est identique à celle du licenciement pour motif personnel décrite au chapitre 15. Les motifs du licenciement ne seront pas l'inaptitude en elle-même, mais l'impossibilité de reclasser la personne. La jurisprudence est toutefois très stricte vis-à-vis des entreprises. Il arrive qu'en dépit de plusieurs propositions de reclassement refusées par le salarié, l'employeur soit quand même condamné.

Le préavis

Excepté en cas de faute grave, le licenciement ouvre une période de préavis. Lorsque l'inaptitude résulte d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, l'indemnité compensatrice de préavis est due au salarié même si le préavis ne peut être exécuté. En revanche, lorsque le

licenciement est prononcé en raison d'une inaptitude d'origine non professionnelle, le contrat de travail est rompu à la date de notification du licenciement. Le préavis n'est donc ni exécuté ni payé.

Il serait tentant pour un employeur ne souhaitant pas payer un salarié à ne rien faire de lui demander d'exécuter des tâches à sa mesure. Or, une telle activité pourrait faire douter de l'impossibilité de reclassement.

L'indemnité de licenciement

Le salarié licencié en raison de l'impossibilité de le reclasser perçoit une indemnité de licenciement. Son montant diffère selon l'origine de l'inaptitude. L'indemnité versée au salarié en cas d'inaptitude d'origine non professionnelle est celle prévue par la loi (ou la convention collective). Elle sera d'un quart de mois par année d'ancienneté pour les dix premières années. Au-delà, elle sera d'un tiers de mois par année d'ancienneté. Lorsque l'inaptitude a une origine professionnelle, cette indemnité est doublée, le quart de mois devenant la moitié et le tiers de mois devenant deux tiers. Ainsi, un salarié

ayant 20 ans d'ancienneté percevra 11,7 mois de salaires.

L'indemnité versée au salarié est soit l'indemnité spéciale de licenciement (qui correspond au double de celle prévue par la loi), soit celle de la convention collective si elle est supérieure.

Si l'employeur établit que le refus de reclassement par le salarié est abusif, les indemnités de préavis et de licenciement ne sont pas dues (C. trav., art. L1226-14). Toutefois, il faut pour cela que le poste proposé soit comparable à celui précédemment occupé et adapté aux capacités du salarié. De plus, la proposition ne doit pas entraîner la modification du contrat de travail (Cass. soc., 12 janvier 2005, pourvoi nº 02-44 643).

DANS CE CHAPITRE

Le contrôle des salariés

•

L'usage des TIC à des fins personnelles

•

La sanction d'un usage abusif

•

Le rôle de la CNIL

Chapitre 11
Droit du travail et nouvelles technologies

Outil de contrôle mais également outil de travail, les nouvelles technologies sont omniprésentes dans l'entreprise : dans les bureaux, de nombreux salariés disposent d'un ordinateur connecté à Internet ; une badgeuse peut contrôler l'accès à un atelier ou un entrepôt ; un système de vidéosurveillance peut enregistrer l'activité du

personnel, etc. Même en dehors de l'entreprise, les déplacements des salariés sont susceptibles d'être surveillés par un système de géolocalisation, qui permet de connaître leurs moindres faits et gestes. Ce qui ne va pas sans poser problème.

En effet, la généralisation de l'informatique et des nouvelles technologies a estompé la frontière entre vie professionnelle et vie privée. Ainsi peut-il s'avérer tentant de se servir de l'ordinateur du bureau à des fins personnelles pendant les heures de travail… À l'inverse, un ordinateur portable et une connexion internet sans fil permettent de travailler et de communiquer de n'importe quel endroit. Par conséquent, de tels outils peuvent être potentiellement utilisés en dehors du temps et du lieu de travail à des fins professionnelles.

Malgré la large diffusion des outils informatiques au sein des sociétés, seuls quelques articles – parmi la dizaine de milliers présents dans le Code du travai – concernent directement les technologies de l'information et de la communication (TIC). La jurisprudence dispose donc d'une grande latitude pour trancher les litiges impliquant ces dernières. Par ailleurs, comme nous vous l'avons expliqué dans le chapitre 1, le droit du travail est au

carrefour des autres droits. Il interagit notamment avec celui des nouvelles technologies qui est devenu aujourd'hui une branche du droit à part entière.

Le cadre juridique des nouvelles technologies dans l'entreprise

Les règles applicables

La loi informatique et liberté de 1978 a réglementé l'usage des nouvelles technologies. Le droit de l'Union européenne est venu en renfort de notre législation nationale avec l'entrée en vigueur le 25 mai 2018 du règlement général sur la protection des données (RGPD). Ce dernier a pour objet d'harmoniser la réglementation entre les États membres de l'UE dans le domaine des données à caractère personnel. Au chapitre 1, nous vous avons expliqué qu'un règlement de l'Union Européenne est d'applicabilité directe. Il s'applique donc sans avoir à être transposé dans le droit français. Pour autant, ce règlement a laissé aux États membres le soin de transposer certaines de ses dispositions dans le droit national. Le

législateur a donc décidé de conserver la loi Informatique et libertés de 1978 tout en la complétant par une loi du 25 juin 2018, afin de la mettre en conformité avec le RGPD.

Cette réforme est importante car elle accroît la responsabilité des entreprises, renforce les droits des salariés et permet une meilleure coopération entre autorités protectrices des données de l'UE. Dans le cadre de leur gestion au quotidien des ressources humaines (collecte, stockage et traitement des données personnelles de leurs collaborateurs), toutes les entreprises sont concernées par le RGPD.

Ce dernier a pour principale particularité de passer d'un système de formalités préalables à une logique de conformité. En d'autres termes, les entreprises doivent être en mesure de prouver la conformité des traitements réalisés. Bien évidemment, la gestion des données personnelles de leurs clients et de leurs fournisseurs est également impactée par le RGPD.

Pour tout savoir sur cette réforme d'ampleur, consultez le dossier publié par la CNIL : www.cnil.fr/fr/comprendre-le-reglement-europeen.

Le rôle de la CNIL

La loi Informatique et Libertés de 1978 a créé la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Celle-ci a pour mission d'éviter que le développement de l'informatique ne nuise à la vie privée. Ses fonctions essentielles sont l'information des particuliers et des entreprises sur leurs droits et leurs devoirs. Il s'agit d'une autorité administrative indépendante, qui a un pouvoir de sanction lui permettant d'adresser des mises en demeure ainsi que des avertissements. Elle peut également transmettre les dossiers au procureur de la République. La loi dite « Pour une République numérique » du 7 octobre 2016 a renforcé les pouvoirs de sanction de la CNIL (le montant d'une amende pouvant atteindre 3 millions d'euros). La CNIL émet par ailleurs des recommandations qui n'ont pas force de loi, mais celles-ci sont très souvent suivies par les juges.

Les normes simplifiées de la CNIL n'ayant plus de valeur juridique depuis l'entrée en vigueur du RGPD, la CNIL a adopté le 21 novembre 2019 un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre aux fins de gestion du personnel. Publié le 15 avril 2020, il a

pour objectif d'aider les entreprises à se mettre en conformité dans ce domaine (www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/referentiel_grh_novembre_2019_0.pdf). Le comité social et économique doit être informé préalablement à l'introduction ou à la modification des traitements automatisés des données de gestion du personnel (C. trav., L2312-38).

Avant la mise en place du RGPD, les informations collectées par un système de traitement automatisé des données qui n'avait pas fait l'objet d'une déclaration à la CNIL ne pouvait valablement servir de moyen de preuve (Cass. soc., 8 octobre 2014, pourvoi n° 13-14991). La Cour de cassation a néanmoins modifié sa jurisprudence en considérant qu'en l'absence d'une telle déclaration, le juge devait apprécier si cette utilisation avait porté atteinte aux caractères équitables de la procédure en confrontant le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve.

Le traitement de données à caractère personnel

Cette notion recouvre toutes les collectes, les enregistrements ou les rapprochements utilisant des moyens automatiques (ce qui est très large). Les informations nominatives sont celles qui permettent d'identifier les personnes physiques. Le recueil des adresses IP constitue un traitement de données à caractère personnel (Cass. Soc., 25 novembre 2020, pourvoi n° 17-19523).

Les entreprises sont tenues de respecter un certain nombre de principes dans la collecte et le traitement des données à caractère personnel de leurs salariés pour le recrutement, la paie ainsi que la gestion des carrières. Ces données doivent être traitées en respectant la finalité annoncée. Leur conservation ne doit pas excéder le temps nécessaire compte tenu de la finalité de ce traitement, lequel ne doit pas révéler certaines caractéristiques personnelles du salarié, notamment l'origine, la religion ou l'appartenance syndicale. Certains traitements considérés à risque doivent donner lieu à une étude d'impact. Les entreprises comptant plus de 250 salariés ou celles traitant des données susceptibles de comporter un risque pour les droits ou les libertés doivent tenir

un registre des activités de traitement (article 30 du RGPD).

Le délégué à la protection des données

Certaines entreprises ont l'obligation de désigner un délégué à la protection des données (DPD – en anglais DPO : « data protection officer »), lorsqu'elles traitent de très nombreuses données sensibles ou lorsque leurs activités de base exigent un suivi régulier et systématique à grande échelle des personnes concernées par ce traitement. L'énoncé de cette condition n'est pas clair. Un document publié sur le site de la CNIL vous aidera à déterminer si votre entreprise est tenue ou non à cette obligation. La désignation du DPD peut être faite en ligne sur le site de la CNIL. Il peut s'agir d'une personne interne ou externe à la société. Son rôle est de conseiller l'employeur et de veiller à la conformité du RGPD. Le DPD a donc une mission d'information, de conseil et de contrôle. L'entreprise ne peut lui transférer sa responsabilité si elle ne respecte pas la réglementation. Seul le responsable du traitement des données sera

incriminé en cas de non-respect de la réglementation par l'entreprise.

L'utilisation des nouvelles technologies à des fins personnelles

Il est tout à fait possible, au sein d'une entreprise, d'utiliser les nouvelles technologies à des fins personnelles. Seule condition : demeurer dans les limites du raisonnable.

Il est interdit d'interdire… un usage raisonnable

Le salarié étant présent dans l'entreprise pour accomplir son travail, il semblerait logique de pouvoir interdire purement et simplement l'usage d'Internet et de l'ordinateur professionnel à des fins personnelles. En fait, le problème est plus complexe, la présence des salariés dans l'entreprise ne se limitant pas au seul temps de travail. Ce dernier désigne le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur. Or, le salarié n'est pas toujours occupé pendant le temps de

travail. Par conséquent, si l'usage des outils informatiques à des fins personnelles ne perturbe pas le travail, il n'y a aucune raison de l'interdire. Cet usage est d'ailleurs implicitement autorisé par la jurisprudence.

Dans un arrêt du 2 octobre 2001 (pourvoi nº 99-42942), dit arrêt Nikon, la Cour de cassation a ainsi décidé que « l'employeur ne peut pas consulter les messages personnels du salarié grâce à un outil informatique professionnel même si son utilisation à des fins personnelles a été interdite ». Selon la CNIL, une interdiction absolue serait à la fois irréaliste et disproportionnée. Or, une telle mesure doit être proportionnée au but recherché et justifiée par la nature de la tâche à accomplir (C. trav., art. L1121-1). Seule l'existence d'un risque, en raison de conditions particulières de travail, justifierait une interdiction. Au final, l'usage des outils informatiques à des fins personnelles doit rester raisonnable et l'employeur pourra sanctionner tout abus.

À savoir

Nouvelles technologies : un moyen de communication dans l'entreprise

Les entreprises dotées d'un intranet doivent mettre à la disposition des salariés la convention collective applicable (C. trav., art. R2262-1). La diffusion de tracts et de publications syndicales par le biais de la messagerie électronique mise à disposition par l'employeur est soumise à l'autorisation de ce dernier ou à la conclusion d'un accord d'entreprise (C. trav., art. L2142-6). En l'absence d'un tel accord, l'envoi d'un message syndical aux seuls responsables d'agences d'une banque ne constitue pas, par exemple, une diffusion au sens de l'article L2142-6 du Code du travail (Cass. soc., 10 janvier 2012, pourvoi n°10-18558). En l'absence d'accord collectif, les organisations syndicales présentes dans l'entreprise peuvent diffuser des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de la société lorsqu'il en existe un. L'envoi d'un tract syndical à tous les salariés ne peut être assimilé à un courrier protégé par le secret de la correspondance. L'accord peut limiter les informations transmises à celles ayant un lien avec la situation sociale dans l'entreprise. Un syndicat ne peut communiquer sur son site internet des informations confidentielles, dont la divulgation serait de nature à nuire aux intérêts légitimes de l'entreprise (Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-

18907).

L'employeur peut organiser les élections professionnelles au moyen d'un vote électronique, ce qui facilite leur déroulement lorsque les salariés sont répartis entre plusieurs sites ou sont itinérants. Ce vote peut être organisé par un prestataire externe. Celui-ci doit alors respecter des prescriptions visant à garantir la sécurité et la confidentialité du vote (C. trav., art. R2314-5 à R2314-18). Cette question est traitée au chapitre 24 consacré aux élections professionnelles.

L'interdiction d'un usage abusif

L'utilisation abusive des outils informatiques peut être non seulement interdite, mais également sanctionnée. La contestation de la sanction (un licenciement la plupart du temps) donne l'occasion au juge de décider si l'usage est abusif ou non. Avant le développement d'Internet et des nouvelles technologies, l'utilisation du téléphone professionnel à des fins personnelles avait donné

lieu à des décisions sanctionnant un usage abusif par un licenciement.

En ce qui concerne les nouvelles technologies, l'abus n'est plus seulement quantitatif (la durée d'utilisation), il est aussi qualitatif (sites consultés ou objet des messages). Constituent une faute grave :

- L'envoi d'un courriel contenant des propos antisémites à partir de la messagerie professionnelle, permettant ainsi d'identifier l'employeur ;
- La consultation d'un site sadomasochiste pendant le temps de travail et le stockage de photos pornographiques (Grenoble, 10 novembre 2003, RG nº 00/4739, Bianchin c/ Sté Schneider Electric) ;
- La consultation de sites pédophiles constitutive du délit prévu par l'article 227-23 du Code pénal, dont l'employeur pourrait être pénalement responsable (Aix-en-Provence, 17 octobre 2002) ;
- L'utilisation de la connexion internet de l'entreprise pendant plus de 41 heures pendant

un mois à des fins personnelles (Cass. soc., 18 mars 2009, pourvoi nº 07-44247) ;

- L'usage d'un ordinateur et de la connexion internet professionnels pour visiter des sites pornographiques. Il s'agit d'un abus de confiance. L'utilisation de l'adresse électronique de l'employeur porte atteinte à son image et justifie la condamnation du salarié à lui payer 20000 euros de dommages-intérêts (Cass. crim., 19 mai 2004, pourvoi nº 03-83953).

Constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement :

- La connexion pendant plusieurs mois d'affilée à des sites internet pornographiques au mépris de la charte informatique de l'entreprise, la durée de consultation mensuelle variant entre 7 et 15 heures (Versailles, 22 janvier 2009, RG nº 08/605) ;
- La diffusion d'un courriel portant atteinte à l'image de marque de son employeur (Versailles, 13 novembre 2002, RG nº 01/2599) ;

- Le stockage de photos pornographiques dans l'espace réservé aux salariés en dépit de son interdiction par le règlement intérieur (Besançon, 21 septembre 2004, RG nº 03/1807) ;
- Le téléchargement de 70 films et 462 photos (Rouen, 26 avril 2018, RG nº 16/04559) ;
- Des connexions longues et fréquentes sur des sites internet sans rapport avec une activité professionnelle. Le salarié n'établissait pas l'existence d'une tolérance vis-à-vis des autres salariés et encore moins dans les proportions constatées (Rouen, 14 février 2020, RG nº 17/02854) ;
- L'envoi de messages contenant des éléments pornographiques à des clients de l'entreprise, le salarié prétendant avoir souhaité améliorer ses relations avec eux (Cass. soc., 22 octobre 2008, pourvoi nº 07-42654).

Ne justifient pas un licenciement :

- L'envoi, à des collègues de travail, d'un message insultant et diffamatoire à l'égard de la direction. Cela n'a pas été jugé abusif et constitutif d'une faute grave, ce message à la

nature d'une correspondance privée n'ayant pas eu d'effet sur la prestation du salarié ;

- La conservation sur son ordinateur de photos pornographiques sans caractère délictueux, si aucun usage abusif n'est constaté (Cass. soc., 8 décembre 2009, pourvoi nº 08-42097).

Pour éviter tout risque de contestation de la sanction infligée en cas d'usage abusif, les ordinateurs doivent être sécurisés par l'attribution et la non divulgation d'un code d'accès. À défaut, le salarié pourra – de bonne ou de mauvaise foi – contester sa responsabilité dans le comportement qui lui est reproché (Nîmes, 26 juillet 2016, RG nº 15/04114).

Nouvelles technologies et contrôle des salariés

Les nouvelles technologies présentent deux facettes dans le monde du travail. L'employeur y a recours pour contrôler les salariés (la vidéosurveillance permettant par exemple de suivre en temps réel l'activité de ces derniers), et ce sont également des outils de travail dont l'usage par les employés doit être encadré.

Contrôle de l’usage des outils informatiques

L’employeur doit contrôler les salariés, afin de s’assurer qu’ils utilisent les nouvelles technologies à bon escient. Toutefois, ce contrôle – limité par le respect de la vie privée – nécessite de les informer ainsi que de consulter le comité social et économique dans les entreprises d’au moins cinquante salariés (C. trav., art. L2312-8).

La décision de l’employeur de recourir à un dispositif de géolocalisation justifie la désignation d’un expert par les représentants du personnel (Cass. soc., 25 janvier 2016, pourvoi nº 14-17227).

En vertu de l’article L2315-94 du Code du travail, le comité social et économique peut faire appel à un expert en cas d’introduction de nouvelles technologies ou de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail.

Un droit et presque un devoir pour l’employeur

L’employeur est en droit de contrôler et de surveiller ses salariés, et c’est même dans son

intérêt, car il est susceptible d'endosser la responsabilité de leurs méfaits. La responsabilité d'un employeur a ainsi été retenue en raison de détournement de fonds commis par une salariée avec les moyens informatiques de l'entreprise pendant le temps de travail (Cass. soc., 19 juin 2003, pourvoi nº 00-22626). À noter que l'employeur pourra ensuite se retourner contre le salarié.

Les technologies numériques permettent de tout contrôler ou presque, à condition d'y mettre les moyens nécessaires. Le problème est de limiter ce contrôle pour le concilier avec le respect de la vie privée et de la liberté individuelle du salarié. Il doit donc être assorti de garde-fous.

Nous avons étudié, dans le chapitre 6 consacré à la durée du travail, le droit à la déconnexion des salariés en dehors de leurs heures de travail (C. trav., art. L2242-17).

Un contrôle limité

Le respect de la vie privée prévu par l'article 9 du Code civil existe même sur le lieu de travail. L'existence de ce droit interdit par exemple à l'employeur de mettre le salarié sous surveillance à

son insu (Cass. soc., 16 décembre 2008, pourvoi nº 07-43993), tous les moyens de contrôle devant être portés à sa connaissance. Cela concerne également les enregistrements d'un système de vidéo-surveillance installé sur le site d'une société cliente qui permet le contrôle de l'activité des salariés (Cass. soc., 10 janvier 2012, pourvoi nº 10-23482). En cas de litige, l'employeur doit apporter la preuve de cette information. À noter qu'aucune disposition du Code du travail ne prévoit de moyen pour procéder à cette information. Autre impératif, le comité social et économique doit être informé et consulté préalablement à l'utilisation de techniques permettant de contrôler l'activité des salariés. Il convient donc de distinguer ce qui relève du domaine professionnel et ce qui appartient à la vie privée. Le juge devra notamment apprécier le rapport de proportion entre les moyens utilisés et les impératifs de sécurité.

La distinction entre données personnelles et données professionnelles

Les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur

sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les identifie comme personnels. Il en va de même pour les courriels envoyés par un salarié à partir de sa messagerie professionnelle (Cass. soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-14022) et les fichiers contenus sur une clé USB (Cass. soc., 12 février 2013, pourvoi n° 11-28649). L'utilisation de l'appellation « Mes documents » ne donne pas un caractère personnel à ceux-ci (Cass. soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-13884). Le salarié a donc tout intérêt à recourir à une messagerie personnelle pour l'envoi de ses courriels privés. De même, les connexions établies pendant le temps de travail *via* l'outil informatique de l'entreprise sont présumées professionnelles. L'employeur peut donc rechercher et contrôler les sites consultés par le salarié, y compris ceux enregistrés dans une liste de favoris (Cass. soc., 9 février 2010, pourvoi n° 08-45253). Par ailleurs, le salarié ne peut verrouiller l'accès à son ordinateur *via* un logiciel de chiffrement (Cass. soc., 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-48025).

Lorsque des fichiers sont identifiés comme personnels, l'employeur ne peut y accéder à l'insu du salarié, à moins que ne survienne un événement particulier (un simple incident de sécurité n'étant

pas suffisant – Cass. soc., 17 mai 2005, pourvoi nº 03-40017). En revanche, il peut consulter un e-mail personnel transmis par erreur par le salarié (Cass. soc., 2 février 2011, pourvoi nº 09-72313). Sauf s'ils sont identifiés comme personnels, les SMS envoyés ou reçus avec le téléphone de l'entreprise sont présumés avoir un caractère professionnel. L'employeur est en droit de les consulter en l'absence du salarié (Cass. soc., 10 février 2015, pourvoi nº 13-14779).

Même si leur contenu a un caractère professionnel, des courriels envoyés sur la messagerie personnelle d'un salarié (peu important que celle-ci fût mise à sa disposition par l'employeur) ne sont pas recevables comme mode de preuve d'actes de concurrence déloyale (Cass. com., 16 avril 2013, pourvoi nº 12-15657).

L'employeur n'a pas le droit d'accéder au compte Facebook d'un salarié ou de lire ses messages à partir de son ordinateur professionnel, même si les mots de passe du compte y sont enregistrés (Caen, 27 janvier 2017, RG nº 15/04417). Cette consultation est même susceptible de constituer un délit de violation de la correspondance privée (C. pén, art 226-15).

La confidentialité des messages personnels pouvant être violée par l'employeur ou l'administrateur réseau de l'entreprise, le salarié n'a pas intérêt à recevoir de courriels personnels sur sa messagerie professionnelle. En revanche, les messages électroniques échangés au moyen d'une messagerie instantanée associée à une boîte à lettres électronique personnelle distincte de la messagerie professionnelle sont couverts par le secret de la correspondance (Cass. soc., 23 octobre 2019, pourvoi n° 17-28448).

Les chartes : entre mode d'emploi et règlement intérieur

Un document spécifique à l'usage des nouvelles technologies peut être édicté par l'employeur afin d'encadrer l'utilisation d'Internet. Celui-ci peut avoir un but informatif, mais il peut également prendre rapidement l'aspect d'une note de service fixant la ligne jaune à ne pas franchir (par exemple, interdiction de consulter des sites web portant atteinte aux bonnes mœurs). La présence d'interdictions et d'obligations conférera à ce document la valeur d'additif au règlement intérieur (C. trav., art. L1321-5). Son élaboration implique de

respecter les règles énoncées au chapitre 12, à savoir consultation du comité social et économique, envoi du document à l'inspection du travail et dépôt au greffe du conseil de prud'hommes.

Téléphones fixes et mobiles : usage et contrôle

L'employeur a la possibilité de consulter les factures détaillées émises par l'opérateur téléphonique pour contrôler la consommation de ses salariés. Ce mode de contrôle n'a pas à être porté à la connaissance de ces derniers pour constituer un mode de preuve licite (Cass. soc., 15 mai 2001, pourvoi nº 99-42937), y compris si les appels transitent *via* l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise (Cass. soc., 29 janvier 2008, pourvoi nº 06-45279).

En revanche, l'écoute et l'enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu du salarié ne peuvent constituer une preuve recevable. Une telle pratique peut même constituer un délit pénal. À l'inverse, le SMS est un mode de preuve légal, puisque son auteur a connaissance de l'enregistrement du message par le téléphone du

destinataire (Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi nº 05-17218).

Le contrôle de la messagerie électronique

L'utilisation de la messagerie professionnelle à des fins personnelles a pour conséquence l'arrivée de messages personnels dans la boîte aux lettres du bureau. Comme nous l'avons déjà signalé, ces courriels sont protégés par le secret des correspondances, à condition d'être désignés comme tels. Toute personne qui en prendrait connaissance sans autorisation commettrait alors un délit pénal (C. pén., art. 226-15). Notez toutefois que l'administrateur réseau peut avoir connaissance de tout ce qui est échangé sur le réseau de l'entreprise, mais qu'il est tenu au secret professionnel.

Par ailleurs, l'interdiction de la consultation de données personnelles n'est pas absolue. L'article 145 du Code de procédure civile permet, avant un procès, d'obtenir du président du tribunal judiciaire l'autorisation de réaliser une mesure d'instruction si celle-ci peut apporter la solution à un litige. Le juge doit vérifier l'intérêt légitime de

l'employeur, puis désigner un huissier pour réaliser cette mesure, laquelle peut consister à consulter des fichiers ou des messages personnels. Objectif : établir par exemple que, sous couvert de courriels personnels, le salarié transmet des informations à un concurrent.

Contrôle du salarié à l'aide des nouvelles technologies

Certaines technologies étant en elles-mêmes des moyens de contrôle, leur utilisation est donc soumise aux conditions d'information du salarié et du comité social et économique. Le contrôle exercé ne doit pas tomber dans l'excès et ne pas porter atteinte à la vie privée du salarié. L'étendue du contrôle doit être proportionnée au but recherché.

Badgeage et biométrie

L'employeur peut recourir à une badgeuse pour contrôler l'arrivée et le départ des salariés dans l'entreprise, à condition de consulter le comité social et économique, d'informer les salariés et d'inscrire le dispositif dans le registre d'activités de traitement. À défaut, le recours à ce système est

illicite et ces données ne peuvent servir de preuve dans une instance prud'homale (Cass. soc., 2 novembre 2016, pourvoi n° 15 – 20540). La badgeuse ne peut être utilisée pour contrôler les déplacements à l'intérieur des locaux. Par ailleurs, les données collectées doivent être supprimées trois mois après leur enregistrement, mais elles peuvent être conservées pendant cinq ans s'agissant du suivi du temps de travail. En revanche, la mise en place d'un système biométrique, qui implique la constitution d'une base de données d'empreintes digitales, ne peut être décidée qu'en réponse à un impératif de sécurité et nécessite une autorisation. L'objectif étant que cette technologie ne soit pas employée pour un usage étranger à sa finalité. Par un jugement du 19 avril 2005 (RG n° 05/00382), le tribunal de grande instance de Paris a ainsi interdit le recours à un système d'empreintes digitales, dont l'objectif était de contrôler le travail effectif réalisé par les salariés. La CNIL a édicté un règlement intitulé « Biométrie sur les lieux de travail » que les entreprises doivent respecter si elles souhaitent utiliser un système de reconnaissance biométrique. Le recours à ce dernier est possible si et seulement si un système de badge est insuffisant et si les locaux sont particulièrement

sensibles. Son usage suppose la réalisation préalable d'une étude d'impact.

Vidéosurveillance

L'installation d'un système de vidéosurveillance doit être inscrite dans le registre des activités de traitement. Pour que ce dispositif puisse être utilisé comme moyen de preuve, les salariés doivent être informés de sa présence et les représentants du personnel consultés. À défaut, le licenciement d'un salarié sera nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse, même si ce dernier a avoué les faits devant les gendarmes puisque cette audition a été déclenchée sur le fondement d'images illicites (Cass. soc., 29 septembre 2018, pourvoi n° 16-26482).

Cependant, cette information n'est pas nécessaire lorsque le dispositif est installé dans des locaux dans lesquels les salariés ne travaillent pas (Cass. soc., 19 janvier 2010, pourvoi n° 08-45092) ou lorsqu'il est destiné à assurer la sécurité d'un magasin (Cass. soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-16564) et n'est pas mis en place pour contrôler les salariés (Cass. soc., 11 décembre 2019, pourvoi n° 17-24179).

À titre d'exemple, l'un des gardiens du sanctuaire de Lourdes avait été filmé alors qu'il récupérait les pièces de monnaie jetées dans une fontaine par les pèlerins. La vidéosurveillance a été reconnue comme moyen de preuve recevable, car elle était utilisée pour contrôler le sanctuaire et non les salariés (Pau, 28 septembre 2009, RG nº 09/01072 JD 2009-011306). Une solution identique a été confirmée par la Cour de cassation dans le cas d'une vendeuse licenciée sur le fondement d'images provenant d'un dispositif de surveillance installé pour la sécurisation du magasin (Cass. soc., 18 novembre 2020, pourvoi nº 19-15856). En revanche, le système de vidéosurveillance mis en place pour détecter les vols perpétrés dans un magasin, mais également pour contrôler les salariés sans information et consultation préalable du comité social et économique, constitue un mode de preuve illicite (Cass. soc., 7 juin 2006, pourvoi nº 04-43866).

Pour les lieux ouverts au public, le dispositif de vidéosurveillance doit être autorisé par le préfet. Des panneaux doivent également informer les visiteurs et les salariés de l'existence de ce système. Si ce dernier conduit à une surveillance

systématique à grande échelle, une analyse d'impact doit être effectuée afin d'évaluer la nécessité d'un tel dispositif. Les caméras ne doivent pas filmer les salariés à leur poste de travail ni les zones de pause. Les données sont conservées au maximum un mois et peuvent être extraites si nécessaire en cas de procédure disciplinaire.

Géolocalisation

Cette technologie permet de localiser, à la manière d'une filature, un salarié lorsqu'il se trouve en dehors de l'entreprise. Si l'employeur dispose d'un DPD, celui-ci doit être associé à la mise en place de la géolocalisation. Celle-ci doit être mentionnée sur le registre de traitement des données personnelles tenu par l'employeur. Le but de ce dernier peut être d'établir un suivi du temps de travail du salarié ou d'assurer sa sécurité. En revanche, ce système ne peut avoir pour finalité de contrôler le respect des limitations de vitesse ou d'assurer un contrôle des faits et gestes du salarié en permanence (même s'il est autorisé pour le suivi du temps de travail).

La filature d'un salarié (nécessairement à son insu) par l'un de ses collègues ou par un détective privé

constitue un mode de preuve illicite et ne permet pas d'établir l'existence d'une faute (Cass. soc., 26 décembre 2002, pourvoi nº 00-42401).

La dissimulation dans un véhicule de l'entreprise d'un système de géolocalisation à l'insu du salarié constitue une atteinte à sa vie privée. Ce procédé a justifié la condamnation d'un employeur à payer 300 euros à titre de dommages-intérêts à un salarié (Orléans, 18 juin 2009, RG nº 08/3224). Bien évidemment, les preuves recueillies dans ces conditions ne peuvent être utilisées par l'employeur pour justifier un licenciement.

Pour la CNIL, la mise en place d'un tel système de géolocalisation est susceptible de porter atteinte à la liberté d'aller et venir. Si le salarié peut utiliser le véhicule en dehors des heures de travail, elle recommande par exemple de pouvoir désactiver à la demande la géolocalisation. On ne peut recourir à cette dernière pour contrôler le temps de travail d'un salarié que si ce contrôle ne peut être réalisé par un autre moyen et à condition que le salarié bénéficie d'une liberté pour organiser son travail (Cass. soc., 17 décembre 2014, pourvoi nº 13-23645).

L’expression des salariés sur les réseaux sociaux

Les salariés s’expriment parfois sur les réseaux sociaux sans vraiment mesurer la portée d’une telle diffusion publique de leurs messages. Ils doivent donc connaître les limites de leur droit d’expression, d’autant que plusieurs juridictions ont rendu des décisions claires sur la question (les juges tranchent ces litiges au cas par cas en fonction du manquement reproché au salarié et des outils de publication choisis par ce dernier) :

- Facebook est un espace public et les échanges ne peuvent être considérés comme des conversations privées, sauf si l’utilisateur a activé les fonctionnalités adéquates (Besançon, 15 novembre 2011, RG n° 10/02642) ;
- L’employeur peut produire en justice, sans porter atteinte à la vie privée du salarié, la reproduction de propos que celui-ci a tenus sur la page Facebook d’une amie, laquelle peut potentiellement avoir des centaines d’amis (Reims, 9 juin 2010, RG n° 09-3205) ;
- Des propos insultants pour l’employeur et susceptibles de nuire à son image constituent

une cause réelle et sérieuse de licenciement (Lyon, 24 mars 2014, RG n° 13/03463) ;

- Les insultes d'un salarié à l'égard des clients du magasin qui l'emploie, publiées sur la page Facebook d'un journal local à la suite d'un article sur l'ouverture dominicale de ce magasin et les incitant à ne pas venir faire leurs courses le dimanche, sont constitutives d'une faute grave compte tenu de l'atteinte à l'image du magasin et des potentielles conséquences économiques de ces propos (Reims, 15 novembre 2017, RG n° 16/02786) ;
- La publication par une salariée sur son compte Facebook d'une photographie d'une nouvelle collection printemps/été présentée exclusivement aux commerciaux de la société caractérise un manquement à son obligation contractuelle de confidentialité et constitue une faute grave (Cass. soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-12058) ;
- Le salarié ne doit pas dépasser les limites de la critique admissible en utilisant des termes insultants ou injurieux au risque de commettre le délit d'injure publique (TGI Paris, 17e ch. corr., 17 janvier 2012, aff. n° 1034008388). Un

tel délit n'est pas commis si le mur Facebook est accessible uniquement aux contacts (Cass. 1re ch. civ., 10 avril 2013, pourvoi nº 11-19530). Pour autant, l'absence de constitution du délit n'exclut pas un abus dans la liberté d'expression ;

- La diffusion de propos injurieux et offensants à l'égard de l'employeur sur un compte Facebook ouvert par une salariée et accessible à seulement 14 personnes agréées relève d'une conversation de nature privée et ne peut donc caractériser une faute grave (Cass. soc., 12 septembre 2018, pourvoi nº 16-11690).

La CNIL recommande la répartition des contacts entre différentes catégories et l'adaptation des paramètres de confidentialité en fonction des informations partagées.

Dans un arrêt du 20 décembre 2017 (pourvoi nº 16-19609), la Cour de cassation a estimé que la production par l'employeur, dans une procédure judiciaire, d'informations extraites du compte Facebook d'une salariée et réservées aux seules personnes autorisées, porte une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée (peu importe que ces données aient été

obtenues à partir du téléphone mobile professionnel d’un autre collaborateur).

DANS CE CHAPITRE

Les règles à respecter

•

La définition de la faute

•

Les différentes sanctions

•

La procédure à suivre par l'employeur

•

Les moyens de contestation et les limites de la sanction

Chapitre 12
Les sanctions disciplinaires

L'existence d'un contrat de travail donne à l'employeur le pouvoir de diriger et de contrôler l'activité du salarié, mais également de le sanctionner si nécessaire. Dans ce chapitre, nous nous intéresserons aux règles permettant de prononcer une sanction disciplinaire inférieure à un licenciement (celui-ci est abordé dans le chapitr

e 15, mais l'employeur qui prononce un licenciement en raison d'une faute commise par le salarié doit néanmoins respecter les règles du droit disciplinaire exposées dans ce chapitre). Nous traiterons notamment de l'ensemble des sanctions de moindre gravité, du rôle du règlement intérieur, des garanties et droits des salariés ainsi que de la procédure à suivre par l'employeur.

Les sources des obligations du salarié

Dans l'exercice de sa profession, le salarié est tenu de respecter un certain nombre de règles émanant de différentes sources.

La loi

Le non-respect de dispositions législatives ou réglementaires constitue une faute de la part du salarié, sauf si elle est la conséquence d'une décision ou du comportement de l'employeur.

Ce manquement peut concerner une règle précise, comme une infraction au temps de conduite maximum par un chauffeur routier, ou une obligation plus générale comme celle de prendre

soin de sa santé et de celle de ses collègues (C. trav., art. L4122-1). Cette obligation permet de sanctionner tout comportement allant à son encontre.

Le contrat de travail

Le contrat de travail, *via* les clauses qui y sont mentionnées, crée des obligations pour le salarié. Celui-ci, même si le contrat est verbal, est en effet tenu à des obligations essentielles, notamment celles d'accomplir aussi consciencieusement que possible son travail et d'exécuter le contrat de bonne foi (C. trav., art. L1222-1). Le manquement intentionnel à une obligation, qui correspond à la définition de la faute, manifeste la mauvaise foi du salarié et peut donc être sanctionné. De même, le manque de conscience professionnelle est une faute qui peut se manifester d'une multitude de manières. À noter que le contrat ne peut pas tout prévoir et n'a d'ailleurs pas à tout prévoir. Même si l'obligation n'est pas expressément prévue contractuellement, ce qui compte, c'est l'esprit et non la lettre.

Le règlement intérieur

Il s'agit d'une sorte de loi interne à l'entreprise, édictée par l'employeur. Il est obligatoire dans les établissements ou les sociétés comptant au moins 50 salariés (C. trav., art. L1311-2). Ce n'est pas un catalogue d'interdictions ressemblant à celui d'un pensionnat ; la loi du 4 août 1982 a réglementé son contenu en le limitant à la santé, la sécurité et la discipline. Il n'a pas à réglementer d'autres sujets, ni à empiéter sur le contrat de travail ou les accords collectifs. Il n'a pas à prévoir les critères qui détermineront les salariés à licencier pour motif économique (cela relève de la convention collective ou de la loi).

De plus, il ne peut contenir une clause de mobilité normalement prévue dans le contrat de travail. Même si le règlement intérieur a été signé par le salarié, cette clause lui sera inopposable (Cass. soc., 19 novembre 1997, pourvoi nº 95-41260).

L'employeur qui ne respecte pas l'obligation d'édicter un règlement intérieur ne peut prononcer à titre de sanction qu'un licenciement (Cass. soc., 23 mars 2017, pourvoi nº 15-23090).

Hygiène et sécurité

En matière d'hygiène et de sécurité, le règlement intérieur contient des dispositions visant à prévenir les accidents du travail et les maladies professionnelles. À l'instar du contrat de travail – sur lequel il ne doit pas empiéter –, il ne doit pas comporter d'interdiction excessive qui ne serait proportionnée au but recherché ni justifiée par la nature de la tâche à accomplir. Par exemple, le droit de grève ne peut être restreint.

De même, le règlement intérieur ne peut imposer à un salarié confronté à une situation dangereuse de rédiger une déclaration écrite avant d'exercer son droit de retrait (Cass. soc., 28 mai 2008, pourvoi nº 07-15744). En revanche, il peut rappeler aux salariés l'obligation de respecter les règles de sécurité, en utilisant notamment le matériel de protection individuelle mis à leur disposition. Le règlement fixe les conditions permettant à l'employeur de faire participer les salariés au rétablissement des conditions de travail protectrices de leur santé et de leur sécurité. Mais son but n'est certainement pas de dresser un catalogue complet de toutes les consignes de sécurité.

Les notes de service édictées dans le cadre du règlement intérieur constituent des adjonctions et leur effectivité implique de respecter la procédure d'élaboration (C. trav., art. L1321-5).

La prohibition du harcèlement et des agissements sexistes

Le règlement intérieur contient obligatoirement des dispositions relatives à la prohibition du harcèlement, tant sexuel (C. trav., art. L1153-1 à L1153-6) que moral (C. trav., art. L1152-1 à L1152-6). Ces deux notions ont été présentées dans le cha pitre 10, consacré à la santé au travail. Depuis la loi Travail du 8 août 2016, le règlement intérieur doit également interdire les agissements sexistes (C. trav., art. L1321-2).

La discipline

En matière de discipline, le règlement intérieur comporte des dispositions assurant le bon fonctionnement de la société (respect des horaires de travail, régime des autorisations d'absence, obligation de pointer, etc.). Il peut notamment prévoir des restrictions à l'utilisation du matériel de l'entreprise à des fins personnelles. Il définit

également la procédure disciplinaire, les garanties dont disposent les salariés mis en cause, ainsi que les sanctions qui peuvent être prononcées en application dudit règlement.

Les risques professionnels

Concernant les risques professionnels, l'employeur doit évaluer les risques encourus par les salariés. Ces risques sont répertoriés et mis à jour dans un document unique (C. trav., art. R4121-1), qui est tenu à la disposition, entre autres, des salariés, de l'institution représentative du personnel et de l'administration.

Le vapotage

Le vapotage est interdit dans les lieux de travail fermés et couverts à usage collectif (C. santé pub., art. L3513 – 6). L'entreprise doit mettre en place une signalisation de cette interdiction sous peine d'amende (décret nº 2017 – 633 du 25 avril 2017). Les salariés peuvent toutefois vapoter dans leur bureau individuel ou dans les locaux de travail accueillant le public.

Consommation d'alcool

L'introduction de boissons alcoolisées est interdite sur le lieu de travail, à l'exclusion du vin, de la bière, du cidre et du poiré (C. trav., art. R4228-20). Le règlement intérieur peut prévoir un recours à l'Alcootest pour vérifier le taux d'alcoolémie des salariés à condition que :

- Le contrôle puisse en permettre la contestation (Cass. soc., 31 mars 2015, pourvoi n° 13-25436) ;
- Les salariés, dont l'état d'ébriété est établi, constituent un danger pour les personnes et les biens.

Par ailleurs, depuis le décret n° 2014-754 du 1er juillet 2014 qui a modifié l'article précité, le règlement intérieur peut édicter une interdiction générale de consommer des boissons alcoolisées lorsque cette consommation est susceptible de porter atteinte à la sécurité et la santé physique et mentale des travailleurs. Cependant, toute restriction ou interdiction doit être proportionnée au but recherché et la clause du règlement intérieur ne doit pas être trop restrictive ni trop générale. Une telle clause pourrait par exemple proscrire toute imprégnation alcoolique à condition de répondre à la condition de proportionnalité évoquée

ci-dessus et de lister les postes concernés (CE, 8 juillet 2019, requête n° 420434).

Le dépistage de stupéfiants

Le règlement intérieur peut prévoir la possibilité pour l'employeur d'avoir recours à un test salivaire afin de dépister l'usage de stupéfiants. Ce test peut être pratiqué par un supérieur hiérarchique qui est tenu au respect du secret professionnel quant aux résultats obtenus. Ne peuvent y être soumis que les salariés exerçant une fonction que l'usage de stupéfiants rendrait particulièrement dangereuse (CE, 5 décembre 2016, requête n° 394178). Le salarié doit pouvoir bénéficier d'une contre-expertise médicale à la charge de l'employeur.

L'élaboration du règlement intérieur

L'entrée en vigueur du RI nécessite l'accomplissement de formalités. L'employeur doit soumettre son projet au comité social et économique (C. trav., art. L1321-4). À défaut, le règlement intérieur ne produit aucun effet (Cass. soc., 6 mars 2017, pourvoi n° 15 – 26356). Cet avis étant consultatif, l'employeur n'est donc pas obligé de le suivre. S'il existe un CSE dans l'entreprise, celui-ci doit être consulté sur les clauses du règlement entrant dans son champ de compétence ; à défaut, le règlement ou sa modification sont privés d'effet (Cass. soc., 11 février 2015, pourvoi n°13-16457). Le projet, accompagné de l'avis des représentants du personnel, est ensuite transmis à l'inspecteur du travail, qui contrôle son contenu en veillant notamment au respect des libertés. Celui-ci peut exiger le retrait des dispositions qui seraient illégales, disproportionnées ou extérieures au domaine du règlement intérieur (C. trav., art. L1321-3). L'employeur peut demander un rescrit à l'inspecteur du travail sur tout ou partie du règlement intérieur (C. trav., art. L1322-1-1).

L'employeur doit également adresser le RI au greffe du conseil de prud'hommes. S'il existe plusieurs établissements, il peut se limiter à le déposer uniquement au conseil de prud'hommes compétent pour le siège de l'entreprise (Cass.

soc., 26 juin 2019, pourvoi n°17-31328). En revanche, il n'a plus l'obligation de l'afficher dans un endroit visible, il doit simplement le porter par tout moyen à la connaissance des salariés (C. trav., art. R1321-1). Après l'accomplissement de ces formalités, le règlement intérieur s'appliquera, à partir de la date prévue, à tous les salariés de l'entreprise, y compris les personnels extérieurs et les stagiaires pour les dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité.

Fouilles et règlement intérieur

Sauf circonstances exceptionnelles telles qu'une alerte à la bombe dans un contexte de menace terroriste, la possibilité de réaliser des fouilles à l'arrivée ou au départ du salarié de l'entreprise est extrêmement réglementée. Cette mesure, qui nécessite l'accord du salarié, doit être prévue par le règlement intérieur et le personnel de la société doit savoir qu'il peut s'y opposer et exiger la présence d'un témoin (Cass. soc., 11 février 2009, pourvoi n° 07-42068 ; Bordeaux, 17 septembre 2014, RG n° 12/06049). Par ailleurs, une telle pratique doit être justifiée par un risque de vol ou une disparition de matériel. En cas de refus du salarié, l'employeur a pour seule alternative d'appeler la police. Lorsque le règlement intérieur

prévoit des conditions particulières pour la fouille des personnes, le licenciement d'un salarié soupçonné de vol est considéré comme injustifié par les juges si l'employeur n'a pas respecté ces dispositions (Cass. soc., 2 mars 2011, pourvoi nº 09-68546).

Le principe de neutralité et le port de signes religieux

Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché (C. trav., art. L1321-2-1). Cette solution a par exemple été retenue dans la célèbre affaire Babyloup : une salariée d'une crèche privée, qui avait refusé d'enlever son voile devant les enfants et leurs parents, avait été licenciée. La sanction a été confirmée par la Cour de cassation en raison de la nécessité de respecter les principes de neutralité et de laïcité dans l'ensemble des activités

développées par la crèche (Cass. ass. plénière, 25 juin 2014, pourvoi n° 13-28369).

En revanche, il a récemment été jugé que l'interdiction faite oralement à une salariée de ne pas porter de foulard islamique dans ses contacts avec la clientèle constituait une discrimination fondée sur ses convictions religieuses. Dans cette affaire, le client avait expressément demandé le retrait de ce signe religieux (Cass. soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 13-19855). Pour rendre sa décision, la Cour de cassation a interrogé la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation des dispositions de la directive en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. La CJUE a considéré que l'employeur aurait dû s'interroger sur la possibilité de proposer à la salariée un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ses clients (CJUE, 14 mars 2017, affaire C-188/15).

Mesures de lutte contre la corruption

Les entreprises comptant plus de 500 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros doivent intégrer au

règlement intérieur un code de conduite qui définit les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence (article 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016).

Définition de la faute

La faute se définit comme un manquement à une obligation. Il peut s'agir aussi bien d'une action que d'une abstention. La faute pouvant s'illustrer dans de nombreux comportements, son existence sera toujours appréciée en fonction des circonstances. Il est donc impossible d'en dresser un catalogue exhaustif. Pour décider s'il y a faute ou non, il faut porter un jugement. Le Code du travail laisse cette appréciation à l'employeur, sous réserve d'une contestation par le salarié et de son annulation éventuelle par la justice.

Si le salarié remplit mal ses fonctions, ce n'est pas nécessairement en raison d'une faute (celle-ci supposant un caractère intentionnel). Le salarié peut faire le maximum sans être toutefois l'homme ou la femme de la situation. La mauvaise exécution du travail peut ainsi provenir de son incompétence,

être la conséquence d'une insuffisance professionnelle et non d'une faute.

La hiérarchie entre les fautes

La hiérarchie entre les fautes est établie en fonction de la sanction prononcée et décidée par l'employeur :

- **La faute simple** justifie une sanction de moindre importance que la rupture du contrat de travail ;
- **La faute dite sérieuse** justifie la rupture du contrat. Cette appellation n'est pas très adaptée, car une faute simple n'en est pas moins sérieuse ;
- **La faute grave** justifie la rupture immédiate du contrat de travail sans préavis. Elle implique une réaction instantanée de l'employeur. La réitération de faits déjà sanctionnés peut fonder une faute grave, ce qui n'est pas le cas d'agissements longuement tolérés. La faute grave prive le salarié du paiement du préavis et de l'indemnité de licenciement. Un délai trop important entre la découverte de la faute et le prononcé du

licenciement interdit à l'employeur d'arguer de la gravité de cette faute pour justifier une rupture immédiate du contrat ;

- **La faute lourde** implique une intention de nuire à l'employeur (Cass. soc., 4 juillet 2018, pourvoi nº 15-19597). Elle met fin immédiatement au contrat et la responsabilité du fautif peut être engagée. En revanche, depuis une décision du Conseil constitutionnel de 2016, elle ne prive plus le salarié de son indemnité de congés payés (Cons. constit., 2 mars 2016, QPC nº 2015-523).

À noter que la description de la faute ne permet pas de déterminer sa place dans cette hiérarchie.

Quelle sanction en cas de faute ?

La sanction disciplinaire est une mesure prise par l'employeur à la suite d'une faute du salarié (C. trav., art. L1331-1).

Elle ne peut donc avoir un caractère préventif. De simples observations verbales ou une réprimande ne constituent pas une sanction, laquelle doit être

obligatoirement notifiée par écrit au salarié (Cass. soc., 18 février 2004, pourvoi n° 02-41622).

Comme le dit l'adage, les paroles s'envolent et les écrits restent. Toute lettre comportant une énonciation de griefs représente une sanction, c'est le cas par exemple de mises en garde adressées par courrier ou par courriel (Cass. soc., 6 mars 2007, pourvoi n° 05-43698). Est aussi considérée comme une sanction une lettre – ayant pourtant pour objet « Mise en demeure de justification d'absence » – qui, sans même demander au salarié de justifier ses absences, relève un manquement de celui-ci aux règles de discipline énoncées dans le règlement intérieur et précise que l'employeur ne pourra plus tolérer une telle attitude portant préjudice aux missions confiées (Cass. soc., 18 mars 2015, pourvoi n° 13-28481). Il en est de même pour un courrier adressé à un salarié, dans lequel il est indiqué que son attitude a largement entamé la confiance de son employeur. En effet, cette lettre est de nature à affecter la carrière du salarié (Cass. soc., 3 février 2017, pourvoi n° 15-11433).

En revanche, l'établissement du compte rendu d'un entretien au cours duquel divers griefs et insuffisances ont été évoqués sans traduire une

volonté de la part de l'employeur de les sanctionner ne constitue pas une sanction (Cass. soc., 12 novembre 2015, pourvoi nº 14-17615). De même, la lettre qui contient seulement une demande d'explication n'est pas une sanction (Cass. soc., 5 mai 2009, pourvoi nº 07-44835). Elle peut toutefois le devenir automatiquement si les faits sont qualifiés de faute, la ligne blanche pouvant être rapidement franchie par un employeur sans qu'il en ait réellement conscience (Cass. soc., 30 janvier 2013, pourvoi nº 11-23891).

Deux catégories de sanction

Les sanctions se divisent en deux catégories : celles qui vont affecter la situation du salarié dans l'entreprise (sa présence, sa rémunération et sa carrière) et celles dites mineures qui n'auront pas cet effet (comme l'avertissement et le blâme). La première regroupe les sanctions suivantes :

- **La mise à pied disciplinaire consiste en une suspension du contrat de travail pendant une durée déterminée, au cours de laquelle le salarié est exclu de l'entreprise et n'est pas rémunéré.** Cette sanction ne doit pas être confondue avec la mise à pied conservatoire.

Comme son nom l'indique, celle-ci peut être décidée par l'employeur lorsqu'il initie une procédure de licenciement. Le salarié concerné ne peut revenir dans l'entreprise pendant la durée de la procédure. Le Conseil d'État (CE, 21 septembre 1990, requête nº 105247) puis la Cour de cassation (Cass. soc., 7 janvier 2015, pourvoi nº 13-15630) ont eu l'occasion de décider que le règlement intérieur devait mentionner sa durée maximale ;

- **La rétrogradation disciplinaire suppose une modification du contrat de travail, afin que le salarié occupe un emploi différent et hiérarchiquement inférieur au sien.** Le salarié peut donc la refuser. Mais, dans ce cas, il prend le risque d'être licencié par son employeur. Ce dernier doit alors convoquer l'intéressé à un nouvel entretien dans le délai de la prescription de deux mois prévu à l'article L1332-4 du Code du travail (Cass. soc., 28 avril 2011, pourvoi nº 10-13979) ;
- **Le repositionnement d'un salarié sur un autre secteur, en raison de mauvais résultats et d'un défaut d'encadrement,** donnant lieu à la signature d'un avenant ne constitue pas une

sanction disciplinaire (Cass. soc., 6 mars 2019, pourvoi n°17-20866).

La liste de ces sanctions n'est pas limitative, toutefois, celles-ci doivent être mentionnées dans le règlement intérieur.

Le changement d'affectation d'un salarié, dans l'attente de l'engagement d'une procédure disciplinaire, ne constitue pas une sanction s'il a pour objet d'assurer la sécurité des usagers et des autres employés (Cass. soc., 8 octobre 2014, pourvoi n° 13-13673). N'est pas sanctionné disciplinairement le salarié qui, en raison de ses retards sans justification, est exclu d'un programme de formation visant à trouver de nouveaux responsables de magasins (Cass. soc., 4 juillet 2018, pourvoi n° 17-16629).

Le choix de la sanction adéquate

Le présent chapitre ne concerne que la procédure disciplinaire pour des sanctions inférieures à un licenciement, ce qui n'entraîne pas la rupture du contrat. C'est à l'employeur de prendre la responsabilité de qualifier la faute, un contrôle

pouvant être exercé par le conseil de prud'hommes si le salarié la conteste. Le licenciement est certainement la sanction la plus contestée, car la plus prononcée.

À noter que le licenciement n'est pas toujours précédé d'une ou plusieurs sanction(s). L'employeur peut en effet licencier un salarié pour faute, sans l'avoir préalablement sanctionné pour des fautes de même nature.

La réponse à la faute doit être proportionnée. Pour se prononcer, l'employeur peut tenir compte des sanctions déjà infligées au salarié, par exemple pour sanctionner plus sévèrement une nouvelle faute.

Le salarié bénéficie toutefois d'un droit à l'oubli ; en effet, l'article L1332-5 du Code du travail prévoit qu'au bout de trois années, une faute sanctionnée ne peut plus être utilisée contre le salarié pour appuyer une nouvelle sanction.

Est proportionnée :

- Une mise à pied disciplinaire de deux jours pour un chef de rang en raison de sa consommation d'alcool pendant le service (Paris, 17 décembre 2009, RG nº 08/02002) ;

- Une mise à pied disciplinaire d'une journée pour un vendeur qui a refusé d'exécuter brièvement une tâche d'un niveau inférieur, à savoir jeter des cartons (Toulouse, 16 janvier 2009, RG nº 07/03989) ;
- Une mise à pied disciplinaire d'une journée pour une standardiste refusant de prendre les doubles appels, en dépit des directives précises de son employeur (Paris, 22 janvier 2008, RG nº 07/01006).

Est disproportionnée :

- Une mise à pied disciplinaire de huit jours pour un mécanicien n'ayant pas installé correctement des plaquettes de frein, alors qu'il a 17 ans d'ancienneté, n'a jamais été sanctionné et a effectué plus de 14 heures supplémentaires au cours de la semaine (Montpellier, 28 janvier 2003, RG nº 02/01208) ;
- Une mise à pied disciplinaire infligée à un salarié auquel il était reproché un départ en congés non autorisé, alors que celui-ci avait décalé ses vacances estivales à la demande de l'employeur et justifiait avoir prévenu ce

dernier en septembre de son départ au mois d'octobre (Aix-en-Provence, 2 novembre 2004, RG nº 03/03524) ;

- Une mise à pied disciplinaire de trois jours pour un manutentionnaire ayant 28 ans d'ancienneté qui aurait insulté ses supérieurs hiérarchiques, le salarié admettant que le ton ait pu monter mais sans reconnaître les insultes et justifiant son comportement par les conditions de travail de nuit (Nancy, 28 février 2001, RG nº 99/01805).

Certaines conventions collectives exigent le prononcé de sanctions disciplinaires avant de pouvoir licencier (sauf faute grave). Dans ce cas, la contestation des sanctions préalables au licenciement revêt une grande importance.

L'indulgence d'un employeur pourra se retourner contre lui le jour où il souhaitera licencier un salarié en raison de faits fautifs récurrents, mais pour lesquels il n'avait jamais prononcé aucune sanction par le passé.

L'employeur dispose d'un pouvoir d'individualisation de la sanction. Cela signifie qu'il peut effectuer des distinctions en fonction par

exemple du rôle plus actif de l'un des salariés, de l'ancienneté ou de l'existence ou non de sanction antérieure. Mais cela ne doit pas aboutir à une discrimination.

Du côté de l'employeur

Tout dépend de l'importance de la sanction : affecte-t-elle ou non la situation du salarié dans l'entreprise ? En fonction de la situation, l'employeur est tenu de suivre une procédure qui va être proche de celle du licenciement pour motif personnel avec, tout de même, quelques différences.

Les délais à respecter

L'employeur dispose de deux mois pour engager des poursuites disciplinaires afin de sanctionner une faute. À l'issue de ce délai, cette dernière est prescrite et ne peut plus être sanctionnée. Le point de départ du délai est le moment où l'employeur (ou le supérieur hiérarchique direct du salarié) a connaissance de la faute. Si celle-ci est continue ou si elle s'est répétée plusieurs fois, le point de départ est le moment où le comportement fautif du salarié

cesse. Dans le cas où la faute est continue ou si elle est répétée, le délai court tant que persiste le comportement fautif du salarié.

L'engagement de poursuite correspond à l'envoi de la lettre de sanction pour des faits mineurs, à la convocation à un entretien préalable pour des faits plus graves. Si des poursuites pénales sont lancées dans ce délai, celui-ci est suspendu jusqu'à la décision de la juridiction pénale. Cela implique une mise en œuvre de l'action publique, qui correspond à :

- Une poursuite par le procureur de la République devant le tribunal correctionnel ;
- Une citation directe de la victime devant le tribunal correctionnel ;
- Un dépôt de plainte avec constitution de partie civile. Depuis 2007, le plaignant doit d'abord déposer une plainte auprès du procureur de la République. C'est seulement si celui-ci ne donne pas suite dans un délai de trois mois que le justiciable peut déposer une plainte avec constitution de partie civile.

La procédure pour les sanctions mineures

Pour les sanctions dites mineures, l'employeur adresse au salarié un courrier lui notifiant la sanction (les faits qui la justifient étant précisés). La lettre peut être adressée en recommandé avec avis de réception ou bien remise en mains propres contre décharge.

Si le règlement intérieur prévoit que la sanction peut avoir un effet sur la présence du salarié dans l'entreprise (par exemple, deux avertissements devant être prononcés avant tout éventuel licenciement), il convient de respecter la procédure prévue pour les sanctions plus graves exposée ci-après (Cass. soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-14104).

La procédure pour des sanctions plus graves

L'employeur convoque tout d'abord le salarié à un entretien par lettre recommandée avec avis de réception ou remise en mains propres contre décharge. La loi ne fixe pas de délai entre la date de réception et la date de l'entretien.

La jurisprudence précise toutefois qu'il faut laisser un délai raisonnable de trois jours. La lettre doit indiquer au salarié la possibilité de se faire assister mais uniquement par une personne de l'entreprise. Les différences avec la procédure de licenciement pour motif personnel résident dans :

- L'absence de délai minimum entre la remise de la convocation et la date de l'entretien ;
- L'impossibilité pour le salarié de se faire assister par un conseiller extérieur à l'entreprise lorsqu'il n'existe pas d'institution représentative du personnel.

Au cours de l'entretien préalable, l'employeur informe le salarié des motifs le conduisant à envisager une sanction. Il entend ses explications afin de pouvoir prendre une décision en toute connaissance de cause. La notification de la sanction est ensuite signifiée par lettre recommandée ou remise en mains propres, au minimum un jour franc et au plus tard un mois après l'entretien préalable. Par exemple, si le salarié est convoqué à un entretien préalable le 2 janvier, la sanction doit être adressée par l'employeur au plus tard le 2 février à minuit.

Certaines conventions collectives prévoient des règles ou des formalités particulières (par exemple, la saisine d'une commission de conciliation). Le non-respect de cette procédure conventionnelle entraîne l'annulation de la sanction (C. trav., art. L1333-2).

Du côté du salarié

Le salarié peut estimer la sanction injustifiée et décider de la contester en apportant des éléments de fait.

La contestation de la sanction

La contestation peut s'accompagner d'une demande de levée de la sanction, mais il est rare que l'employeur accède à cette demande. Le salarié a tout intérêt à contester (à condition bien sûr que la sanction soit contestable) car, dans le cas contraire, l'adage populaire « Qui ne dit mot consent » prend tout son sens. S'il est dans l'impossibilité d'apporter des éléments de preuve en sa faveur, il peut demander à l'employeur de lui fournir de tels éléments lorsqu'ils existent.

Le salarié peut également saisir le conseil de prud'hommes pour contester la sanction. Celui-ci doit examiner si cette dernière est justifiée et si la procédure disciplinaire a bien été respectée. À cet effet, l'employeur et le salarié doivent lui fournir des éléments pour lui permettre d'en juger.

Le conseil pourra ensuite annuler la sanction s'il l'estime injustifiée ou disproportionnée. À noter que, dans ce second cas de figure, il n'a pas la possibilité de lui substituer une sanction plus légère, par exemple un avertissement à la place d'une mise à pied disciplinaire. Une sanction disproportionnée peut justifier l'octroi de dommages et intérêts pour préjudice moral, mais son montant sera rarement élevé (Cass. soc., 6 avril 2016, pourvoi n° 14-26611). Enfin, si la sanction prononcée est un licenciement (qui a pour effet de rompre le contrat de travail), elle ne peut être annulée par le conseil de prud'hommes.

Les limites de la sanction

L'employeur ne dispose pas des pleins pouvoirs en matière de sanction. Il existe en effet des règles limitatives dans le domaine disciplinaire. En premier lieu, un fait déjà sanctionné ne peut pas

l'être de nouveau. Selon la formule consacrée « *non bis in idem* » (littéralement « pas deux fois pour la même chose »), la première sanction épuise le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Cette règle est d'ailleurs un véritable piège pour l'employeur qui peut prononcer une sanction sans s'en apercevoir et rendre ainsi illégitime la seconde sanction (Cass. soc., 19 mai 2015, pourvoi n° 13-26916). C'est le cas quand l'employeur adresse un avertissement au salarié et lui impose simultanément une mutation (Cass. soc., 19 octobre 2017, pourvoi n° 16-11343). En revanche, si le fait perdure ou se reproduit, l'employeur peut sanctionner de nouveau, voire même plus sévèrement puisque la première sanction n'a pas été suffisante.

L'employeur qui sanctionne un salarié ne peut pas lui infliger de nouvelle sanction en s'appuyant sur des faits dont il avait déjà connaissance au moment de la première sanction (Cass. soc., 22 mai 2019, pourvoi n° 17-28100). En revanche, il peut prononcer une nouvelle sanction disciplinaire pour des faits postérieurs à la date d'envoi de la lettre notifiant la première sanction, même si le salarié n'avait pas encore reçu le courrier au moment de la

réitération du comportement fautif (Cass. soc., 12 février 2013, pourvoi n° 12-15330).

L'interdiction des discriminations

La sanction ne doit pas être discriminatoire. À cet effet, l'article L1132-1 du Code du travail répertorie toutes les caractéristiques tenant à la personne du salarié (âge, sexe, appartenance réelle ou supposée à une ethnie, activités syndicales, etc.) qui pourraient être discriminantes. Pour qu'il y ait discrimination, il faut que la personne soit sanctionnée sur la base de l'une des caractéristiques énoncées dans l'article précité et non en raison d'un fait fautif. C'est au salarié d'apporter la preuve d'une discrimination. Par exemple, l'avertissement infligé à un salarié en raison de ses absences – alors que celles-ci sont dues à son activité syndicale – constitue une discrimination.

L'exercice d'un droit

Un fait qui correspondrait à l'exercice d'un droit par le salarié ne peut pas donner lieu à une sanction. C'est, par exemple, le cas du droit de grève ou d'un fait qui a trait à sa vie privée (ce

point sera développé en détail dans le chapitre 15, consacré au licenciement pour motif personnel). De même, confronté à un danger, le salarié peut exercer son droit de retrait, ce qui ne peut entraîner de sanction.

Le salarié bénéficie également d'un droit d'expression, dont l'usage ne peut pas motiver une sanction, sous réserve de ne pas tomber dans la calomnie, l'injure ou la diffamation (C. trav., art. L2281-3).

L'interdiction des sanctions pécuniaires

L'employeur n'a pas le droit de prononcer de sanctions pécuniaires (C. trav., art. L1331-2). Le salaire étant la contrepartie du travail, c'est un élément essentiel du contrat de travail. L'employeur ne peut donc le modifier sans l'accord du salarié, même à titre de sanction. Le non-respect de cette interdiction est sanctionné d'une amende d'un montant de 3750 euros (C. trav., art. L1334-1).

De fait, l'employeur ne peut diminuer la rémunération en opérant une retenue sur salaire. De plus, l'octroi d'une prime ne peut être

conditionné à l'absence de sanction disciplinaire (Cass. soc., 3 mars 2015, pourvoi nº 13-23857). La suppression d'un avantage en nature constitue également une sanction pécuniaire. Une prime de productivité peut être supprimée en raison d'une baisse de la production, mais elle ne peut l'être suite à un comportement fautif. Enfin, un salarié ne peut être exclu d'une augmentation générale de salaire, cela constituerait une sanction pécuniaire prohibée.

Certaines sanctions ont un effet sur la rémunération. Par exemple, le salarié n'est pas payé pendant la durée d'une mise à pied disciplinaire. Cela ne représente pas une sanction pécuniaire, la privation de salaire étant seulement une conséquence indirecte et non la sanction en elle-même.

Partie 4
Le départ de l'entreprise

Dans cette partie…

Quand il est question de départ de l'entreprise, la plupart des salariés songent au licenciement pour faute. Or, nous verrons qu'il existe bien d'autres raisons qui poussent à un départ de la société : une démission, une conjoncture économique défavorable qui conduit l'employeur à réduire son activité, une rupture à l'amiable, et même une faute de l'employeur !

Une fois la rupture décidée, nous passerons en revue les formalités de départ à charge de l'employeur, mais aussi les moyens de transaction et de défense du salarié, et notamment la saisine des prud'hommes en cas de litige.

DANS CE CHAPITRE

Définition jurisprudentielle

•

Formalisme et effets de la démission

•

Ruptures abusives du contrat et allocations chômage

Chapitre 13
La démission

Un salarié peut à tout moment quitter une entreprise en rompant unilatéralement le contrat de travail. Toutefois, dans certains cas, l'existence d'actes répréhensibles de la part de l'employeur (harcèlement, non-paiement des salaires, etc.) peut contraindre – à contrecœur – une personne à la démission. Cependant, dans une telle situation, les juges peuvent être amenés à requalifier cette dernière en licenciement ou en prise d'acte (voir chapitre 14), ou tout simplement à l'annuler. Par ailleurs, contrairement à une idée aussi fausse que

répandue, la démission n'a pas à être acceptée. En revanche, elle oblige le salarié à accomplir un préavis.

Définition

Selon l'article L1231-1 du Code du travail, un CDI peut être rompu unilatéralement par le salarié. Cette rupture, communément appelée « démission », ne concerne que les titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée. En effet, il est par exemple interdit à un salarié en CDD de démissionner. Celui-ci a tout au plus la possibilité de rompre son CDD par anticipation lorsqu'une entreprise lui propose un CDI (voir chapitre 5). Il ne s'agit donc pas, au sens strict, d'une démission.

Cette dernière – selon la jurisprudence de la Cour de cassation – se caractérise de la manière suivante :

- **La résiliation du contrat de travail par le salarié doit être librement consentie, il ne doit pas y avoir de vice de consentement.** En d'autres termes, le salarié ne doit pas subir de contraintes (violence, dol) qui l'empêcheraient d'exprimer une volonté lucide et le

pousseraient à la démission. Ainsi, ne peut être considéré comme démissionnaire un salarié qui rédige sa lettre de démission dans le bureau de son employeur après que celui-ci l'a menacé d'un dépôt de plainte pour vol (Cass. soc., 24 mars 2004, pourvoi nº 02-41650). En revanche, la jurisprudence a validé la démission d'un salarié adressée par courrier à son employeur cinq jours après que ce dernier lui avait demandé de démissionner en le menaçant d'un licenciement pour faute grave. La Cour de cassation a en effet estimé qu'étant cadre ce salarié avait été à même d'apprécier la situation, et surtout elle a relevé qu'il avait attendu cinq semaines avant de se rétracter (Cass. soc., 25 mai 2011, pourvoi nº 09-68224). L'annulation de la démission pour vice de consentement n'est pas de plein droit (C. civ., art. 1130 ; Cass. soc., 13 novembre 1986, pourvoi nº 84-41013). Lorsque la démission est requalifiée en licenciement, celui-ci est sans cause réelle et sérieuse ;

- **La démission doit par ailleurs résulter d'une volonté claire et non équivoque de la part du salarié.** Ainsi, ne manifeste pas une telle

volonté le salarié qui commet un abandon de poste ; il appartient à son employeur de le licencier (Cass. soc., 10 juillet 2002, pourvoi nº 00-45566). Il en va de même pour un salarié qui ne reprend pas son activité après un arrêt de travail (Cass. soc., 13 novembre 2008, pourvoi nº 07-42497). En revanche, est considéré comme démissionnaire le salarié qui refuse – malgré une mise en demeure de l'employeur – de reprendre le travail après un arrêt maladie et qui s'est mis au service d'une entreprise concurrente (Cass. soc., 4 janvier 2000, pourvoi nº 97-43572). Dans un arrêt du 20 octobre 2016 (pourvoi nº 15-17390), la Cour de cassation a également confirmé la démission d'une salariée qui avait annoncé sa volonté de démissionner à des collègues mais pas à son employeur. Ces jurisprudences sont néanmoins étonnantes : sans un écrit du salarié, l'employeur doit prendre la précaution de licencier celui-ci afin qu'il ne puisse prétendre par la suite que le contrat n'a jamais été rompu. D'une manière générale, la démission est jugée équivoque lorsqu'elle est donnée sous le coup de la colère ou de l'émotion. Tel est le cas lorsqu'une

salariée rédige une lettre de démission sous le coup de l'émotion provoquée par l'imputation de fautes professionnelles puis se rétracte dès le lendemain (Cass. soc., 12 février 2016, pourvoi n° 14-18888). Est également équivoque la démission rédigée en même temps qu'un écrit, par lequel la salariée reconnaissait les faits qui lui étaient reprochés, en présence de son employeur qui la menaçait d'appeler les gendarmes et de porter plainte (Cass. soc., 23 janvier 2019, pourvoi n°17-26794). Ce n'est en revanche pas le cas lorsqu'un salarié invoque des faits de harcèlement moral ayant eu lieu six mois auparavant (Cass. soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-17729).

Dans quatre arrêts du 9 mai 2007 (pourvois n^{os} 05-41324, 05-40315, 05-42301 et 05-40518), la Cour de cassation a statué sur des démissions qui, quelques mois plus tard, ont été remises en cause par les salariés, arguant de manquements imputables à l'employeur. La Haute Juridiction invite désormais les juges du fond à contrôler la motivation du démissionnaire, y compris en l'absence – dans la lettre de démission – de griefs à l'encontre de l'employeur (certains salariés ayant

par exemple invoqué des « raisons personnelles »). En cas d'équivocité, « le juge doit analyser [la démission] en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire d'une démission ». Pour éviter les abus, la Cour de cassation précise que la démission doit résulter de circonstances antérieures ou contemporaines à la date à laquelle elle a été donnée. En d'autres termes, le juge doit pouvoir établir le lien de cause à effet entre les supposés manquements de l'employeur et la rupture du contrat par le salarié. L'existence d'un litige est ainsi caractérisée en présence de plusieurs courriers d'une employée, antérieurs à la démission, contestant une qualification conventionnelle et demandant le paiement du salaire correspondant (Cass. soc., 13 octobre 2011, pourvoi n° 09-71574). Elle l'est également lorsque le salarié rétracte sa démission cinq jours plus tard en adressant à son employeur une lettre dans laquelle il invoque des griefs à son encontre, rendant ainsi cette démission équivoque (Cass. soc., 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-25155). En revanche, doit s'analyser en une démission la rupture contractuelle imputable à un

salarié ayant démissionné sans réserve et qui invoque ultérieurement des motifs impropres à caractériser l'existence d'un litige antérieur ou contemporain (Cass. soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-20377).

Le salarié ne peut à la fois arguer d'un vice du consentement et prétendre que sa démission s'analyse en une prise d'acte (Cass. soc., 17 mars 2010, pourvoi n° 09-40465).

Formalisme

Le Code du travail n'impose aucune condition de forme. Il convient, par conséquent, de vérifier en premier lieu s'il existe des dispositions conventionnelles relatives à la démission. Certaines conventions collectives de travail exigent par exemple que la lettre de démission soit envoyée en recommandé. En l'absence de disposition conventionnelle, la démission peut être notifiée à l'employeur à l'oral ou par écrit. Toutefois, un écrit est fortement recommandé car, en cas de litige, il constituera un moyen de preuve, notamment sur la date de la rupture. Il n'est pas nécessaire de remettre la lettre de démission à l'employeur en personne. Il suffit de l'adresser au supérieur

hiérarchique, y compris si celui-ci n'a pas reçu délégation du chef d'entreprise pour la recevoir (Cass. soc., 15 mars 2006, pourvoi nº 03-43102).

La démission n'a pas à être motivée. Cependant, si celle-ci est la résultante de l'attitude ou de manquements de l'employeur, il est préférable de mentionner les griefs qui lui sont reprochés. Cela permettra éventuellement au salarié de demander plus tard aux juges du fond la requalification de la démission en prise d'acte de la rupture (comme l'établissent les arrêts de la Cour de cassation en date du 9 mai 2007).

Le salarié démissionnaire aura peut-être un préavis à effectuer. L'existence et la durée d'un tel préavis sont fixées par la loi, par convention ou par un accord collectif de travail. Par exemple, la convention collective nationale de travail des journalistes professionnels impose un préavis de un mois, quelle que soit l'ancienneté du salarié. À défaut de dispositions légales ou conventionnelles, l'existence et la durée du préavis résultent des usages pratiqués dans la localité et dans la profession (C. trav., art. L1237-1).

Effets de la démission

La démission rompt définitivement le contrat de travail, sans que l'employeur puisse s'y opposer. Si sa volonté est claire et sans équivoque, le démissionnaire ne peut pas revenir sur sa décision, à moins que l'employeur accepte sa rétraction, y compris implicitement (par exemple en maintenant le lien contractuel une fois le préavis achevé).

Dans un arrêt du 9 mai 2007 (pourvoi nº 05-42983), la Cour de cassation précise que « la démission claire et non équivoque du salarié emporte rupture du contrat de travail peu important que cette démission ait été suivie d'un licenciement ». C'est l'application du principe « rupture sur rupture ne vaut ». Cette décision peut néanmoins surprendre, car elle limite considérablement le pouvoir disciplinaire de l'employeur. En effet, comment sanctionner un salarié démissionnaire qui commet une faute grave ou lourde pendant le préavis ? En fait, un employeur peut sanctionner un salarié démissionnaire. Pour cela, il doit respecter la procédure disciplinaire (entretien préalable et notification de la sanction). Cette dernière n'est pas un licenciement, mais elle a pour effet de mettre fin au préavis et de « priver le salarié de la partie

de l'indemnité compensatrice de préavis correspondant à celle de la période restant à courir jusqu'au terme du préavis » (Cass. soc., 4 juillet 2007, pourvoi n° 05-45221).

Autre risque encouru par l'employeur : un salarié ayant commis une faute lourde peut échapper à une sanction en démissionnant. L'employeur est toutefois en droit de présenter ultérieurement une demande en dommages-intérêts lorsqu'il est en mesure d'apporter la preuve d'une faute lourde commise par le salarié démissionnaire (Cass. soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 06-46047). En l'espèce, ne commet pas une faute lourde - pour manquement à son obligation de loyauté - le salarié démissionnaire qui immatricule une société (concurrente de celle de son employeur) pendant son préavis, mais dont l'exploitation n'a commencé qu'après la rupture de la relation contractuelle (Cass. soc., 23 septembre 2020, pourvoi n° 19-15313).

Le délai-congé débute à la date de remise de la lettre de démission. Son exécution est obligatoire, mais le salarié peut en être dispensé à sa demande et après accord de l'employeur. Mais, dans ce cas, ce dernier n'est pas tenu de verser l'indemnité de

préavis. Le dirigeant, qui ne souhaite pas conserver un démissionnaire dans son entreprise, peut de son côté renoncer à l'exécution du délai-congé. Toutefois, il sera obligé d'accorder au salarié l'indemnité de préavis.

En démissionnant, le salarié perd le bénéfice de l'indemnisation versée par Pôle emploi, indemnisation à laquelle il aurait droit (en dépit d'une idée reçue) même en cas de licenciement pour faute lourde.

En cas de non-respect du préavis par le salarié, l'employeur est en droit d'obtenir réparation du préjudice subi.

Rupture abusive du contrat

Texte de loi

Selon l'article L1237-2 du Code du travail, une démission jugée abusive ouvre droit, pour l'employeur, à des dommages et intérêts. Toutefois, cet article n'explicite pas la notion de « rupture abusive ». Est par exemple abusif le départ d'un expert-comptable dans le but de nuire à son employeur ou le fait de quitter immédiatement son emploi pour créer une entreprise concurrente.

Outre le salarié démissionnaire, le nouvel employeur ayant contracté avec lui peut être tenu responsable du dommage causé au précédent employeur dans les cas suivants (C. trav., art. L1237-3) :

- Le nouvel employeur est intervenu dans la rupture ;
- Le nouvel employeur a engagé un salarié tout en sachant qu'il était déjà titulaire d'un contrat de travail ;
- Le nouvel employeur a poursuivi le lien contractuel avec le salarié, bien qu'il ait eu connaissance de l'existence d'un contrat de travail avec un autre employeur.

Toutefois, sa responsabilité n'est pas engagée dans les cas suivants : le contrat de travail abusivement rompu par le salarié a expiré ; la relation contractuelle qui était à durée déterminée est arrivée à son terme ; en cas de CDI, le préavis a expiré ou un délai de 15 jours s'est écoulé depuis la rupture du contrat.

Démission et chômage

Seuls les salariés ayant perdu involontairement leur emploi (ou ayant signé une rupture conventionnelle) peuvent normalement prétendre à l'assurance chômage : il s'agit par exemple de personnes licenciées pour motif personnel ou économique (voir chapitres 15 et 16), ou dont le contrat à durée déterminée a pris fin. Il existe toutefois des motifs de démission légitimes ouvrant droit à une indemnisation par Pôle emploi.

Ceux-ci sont répertoriés à l'article 2 du règlement annexé au décret du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage :

- Démission pour suivre son conjoint ou son concubin qui déménage pour raisons professionnelles (mutation, changement d'employeur, reprise d'emploi après une période de chômage, création ou reprise d'une entreprise) ;
- Démission d'un salarié mineur pour suivre ses parents ou la personne détenant l'autorité parentale ;
- Démission d'un salarié majeur, placé sous sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle, pour

suivre son parent désigné mandataire spécial, curateur ou tuteur ;

- Démission d'un salarié pour suivre son enfant en situation de handicap admis dans une structure d'accueil, dont l'éloignement entraîne un changement de résidence ;
- Démission après un mariage ou après la conclusion d'un Pacs entraînant un changement de résidence. Le délai entre la démission et le mariage ou Pacs doit être inférieur à deux mois ;
- Démission d'un contrat d'insertion par l'activité ou d'un contrat emploi jeunes (CEJ) en raison d'une reprise d'emploi ou d'une formation ;
- Démission d'un contrat unique d'insertion - contrat initiative emploi (CIE) à durée déterminée, d'un contrat unique d'insertion - contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE), pour contracter un CDD d'au moins six mois ou un CDI, ou suivre une formation qualifiante ;
- Démission pour non-paiement des salaires, à condition que l'employeur ait été condamné à

verser des arriérés de salaires par ordonnance de référé ;

- Démission après un acte délictueux commis par l'employeur dans le cadre de l'exécution du contrat de travail (harcèlement sexuel ou moral, violences physiques). La victime doit avoir déposé plainte auprès du procureur de la République pour prétendre à l'indemnisation chômage ;
- Démission pour changement de domicile en raison d'actes de violence conjugale. La victime doit avoir déposé plainte auprès du procureur de la République pour prétendre à l'indemnisation chômage ;
- Le salarié, ayant perdu son précédent emploi (licenciement, fin de CDD, rupture conventionnelle) et qui ne s'est pas inscrit à Pôle emploi, peut démissionner d'une nouvelle activité pendant ou au terme d'une période d'essai ne dépassant pas 65 jours ;
- Démission pour exercer une activité en CDI à laquelle le nouvel employeur met fin au cours de la période d'essai (avant expiration d'un délai de 65 jours). Pour prétendre à

l'indemnisation chômage, le salarié doit avoir précédemment travaillé pendant au moins trois ans ;

- Démission dans le cadre d'un contrat dit « de couple ou indivisible », le conjoint ayant été licencié, ayant accepté une rupture conventionnelle ou ayant été mis à la retraite par l'employeur ;
- Démission d'un journaliste revendiquant la clause de conscience (C. trav., art. L7112-5) ;
- Démission pour conclure un contrat de service civique, un ou plusieurs contrat(s) de volontariat de solidarité internationale ou de volontariat associatif (durée continue d'au moins une année) ;
- Démission pour créer ou reprendre une entreprise (sans bénéficier de l'allocation de Pôle emploi), dont l'activité cesse pour des raisons indépendantes de la volonté du créateur ou du repreneur ;
- Démission d'un salarié pour suivre son conjoint dans un pays de l'Union européenne ou de l'espace économique européen pour un motif professionnel ;

- Démission d'un assistant maternel si les parents de l'enfant qu'il garde ont refusé de le faire vacciner ;
- Le salarié qui démissionne après avoir repris une activité alors qu'il percevait des allocations chômage peut à nouveau bénéficier d'une indemnisation, à condition d'avoir travaillé moins de 65 jours ou 455 heures au moment de la démission. Si cette condition n'est pas remplie, il pourra être tout de même indemnisé si son dernier emploi a duré moins de 6 jours ou moins de 17 heures par semaine.

Le salarié démissionnaire ne satisfaisant pas aux conditions ci-dessus ne peut prétendre à l'assurance chômage. Toutefois, sa situation pourra être réexaminée par Pôle emploi au bout de quatre mois, s'il justifie de réels efforts dans la recherche d'un nouvel emploi.

Démission pour raisons parentales

Selon l'article L1225-34 du Code du travail, une salariée qui est enceinte peut démissionner sans préavis et sans être tenue de verser une indemnité

de rupture. À condition de prévenir son employeur au moins 15 jours à l'avance, il est également possible de démissionner pour élever un enfant à l'issue du congé de maternité ou d'adoption (voir chapitre 7) ou deux mois après la naissance ou l'arrivée de l'enfant dans le foyer, sans préavis et sans devoir verser d'indemnité de rupture (C. trav., art. L1225-66). Dans l'année qui suit la démission, le salarié peut demander à son employeur de le reprendre. Il bénéficie alors d'une priorité de réembauche dans les emplois correspondant à sa qualification. En cas de réemploi, il conserve tous les avantages acquis au moment de la rupture du contrat (C. trav., art. L1225-67).

La démission autorisée par l'article L1225-66 est adressée par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé. Le même formalisme est requis lorsque le salarié sollicite sa réembauche (C. trav., art. R1225-18). Les propositions d'embauche adressées par l'employeur au salarié le sont par lettre recommandée avec avis de réception. Un formalisme identique est exigé en cas de refus de ces propositions par le salarié (C. trav., art. R1225-19).

L'employeur qui méconnaît les dispositions relatives à la démission pour élever un enfant s'expose aux amendes prévues pour les contraventions de cinquième classe (C. trav., art. R1227-5).

Loi « Avenir professionnel » et démission

La loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a modifié l'article L5422-1 du Code du travail. Depuis le 1er novembre 2019, ont droit désormais à l'allocation chômage les salariés « ayant démissionné pour poursuivre un projet de reconversion professionnelle nécessitant le suivi d'une formation ou un projet de création ou de reprise d'une entreprise. Le projet doit présenter un caractère réel et sérieux attesté par la commission paritaire interprofessionnelle régionale. »

Peut prétendre aux dispositions de l'article précité tout salarié ayant exercé une activité continue pendant cinq ans et étant en CDI au moment de la démission. Préalablement à cette dernière, la personne doit suivre la procédure prévue aux articles L5422-1-1 et R5422-2-1 à R5422-2-3. Vous trouverez une description détaillée de toutes les étapes à respecter sur le site https://demission-reconversion.gouv.fr.

DANS CE CHAPITRE

Les manquements de l'employeur

•

Rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur

•

Les procédures à la disposition des salariés

Chapitre 14
Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire

Dans la grande majorité des cas, le contrat de travail est rompu à l'initiative de l'employeur par un licenciement, à celle du salarié par une démission. La rupture conventionnelle autorise également une séparation d'un commun accord. Mais il existe aussi deux procédures permettant au salarié d'obtenir des dommages-intérêts pour licenciement injustifié, lorsque l'employeur ne respecte pas ses obligations. La première

possibilité, la prise d'acte de la rupture, consiste pour le salarié à rompre son contrat en raison des manquements reprochés à son employeur. La seconde, la résiliation judiciaire, permet au salarié de demander au juge, pour les mêmes raisons, de prononcer la rupture aux torts de l'employeur. Dans les deux cas, si les manquements reprochés à l'employeur sont justifiés, la rupture produira les mêmes effets qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La prise d'acte de la rupture

Cette procédure est une création jurisprudentielle, aucun article du Code du travail ne la réglemente. Pour prendre acte, le salarié prévient son employeur qu'il considère le contrat rompu en raison de manquements qui lui sont imputables.

Fonctionnement

Aucun formalisme particulier n'est imposé, mais le salarié doit être en mesure d'apporter la preuve de la rupture (une lettre recommandée avec avis de réception étant le moyen le plus approprié). Il a même été admis que l'avocat du salarié puisse

informer l'employeur (Cass. soc., 22 novembre 2017, pourvoi n°16-12524). Pour produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié doit saisir le juge, qui décidera alors si les manquements justifient une rupture. Dans le cas contraire, celle-ci produira les effets d'une démission et le salarié n'aura droit à aucune indemnisation.

La saisine du conseil de prud'hommes n'ayant pas pour effet de rompre le contrat, elle ne peut caractériser à elle-seule la volonté du salarié de prendre acte de la rupture de son contrat (Cass. soc., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-18189). Il est donc impératif de prévenir directement l'employeur.

Contrairement à ce dernier, qui est contraint de s'en tenir aux motifs énoncés dans la lettre de licenciement (voir chapitre 15), le salarié pourra éventuellement invoquer de nouveaux manquements, en plus de ceux indiqués dans la lettre adressée à l'employeur (Cass. soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 06-46523). Toutefois, il ne pourra se prévaloir de faits dont il aura eu connaissance après sa prise d'acte (Cass. soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 11-24457).

Des manquements anciens ne justifient pas une prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur, ces faits n'ayant pas empêché la poursuite du contrat de travail (Cass. soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12 – 23634). En revanche, des manquements persistant dans la durée rendent impossible la poursuite du contrat de travail (Cass. soc., 15 janvier 2020, pourvoi n° 18-23417).

La prise d'acte

Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, la démission est une rupture unilatérale du contrat de travail par le salarié.

Elle doit résulter d'une volonté claire et non équivoque de sa part. Par conséquent, la démission peut être requalifiée en prise d'acte si cette volonté était équivoque et découlait des manquements de l'employeur (Cass. soc., 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-25155). Le salarié ne doit toutefois pas attendre trop longtemps après la démission pour se plaindre.

La prise d'acte ne peut être demandée au cours de la période d'essai (Cass. soc., 7 février 2012, pourvoi n° 10-27525). En effet, les règles du licenciement

ne s'appliquent pas tant que cette dernière n'est pas expirée (C. trav., art. L1231-1).

Ses effets

La prise d'acte rompt immédiatement le contrat de travail, et il est impossible de se rétracter (Cass. soc., 21 novembre 2012, pourvoi nº 10-26611). Le salarié perçoit son salaire jusqu'à cette date et n'exécute pas son préavis, qui ne lui est donc pas payé. Il peut toutefois spontanément proposer de faire le préavis, sans que cela modifie l'appréciation que le juge pourra porter sur les manquements reprochés à son employeur (Cass. soc., 9 juillet 2014, pourvoi nº 13 – 15 832). Celui-ci doit lui remettre son certificat de travail ainsi que l'attestation Pôle emploi. Cette dernière doit mentionner la prise d'acte comme motif de la rupture ainsi que les éléments invoqués pour la justifier.

Le contrat de travail étant rompu lors de la prise d'acte, le salarié ne peut prétendre au versement d'une prime de vacances payée ultérieurement (Cass. soc., 21 septembre 2017, pourvoi nº 15-28933).

Étant donné qu'un salarié démissionnaire ne bénéficie pas des allocations chômage, le juge devra décider si la prise d'acte doit être considérée comme un licenciement (abusif) ou comme une démission. L'enjeu est donc de taille et cela nécessitera un procès, dont le salarié devra attendre l'issue pour percevoir éventuellement les allocations chômage (si et seulement si la rupture est analysée comme un licenciement). Par conséquent, pour prendre acte, il ne faut pas avoir besoin des allocations de Pôle emploi, l'idéal étant d'avoir déjà signé un contrat de travail avec un nouvel employeur.

L'employeur ne peut pas licencier le salarié. En effet, le contrat de travail ayant déjà été rompu par ce dernier lors de la prise d'acte, il ne peut l'être une seconde fois. C'est l'application de l'adage « Rupture sur rupture ne vaut ».

Lorsque la prise d'acte est requalifiée en démission, le salarié peut être condamné à verser l'indemnité compensatrice de préavis à son employeur, même en l'absence de préjudice (Cass. soc., 10 avril 2013, pourvoi n° 12-14749). Cette indemnité n'est pas due lorsque le salarié propose d'effectuer le préavis

et que l'employeur l'en dispense (Cass. soc., 19 mai 2015, pourvoi n° 13-25615).

La résiliation judiciaire

La résiliation judiciaire prévue par l'article 1217 du Code civil n'est pas réservée aux seuls contrats de travail, mais à tous les contrats « synallagmatiques » (dans lesquels les parties ont des droits et des obligations l'une envers l'autre).

Fonctionnement

Cette procédure consiste à demander au juge de rompre le contrat aux torts de l'autre partie qui ne remplit pas ses obligations. Contrairement à la prise d'acte qui rompt immédiatement le lien contractuel, c'est la décision du juge qui aura pour effet de mettre fin au contrat (la rupture intervenant à la date du prononcé de la décision). Pendant toute la durée de la procédure judiciaire, qui peut durer plusieurs années, le contrat de travail se poursuit entre l'employeur et le salarié. Si le juge rejette la demande en estimant que les

griefs invoqués sont insuffisants ou non avérés, le contrat n'est pas rompu et son exécution continue.

La résiliation judiciaire a le défaut de sa qualité par rapport à la prise d'acte. Elle a pour avantage de ne pas laisser le salarié privé d'emploi pendant toute la durée de la procédure judiciaire. En revanche, elle oblige l'employeur et le salarié à travailler ensemble, alors qu'ils sont en conflit. De nombreuses personnes rechigneront certainement à intenter un procès à leur employeur tout en continuant à travailler pour lui. De plus, cette poursuite du contrat satisfait rarement l'employeur, qui prend la saisine du conseil de prud'hommes comme une déclaration de guerre (ce qu'elle est), mais surtout comme un moyen de pression. Cette situation, difficilement envisageable dans une PME, sera toutefois plus facile à vivre dans une grande entreprise ou bien lorsque le salarié travaille dans une grande indépendance.

Ses effets

Contrairement à la prise d'acte, la demande de résiliation judiciaire peut être suivie d'un licenciement (le contrat n'étant pas rompu). Bien évidemment, celui-ci doit reposer sur une cause

réelle et sérieuse. Or, l'action en justice découlant de la demande de résiliation judiciaire ne peut constituer un motif valable (cela porte atteinte à la liberté fondamentale du salarié d'ester en justice), même si l'employeur n'a plus confiance dans son collaborateur (Cass. soc., 3 février 2016, pourvoi nº 14 – 18600). Ce dernier pourra alors contester le motif avancé par l'employeur, en indiquant qu'il s'agit d'une mesure de rétorsion liée à son action judiciaire, et demander la nullité du licenciement. Dans une telle situation, le juge doit tout d'abord examiner la demande de résiliation judiciaire. Ce n'est qu'en cas de rejet de celle-ci qu'il examinera la contestation du licenciement.

Le salarié a la possibilité de prendre acte de la rupture après avoir formé une demande de résiliation judiciaire. Mais, dans ce cas, seule la prise d'acte sera examinée par le juge (Cass. soc., 9 mai 2007, pourvoi nº 05-45218). À noter également que si le salarié démissionne, il ne pourra plus rien faire sauf à demander la requalification de la démission en prise d'acte (Cass. soc., 30 avril 2014, pourvoi nº 13-10772).

Si le salarié part à la retraite après une demande de résiliation judiciaire, celle-ci devient sans objet

(Cass. soc., 12 avril 2005, pourvoi n° 02-45923). En revanche, il pourra solliciter la réparation du préjudice causé par les manquements de son employeur.

L'effet d'un licenciement injustifié

La décision de justice, qui qualifie la prise d'acte de licenciement abusif ou prononce la rupture du contrat aux torts de l'employeur, permet au salarié d'obtenir des dommages-intérêts pour licenciement injustifié. Celui-ci doit également demander le paiement de son indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, de son indemnité de préavis et des congés payés afférents à cette dernière. En revanche, l'employeur ne peut être condamné à lui verser des dommages-intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement, cette procédure n'ayant pas été violée (Cass. soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 09-42092).

Dans certains cas, le licenciement prononcé par l'employeur est nul (et non injustifié), par exemple lorsqu'un représentant du personnel est licencié en l'absence d'autorisation de l'inspecteur du travail

ou quand l'employeur omet de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° 10-23516).

Lorsque la prise d'acte de la rupture émane d'un salarié protégé, cette rupture produit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur si les faits invoqués la justifiaient. Le salarié peut prétendre à une indemnité égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de protection en cours (Cass. soc., 29 janvier 2013, pourvoi n° 11-23764).

Le salarié doit aussi demander la remise d'une attestation Pôle emploi et des bulletins de salaire (Cass. soc., 4 avril 2007, pourvoi n° 05-42847). Enfin, le juge peut condamner l'employeur à rembourser à Pôle emploi les allocations chômage versées au salarié dans la limite de six mois de salaires. Cette condamnation n'a pas à être demandée par le salarié (seuls impératifs, le salarié doit avoir plus de deux ans d'ancienneté et l'entreprise compter plus de dix salariés).

Les précautions à prendre par les salariés

La prise d'acte et la résiliation judiciaire sont des armes relativement délicates à mettre en œuvre si le salarié n'est pas conseillé. Lors du procès, la preuve des manquements de l'employeur doit être apportée par le salarié. Le doute ne lui profite donc pas comme en matière de licenciement (C. trav., art. L1235-1). Dans un cadre contractuel, lorsqu'une partie demande à l'autre d'exécuter ses obligations, elle doit – en principe – tout d'abord la mettre en demeure (par lettre recommandée) de les accomplir. Or, en matière de prise d'acte et de résiliation judiciaire, une mise en demeure n'est pas un préalable obligatoire (Cass. soc., avis du 3 avril 2019 nº 15003). Il s'agit d'une dérogation à une règle importante du droit des contrats prévue par l'article 1226 du Code civil. Cette mise en demeure préalable n'en est pas pour autant inutile. En effet, le salarié aura tout intérêt à se plaindre de cette inexécution et à demander à l'employeur d'y remédier. En principe, sa réponse permettra de connaître les éléments qui peuvent, à juste titre ou non, fonder sa position. Une absence de réponse ou, *a fortiori*, une justification maladroite sera de bon augure pour la suite. En effet, l'employeur ne pourra pas prétendre ignorer cette demande du salarié.

Des armes à l'usage exclusif du salarié

Ces deux modes de rupture sont réservés uniquement au salarié, l'employeur ne pouvant les utiliser. Cependant, le contrat de travail ne peut être considéré comme rompu tant que le salarié n'a pas manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner. Ne plus se rendre à son travail pendant plusieurs semaines ne peut être assimilé, par exemple, à une démission claire et non équivoque.

En réplique à une demande de résiliation judiciaire, l'employeur n'a pas la possibilité de demander son prononcé aux torts du salarié ou aux torts réciproques. Une telle requête produirait les effets d'un licenciement injustifié (Cass. soc., 5 juillet 2005, pourvoi n° 03-45058). Face aux manquements du salarié, il ne peut qu'initier une procédure de licenciement : celle-ci doit permettre au salarié de s'expliquer sur les motifs conduisant l'employeur à rompre le contrat.

Pour éviter la prise d'acte et la résiliation judiciaire, l'employeur doit impérativement respecter ses obligations. Une lettre de réclamation d'un salarié

faisant état de manquements peut être interprétée comme un signe annonciateur. Lorsque le salarié est lié à l'employeur par un contrat à durée déterminée, les manquements reprochés au second doivent être constitutifs d'une faute grave (Cass. soc., 30 mai 2007, pourvoi n° 06-41240).

Il n'existe qu'un seul cas permettant à l'employeur de demander la résiliation judiciaire : être dans l'impossibilité de reclasser un salarié, en contrat à durée déterminée, déclaré inapte à son poste par le médecin du travail.

Les manquements de l'employeur

Le juge doit décider si ces manquements sont suffisamment graves pour justifier ou non une rupture du contrat aux torts de l'employeur (Cass. soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 13-11187 ; Cass. soc., 21 juin 2017, pourvoi n° 15-24272). En principe, il n'y a pas de différence entre les deux procédures, les manquements qui justifient l'une justifient l'autre. La seule différence réside dans l'effet sur le contrat. Alors que la prise d'acte le rompt et fige la situation entre l'employeur et le salarié, la

résiliation le laisse se poursuivre. Si le contrat est toujours en cours d'exécution au moment de l'audience du conseil de prud'hommes, les juges doivent apprécier la situation à l'instant T. Ils peuvent notamment tenir compte de la régularisation opérée par l'employeur et refuser de prononcer la résiliation judiciaire si les manquements ne sont pas suffisamment graves (Cass. soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-24951).

Lorsque l'employeur a pris les mesures nécessaires en licenciant l'auteur d'un harcèlement moral avant la saisine du conseil de prud'hommes par le salarié victime, cela ne justifie pas la rupture (Cass. soc., 1er juillet 2009, pourvoi n° 07-44198).

Le manquement reproché à l'employeur doit faire obstacle à la poursuite du contrat de travail. Le refus de l'employeur d'accepter la candidature d'un salarié répondant aux critères d'un plan de départ volontaire n'empêche pas la poursuite du contrat de travail (Cass. soc., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16 – 11520).

Comme le dit l'adage, comparaison n'est pas raison. Si vous envisagez de recourir à l'un de ces deux modes de rupture, les situations décrites ci-dessous peuvent se révéler intéressantes. Toutefois,

vous ne serez absolument pas certain(e) d'obtenir une décision identique. Dans le premier chapitre, nous avons en effet précisé qu'une décision de justice ne règle que le cas qui lui est soumis. Le juge qui doit trancher un autre cas n'est donc pas lié par la ou les décision(s) antérieure(s) prise(s) par d'autres juges. La résiliation et la prise d'acte sont des réponses à une situation de fait, elles ne sont jamais totalement identiques.

Le manquement à une obligation légale

L'employeur doit respecter de nombreuses obligations prévues par le Code du travail. Il est ainsi tenu à une obligation de résultat en matière de santé et de sécurité des conditions de travail. Celle-ci concerne non seulement la santé physique, mais également la santé mentale ainsi que la protection contre le harcèlement sexuel ou moral (voir chapitre 10) :

- L'existence d'un harcèlement moral ou sexuel justifie la prise d'acte de la rupture, même si l'employeur a pris des mesures afin de faire cesser ces agissements. En effet, celui-ci est

tenu à une obligation de résultat en matière de sécurité (Cass. soc., 19 janvier 2012, pourvoi nº 10-20935). Toutefois, dans un arrêt de 2015, la Cour de cassation a décidé que le juge devait apprécier si ce manquement empêchait la poursuite du contrat de travail et s'il justifiait la prise d'acte de la rupture par le salarié (Cass. soc., 11 mars 2015, pourvoi nº 13-18603) ;

- Les comportements de violence ou d'agressivité constituent un motif de rupture aux torts de l'employeur même si aucun coup n'a été porté. Ce droit a par exemple été reconnu à une secrétaire traitée de « gourde ». Alors qu'elle demandait à son employeur la raison de cette insulte, celui-ci l'a éjectée de son siège en jetant ce dernier dans le couloir (Cass. soc., 30 octobre 2007, pourvoi nº 06-43327) ;
- L'employeur, qui n'a pris aucune mesure pour remédier à la situation de souffrance psychologique exprimée par un salarié et matérialisée par des circonstances objectives, manque à son obligation de sécurité. Ce manquement est de nature à empêcher la

poursuite du contrat de travail (Cass. soc., 8 juin 2017, pourvoi n° 16-10458) ;

- Des remarques sur l'état de santé et le physique émanant de collègues justifient également la rupture, si l'employeur ne prend pas les mesures nécessaires pour faire cesser ce comportement ;
- Le non-respect de la législation antitabac dans l'entreprise justifie une rupture lorsque l'employeur a fait apposer des interdictions de fumer, mais sans les faire respecter (Cass. soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-44412) ;
- Est rejetée la demande du salarié qui n'a informé l'employeur des violences commises par d'autres salariés que dans la lettre de prise d'acte (Nîmes, 15 avril 2008, RG n° 05/150) ;
- Est également rejetée la demande du salarié responsable de l'altercation ayant conduit à des violences à son encontre (Aix-en-Provence, 26 juin 2008, JD 2000 85007524) ;
- L'ignorance du danger encouru par le salarié ne dispense pas l'employeur de prendre les mesures nécessaires (Cass. soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-40144) ;

- L’absence de visite médicale de reprise ne justifie pas la rupture du contrat de travail (Cass. soc., 20 octobre 2016, pourvoi n° 15-17375). En revanche, l’absence de visite d’information et de prévention, de visite périodique et de visite de reprise après un arrêt de 6 mois en raison d’un accident du travail justifie la prise d’acte (Cass. soc., 8 février 2017, pourvoi n° 15-14874) ;
- L’atteinte aux droits du salarié concernant l’organisation de son temps de travail et de repos rend impossible la poursuite du contrat compte tenu des conséquences inévitables sur sa vie personnelle (Cass. soc., 16 octobre 2019, pourvoi n°18-16539).

L’absence de mise en place des institutions représentatives du personnel ne justifie pas une demande de résiliation judiciaire (Cass. soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 07-42935).

Le manquement de l’employeur à ses obligations légales justifie la réparation d’un préjudice distinct de celui résultant de la rupture du contrat (Cass. soc., 17 décembre 2012, pourvoi n° 11-18208).

Le manquement à une obligation essentielle du contrat

La manifestation d'un tel manquement correspond à une inexécution par l'employeur de ses obligations ou à une modification contractuelle imposée au salarié. C'est un motif fréquent de rupture du contrat aux torts de l'employeur. Le changement doit être effectif et ne pas se limiter à une simple proposition. Si l'employeur a fait pression sur le salarié pour qu'il l'accepte, cela peut justifier la rupture aux torts de ce dernier (la modification devant avoir une certaine gravité). Voici quelques exemples :

- Le changement des fonctions d'un salarié – aucune affectation pendant un mois, puis mission temporaire de niveau hiérarchique inférieur – justifie la prise d'acte (Cass. soc., 13 décembre 2007, pourvoi nº 06-46023) ;
- La modification des fonctions d'une secrétaire de direction, lui imposant de devenir formatrice en informatique, justifie la prise d'acte (Poitiers, 27 janvier 2006, arrêt nº 05-1338) ;

- Le changement d'un taux de commissionnement ou le refus de payer une prime justifie la prise d'acte. En revanche, si cette modification n'a causé aucun préjudice aux salariés, la prise d'acte devient caduque (Cass. soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 06-56523) ;
- La fourniture de travail est une obligation essentielle de l'employeur. Le manquement à celle-ci justifie la résiliation judiciaire (Cass. soc., 4 décembre 2019, pourvoi n°18-15947) ;
- Le retard dans le paiement du salaire pendant 2 mois n'empêche pas la poursuite de la relation de travail (Cass. soc., 29 janvier 2020, pourvoi n°17-13961) ;
- Le refus de payer des heures supplémentaires ou une prime conventionnelle (Cass. soc., 16 juin 2008, pourvoi n° 07-42877) justifie la rupture aux torts de l'employeur ;
- L'absence du paiement des frais de route pendant une année justifie la rupture (Cass. soc., 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-46229) ;
- L'employeur doit fournir au salarié les moyens nécessaires à l'accomplissement de

ses tâches. Le retrait d'un véhicule de fonction justifie la rupture aux torts de l'employeur (Cass. soc., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-19794) ;

- Le décalage d'un ou deux jour(s) du paiement du salaire n'est pas suffisamment grave pour légitimer la rupture du contrat (Cass. soc., 9 janvier 2005, pourvoi n° 06-41240). En revanche, des difficultés financières ne justifient pas le retard dans le paiement du salaire. Il appartient donc à l'employeur de déclarer la cessation des paiements de l'entreprise. Toutefois, lorsque la procédure collective est ouverte, le retard de paiement de salaires du fait de l'intervention du fonds de garantie ne justifie pas la rupture ;
- Même si elle résulte de l'application d'une clause de mobilité géographique, une modification du lieu de travail justifie une prise d'acte dès lors qu'elle entraîne un changement de la structure de la rémunération du salarié (Cass. soc., 1er février 2011, pourvoi n° 10-11717).

DANS CE CHAPITRE

Les principaux motifs de licenciement

•

La prise de décision

•

La procédure à respecter

•

La mise à pied conservatoire

•

Les enjeux et moyens de la contestation

Chapitre 15
Le licenciement pour motif personnel

Une fois la période d'essai expirée, l'employeur qui souhaite se séparer d'un salarié doit suivre une procédure particulière et invoquer un motif pour justifier cette rupture. Dans ce chapitre, nous vous présentons les principales règles à respecter

lorsque le motif du licenciement est inhérent à la personne du salarié (par opposition au licenciement économique, prononcé en raison de la situation de l'entreprise, qui est décrit dans le chapitre suivant). Nous exposons notamment les circonstances restreignant la possibilité du licenciement ainsi que différents éléments permettant d'apprécier sa légitimité.

Dans une telle procédure, le salarié et l'employeur sont dans une totale opposition, la contestation du licenciement étant la principale source de procès. L'employeur qui décide de cette mesure doit sécuriser au maximum cette rupture pour éviter sa contestation ou l'aborder dans les meilleures conditions. À l'inverse, le salarié qui se retrouve involontairement privé d'emploi subit un préjudice, dont il peut légitimement demander réparation si les motifs invoqués par la direction de l'entreprise ne constituent pas une cause réelle et sérieuse de licenciement.

La rupture prononcée en raison de l'impossibilité de reclasser un salarié devenu inapte à son poste (cas particulier de motif personnel) vous est présentée au chapitre 10, traitant de la santé au travail.

Cadre et limites

Le licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse (C. trav., art. L1232-1), toutefois le Code du travail n'en précise ni la définition ni le critère. La contestation judiciaire de la rupture conduira par conséquent le juge à apprécier sa légitimité. La cause doit être réelle à double titre. Elle doit bien évidemment exister et ne pas être un prétexte pour se débarrasser du salarié (un paravent masquant par exemple une cause illégale telle qu'une discrimination). Elle doit également être sérieuse et revêtir une certaine gravité afin d'être proportionnée aux motifs qui la fondent. Mais, surtout, ces faits doivent être justifiés par des éléments tangibles.

Le licenciement est le passage obligé pour rompre le contrat de travail si le salarié ne souhaite pas quitter l'entreprise en recourant à une démission ou à une rupture conventionnelle (voir les chapitres 13 et 17). Passage d'autant plus obligé que le contrat ne peut prévoir par avance un événement qui entraînera sa rupture de plein droit ou qui constituera une cause réelle et sérieuse de licenciement. De telles clauses sont sans effet, car le salarié ne peut renoncer par anticipation aux

règles le protégeant contre un licenciement abusif et à la possibilité de demander au juge de contrôler le motif de la rupture (Cass. soc., 14 novembre 2000, pourvoi nº 98-42371).

Les règles applicables à l'indemnisation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ont été profondément modifiées par l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail.

À noter que, dans certaines activités réglementées telles que le gardiennage ou le transport de fonds, la loi prévoit par exception la rupture du contrat de plein droit si le salarié ne remplit plus les conditions pour accomplir ses tâches. Celui-ci perçoit seulement l'indemnité légale de licenciement (loi nº 2003-239 du 18 mars 2003, art. 97 et 102).

Restrictions

Les représentants du personnel ou les délégués syndicaux bénéficient d'une protection contre le licenciement. L'employeur doit ainsi obtenir l'autorisation de l'inspecteur du travail, avant de pouvoir rompre un tel contrat. Par ailleurs, les

motifs permettant de licencier une femme enceinte, un salarié en arrêt de travail à la suite d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail sont extrêmement limitées. Certaines conventions collectives peuvent également restreindre la possibilité de rompre le contrat dans certaines situations. Enfin, le contrat de travail peut prévoir une clause de garantie d'emploi (voir chapitre 5).

Les licenciements soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail

L'autorisation de l'inspecteur du travail est nécessaire pour pouvoir licencier les représentants du personnel : membres du comité social et économique, délégués syndicaux, candidats non élus à ces fonctions ou, sous certaines conditions, personnes ayant demandé l'organisation d'élections professionnelles. Les salariés siégeant dans certains organismes ou juridictions, comme un conseil de prud'hommes, bénéficient également de cette protection. La procédure à respecter pour licencier ces salariés particuliers est présentée au chapitre 19.

Les licenciements nuls en raison de la situation du salarié

Certaines situations requièrent une restriction des possibilités de licenciement en raison de la nécessité de protéger des salariés vulnérables, en particulier les femmes enceintes ainsi que les victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

Les femmes enceintes

L'employeur n'a pas le droit de rompre le contrat de travail d'une salariée, à partir du moment où sa grossesse est médicalement constatée, sauf en cas de faute grave non imputable à cette dernière ou s'il est dans l'impossibilité de maintenir le lien contractuel pour une raison étrangère à la grossesse (C. trav., art. L1225-4). La lettre de licenciement doit impérativement faire état de cette impossibilité (Cass. soc., 21 janvier 2009, pourvoi nº 07-41841), l'existence d'un motif économique ne constituant pas en soi une telle impossibilité. Si un licenciement est prononcé sans que l'employeur ait eu connaissance de cet état de grossesse, le salarié peut en demander l'annulation dans les 15 jours en adressant un certificat médical à son

patron. La rupture contractuelle ne peut être notifiée pendant le congé maternité. Cette protection expire dix semaines après la fin de ce dernier ou est reportée au retour effectif de la salariée si celle-ci prend ses congés payés à la suite de son congé maternité (Cass. soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-12321). En cas d'arrêt maladie, la protection n'est pas reportée sauf si le certificat médical mentionne le lien entre l'état de santé de la salariée et la maternité (Cass. soc., 8 juillet 2015, pourvoi n° 14-15979). S'il est salarié, le père de l'enfant bénéficie de la même protection (C. trav., art. L1225-4-1).

Les victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles

Pendant les périodes de suspension de contrat consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, le salarié bénéficie d'une protection contre le licenciement. Celui-ci ne peut être prononcé, sauf en cas de faute grave ou d'impossibilité de maintenir le lien contractuel. Un motif économique de licenciement ne constitue pas une telle impossibilité, sauf en cas de cessation totale de l'activité de l'employeur (Cass. soc., 26 septembre 2007, pourvoi n° 06-43156). Cette

protection perdure tant que le salarié n'a pas passé la visite médicale de reprise, y compris s'il a recommencé à travailler.

Les licenciements nuls en raison de motifs discriminatoires

L'employeur ne peut fonder le licenciement sur un motif discriminatoire tenant aux caractéristiques personnelles du salarié, dont la liste est donnée par le Code du travail sous la forme d'un inventaire à la Prévert (C. trav., art. L1132-1) : un employé ne peut être licencié en raison « de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en

raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français ». Serait également discriminatoire le licenciement d'une personne qui aurait relaté ou témoigné de faits de corruption, de bonne foi, soit à son employeur, soit à des autorités judiciaires, ou celui d'un salarié prononcé en raison de son témoignage, de bonne foi, de faits constitutifs d'un crime ou d'un délit et dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (C. trav., art. L1132-3-3). La protection de cette dernière catégorie vise à protéger les lanceurs d'alerte.

Le licenciement prononcé par l'employeur en raison d'une action en justice intentée par le salarié est nul, car le droit d'ester en justice constitue une liberté fondamentale (Cass. soc., 13 février 2019, pourvoi n° 17-23709 ; Cass. soc., 20 mars 2019, pourvoi n° 17-21932). L'action en justice du salarié peut justifier son licenciement uniquement en cas de mauvaise foi démontrée par l'employeur (Cass. soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-13593).

Le licenciement prononcé pour l'un de ces motifs discriminatoires est nul. Ainsi, la mise à la retraite avant 70 ans décidée en raison de l'âge du salarié

s'apparente à un licenciement nul (Cass. soc., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-12816). Le licenciement d'un homme – au contact de la clientèle dans un restaurant gastronomique – en raison du port de boucles d'oreille, la lettre de licenciement établissant un rapport entre son apparence physique et son sexe, est discriminatoire (Cass. soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-28213). Un salarié licencié en raison du port de la barbe, considéré par l'employeur comme l'expression de ses convictions politiques et religieuses, est victime de discrimination (Cass. soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-23743). Le licenciement d'une victime de harcèlement moral ou sexuel ou d'une personne ayant témoigné en sa faveur est nul s'il est jugé sans cause réelle et sérieuse. Les personnes qui ont agi en justice pour mettre fin à une discrimination ou pour faire respecter l'égalité femmes-hommes bénéficient de cette même protection. Le licenciement d'un salarié en raison de la dénonciation de faits de harcèlement moral est nul, sauf si la personne est de mauvaise foi. Cette dernière ne peut être établie qu'en prouvant la connaissance par le salarié de la fausseté des faits dénoncés. L'employeur peut invoquer la mauvaise foi du salarié sans y avoir fait référence dans la

lettre de licenciement (Cass. soc., 16 septembre 2020, pourvoi n° 18-26696). En revanche, la seule existence d'une situation de harcèlement moral ne suffit pas à rendre nul le licenciement. En effet, si le motif de licenciement n'a pas de lien avec le harcèlement moral invoqué par le salarié, celui-ci peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 28 septembre 2017, pourvoi n° 15-29422).

La victime d'un licenciement nul peut demander soit sa réintégration, soit le paiement de dommages-intérêts. Si l'employeur refuse la première option, le conseil de prud'hommes peut ordonner la réintégration. Le salarié bénéficie alors de l'ensemble de ses salaires jusqu'au prononcé de cette mesure. De son côté, l'employeur peut obtenir la déduction des revenus perçus pendant cette période (indemnités Pôle emploi ou revenus d'une autre activité professionnelle par exemple). Lorsque le licenciement a été prononcé en violation d'une liberté fondamentale protégée par la Constitution comme en cas de fait de grève, aucune déduction ne pourra être opérée par l'employeur. Ce régime s'applique aussi lorsque le licenciement est lié à l'état de grossesse de la salariée (Cass. soc.,

29 janvier 2020, pourvoi n° 18-21682). Le salarié qui ne souhaite pas retourner dans l'entreprise peut obtenir l'indemnité de licenciement et de préavis ainsi que des dommages-intérêts, d'un montant minimum de six mois de salaire, en raison du caractère illicite de son licenciement (Cass. soc., 27 juin 2000, pourvoi n° 98-43439).

Licenciement et retraite

La rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié, en vue de bénéficier d'une pension de retraite, constitue un départ à la retraite qui implique une volonté claire et non équivoque assimilable à une démission. Ce départ n'est possible qu'à partir de 60 ans, sauf pour les salariés handicapés, les personnes ayant commencé à travailler très jeunes ou bénéficiant de régimes spéciaux. Contrairement à la démission, qui ne donne droit à aucune indemnité, le salarié reçoit une indemnité variant en fonction de son ancienneté (C. trav., art. L1237-9). À moins que la convention collective n'en prévoie une plus importante, cette indemnité s'élève à :

- 0,5 mois de salaire après 10 ans d'ancienneté ;
- 1 mois de salaire après 15 ans d'ancienneté ;
- 1,5 mois de salaire après 20 ans d'ancienneté ;
- 2 mois de salaire après 30 ans d'ancienneté.

Les clauses dites « couperet » d'un contrat de travail ou d'une convention collective prévoyant la mise à la retraite à partir d'un âge donné, ou dès que le salarié peut bénéficier d'une retraite à taux plein, sont nulles (C. trav., art. L1237-4).

La mise à la retraite à l'initiative de l'employeur est une rupture du contrat. Par le passé, elle pouvait être décidée

d'office à partir de 65 ans. Depuis la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2009, une nouvelle procédure permet au salarié de travailler, s'il le souhaite, jusqu'à 70 ans. L'employeur peut, trois mois avant la date anniversaire des 65 ans du salarié (puis les années suivantes dans les mêmes conditions), l'interroger sur sa volonté de partir à la retraite. La personne dispose alors d'un mois pour refuser. En cas d'acceptation, elle est tenue à un préavis d'une durée identique à celui prévu en cas de licenciement, sauf convention collective plus favorable (C. trav., art. L1237-10). Sans l'accord du salarié, la mise à la retraite constitue un licenciement.

À noter que les sanctions sont différentes lorsque la nullité est la conséquence de la violation de la protection dont bénéficie un accidenté du travail ou la victime d'une maladie professionnelle. Les modalités de cette réparation sont étudiées au chapitre 10 traitant de la santé au travail.

Exceptions

Le licenciement ne peut pas être fondé sur un événement relevant de la vie personnelle du salarié. Ce principe comporte toutefois des exceptions lorsque cette dernière rejaillit sur sa vie

professionnelle. Les motifs subjectifs, comme la perte de confiance, ne peuvent pas non plus constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Le motif tiré de la vie privée

La vie privée du salarié ne regarde pas l'employeur et celui-ci ne peut, en principe, en tirer parti pour fonder son licenciement. Toutefois, la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle n'étant pas totalement hermétique, ce principe comporte des exceptions, notamment lorsque le comportement du salarié crée un trouble dans l'entreprise, comme dans les cas suivants :

- Un salarié coupable de violences à l'égard de sa concubine également salariée de l'entreprise, lesquelles ont conduit à son arrestation sur le lieu de travail (Cass. soc., 9 juillet 2002, pourvoi nº 00-45068) ;
- Un salarié d'une banque condamné dans un trafic de voitures volées (Cass. soc., 25 janvier 2006, pourvoi nº 04-44918) ;
- Un conducteur de transport en commun ayant perdu son permis de conduire en raison d'une

conduite en état d'ivresse (Cass. soc., 19 mars 2008, pourvoi nº 06-45212) ;

- Des comportements inadaptés (insultes, menaces) à l'égard de collègues lors d'un séjour organisé par l'employeur pour récompenser les lauréats d'un « challenge » se rattachent à la vie de l'entreprise et peuvent justifier un licenciement (Cass. soc., 8 octobre 2014, pourvoi nº 13-16793) ;
- Le salarié d'une caisse d'allocations familiales qui a fait de fausses déclarations pour percevoir des prestations plus importantes d'une autre caisse (Cass. soc., 25 février2003, pourvoi nº 00-42031).

En revanche, l'homosexualité d'un sacristain, en l'absence de trouble dans sa congrégation religieuse, ne justifie pas un licenciement (Cass. soc., 17 avril 1991, pourvoi nº 90-42636), tout comme l'émission de chèques sans provision par un cadre bancaire.

Depuis le 3 mai 2011 (pourvoi nº 09-67464), la Cour de cassation semble avoir opéré un revirement. Désormais, un fait tiré de la vie privée ne peut justifier un licenciement disciplinaire, sauf

si le salarié méconnaît les obligations de son contrat de travail (Cass. soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-15379). Dans ce cas, le licenciement n'est pas nul mais sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 29 septembre 2014, pourvoi n° 13-18344). À noter que l'expression des salariés sur les réseaux sociaux relève de leur vie privée. Toutefois, dans certains cas, cela peut constituer un motif de licenciement (cette question est traitée au chapitre 11 consacrée aux nouvelles technologies).

La perte de confiance

Tout employeur qui n'a plus confiance en un salarié aimerait certainement le licencier. Or, la confiance est une impression de sécurité envers une personne qui est forcément subjective. Sa perte ne peut donc constituer un motif objectif de licenciement. La jurisprudence ne considère plus ce motif comme une cause réelle et sérieuse de licenciement, même quand il repose sur des éléments objectifs (Cass. soc., 29 mai 2001, pourvoi n° 98-46341). Un employeur ne peut donc licencier une caissière en raison de graves soupçons entraînant une perte de confiance (Cass. soc., 25 juin 1991, pourvoi n° 88-42737). En revanche, les éléments objectifs ayant

conduit à cette perte de confiance peuvent servir à motiver un licenciement s'ils constituent à eux seuls une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il faut par conséquent proscrire toute référence à la perte de confiance dans la lettre de licenciement.

Les motifs de licenciement

Il existe une multitude de raisons amenant un employeur à se séparer d'un salarié. Cependant, les motifs de rupture peuvent être classés en deux grandes catégories : avec ou sans faute du salarié.

Le licenciement sans faute

Le licenciement n'a pas toujours pour origine la faute d'un salarié. En effet, il peut être rendu nécessaire par son incompétence ou par la nécessité de le remplacer lorsque ses absences perturbent la vie de l'entreprise.

À noter que le terme « grief », dans une lettre de licenciement, peut s'appliquer aussi bien à des faits fautifs qu'à des faits d'insuffisance professionnelle. L'employeur peut donc invoquer dans la lettre de licenciement des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié, dès lors qu'il

s'agit de faits distincts et que les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement ont été respectées (Cass. soc., 11 mars 2016, pourvoi nº 14-27020).

L'incompatibilité d'humeur et la mésentente

Les difficultés relationnelles entre un salarié et son employeur, ou un collègue, peuvent être à l'origine d'une rupture du contrat de travail. Pour constituer un motif de licenciement, la mésentente ou l'incompatibilité d'humeur doit reposer sur des faits objectifs. Il peut s'agir de propos outranciers, d'un dénigrement, d'une attitude provocatrice à l'encontre de l'autre. L'existence d'un doute sur leur imputabilité rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse, le doute profitant au salarié. Ces faits doivent avoir un impact sur le bon fonctionnement de l'entreprise. Ils doivent impérativement être mentionnés dans la lettre de licenciement (Cass. soc., 17 janvier 2001, pourvoi nº 98-44354). La relation entre ces faits et la mésentente est un peu comme la poule et l'œuf : il est impossible de savoir si ce comportement est la conséquence ou la cause de l'incompatibilité

d'humeur. Indépendamment d'une attitude fautive et de motifs objectifs permettant de licencier son responsable, deux personnes peuvent ne pas se supporter. Une rivalité ou une jalousie peut être à l'origine de problèmes relationnels et d'une mauvaise ambiance dans l'entreprise, sans qu'il y ait d'explication rationnelle. Dans une telle situation, le licenciement pourra difficilement être prononcé.

Les absences répétées d'un salarié malade

Le licenciement prononcé en raison du mauvais état de santé d'un salarié est discriminatoire et donc nul. Toutefois, lorsque son absence prolongée ou des absences répétées perturbent le fonctionnement de l'entreprise, cette situation peut justifier le licenciement, à condition de remplacer le salarié. L'employeur ne doit pas agir dans la précipitation, en particulier si la personne est susceptible de revenir. La lettre de licenciement doit mentionner la perturbation du fonctionnement de l'entreprise et la nécessité de remplacer le salarié définitivement (Cass. soc., 8 avril 2009, pourvoi n° 07-43909). Si elle vise la perturbation

dans l'établissement et non dans l'entreprise, cela suffit à rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 23 janvier 2013, pourvoi nº 11-28075). En cas de contestation, l'employeur devra démontrer la nécessité de ce remplacement ainsi que la désorganisation provoquée par la ou les absence(s).

Les juges doivent impérativement vérifier l'embauche d'un remplaçant.

L'insuffisance professionnelle

Cette expression désigne un manque de compétence et d'aptitude pour remplir ses fonctions. Un pédagogue nord-américain, Laurence Peter, a donné son nom à un principe selon lequel toute personne (sauf peut-être un génie) atteint un jour un seuil d'incompétence. La réussite d'un salarié lui permet de bénéficier de promotions le conduisant à des fonctions de plus en plus élevées, jusqu'à ce que son seuil d'incompétence soit dépassé. Ce principe est néanmoins très théorique, de nombreux salariés n'atteignant pas leur seuil d'incompétence, notamment parce que les promotions ne sont pas fréquentes ni automatiques (y compris pour une personne surqualifiée). Par

ailleurs, le salarié peut lui-même connaître parfaitement ses limites et refuser une promotion, pour ne pas se retrouver sur un siège éjectable.

Bien évidemment, un employeur peut également avoir cerné les limites d'un salarié. Dans ce cas, l'insuffisance professionnelle peut constituer un motif de licenciement, mais à condition d'être imputable à l'employé et de présenter une certaine gravité. Pour établir cette insuffisance, le chef d'entreprise – qui est seul à pouvoir l'apprécier – doit présenter des éléments objectifs démontrant la légitimité du licenciement. Ceux-ci ne peuvent correspondre à de vagues motifs, tels que l'absence de motivation ou un manque d'ardeur au travail.

Voici plusieurs exemples illustrant l'insuffisance professionnelle reconnue comme motif de licenciement :

- Le comptable d'une coopérative commet une erreur de 60000 euros en ne prenant pas en compte des compléments de prix versés aux adhérents, faussant ainsi le résultat. Il ne vérifie pas le tableau d'amortissement communiqué par une banque (Paris, 4 avril 2007, RG nº 05/07720) ;

- Un cariste commet de multiples erreurs lors de l'expédition ou de la réception de marchandises (Paris, 26 février 2009, RG nº 07/ 04638) ;
- L'employé d'un service de ressources humaines commet des erreurs répétées dans la gestion des dossiers du personnel (Paris, 3 juillet 2008, RG nº 06/02946) ;
- Un responsable des ressources humaines commet des erreurs dans la rédaction de contrats de travail, de bulletins de paie et d'attestations Pôle emploi (Cass. soc., 24 septembre 2015, pourvoi nº 14-11433) ;
- L'échec à une formation périodique que l'employeur est obligé de faire suivre au salarié justifie l'insuffisance professionnelle (Cass. soc., 5 juin 2019, pourvoi nº 18-10050) ;
- Un chef de projet sous-estime le budget matériel de deux projets immobiliers occasionnant une perte pour l'entreprise (Versailles, 15 octobre 2008, RG nº 06/01850).

L'insuffisance professionnelle se manifeste fréquemment par plusieurs faits (et non un fait isolé) ou un comportement général. Chaque cas est

différent et s'apprécie en tenant compte des circonstances qui peuvent la contredire ou même carrément la disqualifier. Le juge devra former sa conviction en confrontant les faits qui établissent l'insuffisance et ceux pouvant la démentir.

Les circonstances disqualifiant l'insuffisance professionnelle

Dans certaines situations, l'employeur ne peut invoquer valablement ce motif. Ainsi, la modification du contrat de travail sans l'accord du salarié ou la connaissance par l'employeur de son incapacité à occuper le poste rendra le licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 29 mai 2002, pourvoi nº 00-40996). L'insuffisance professionnelle doit s'apprécier au regard de l'obligation de l'employeur d'adapter les salariés à leur poste de travail et de veiller au maintien de leur capacité à occuper leur emploi. Est par exemple injustifié le licenciement pour insuffisance professionnelle de l'unique comptable d'une entreprise, titulaire d'un brevet de technicien, étant donné que l'employeur ne lui avait pas accordé une formation suffisante lui permettant d'exercer cette fonction (Cass. soc., 29 novembre 2007, pourvoi nº 05-42004).

Les circonstances démentant son existence

D'autres situations vont même contredire son existence. Les promotions données aux salariés, les lettres de félicitations ou les primes perçues en lien avec la qualité du travail sont susceptibles de démentir l'insuffisance professionnelle. Les employeurs n'ont donc pas intérêt à féliciter leurs salariés par écrit ; à l'inverse, ceux-ci ont tout intérêt à conserver la trace de toute marque d'estime. Les entretiens d'évaluation peuvent également aller à l'encontre de l'insuffisance professionnelle s'ils mentionnent la satisfaction de l'employeur quant à l'activité du salarié. En revanche, leurs comptes rendus, même signés par le salarié, ne peuvent à eux seuls la démontrer : des faits objectifs sont nécessaires (Versailles, 12 septembre 2006, RG nº 05/5546). Une ancienneté importante ne remet pas forcément en cause l'existence d'une insuffisance professionnelle (Cass. soc., 16 mai 2018, pourvoi nº 16-25552).

L’insuffisance de résultats : entre faute et insuffisance professionnelle

L’insuffisance de résultats ne justifie pas nécessairement le licenciement d’un salarié qui n’atteint pas ses objectifs. Elle peut être la conséquence d’une faute ou d’une insuffisance professionnelle, mais ce n’est pas toujours le cas. En effet, des résultats insuffisants peuvent être dus à une cause étrangère et non à une incapacité du salarié à remplir ses tâches. D’ailleurs, l’insuffisance professionnelle peut être qualitative sans que cela n’entraîne de résultats insuffisants. Pour justifier un licenciement, les objectifs doivent être réalistes car à l’impossible nul n’est tenu. Ils doivent être fixés contractuellement ou unilatéralement par l’employeur. La seule perception d’une rémunération en fonction de résultats commerciaux ne constitue pas pour autant une clause d’objectifs.

L’appréciation de ces derniers peut s’effectuer par une comparaison dans le temps ou avec les résultats de collègues, à condition que ceux-ci soient placés dans les mêmes conditions que le salarié incriminé. Ainsi, les ventes réalisées par un employé qui sont nettement inférieures à la moyenne des autres vendeurs du même site traduisent une insuffisance professionnelle, si aucun élément ne peut

expliquer cette différence (Cass. soc., 31 octobre 2007, pourvoi n° 06-44165).

Le licenciement pour faute

Au chapitre 12, nous avons défini la notion de faute en présentant les sanctions disciplinaires inférieures à un licenciement. Cette définition reste la même lorsque la sanction entraîne la rupture du contrat. La faute peut s'illustrer par de très nombreux exemples de manquement à des obligations résultant de la loi, du règlement intérieur ou du contrat de travail. L'exécution de bonne foi de ce dernier implique l'accomplissement consciencieux des tâches confiées. Le non-respect de cette obligation de conscience professionnelle constitue une faute.

Les différents types de fautes

La gradation hiérarchique des fautes exposée ci-dessous permet de comprendre l'échelle des sanctions, mais il n'est pas possible d'associer un type de faute à un comportement en particulier. La sanction prononcée dépend de la détermination de la faute :

- **La faute légère ou vénielle ne justifie pas un licenciement, mais une sanction disciplinaire de moindre importance** (voir chapitre 12) **;**
- **La faute sérieuse justifie le licenciement ;**
- **La faute grave interdit le maintien du salarié dans l'entreprise.** Elle implique une réaction immédiate de l'employeur ou à tout le moins dans un délai restreint. La jurisprudence peut être assez souple en admettant un délai de trois semaines entre la découverte de la faute du salarié par l'employeur et la convocation à l'entretien préalable au licenciement. L'employeur a néanmoins intérêt à réagir vite pour limiter les risques de contestation de la part du salarié (Cass. soc., 4 mai 2017, pourvoi n° 15-20184). La faute grave n'exige pas obligatoirement qu'une sanction antérieure ait été adressée au salarié (Cass. soc., 17 novembre 2011, pourvoi n° 10-14420). Le refus d'un changement de ses conditions de travail peut justifier l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ; en revanche, il ne constitue pas, à lui seul, l'existence d'une faute grave (Cass. soc., 3 mai 2012, pourvoi n° 1027152). La réitération

de faits déjà sanctionnés peut fonder une telle faute, qui prive le salarié du paiement du préavis et de l'indemnité de licenciement. En revanche, des agissements longuement tolérés par l'employeur ne permettent pas d'invoquer cette faute-ci. Elle est également exclue lorsque le comportement du salarié s'explique par des troubles psychiatriques et non par une volonté délibérée (Cass. soc., 27 juin 1991, pourvoi nº 90-40266). Autrement dit, selon cet arrêt, même si le comportement du salarié rend impossible son maintien dans l'entreprise, l'absence de volonté délibérée empêche la reconnaissance de la faute grave ;

- **La faute lourde implique une intention de nuire à l'employeur.** Ce manquement est plus important que celui de la faute précédente. L'intention de nuire à l'employeur implique en effet non seulement une volonté ou une conscience de ce manquement, mais aussi celle de sa conséquence, qui est de causer un préjudice à l'entreprise. Attention, le seul fait de causer un préjudice ne suffit pas. Le juge doit caractériser l'intention de nuire du salarié dans sa décision. À défaut, la Cour de cassation

peut censurer cette dernière (Cass. soc., 8 février 2017, pourvoi n° 15-21064). L'intention de nuire peut être gratuite si elle est la conséquence d'une vengeance à l'encontre de l'employeur, cependant son mobile est souvent lié à un gain pour son auteur. À titre d'exemple, constitue une faute lourde l'exercice illégal de la médecine, pendant plus d'un an, par un médecin du travail alors qu'il était sous le coup d'une interdiction d'exercer sa profession par le conseil de l'ordre des médecins (Paris, 7 janvier 2010, Krainik c/ association CMB), ou le détournement de la clientèle de l'employeur pour le compte d'une société concurrente (Cass. soc., 27 février 2013, pourvoi n° 11-28481).

Lorsque le juge requalifie le licenciement prononcé pour faute grave ou lourde en licenciement pour cause réelle et sérieuse, le greffe doit adresser une copie de la décision à Pôle emploi. Cet organisme peut en effet demander au salarié le remboursement des allocations versées pendant le temps de son préavis, puisque, grâce à cette décision, il a obtenu le paiement par son employeur

d'une indemnité compensatrice de préavis et de congés payés sur préavis (C. trav., art. R1235-1 et suiv.).

La distinction entre faute et insuffisance professionnelle

L'insuffisance professionnelle est une incapacité à exercer ses fonctions, la faute, elle, est un manquement à une obligation. La jurisprudence distingue ces deux notions : « L'insuffisance professionnelle ne constitue pas en elle-même une faute » (Cass. soc., 25 janvier 2006, pourvoi nº 04-40310). Dans cette affaire, un salarié avait pris du retard dans l'établissement de comptes rendus journaliers d'activité. Selon la Cour de cassation, cette situation ne suffit pas à caractériser une insubordination ou une mauvaise volonté délibérée. De fait, il peut se révéler difficile de distinguer la faute de l'insuffisance professionnelle. L'employeur ne peut pas toujours savoir si la mauvaise qualité du travail résulte d'une incapacité du salarié ou d'un comportement volontaire.

Dans un arrêt du 7 février 2004 (pourvoi nº 01-45643), la Cour de cassation précise que « l'insuffisance professionnelle, sauf mauvaise

volonté du salarié, ne constitue pas une faute ». Cette formulation laisse donc entendre que l'insuffisance professionnelle pourrait être fautive à condition d'être délibérée. Le juge apprécie librement, à partir des termes de la lettre de licenciement, si l'employeur s'est placé sur le terrain de la faute ou sur celui de l'insuffisance professionnelle (Cass. soc., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-41419).

Par ailleurs, la réitération de faits sanctionnés par un avertissement, ce qui suppose en principe une faute, peut donner lieu à un licenciement pour insuffisance professionnelle (Cass. soc., 15 septembre 2009, pourvoi n° 07-43478). Cette reproduction d'erreurs peut révéler l'incapacité du salarié à occuper son poste. Lorsqu'il constate un travail laissant à désirer, l'employeur a la possibilité d'adresser des avertissements au salarié pour l'amener à s'améliorer ; mais ceux-ci ne serviront à rien si la mauvaise qualité du travail est la conséquence d'une insuffisance professionnelle. À noter que cette dernière ne peut constituer une faute grave (Cass. soc., 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-17834). Le licenciement prononcé pour faute grave alors que les faits énoncés dans la lettre de

licenciement constituent une insuffisance professionnelle est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 6 octobre 2004, pourvoi n° 02-43172). Le juge ne peut requalifier un licenciement pour faute grave en licenciement pour insuffisance professionnelle (Cass. soc., 17 janvier 2013, pourvoi n° 12-10051).

L'enjeu d'une telle distinction réside dans l'application des règles de procédure spécifiques au licenciement disciplinaire (voir chapitre 12) :

- Le délai de deux mois court à compter de la connaissance par l'employeur des fautes du salarié pour engager des poursuites disciplinaires ;
- L'employeur dispose d'un délai de un mois entre l'entretien préalable et l'envoi de la lettre de licenciement.

Dans certaines décisions, la jurisprudence trace étonnamment la frontière entre faute et insuffisance professionnelle. Ainsi, la Cour de cassation a validé le grief d'insuffisance managériale comme relevant d'une insuffisance professionnelle non fautive. Or la lettre de licenciement relevait un manque de respect du

salarié, l'usage d'un langage insultant et dégradant, une communication dévalorisante et dénigrante vis-à-vis de son équipe. *A priori*, de tels griefs semblent plus constituer une faute (éventuellement grave) qu'une insuffisance professionnelle. La jurisprudence en a décidé autrement (Cass. soc., 2 juin 2017, pourvoi n° 16-13134).

Les principales fautes justifiant un licenciement

Les principales fautes faisant encourir un licenciement peuvent se déduire des obligations auxquelles le salarié est tenu. Le manquement à son obligation de présence constitue par exemple une faute qui peut se manifester par un retard, un abandon de poste ou une absence injustifiée. Le non-respect des directives et des instructions de l'employeur, également appelé « insubordination », est une atteinte à l'objet même du contrat, lequel consiste à accomplir un travail sous les directives de l'employeur. Le salarié est aussi tenu à une obligation de fidélité, lui interdisant de faire de la concurrence à son patron pendant toute la durée du contrat. Par ailleurs, son

comportement ne doit manifester ni violence, ni injures, ni une quelconque inconduite. De plus, bien que disposant d'une liberté d'expression dans l'entreprise, le salarié ne doit pas en abuser. Enfin, le vol et la fraude constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement.

L'insubordination et la faute professionnelle

Le salarié doit exécuter et respecter les instructions qui lui sont données par son supérieur hiérarchique, dans la mesure où celles-ci relèvent du contrat de travail ou des conditions de travail (pour mémoire, le premier ne peut être modifié sans l'accord du salarié, tandis que les secondes peuvent être changées unilatéralement par l'employeur – voir chapitre 5). Le refus par le salarié d'effectuer des tâches qui ne relèvent pas de ses attributions ne constitue donc pas une faute. Par exemple, la femme de ménage d'une clinique vétérinaire n'a pas à nettoyer le matériel médical ; cette tâche incombe – selon la convention collective – aux auxiliaires. Son licenciement prononcé pour faute grave est donc sans cause

réelle et sérieuse (Cass. soc., 18 janvier 2006, pourvoi nº 02-45522).

En revanche, le refus d'effectuer sans raison les déplacements professionnels, liés à l'exécution normale du contrat de travail, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 25 janvier 2000, D. Marie c/ SA Zolli frères et autres). De même, le salarié doit respecter les procédures internes à l'entreprise. Constituent ainsi une faute grave :

- Le commencement d'une prestation par le chef de travaux d'une imprimerie, sans la signature d'un bon à tirer et le paiement au moins partiel de la prestation (Versailles, 13 octobre 2009, RG nº 06/04029, Male c/ SARL Le Cheval) ;
- Le refus réitéré, en dépit de plusieurs courriers, pour un directeur d'usine de déléguer certaines tâches à ses collaborateurs pour consacrer plus de temps au développement de nouveaux produits, ce qui correspond à sa qualification et à ses attributions (Cass. soc., 30 avril 2014, pourvoi nº 13-13834) ;

- La divulgation de salaires à des collègues, ce qui caractérise un manquement aux règles de confidentialité incombant au salarié au regard des fonctions exercées (Cass. soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-24069) ;
- Le fait pour un pilote de ligne de se tromper de piste de décollage et de commettre cinq manquements à des règles de sécurité (Cass. soc., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-18145) ;
- Le reconditionnement de produits indiquant une nouvelle date de péremption par le chef de fabrication du rayon boucherie-traiteur d'un supermarché (Cass. soc., 2 décembre 1998, pourvoi n° 96-43270).

Par ailleurs, le salarié ne peut se soustraire au respect de consignes de sécurité émanant de l'employeur. Le refus réitéré d'un magasinier de s'équiper d'un matériel de sécurité relève d'une faute grave (Cass. soc., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-14246). Le salarié est en effet tenu de prendre soin de sa sécurité et de sa santé, son employeur – indépendamment de la faute commise – étant lui-même tenu à une obligation de résultats en matière de protection de la santé. Le refus de participer à une formation destinée à adapter le salarié à

l'évolution de son emploi constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-42196). Toutefois, le refus de participer à un bilan de compétence à l'initiative de l'employeur ou à une validation des acquis de l'expérience ne constitue pas un motif valable de licenciement (C. trav., art. L6313-10 et L6421-2). Est justifié le licenciement pour cause réelle et sérieuse d'un responsable des ressources humaines cautionnant les méthodes managériales inacceptables d'un directeur de magasin (Cass. soc., 8 mars 2017, pourvoi n° 15 – 24406). Ce ne sont pas les exemples qui manquent…

Le salarié peut toujours refuser d'exécuter un ordre illégal, d'accomplir une tâche sans respecter les règles de sécurité ou de participer à une fraude.

Le salarié qui informe le procureur de la République de faits se déroulant dans l'entreprise lui semblant anormaux ne commet aucune faute, même si ceux-ci ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale (Cass. soc., 30 juin 2016, pourvoi n° 15-10557).

L'inconduite

Elle se définit comme une conduite peu vertueuse ou incorrecte, contraire à l'obligation du salarié de

se comporter d'une manière appropriée et respectueuse vis-à-vis des personnes avec lesquelles il est en contact. Ce comportement peut s'illustrer par différentes conduites, des plus vénielles aux plus graves. Par exemple, verser du liquide vaisselle dans le café du supérieur hiérarchique justifie une faute grave. Cet agissement ne peut en effet constituer une simple plaisanterie, car il présente un risque pour la santé du salarié (Grenoble, 10 mars 2008, RG nº 07/584).

Tout salarié qui exerce un comportement correspondant à du harcèlement sexuel à l'encontre de l'un ou de l'une de ses collègues encourt un licenciement pour faute grave. Les juges reconnaissent très facilement cette dernière. Ainsi, des propos dégradants à caractère sexuel visant une collègue de travail justifient un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 27 mai 2020, pourvoi nº 18-21877). En revanche, un jeu de séduction réciproque ne permettant pas de déterminer le salarié à l'origine d'un échange de SMS n'est pas constitutif d'un harcèlement sexuel (Cass. soc., 25 septembre 2019, pourvoi nº 17-31171). Le harcèlement moral aboutit à la même sanction.

L'employeur est tenu à une obligation de résultats pour éviter ces comportements.

Le port d'une tenue inadaptée à ses fonctions peut conduire à un licenciement ; ainsi le bermuda est à proscrire, notamment lors de contacts avec la clientèle. Se vanter d'être l'amant de l'épouse de l'employeur pendant les heures de travail, afin de discréditer l'entreprise, justifie également un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 12 juillet 1990, pourvoi nº 88-42373).

Le retard, l'absence et l'abandon de poste

Le salarié doit accomplir son travail en étant présent à son poste pendant les horaires de travail. Le non-respect de cette obligation correspond à trois fautes : le retard, l'absence injustifiée et l'abandon de poste. Avant de vous présenter des exemples jurisprudentiels, il est nécessaire de préciser la différence entre absence injustifiée et abandon de poste. Dans le premier cas, un salarié ne s'est pas rendu à son travail et n'a pas prévenu son employeur. Dans le second, la personne est présente à son travail, mais quitte son poste sans autorisation.

Les retards peu fréquents ou minimes ne justifient pas un licenciement sans avertissement préalable. Pour ne pas déroger à son obligation de présence, le salarié doit normalement obtenir l'autorisation de son employeur. Toutefois, l'abandon de poste en raison d'un problème de santé ne constitue pas une faute, si le salarié justifie avoir consulté un médecin dans les plus brefs délais, celui-ci ayant prescrit un arrêt de travail (Cass. soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-40156). En revanche, l'abandon de poste d'un salarié ayant déjà été sanctionné par une mise à pied disciplinaire pour un comportement identique peut représenter une faute grave (Cass. soc., 12 janvier 2009, Cardoso c/ Auchan). Il en va de même pour un salarié absent qui n'a pas transmis d'arrêts de travail pendant plusieurs semaines (Cass. soc., 28 octobre 2014, pourvoi n° 13-17429). L'employeur qui impute un abandon de poste à un salarié doit lancer une procédure de licenciement. À défaut, la rupture s'analyse en un licenciement verbal sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 5 juin 2019, pourvoi n° 17-27118). Cet arrêt interroge car, en l'espèce, le contrat n'a pas été formellement rompu par l'une ou l'autre des parties.

En réponse à la demande de justification de son employeur, le salarié ne peut se limiter à invoquer « des raisons personnelles » sans plus de précisions. L'employeur doit en principe mettre le salarié en demeure de reprendre ses fonctions. Si celui-ci obtempère, il n'est plus possible en principe d'invoquer la faute grave, son comportement n'empêchant pas la poursuite du contrat (Cass. soc., 29 février 2012, pourvoi nº 10-23183).

Par ailleurs, en fonction de son contexte, une faute peut constituer ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement. Ainsi, l'absence pendant une semaine d'un salarié ayant 25 ans d'ancienneté et au comportement irréprochable ne relève pas d'une faute grave, ni même d'une cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 7 mars 2006, pourvoi nº 04-43782). À l'inverse, ne bénéficie pas de la même clémence le salarié d'une grande surface ayant deux ans d'ancienneté qui s'absente pendant deux jours au moment des fêtes, sans même prévenir. Une telle attitude justifie un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 25 octobre 2007, pourvoi nº 06-42394).

La détention préventive d'un salarié suspend le contrat de travail, mais ne légitime pas son

licenciement. En effet, cette situation ne lui est pas imputable et il est présumé innocent. Cependant, le salarié placé dans cette situation doit veiller à prévenir son employeur.

L'activité concurrente

Le salarié n'a pas le droit de concurrencer son employeur en exerçant la même activité pour son propre compte ou pour celui d'un autre patron. Cette obligation de fidélité, qui demeure pendant toute la durée du contrat de travail et même pendant les périodes de suspension – congés payés ou arrêt maladie –, doit être distinguée de la non-concurrence à l'issue du contrat de travail (celle-ci nécessitant un engagement spécifique, présenté au chapitre 5). L'exercice d'une activité concurrente constitue une violation des obligations du salarié, laquelle est par exemple caractérisée par la création d'une société concurrente (Cass. soc., 25 novembre 1997, pourvoi n° 94-45437). En revanche, le salarié peut préparer sa future activité, mais celle-ci ne doit pas être effective.

Cette violation peut aisément constituer une faute grave, voire une faute lourde, en particulier si le salarié démarche des clients ou utilise le matériel

de l'entreprise. Ainsi, la sollicitation de clients, afin de les détourner vers une autre société, constitue une faute lourde (Cass. soc., 27 février 2013, pourvoi nº 11-28481).

Le vol et la fraude

Le vol est un délit pénal qui consiste à soustraire frauduleusement un bien afin de se l'approprier. Sa commission est donc incompatible avec l'exécution d'un contrat de travail, quelle que soit la victime (l'employeur, un client ou un collègue de travail). Ce comportement peut même constituer une faute grave. En principe, le voleur se cache pour effectuer son larcin et ne laisse pas sa carte de visite comme Arsène Lupin. En cas de vol, il faut donc non seulement en déterminer l'auteur, mais aussi prouver sa participation. De fait, pour motiver un licenciement en invoquant un vol, le salarié doit préalablement avoir été condamné de ce chef par un jugement définitif, ce qui peut prendre du temps… Par conséquent, il est préférable de justifier le licenciement du « voleur » en utilisant un autre terme et en caractérisant un manquement à la discipline ou un usage abusif des biens de la société.

- Une tentative de vol de carburant justifie un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 7 juin 2007, pourvoi nº 05-45326). Toutefois, la faute grave – et même la cause réelle et sérieuse – n'est pas systématiquement reconnue lorsque le butin est modique ou l'ancienneté du salarié importante. Celui qui vole un œuf ne sera pas sanctionné comme le voleur d'un bœuf ;
- Le détournement d'un pain et de quatre faluches ne justifie pas le licenciement d'une salariée ayant 20 ans d'ancienneté (Cass. soc., 4 juin 2002, pourvoi nº 00-43479) ;
- Le vol d'une pizza par une caissière ne constitue pas une faute grave, compte tenu de son ancienneté de sept ans (Cass. soc., 29 janvier 2008, pourvoi nº 06-43501) ;
- Le don de produits de faible valeur par un salarié de McDonald's ne représente pas une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 21 mars 2002, pourvoi nº 00-40076) ;
- Le vol commis au préjudice d'un client relève d'une faute grave, même si l'objet est de faible

valeur (Cass. soc., 16 janvier 2007, pourvoi nº 04-47051).

La fraude est un acte malhonnête accompli dans le but de tromper. Elle constitue un manquement à l'obligation du salarié d'exécuter de bonne foi son contrat de travail. Comme pour les autres motifs, la sanction est déterminée en fonction des circonstances :

- La majoration de notes de frais et le remboursement de dépenses personnelles constituent assez facilement des fautes graves. Une majoration du nombre de kilomètres déclarés dans une note de frais est une faute grave, compte tenu du niveau hiérarchique du salarié et de son ampleur, qui ne peut s'expliquer par une erreur (Versailles, 1er juin 2007, RG nº 06/1185) ;
- Le salarié qui perçoit une commission d'un fournisseur en acceptant une majoration du prix payé par l'entreprise qui l'emploie commet une faute grave (Cass. soc., 12 juin 1996, pourvoi nº 94-44894) ;
- L'acceptation de cadeaux (trois galettes des rois) de la part d'un fournisseur en dépit de

l'interdiction formelle du règlement intérieur est constitutive d'une faute grave (Nancy, 13 mars 2007, RG n° 04/3271) ;

- La modification par une comptable de sa classification sur son bulletin de salaire peut constituer une faute grave (Cass. soc., 9 janvier 2013, pourvoi n° 11-20211) ;
- L'attribution à lui-même par un directeur d'usine d'une prime représentant six fois son salaire annuel est constitutive d'une faute lourde procédant d'une intention de nuire (Cass. soc., 2 juin 2017, pourvoi n° 15-28115) ;
- L'utilisation d'un véhicule à des fins personnelles peut représenter une cause réelle et sérieuse de licenciement, sauf si le salarié s'est rendu auprès de son frère victime d'un accident mortel.

Le dénigrement et la critique

Le salarié dispose d'un droit d'expression (C. trav., art. L2281-1). Son existence permet d'en user, mais non d'en abuser en tombant dans l'outrance, l'injure ou la diffamation. Voici plusieurs exemples jurisprudentiels qui dessinent les contours de ce

droit et précisent la ligne jaune à ne pas franchir. Constituent l'exercice de cette liberté et ne peut justifier un licenciement :

- La critique, au sein du comité directeur, de la nouvelle organisation par un cadre de haut niveau, en charge d'une mission difficile (Cass. soc., 14 décembre 1999, pourvoi n° 97-41995) ;
- Le refus exprimé par un cadre, au cours d'un déjeuner avec ses collaborateurs, de continuer à assumer ses responsabilités dans les conditions actuelles de fonctionnement de l'entreprise (Versailles, 16 mars 2004, 15e ch., n° 02-2700).

Constituent un abus de cette liberté :

- La mise en cause, sans raison, de la loyauté d'un dirigeant et la qualification de la nouvelle organisation d'« armée mexicaine » (Cass. soc., 18 novembre 2003, pourvoi n° 00-43682) ;
- L'utilisation en public des termes « nul » et « incompétent » pour qualifier son supérieur hiérarchique (Cass. soc., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-45830) ;

- La mise en cause, dans une lettre adressée à un ancien mandataire social de la société, de la moralité d'un dirigeant dans des actes de la vie privée (Cass. soc., 21 septembre 2011, pourvoi nº 09-72054) ;
- La critique d'un plan de restructuration par un cadre en charge de son application, lequel incite les salariés à engager des actions en justice (Cass. soc., 21 février 2007, pourvoi nº 05-44198).

Le dépôt d'une plainte pénale, qui constitue l'exercice d'un droit, est fautif uniquement en cas de mauvaise foi (Cass. soc., 28 avril 2011, pourvoi nº 10-30107).

La menace, la violence physique et l'injure

La violence, loin de régler les problèmes, en pose à son auteur, notamment si elle s'exerce sur le lieu de travail. Ce comportement peut rendre très difficile la présence du salarié dans l'entreprise. Frapper un autre membre du personnel ou son employeur est un comportement inadmissible. Ainsi, un coup de règle porté à un supérieur hiérarchique justifie l'existence d'une cause réelle

et sérieuse de licenciement, même si les circonstances précises de l'altercation sont restées incertaines (Cass. soc., 1er février 2005, pourvoi nº 02-46788). L'usage d'un couteau pour menacer un collègue de travail, en réponse à des provocations verbales, constitue une faute grave (Cass. soc., 12 octobre 2000, pourvoi nº 98-44158), de même qu'insulter son supérieur hiérarchique et lui jeter des documents à la figure (Cass. soc., 29 novembre 2000, pourvoi nº 98-43936). Des propos répétés à connotations racistes sont constitutifs d'une faute grave (Cass. soc., 5 décembre 2018, pourvoi nº 17-14594). Il en est de même pour la participation violente d'un chauffeur routier à l'altercation entre l'un de ses collègues et son supérieur hiérarchique (Cass. soc., 19 mars 2014, pourvoi nº12-24531).

La violence peut aussi émaner d'un tiers, le mari de la salariée, et conduire au licenciement pour faute grave de cette dernière, laquelle a été l'instigatrice des actes commis par son conjoint dans l'entreprise (Cass. soc., 2 mars 2017, pourvoi nº 15-15769). En revanche, la cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt du 30 avril 2004 (RG nº 03/3780), a jugé une absence de cause réelle et sérieuse au licenciement

d'un salarié âgé, qui avait giflé une serveuse en réponse à des propos insultants portant atteinte à son honneur, alors que celle-ci refusait de présenter des excuses.

Le comportement violent exceptionnel d'un salarié ayant une importante ancienneté est de nature à disqualifier la faute grave. Dans certains cas, un licenciement pour faute grave ou lourde peut être injustifié lorsque des propos outranciers et des menaces (non exécutées) ne traduisent pas une volonté de nuire à son employeur (Cass. soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 09-72319). Pour autant, proférer des menaces de mort est constitutif d'une faute grave (Cass. soc., 19 octobre 2016, pourvoi n° 15 – 17481).

Les circonstances atténuantes

L'attitude de l'employeur peut être prise en considération pour disqualifier la faute ou en atténuer la gravité. Le patron peut en effet être à l'origine de cette faute ou coupable de l'avoir laissée se commettre en toute connaissance de cause. Par exemple, le licenciement prononcé en raison de menaces proférées à l'encontre d'un supérieur hiérarchique est disqualifié si ces

menaces sont la conséquence d'un comportement brutal et grossier de celui-ci (Cass. soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-41085). Le licenciement d'un cadre prononcé en raison du dénigrement de ses subordonnés est dépourvu de cause réelle et sérieuse si la direction n'est jamais intervenue pour mettre un terme à cette situation. En l'espèce, l'employeur ne rapportait pas la preuve des mises en garde prétendument adressées au fautif ; la responsabilité est donc partagée. En revanche, si l'employeur avait été en mesure de prouver l'existence des mises en garde, cela n'aurait (peut-être) pas été le cas. Le licenciement prononcé pour non-respect des règles d'inventaire a été jugé abusif, car l'employeur, informé du mode opératoire retenu, ne s'était pas opposé à sa mise en œuvre (Cass. soc., 24 janvier 2008, pourvoi n° 06-42990).

Certaines décisions de justice vont retenir l'ancienneté du salarié et l'absence de sanctions disciplinaires antérieures pour affirmer qu'un fait isolé ne justifie pas un licenciement pour faute grave ou n'empêche pas le salarié d'exécuter son préavis (Cass. soc., 18 novembre 2009, pourvoi n° 08-41241 ; Cass. soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-

30162). La cour d'appel de Paris a par exemple considéré infondé le licenciement d'un salarié ayant 27 ans d'ancienneté pour absence injustifiée à son retour d'un congé sans solde. La Cour a retenu que l'état de santé du salarié était dû à une situation de souffrance morale en relation avec son activité professionnelle. L'employeur ne s'était pas inquiété de son absence, alors qu'il est tenu à une obligation de résultats en matière de santé.

Licencier ou non, telle est la question

La direction de l'entreprise prend seule la décision d'engager la procédure de licenciement. Le salarié, qui est la plupart du temps informé par la remise de la lettre de convocation à un entretien préalable, n'a pas de réels moyens d'empêcher cette mesure. En revanche, la personne qui sent ses rapports se détériorer avec son employeur peut prendre un certain nombre de précautions.

Du côté de l'employeur

En théorie, l'employeur devrait commencer par décider le principe d'une sanction, puis

éventuellement choisir de rompre le contrat de travail. Dans la pratique, ces deux étapes sont souvent confondues et se résument à la seule question de « virer » ou non le salarié. Lorsque la situation du salarié interdit son licenciement, l'employeur peut toujours passer outre, à condition d'être prêt à en payer le prix. Parfois, l'employeur, sentant que la relation avec le salarié est irrémédiablement « cassée », prend la décision de rompre le lien contractuel sans forcément disposer d'éléments probants. Il court alors le risque d'être condamné en cas de contestation du licenciement. En fait, l'employeur doit s'interroger non seulement sur le sérieux de la faute, mais également sur la situation du salarié. Un motif de licenciement s'apprécie en général par rapport à son contexte et aux précédents « faits d'armes » du salarié (un certain nombre de circonstances pouvant faire pencher la balance de la justice dans un sens ou dans un autre).

La lecture de ce livre ne permettra pas de prédire avec certitude si un motif constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement. Le respect du droit permet une sécurisation importante, mais le risque zéro de contestation et de condamnation n'existe

pas ; l'aléa judiciaire est une réalité ! Les justiciables ont d'ailleurs beaucoup de mal à comprendre comment un conseil de prud'hommes et une cour d'appel peuvent rendre des décisions parfois diamétralement opposées. Selon les statistiques, 30 % des jugements prud'homaux seraient ainsi infirmés par les arrêts rendus par les cours d'appel. Toutefois, cela signifie *a contrario* que 70 % des jugements sont confirmés en appel…

L'examen de la situation du salarié

L'employeur doit, en premier lieu, s'interroger sur l'existence de l'une des restrictions au licenciement exposées au début de ce chapitre. Un licenciement nul peut en effet avoir de très lourdes conséquences financières pour l'entreprise. La vérification de la nature du contrat de travail est également impérative. Par exemple, la rupture d'un contrat à durée déterminée implique obligatoirement que le salarié incriminé a commis une faute grave. La consultation de la convention collective applicable à l'entreprise permet, par ailleurs, de vérifier l'existence d'une restriction au licenciement ou de garanties supplémentaires de procédure pour le

salarié. Ce point sera développé lors de la présentation de la procédure de licenciement.

Enfin, l'employeur doit s'interroger quant à l'ancienneté et la position hiérarchique du salarié. Celui-ci sera d'autant plus sanctionné que sa position hiérarchique sera élevée, car il doit montrer l'exemple. À l'inverse, une ancienneté importante peut constituer une circonstance atténuante. De plus, l'absence de sanctions pendant de nombreuses années ne peut qu'inciter l'employeur à la clémence. Par ailleurs, les sanctions peuvent être individualisées : une personne ayant 30 ans d'ancienneté n'est pas sanctionnée de la même manière qu'un salarié engagé en cours d'année. Le juge peut tenir compte de ces circonstances.

L'examen du motif de licenciement

L'employeur doit ensuite examiner le motif de licenciement en faisant preuve d'esprit critique, afin de réfléchir aux justifications et aux arguments que le salarié pourrait avancer afin de le contester. Cet exercice, apparemment simple en théorie, nécessite de prendre beaucoup de recul et de faire preuve d'une grande objectivité (le recours au

regard extérieur d'un professionnel, comme un avocat, peut par exemple être une solution). Les justifications les plus courantes mentionnées par les salariés sont la propre carence de l'employeur, l'absence de formation ou d'instructions précises. Le fait reproché peut également être une pratique courante dans l'entreprise. L'employeur aura alors du mal à condamner un comportement fautif longtemps toléré, sans demande formelle d'y mettre fin. Une tolérance envers le comportement d'un salarié pendant au moins une année est ainsi de nature à atténuer la gravité de la faute, même s'il s'agit de pressions psychologiques ou d'un comportement injurieux vis-à-vis de collègues de travail (Cass. soc., 15 janvier 2014, pourvoi n° 12-26951). L'employeur doit s'interroger sur les conséquences de cette faute et l'existence d'un préjudice pour la bonne marche de la société. En résumé, le dirigeant doit essayer de se mettre à la place du salarié.

L'absence de préjudice ne peut excuser à elle seule le comportement déloyal d'un salarié (Cass. soc., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-41440).

La réaction de l'employeur aux précédentes fautes du salarié

L'employeur doit vérifier si le salarié a déjà été sanctionné au cours des trois dernières années. Les précédentes sanctions peuvent en effet être prises en compte pour réprimander plus sévèrement une nouvelle faute. Toutefois, il n'est pas possible d'invoquer des observations verbales (c'est bien connu, les paroles passent et les écrits restent). Dans une situation d'insubordination persistante, l'employeur a intérêt à mettre le salarié en demeure d'exécuter ses obligations. Son refus d'obtempérer, en dépit de cette injonction, peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, voire même une faute grave.

Les délais à respecter

L'employeur dispose d'un délai de deux mois pour initier la procédure de licenciement à partir du moment où lui-même ou le supérieur hiérarchique direct du salarié a eu connaissance de la faute (C. trav., art. L1332-4). Le non-respect de ce délai rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Lorsque la faute est continue ou consiste en la réitération d'un même fait, le point de départ de ce

délai est la fin du fait continu ou la date du dernier fait de la série (Cass. soc., 25 octobre 2007, pourvoi nº 06-41064).

Du côté du salarié

Le licenciement est une décision unilatérale de l'employeur sur laquelle le salarié n'a aucune prise. Celui-ci pourra la contester après la réception de la lettre de licenciement. Il peut aussi implicitement l'accepter en renonçant à toute contestation. En effet, tous les licenciements ne sont pas injustifiés et ne se terminent pas par la case « prud'hommes ». Dans les grandes entreprises, la décision de licencier est rarement prise par le supérieur hiérarchique souhaitant le départ de la personne. En fait, le directeur des ressources humaines et les dirigeants de la société sont généralement vigilants quant à la légitimité du licenciement.

Tant que le salarié n'est pas convoqué à un entretien préalable au licenciement, il ne peut rien faire directement pour influencer l'employeur. S'il a réellement commis une faute, il peut chercher à en atténuer les conséquences ou à se faire oublier. La plupart du temps, il n'a aucune certitude de

l'existence future de cette procédure, sauf si des informations précises lui ont été données. Il est donc fréquent que des salariés, se sentant menacés, consultent à titre préventif des professionnels du droit. Ceux-ci ne les revoient pas toujours, ce qui laisse présumer que les conseils auront permis d'arranger la situation ou bien que le salarié n'était, tout compte fait, pas réellement menacé.

La dégradation des relations avec un patron nécessite de prendre certaines précautions, outre celle de lire ce livre. La première d'entre elles consiste à conserver en lieu sûr, hors de l'entreprise, l'ensemble des documents qui pourraient être utiles pour se défendre en cas de licenciement injustifié. La convocation à un entretien préalable au licenciement assortie d'une mise à pied conservatoire interdit par exemple tout accès à l'entreprise et donc aux documents ainsi qu'aux e-mails qui pourraient servir au salarié, lequel se retrouve ainsi pris au dépourvu. S'il n'y avait qu'un seul conseil à retenir de ce livre, ce serait celui-ci. La réception d'un avertissement injustifié peut dénoter une volonté de l'employeur de se constituer un dossier pour licencier le salarié. Un avertissement qui ne doit donc pas demeurer

sans réponse, à condition de disposer d'arguments pour y répondre. Dans le cas contraire, le salarié n'a pas intérêt à soutenir une thèse incroyable qui risquerait de se retourner contre lui en braquant encore plus son employeur.

Préalablement à tout problème éventuel, le salarié a tout intérêt à signaler par écrit à son employeur les difficultés rencontrées pour accomplir ses tâches (surcharge de travail, manque de moyens pour remplir ses fonctions ou tout autre élément ne dépendant pas de lui). Face à une volonté inhabituelle de le prendre en défaut, le salarié doit répondre aux critiques en étant le plus factuel possible. Surtout, il ne doit pas entrer dans le jeu de l'employeur.

De nombreuses personnes hésitent à se défendre, de peur d'accélérer la dégradation de leurs relations professionnelles. Leur intérêt n'est pas de courber l'échine, même si cette défense préventive est susceptible d'énerver fortement leur patron. Par ailleurs, comme le dit l'adage, l'attaque est souvent la meilleure des défenses. Le salarié doit donc s'interroger quant à la possibilité de prendre les devants si l'employeur manque de manière flagrante à ses obligations. Nous vous avons

présenté deux modes particuliers de rupture du contrat de travail dans le chapitre précédent : la prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur et la résiliation judiciaire du contrat de travail. Ils ont pour point commun de produire l'effet d'un licenciement abusif en cas de non-respect de ses obligations par l'employeur. Leur utilisation peut ainsi permettre de prendre ce dernier de vitesse et d'éviter un licenciement alors que des motifs pouvaient le fonder.

D'une manière générale, que l'on se place du côté de l'employeur ou du côté du salarié, plus le courrier reçu de l'autre partie contiendra d'incantations et sera de mauvaise foi (arguments mensongers voire délirants), plus il risquera de se retourner contre son auteur, les allégations étant alors facilement démontables.

La réception d'une convocation à un entretien préalable nécessite de se préparer à cette rencontre avec la direction de l'entreprise. Le chapitre 28 est exclusivement consacré à cette préparation.

La procédure de licenciement

L'employeur doit organiser un entretien préalable avant de pouvoir adresser la lettre de rupture au salarié. Cette procédure prend au minimum une dizaine de jours.

La convocation à l'entretien préalable

Cette lettre annonce le début de la procédure, qui se termine généralement par un licenciement. Elle doit respecter certaines formes et notamment informer le salarié de la possibilité de se faire assister lors de cet entretien.

La forme de la convocation

Elle doit être écrite, adressée en recommandé ou remise en mains propres contre décharge (C. trav., art. L1232-2). Dans ce second cas, un exemplaire de la lettre est remis au salarié. Celui-ci inscrit sur l'exemplaire conservé par l'employeur la mention « reçu le », ajoute la date et signe. Contrairement à la remise en mains propres, l'envoi en recommandé a pour inconvénient de retarder la procédure de plusieurs jours. À noter qu'une convocation par Chronopost a été considérée

comme régulière par la Haute Juridiction, car ce système de messagerie permet de prouver les dates d'expédition et de réception (Cass. soc., 8 février 2011, pourvoi nº 09-40027).

Le délai à respecter

Cinq jours ouvrables francs doivent s'écouler entre le jour de la réception de la convocation et celui de l'entretien. L'adjectif « franc » signifie que les jours de réception de la lettre et de l'entretien préalable ne sont pas comptabilisés. Par exemple, la réception de la convocation un mardi permet de fixer l'entretien préalable au plus tôt le mardi suivant, si la semaine ne compte pas de jour férié. Lorsque la lettre est adressée en recommandé, il faut tenir compte du délai postal de présentation de la convocation à son destinataire. Par conséquent, en cas d'envoi *via* les services postaux, il est préférable de tenir compte d'au moins huit jours francs pour fixer la date de l'entretien préalable.

Si la lettre de convocation est remise en main propre un lundi, le délai de cinq jours ouvrables expire le samedi. L'entretien préalable au licenciement devrait donc pouvoir se tenir le lundi suivant. Dans un arrêt du 10 juillet 2019 (pourvoi nº

18-11528), la Cour de cassation a toutefois décidé que le délai expirant un samedi devait être reporté au premier jour ouvrable suivant, soit le lundi. L'entretien ne peut donc pas se tenir avant le mardi. Il s'agit d'une application indirecte de l'article 642 du Code de procédure civile.

Le contenu de la convocation

Cette lettre doit obligatoirement mentionner :

- L'objet de l'entretien sans jamais annoncer la décision de licenciement. En effet, si l'employeur exprime sa volonté de mettre fin au contrat de travail, cette lettre a pour conséquence de rompre ce dernier et seuls les motifs énoncés dans ce courrier devront être analysés par le juge pour apprécier l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 19 mars 2014, pourvoi n° 12-28206) ;
- La date, l'heure et le lieu de l'entretien en précisant l'adresse, même si celle-ci est connue du salarié ;
- La possibilité pour le convoqué de se faire assister par un membre du personnel, lorsque

l’entreprise compte des représentants du personnel. Les salariés se tournent très souvent vers eux, mais ils peuvent en fait choisir n’importe quelle personne appartenant à la société. Il faut surtout choisir quelqu’un de confiance. Cet assistant ne devra subir aucune perte de salaire et ses frais de transport devront lui être remboursés. Si l’entreprise ne compte pas de représentants du personnel, le salarié peut se faire assister par un conseiller inscrit sur une liste établie par le préfet. La convocation doit indiquer l’adresse des lieux où cette liste peut être retirée, à savoir : l’inspection du travail et la mairie de la commune de résidence du salarié, si celui-ci habite dans le département où l’entretien doit se tenir. Lorsque le salarié réside dans un autre département, c’est l’adresse de la mairie du lieu de l’entretien qui devra être indiquée.

À noter que l’employeur n’a aucune obligation d’indiquer dans la convocation les motifs qui seront évoqués lors de l’entretien préalable. Ce n’est d’ailleurs pas dans son intérêt (Cass. soc., 6 avril 2016, pourvoi n° 14-23198).

Si le salarié demande le report de l'entretien préalable, l'employeur n'a pas à lui adresser une nouvelle convocation, du moment qu'il est informé, en temps utile et par tous moyens, de l'heure et de la date de l'entretien (Cass. soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-19872).

Les modalités de l'entretien préalable

Le salarié peut être assisté dans les conditions précisées dans la convocation, tout comme l'employeur. Celui-ci n'est pas nécessairement le dirigeant de la société lui-même, mais une personne appartenant à l'entreprise. La Cour de cassation admet que le DRH ou un directeur de la société mère puisse conduire cet entretien au nom de l'employeur (Cass. soc., 16 janvier 2013, pourvoi n° 11-26398). En revanche, ce dernier ne peut y convier un huissier de justice afin de recueillir les aveux du salarié (Cass. soc., 30 mars 2011, pourvoi n° 09-71412). La loi impose au salarié d'informer au préalable son employeur s'il décide de se faire assister par un conseiller du salarié (C. trav., art. R1232-2). Le non-respect de cette obligation n'est toutefois assorti d'aucune sanction.

Cet entretien a pour objectif de permettre d'une part à l'employeur d'exposer au salarié les faits le conduisant à envisager un licenciement, d'autre part à la personne convoquée de présenter sa défense afin que l'employeur en tienne compte avant de prendre sa décision. La réunion a lieu en principe dans les locaux où travaille le salarié ou au siège social de l'entreprise. L'employeur ne doit pas imposer un déplacement excessif et injustifié. Le salarié peut demander le remboursement de ses frais de transport si l'entretien préalable s'est tenu en dehors du siège social de l'établissement dans lequel il travaille (Cass. soc., 28 janvier 2005, pourvoi n° 02-45971). L'entretien préalable peut se dérouler en visioconférence si les circonstances l'exigent - le salarié se trouvant par exemple à l'étranger - et si la personne convoquée a été à même de se défendre (Versailles, 4 juin 2020, RG n° 17/04940).

L'entretien doit avoir lieu dans une langue comprise par chacune des parties. Le salarié ne peut exiger d'avoir connaissance des pièces conduisant l'employeur à envisager une sanction (Cass. soc., 18 février 2014, pourvoi n° 12-17557). Ni l'employeur, ni le salarié n'ont le droit

d’enregistrer les échanges à l’insu de l’autre. En revanche, ils sont chacun en droit de rédiger un compte rendu et de le faire signer à l’autre partie, qui est libre de refuser ou d’accepter. Sachez enfin que les explications données par le salarié conduisent très rarement l’employeur à reconsidérer sa position et à renoncer au licenciement.

L’absence éventuelle du salarié

Le salarié est libre de ne pas se présenter à l’entretien. Il ne commet aucune faute, il renonce simplement à connaître le motif avancé par son employeur en vue d’un licenciement et à se défendre pour éviter cette mesure. Son absence ne l’empêchera pas, par la suite, de contester son licenciement devant les prud’hommes. Toutefois, comme le dit l’adage, les absents ont toujours tort et sa présence est donc plus que souhaitable.

Les règles prévues par les conventions collectives

Certaines conventions collectives ajoutent des étapes supplémentaires à celles prévues par la loi. Elles peuvent également restreindre les possibilités de rupture du contrat de travail ou exigent le prononcé de sanctions préalables avant tout licenciement. Le juge doit décider si le non-respect de ces dispositions constitue la violation d'une règle de fond rendant le licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou d'une règle de forme entraînant une irrégularité de la procédure. Par exemple, constitue la violation d'une règle de fond l'absence d'information sur la possibilité de saisir une commission de conciliation ou l'interdiction faite au salarié de prendre connaissance de son dossier disciplinaire.

Sauf en cas de faute grave ou lourde, certaines conventions imposent de faire précéder le licenciement de sanctions disciplinaires. La jurisprudence donne peu d'exemples du non-respect de règles de forme. Le non-respect d'un délai semble constituer une telle irrégularité (Cass. soc., 8 novembre 2005, pourvoi nº 03-43202).

La lettre de licenciement

L'employeur a l'obligation de rédiger ce courrier (C. trav., art. L1232-6). Sa réception a pour effet de rompre le contrat de travail à la date de son expédition. L'employeur ne peut plus revenir sur cette mesure sans l'accord du salarié. Il s'agit de l'élément clé de la procédure de licenciement : seuls les motifs contenus dans ce courrier pourront être examinés par le juge pour décider de la légitimité du licenciement. Selon la formule consacrée, cette lettre « fixe les limites du litige ». Tous les autres faits, quelle que soit leur gravité (même si leur découverte intervient postérieurement), ne pourront être examinés.

Les modèles de lettre de licenciement

Des modèles de lettre de licenciement sont à la disposition des employeurs depuis l'entrée en vigueur du décret nº 2017-1820 du 30 décembre 2017. Leur publication a pour objectif d'éviter la commission d'erreurs de procédure. Ces formulaires vont par exemple rappeler le délai de deux jours ouvrables à respecter entre l'entretien préalable et l'envoi de la lettre de licenciement. Attention, ces modèles ne prennent

pas en compte les règles de procédure spécifiques prévues par certaines conventions collectives.

Les motifs de licenciement ne pouvant être ni prédéterminés ni modélisés, les modèles indiquent : « Énoncer les éléments fautifs de façon précise et objective. Ils doivent être matériellement vérifiables, si possible en précisant les dates, les lieux, le contexte général de l'attitude fautive du salarié et être imputable personnellement au salarié. » Cette formulation est totalement pertinente, mais difficile à mettre en pratique quand on n'est pas habitué à cet exercice. Il est impératif de connaître les règles disciplinaires notamment en matière de prescription des fautes. De plus, il est nécessaire de s'interroger sur les moyens pour prouver les faits, et ce afin d'éviter une contestation. La rédaction de la lettre de licenciement ne doit laisser place ni à l'improvisation ni à l'amateurisme.

La validité des motifs mentionnés

Les faits contenus dans la lettre de licenciement doivent être matériellement vérifiables pour permettre leur examen par le juge (en revanche, la date des faits ne doit pas nécessairement être

indiquée ; si elle est mentionnée, mieux vaut ne pas se tromper même si la Cour de cassation a validé une date erronée résultant d'une erreur matérielle – Cass. soc., 17 septembre 2014, pourvoi n° 13-24874). Ainsi, l'insuffisance professionnelle constitue un motif matériellement vérifiable (Cass. soc., 3 mai 2000, pourvoi n° 98-42064). Certaines motivations, pourtant admises par la Cour de cassation, peuvent paraître relativement sibyllines : par exemple, « un contexte d'erreur et d'anomalies » (Cass. soc., 4 octobre 2007, pourvoi n° 06-44094) ou « un niveau de performance insuffisant » (Cass. soc., 3 décembre 2003, pourvoi n° 01-41039). Ces formulations ne décrivent pas la consistance de ces « erreurs et anomalies » ou l'insuffisance de performance. Pourtant, la Haute Juridiction a annulé les décisions rendues par les cours d'appel, qui avaient statué en sens contraire. À l'inverse, « une inadaptation du salarié à l'évolution de l'activité » ne semble pas constituer une motivation suffisante pour la Cour de cassation (Cass. soc., 3 décembre 2003, pourvoi n° 01-45620). La frontière est donc délicate à tracer entre motivation suffisante et insuffisante. Au final, la motivation doit être la plus précise possible pour qu'il n'y ait pas à débattre sur sa consistance ni à

s'en remettre en dernier ressort à la Cour de cassation.

La lettre de licenciement est adressée au salarié pour lui annoncer la rupture de son contrat de travail. Elle doit donc expliquer, même sommairement, les raisons de la rupture. Le magistrat devant trancher la contestation née du licenciement doit être en mesure de comprendre la situation en la lisant. Une motivation trop générale donne l'impression d'une inconsistance des motifs reprochés au salarié, même si ceux-ci sont matériellement vérifiables. En pratique, toute personne au fait de la justice prud'homale connaît l'importance de cette lettre. Celle-ci sera, la plupart du temps, la première pièce lue par le juge. Toutefois, l'employeur ne doit pas chercher à vider son sac sous la forme d'une litanie. Il a tout intérêt à se concentrer sur les griefs dont il a la preuve. Pour certains motifs, comme la mésentente, des faits objectifs doivent impérativement être mentionnés. Par ailleurs, la nécessité de remplacer un salarié absent exige une motivation spécifique.

Le signataire de la lettre

Le dirigeant de la société employeuse peut signer la lettre de licenciement ou en charger un salarié, cette délégation n'ayant pas besoin d'être écrite. La jurisprudence admet même que la signature puisse être le fait du directeur financier de la société mère, qui n'est donc pas un salarié de l'entreprise, à condition qu'il dispose d'une délégation de pouvoir (Cass. soc., 30 juin 2015, pourvoi n° 13-28146). À noter que cet arrêt semble toutefois contredire une décision opposée en date du 18 mars 2015 (pourvoi n° 13-27615) portant sur une affaire similaire.

En revanche, l'employeur ne peut donner le mandat de signer la lettre de licenciement à une personne extérieure à l'entreprise, par exemple son expert-comptable, même si celle-ci inscrit la mention « pour ordre » (Cass. soc., 26 avril 2017, pourvoi n° 15-25204). De même, déléguer la signature à un subordonné du salarié licencié peut rendre le licenciement vexatoire (Cass. soc., 28 octobre 2002, pourvoi n° 09-44548).

La Cour de cassation a décidé que l'absence de pouvoir du signataire d'un licenciement dans une association prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-21328).

L'arrêt ne dit pas si cette solution concerne seulement les associations ou a vocation à s'appliquer à toutes les entreprises. La prudence est donc de rigueur. Un arrêt rendu par la Cour de cassation a par exemple décidé que le pouvoir reconnu à un salarié de représenter l'employeur dans toutes les actions liées à la gestion des ressources humaines lui permet de procéder à des licenciements (Cass. soc., 29 septembre 2010, pourvoi nº 09-42296).

L'envoi de la lettre

La lettre de licenciement ne doit pas être adressée moins de deux jours ouvrables francs après l'entretien. Ainsi, un entretien ayant lieu le mardi permet d'envoyer le courrier le vendredi. Lorsque le licenciement est motivé par une faute, la lettre de rupture doit être envoyée au plus tard un mois après l'entretien. Le non-respect de ce délai rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le courrier doit être expédié en recommandé avec avis de réception (C. trav., art. L1232-6), dans le cas contraire la procédure est irrégulière mais cela ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 23 octobre 2013, pourvoi nº 12-12700).

En outre, l'absence de lettre recommandée empêchera de conclure une transaction pour mettre fin à la contestation du licenciement (pour obtenir plus d'informations sur la transaction, consultez le chapitre 18). La rupture du contrat de travail est fixée à la date d'envoi de cette lettre. Le début du préavis commence à la date de la première présentation par le facteur (C. trav., art. L1234-3).

Lorsque l'employeur adresse la lettre de licenciement au domicile du salarié, il n'est pas responsable de sa non-distribution. Le licenciement produit son plein effet même si cette lettre lui est retournée (Cass. soc., 30 novembre 2017, pourvoi n° 16-22569).

La précision ultérieure du ou des motifs de licenciement

L'employeur dispose d'un délai de 15 jours à compter de cette notification pour préciser les motifs exposés dans la lettre de licenciement. Le salarié dispose de ce même délai pour demander des précisions. Son ancien employeur bénéficie alors d'un délai de 15 jours à compter de cette demande pour lui répondre. L'ensemble de ces échanges doivent être formalisés par lettre

recommandée avec avis de réception. Si l'employeur estime sa motivation suffisante, il n'a pas l'obligation de répondre au salarié. La lettre de licenciement initiale et les précisions éventuellement données par l'employeur fixeront les limites du litige.

En l'absence de demande du salarié, l'éventuelle insuffisance de motivation dont il pourrait faire état n'a pas pour effet de rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle lui permettra d'obtenir une indemnité maximale d'un mois de salaire (C. trav., art. L1235-2).

Notez que l'employeur a uniquement la possibilité de préciser les motifs mais non de les compléter. Si la lettre de licenciement ne contient aucun motif ou si la rupture du contrat de travail résulte de la remise des documents de fin de contrat au salarié sans envoi d'une lettre de licenciement, l'employeur n'a pas la possibilité de rectifier cette erreur puisque les motifs initiaux n'ont jamais été communiqués au salarié.

Le licenciement verbal

Le licenciement prononcé verbalement est nécessairement irrégulier, puisque les motifs ne sont pas énoncés dans un courrier comme l'exige le Code du travail. Néanmoins, un tel licenciement rompt le lien contractuel. Le salarié qui affirme avoir été licencié verbalement doit être en mesure d'en apporter la preuve, ce qui peut être compliqué car les paroles ne laissent pas de traces. Par exemple, la remise d'une attestation Pôle emploi et d'un certificat de travail exprime la volonté de l'employeur de rompre le contrat. Il en va de même, en l'absence d'une mise à pied conservatoire, lorsqu'un salarié – ayant dû remettre les clés lui permettant d'accéder à son poste – est empêché de travailler pendant plusieurs jours (Cass. soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-65441). Ou lorsque l'employeur lui donne tout simplement l'ordre de quitter l'entreprise (Cass. soc., 10 janvier 2017, pourvoi n° 15-13007).

L'annonce publique dans une réunion avec le personnel de la décision irrévocable de licencier un salarié constitue un licenciement verbal nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 23 octobre 2019, pourvoi n° 17-28800). Si l'employeur se rend compte de son erreur, il ne

peut rétracter son licenciement qu'avec l'accord du salarié, lequel doit manifester une volonté claire et non équivoque. La participation à un entretien préalable d'un salarié ayant reçu auparavant un SMS l'informant de son licenciement ne suffit pas à caractériser l'acceptation de cette rétractation (Cass. soc., 20 février 2020, pourvoi n° 18-12546).

Licenciement et infraction pénale

Certains motifs de licenciement – le vol par exemple – peuvent constituer une infraction pénale. Dans un tel cas, la motivation de la lettre de licenciement nécessite de prendre des précautions. Les faits ne doivent pas apparaître sous leur qualification pénale tant qu'une condamnation définitive n'a pas été prononcée à l'encontre du salarié. En effet, la personne accusée d'un délit est présumée innocente tant qu'elle n'a pas été condamnée. De plus, le dépôt d'une plainte pénale n'aboutit pas forcément à une condamnation, la plainte pouvant être classée sans suite par le procureur de la République. Enfin, la commission d'une infraction peut donner lieu à un simple rappel à la loi ou à une relaxe. Si l'employeur

engage une procédure pénale, il n'a pas à attendre son issue pour prononcer le licenciement (Cass. soc., 26 janvier 2012, pourvoi n° 11-10479).

En revanche, en droit du travail, ces faits peuvent très bien constituer un manquement à la discipline de l'entreprise, à condition toutefois que le juge pénal ne décide pas de leur inexistence ou de leur absence d'imputabilité au salarié. La poursuite d'une partie devant le tribunal correctionnel peut aboutir à ce que le juge pénal prenne une décision différente du juge prud'homal. Jusqu'en 2007, ce dernier devait attendre la fin de la procédure pénale avant de pouvoir statuer sur le bien-fondé du licenciement. Désormais, il n'est plus obligé de suspendre le procès prud'homal, à moins que cette action ne vise à obtenir réparation du préjudice causé.

Lorsque les motifs de licenciement donnent lieu au dépôt d'une plainte pénale avec constitution de partie civile de l'employeur, le juge prud'homal est libre de décider ou non de surseoir à statuer, c'est-à-dire suspendre la procédure prud'homale dans l'attente de la procédure pénale (article 4 du Code de procédure pénale) pour éviter que les décisions pénale et prud'homale ne se contredisent.

Le préavis

Sauf en cas de faute grave ou lourde, le licenciement ouvre une période de préavis dont la durée est déterminée par la convention collective ou par le Code du travail. En l'absence d'une convention applicable à l'entreprise, sa durée est d'un mois à partir de six mois d'ancienneté, de deux mois à partir de deux ans (C. trav., art. L1234-1). L'existence d'un usage local ou professionnel prévoyant un préavis d'une durée supérieure permet au salarié d'en bénéficier, à condition d'en apporter la preuve. Par ailleurs, la plupart des conventions collectives prévoient une durée de trois mois pour les cadres. Toutefois, la généralisation de cette durée n'établit pas un usage pour cette catégorie professionnelle (Cass. soc., 13 février 2002, pourvoi nº 99-45928).

Le salarié doit effectuer le préavis, sauf dispense écrite de l'employeur. Le non-respect de cette obligation peut conduire le salarié à devoir payer à son employeur une indemnité compensatrice de préavis, correspondant au salaire perçu si ce préavis avait été exécuté. En cas de dispense du préavis par l'employeur, le salarié est libre pendant cette période de reprendre une activité

professionnelle, y compris pour une entreprise concurrente. L'employeur est exonéré du paiement du préavis, uniquement en cas de demande expresse du salarié. Celui-ci n'est pas indemnisé par Pôle emploi pendant cette période en cas de paiement d'un préavis non effectué.

La découverte d'une faute grave pendant le préavis (que celle-ci ait été commise avant ou pendant son exécution) autorise l'employeur à mettre fin au préavis en respectant la procédure disciplinaire exposée au chapitre 12. Le salarié ne percevra pas la rémunération correspondant à la période restant à effectuer. En revanche, il percevra son indemnité de licenciement, car le licenciement n'a pas été prononcé pour faute grave. Le préavis est un délai préfixé dont l'échéance n'est en principe pas modifiée par une absence du salarié, sauf en cas de maladie professionnelle ou d'accident du travail. Si le licenciement intervient pendant des congés, le début du préavis est reporté au retour du salarié. L'employeur ne peut obliger le salarié à prendre des congés sans son accord exprès.

L'indemnité légale de licenciement

Sauf faute grave ou lourde, l'employeur est tenu de verser une indemnité de licenciement au salarié ayant au moins 8 mois d'ancienneté dans l'entreprise à la date de l'envoi de la lettre de licenciement. Son montant est fixé par la loi à un quart de mois de salaire par année d'ancienneté. Au-delà de 10 ans, ce montant est d'un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté (C. trav., R1234-2). L'indemnité de licenciement est identique, que le motif soit économique ou personnel. Certaines conventions collectives prévoient un mode de calcul plus favorable au salarié, qui doit être retenu en vertu du principe de faveur (la différence peut être conséquente dans certains secteurs d'activité). Pour déterminer l'ancienneté qui servira de base au calcul de cette indemnité, il faut tenir compte de la durée du préavis même si celui-ci n'est pas exécuté (Cass. soc., 30 mars 2005, pourvoi n° 03-42667).

Le salaire de référence est calculé en utilisant la formule la plus favorable au salarié parmi les deux suivantes : soit 1/12^{e} des salaires des 12 derniers mois, soit un tiers des trois derniers mois. En ce qui concerne la seconde méthode, si des éléments de salaire versés au cours des trois derniers mois

correspondent à une gratification annuelle, ils sont réajustés sur un trimestre afin de ne pas fausser le mode de calcul.

La mise à pied conservatoire, l'antichambre du licenciement

Cette mesure sous-entend l'existence d'une faute grave. En raison de sa nature conservatoire, elle permet d'écarter le salarié de l'entreprise.

Une mesure de mise à l'écart

L'employeur peut prononcer une mise à pied conservatoire afin de tenir le salarié éloigné de la société pendant toute la durée de la procédure de licenciement. Cette mesure peut être notifiée verbalement mais doit être immédiatement formalisée par la remise en main propre d'un courrier ou l'envoi d'une lettre recommandée. La mise à pied conservatoire doit aussi être suivie le plus vite possible d'une convocation à un entretien préalable au licenciement. Si ces deux mesures ne sont pas notifiées simultanément au salarié, la procédure risque d'être viciée.

Or, dans les faits, la mise à pied conservatoire est très souvent annoncée dans la convocation à l'entretien préalable ou notifiée lors de ce dernier (Cass. soc., 4 mars 2015, pourvoi n° 13-23228). Souvent mal vécue par le salarié (qui la considère comme une mesure vexatoire), elle l'oblige à quitter l'entreprise le jour même.

Excepté en cas de circonstances vexatoires, le préjudice causé au salarié par sa mise à pied conservatoire se confond avec celui résultant de son licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 10 janvier 2018, pourvoi n° 16-14277).

À noter que cette mesure est souvent prononcée, même si aucune faute grave n'est retenue dans la lettre de licenciement. En effet, à partir de l'instant où le salarié apprend sa convocation à cet entretien, l'exécution de son contrat de travail devient très difficile. Le salarié est généralement démotivé et l'employeur ne lui fait plus confiance. La nouvelle se répand dans toute l'entreprise ou le service. Plus son niveau hiérarchique est élevé et ses responsabilités importantes, plus son maintien dans ses fonctions est délicat. Un manager aura par exemple du mal à donner des directives ou à parler de l'avenir à des subordonnés ayant connaissance

de la procédure en cours et sachant son départ quasi certain. Ce problème est toutefois atténué si le salarié accomplit des tâches répétitives et peut être contrôlé.

Un salarié ne peut pas prendre ses congés payés pendant la durée de la mise à pied, y compris si la date des congés avait été décidée antérieurement à son prononcé, car cette mesure a pour effet de suspendre le contrat de travail (Cass. soc., 15 mai 2014, pourvoi n° 11-22800).

Une durée identique à celle de la procédure de licenciement

La mise à pied conservatoire doit être prononcée pour toute la durée de la procédure de licenciement. Elle ne doit mentionner aucune autre durée au risque de se transformer en mise à pied disciplinaire. La jurisprudence a ainsi décidé qu'une mise à pied non suivie de l'engagement d'une procédure de licenciement constitue une sanction disciplinaire. Il en va de même si la convocation est adressée six jours après la mise à pied conservatoire (Cass. soc., 30 octobre 2013, pourvoi n° 12-22962). Or, une même faute ne pouvant faire

l'objet de deux sanctions successives, le licenciement ne pourra se fonder sur les faits déjà sanctionnés par cette mise à pied. En revanche, si la lettre de convocation à l'entretien préalable est adressée le lendemain de la mise à pied, celle-ci conserve un caractère conservatoire (Cass. soc., 1er décembre 2011, pourvoi nº 09-72958 ; Cass. soc., 20 mars 2013, pourvoi nº 12-15707).

Si les faits reprochés au salarié donnent lieu à des poursuites pénales, l'employeur peut prononcer une mise à pied conservatoire sans engager immédiatement la procédure de licenciement.

Son effet sur le licenciement

La mise à pied conservatoire n'oblige pas l'employeur à retenir l'existence d'une faute grave dans la lettre de licenciement. La rupture peut même être motivée par une insuffisance professionnelle, laquelle n'est pas un motif disciplinaire (Cass. soc., 3 février 2010, pourvois nºs 07-44491 et 08-41278). Toutefois, dans un précédent arrêt en date du 27 septembre 2007 (pourvoi nº 06-43867), la Cour de cassation énonçait que seule la faute grave pouvait justifier une mise à pied conservatoire. Ces

deux décisions, qui peuvent paraître contradictoires, ne le sont pas en réalité. La mise à pied conservatoire est justifiée si le salarié a commis une faute grave, ce qui permet à l'employeur de ne pas le payer pendant toute sa durée. Mais l'employeur peut également renoncer à cette faute grave et verser son salaire au salarié pendant la durée de cette mesure. La mise à pied ayant une nature conservatoire, la décision d'y recourir ne peut préjuger de la qualification finale de la faute.

À l'inverse, la jurisprudence n'exige pas, pour qu'une faute grave soit reconnue, que le licenciement soit obligatoirement précédé d'une mise à pied conservatoire. En pratique, la faute grave ne permet pas le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis. Dans l'arrêt du 27 septembre 2007 précité, la Cour de cassation a substitué à cette définition l'impossibilité du maintien dans l'entreprise. L'employeur doit donc toujours réagir rapidement, même si, en théorie, la mise à pied conservatoire n'est pas une obligation. Ainsi, le licenciement pour faute grave sans mise à pied conservatoire préalable implique soit une procédure de

licenciement rapide, soit une connaissance tardive de la gravité des faits (par exemple, au cours de l'entretien préalable, à la suite des explications du salarié).

Pendant la durée de la mise à pied conservatoire, le salaire doit être payé seulement si l'employeur ne retient pas la faute grave. Cependant, même s'il verse le salaire par mansuétude, il ne renonce pas pour autant à la faute grave, si le salarié a été effectivement écarté de l'entreprise (Cass. soc., 27 septembre 2007, pourvoi nº 06-43867).

La contestation du licenciement

Le salarié qui estime son licenciement injustifié peut décider de le contester en saisissant le conseil de prud'hommes (les règles de procédure pour exercer une action devant cette juridiction sont présentées au chapitre 21). Il dispose pour cela d'un délai d'un an. Toutefois, en pratique, la personne licenciée n'a pas intérêt à attendre trop longtemps. Avant de recourir à la justice, elle peut essayer d'éviter la case « prud'hommes » qui dure

rarement moins de un an et souvent beaucoup plus longtemps en cas d'appel.

La transaction, qui est présentée en détail au chapitre 18, est par exemple une alternative au procès. Il s'agit d'un contrat destiné à éviter un litige. Les deux parties – consentantes – doivent s'accorder sur le montant de l'indemnité qui sera versée au salarié afin que celui-ci renonce au procès. En règle générale, les pratiques usuelles de l'entreprise sont connues des salariés qui viennent d'être licenciés. Ceux-ci savent donc d'ores et déjà si la conclusion d'un tel accord est envisageable ou non.

Le salarié licencié peut, par exemple, adresser un courrier à son ancien employeur afin de contester son licenciement, arguments à l'appui. Cette lettre n'a pas pour objectif de « se défouler » en vidant son sac, mais de tenter de convaincre l'employeur de négocier un accord. Il s'agit de lui faire prendre conscience des arguments qui peuvent fragiliser son motif et ainsi lui donner envie de mettre fin à la contestation. Il n'existe pas de lettre type, toutefois notez que ce courrier doit être rédigé avec soin et prudence. En effet, les arguments avancés par le salarié et censés permettre la contestation du licenciement peuvent parfois se retourner contre

leur auteur. Par exemple, une explication maladroite des circonstances d'une faute permettra à l'employeur de prouver celle-ci, alors que le salarié – de mauvaise foi – aurait très bien pu en contester l'existence en l'absence de preuve.

Dans la lettre, le salarié peut annoncer son intention de saisir le conseil de prud'hommes. En revanche, l'indication du montant sollicité peut être contre-productive et risque de braquer l'employeur. La somme d'argent indiquée lors de la saisine des prud'hommes est en principe nettement supérieure à celle acceptée par le salarié dans le cas d'une transaction.

Confirmer ou infirmer les motifs

La charge de la preuve ne pèse pas spécifiquement sur l'employeur ou sur le salarié. Le premier cherchera à apporter la preuve des motifs de licenciement, alors que le second cherchera à les contester. En cas de faute grave ou lourde, l'employeur doit prouver seul ce qu'il avance, mais cela ne dispense pas le salarié de contester son licenciement. Chaque partie doit communiquer à

l'autre ses pièces et son argumentation, avant de les transmettre au juge. Ensuite, ce dernier décidera en fonction des éléments reçus des parties. D'une manière générale, le justiciable pense avoir raison, estimant sa cause juste. Or, celui-ci doit toujours s'interroger sur les moyens de preuve dont il dispose. L'importance de cette question est loin d'être comprise par tous, de nombreuses personnes pensant être crues sur parole. Le juge, qui ne connaît aucune des parties, n'a pas plus de raison de croire l'une ou l'autre, sauf à faire preuve de partialité. Dans un procès, il faut s'attendre à la remise en cause de tout ce qui n'est pas incontestable ou prouvé. Pour apprécier les éléments de preuve dont on dispose, il faut se mettre à la place de quelqu'un qui ne connaîtrait ni la situation ni ses protagonistes et qui devrait juger au regard des seules pièces écrites, brièvement explicitées.

Cet exercice est plus facile à expliquer en théorie qu'à pratiquer. En effet, certaines personnes ne peuvent avoir le recul suffisant pour se transformer en juge, *a fortiori* de leur propre cause. Dans le cadre du procès prud'homal, le juge va décider au vu des éléments fournis par chacune des parties. La

loi prévoit que le doute profite au salarié. Par conséquent, celui-ci s'engage dans la course avec une longueur d'avance.

Un agent de fabrication avait par exemple été licencié pour avoir éteint la chaîne de fabrication en dépit des consignes de ses supérieurs. Le salarié soutenait que cet événement s'était produit en raison d'une cause extérieure (Reims, 21 octobre 2009, RG nº 08/02797). Le doute lui a profité…

Les moyens de preuve

Divers moyens peuvent être employés pour prouver ou contester ces motifs. Ces éléments devront impérativement être communiqués à l'autre partie dans le cadre du procès. Tous les courriers échangés entre l'employeur et le salarié pourront être utilisés ; les attestations doivent respecter certaines formes. Le chapitre 11, consacré aux nouvelles technologies, expose le détail des conditions d'utilisation des NTIC à titre de preuve. Par exemple, l'employeur ne peut recourir à un dispositif de contrôle, sauf si son usage a été porté à la connaissance du salarié. Dans le cas contraire, ce dispositif constitue un mode de preuve illicite

qui ne pourra pas servir à prouver la faute du salarié (Cass. soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-30266). De même, un employeur ne peut utiliser un stratagème, en l'occurrence deux témoins présents à sa demande dans une parfumerie, pour constater le détournement d'espèces par une salariée (Cass. soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-18749). Le rapport d'agents assermentés extérieurs à l'entreprise, embarqués dans un car, ne peut servir à licencier le conducteur, si celui-ci n'a pas été averti de leur présence (Cass. soc., 18 octobre 2017, pourvoi n° 16-16462). En revanche, le contrôle de l'activité d'un salarié pendant son temps de travail par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission ne constitue pas, même en l'absence d'information préalable du salarié, un mode de preuve illicite (Cass. soc., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-18427). La preuve peut également émaner d'un rapport d'audit destiné à contrôler l'activité du salarié, si celui-ci n'a pas été tenu à l'écart de son élaboration (Cass. soc., 28 avril 2018, pourvoi n° 16-19934).

Les attestations

Il s'agit de témoignages écrits qui doivent respecter les formes prévues par l'article 202 du Code de procédure civile. Une attestation doit être manuscrite, datée, signée et accompagnée de la photocopie de la carte d'identité de son auteur. Celui-ci doit indiquer avoir pris connaissance de sa production en justice et être informé qu'un faux témoignage l'exposerait à des sanctions pénales. Les liens de parenté ou de subordination avec les parties doivent également être précisés. En l'absence de l'une ou de l'autre de ces mentions, l'attestation n'est pas nulle mais le juge peut décider librement de la retenir ou de l'écarter en fonction des garanties qu'elle présente.

Son contenu est apprécié selon le lien de subordination ou familial existant entre le témoin et la partie à laquelle il apporte son témoignage. Les attestations de salariés produites par l'employeur ne sont pas irrecevables, mais il est certain que le salarié à l'origine de la procédure prud'homale invoquera, pour décrédibiliser son témoignage, le lien de subordination du témoin, celui-ci pouvant être victime de pression. Toutefois, cet argument sera difficile à utiliser si

les témoignages sont multiples ou étayés par d'autres éléments.

Une attestation émanant du représentant de l'employeur lors de l'entretien préalable est recevable (Cass. soc., 23 octobre 2013, pourvoi nº 12-22342).

Le licenciement d'un salarié qui aurait témoigné en faveur de l'un de ses collègues est nul, sauf si l'employeur démontre la mauvaise foi du témoin (Cass. soc., 29 octobre 2013, pourvoi nº 12-22447).

Les documents de l'entreprise

Pour contester les motifs de son licenciement, le salarié devra peut-être produire des documents appartenant à l'entreprise, dont il a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions. Jusqu'en 2004, la chambre criminelle de la Cour de cassation – au sommet de la hiérarchie des juridictions pénales (tribunaux correctionnels et chambres des appels correctionnels) – a considéré que l'utilisation de tels documents constituait un vol. À la suite d'un revirement de jurisprudence, leur communication lors d'un procès prud'homal a été admise à condition d'être strictement nécessaire à la défense du salarié (Cass. crim.,

11 mai 2004, pourvoi n° 03-85521 ; Cass. soc., 31 mars 2015, pourvoi n° 13-24410). En revanche, le salarié qui exploiterait ces documents pour déposer une plainte pénale contre son employeur se rendrait coupable de vol (Cass. crim., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-86463). La production en justice de documents couverts par le secret professionnel est possible si elle est indispensable au respect des droits de la défense (Cass. soc., 5 juillet 2011, pourvoi n° 09-42959).

Les courriels et les SMS

Les e-mails sont une preuve rarement contestée. Néanmoins, ils peuvent être écartés des débats si leur authenticité n'est pas avérée, par exemple quand ils ne se trouvent pas dans les boîtes mails (Cass. soc., 22 mars 2011, pourvoi n° 09-43307). Les SMS, quant à eux, peuvent être produits en justice, car la personne qui les envoie ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur (Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43209).

Les constats d'huissier

L'employeur et le salarié peuvent recourir aux services d'un huissier de justice pour réaliser un

constat. Cet officier ministériel ne doit pas faire usage d'une fausse qualité pour effectuer ses constatations. L'accession à des locaux privés est impossible sans l'autorisation du maître des lieux ou du président du tribunal judiciaire. L'huissier peut s'avérer utile pour réaliser une autre mesure moins connue, appelée « sommation interpellative ». Elle consiste à envoyer l'huissier rencontrer un tiers en le sommant de répondre à une ou plusieurs question(s). La personne peut bien sûr refuser de répondre, mais, prise au dépourvu, elle pourrait donner des informations qui seraient utilisées contre elle par son adversaire.

Une question habilement posée peut apporter une réponse à plusieurs questions. Un employeur fait par exemple délivrer une sommation interpellative à un salarié, en lui demandant la raison de son absence un certain jour à une certaine heure. Le salarié fournit alors un motif qui ne justifiait pas de quitter son poste sans l'autorisation de l'employeur. Grâce à la sommation interpellative, ce dernier disposera non seulement du motif de l'absence, mais également d'une preuve irréfutable de celle-ci.

Les rapports d'audit et les expertises

Lorsque l'employeur se fonde sur un rapport d'audit ou d'expertise, il a intérêt, pour en éviter la contestation, de laisser au salarié la possibilité d'en discuter le contenu, de sorte que les conclusions du rapport répondent aux éléments apportés par le salarié. L'employeur doit toujours chercher, même si c'est contraignant, à respecter le principe du contradictoire (Cass. soc., 28 février 2018, pourvoi n°16-19634).

La réparation d'un licenciement injustifié

Si son licenciement est jugé abusif, le salarié peut obtenir réparation du préjudice, conséquence de la perte de son emploi. Malheureusement, la réparation obtenue n'est pas toujours à la hauteur du préjudice réel, qu'il aura tout intérêt à chiffrer. De plus, elle est plafonnée et dépend de l'ancienneté du salarié.

Le préjudice réel

Tout licenciement cause un préjudice au salarié, sauf si celui-ci souhaitait quitter l'entreprise. La personne perd son emploi et doit en retrouver un nouveau : ce préjudice doit donc être réparé lorsque l'employeur n'a pas de motifs réels et sérieux pour justifier le licenciement. En pratique, le préjudice diffère d'un salarié à l'autre. Être licencié après 20 ans de présence dans l'entreprise et rester plusieurs années au chômage n'est en rien comparable à un licenciement après un an d'ancienneté et en début de carrière (attention, le préjudice ne dépend pas seulement de l'ancienneté). Pour la Cour de cassation, le licenciement injustifié cause nécessairement un préjudice au salarié, lequel obtiendra une indemnisation même s'il n'a pas subi de réel préjudice.

L'évaluation du préjudice est un exercice délicat, car tout dépend du vécu du salarié. Ainsi, à 58 ans, il est peu probable qu'un salarié licencié retrouve un nouvel emploi. Or, cette personne pouvait espérer travailler dans l'entreprise jusqu'à sa retraite (hors faillite ou démission). À l'inverse, la carrière professionnelle d'un salarié injustement licencié n'est pas finie à 35 ans, même si, en

théorie, celui-ci aurait pu travailler dans la société jusqu'à 70 ans. Par conséquent, son préjudice réel ne peut être estimé à ces 35 années de salaire qu'il ne percevra pas. En effet, il pourra à nouveau travailler et peut-être connaître de meilleures perspectives d'évolution que dans son précédent emploi. Dans la pratique, l'indemnisation perçue par le salarié est forfaitaire et celui-ci doit apporter la preuve de son préjudice.

La preuve du préjudice

Les relevés Pôle emploi établiront la période pendant laquelle le salarié est resté privé de travail. Le préjudice matériel correspond donc au montant du salaire précédemment perçu duquel on déduit l'allocation chômage, et ce pendant toute la durée d'inactivité professionnelle. Si la personne parvient à retrouver un emploi, mais avec un salaire nettement inférieur, elle pourra éventuellement communiquer ses bulletins de salaire. En revanche, le salarié qui retrouve rapidement un poste avec une rémunération sensiblement égale ou supérieure n'a pas intérêt à en parler. Le nouvel emploi peut également occasionner d'autres

contraintes, comme un éloignement plus important du domicile ou un déménagement.

Par ailleurs, le salarié peut apporter d'autres éléments pour démontrer la perturbation causée par la perte de son emploi : enfants à charge, absence d'autres revenus dans le foyer, nécessité de s'endetter… Le salarié, toujours privé d'emploi au moment du procès, peut communiquer des éléments démontrant que sa recherche d'emploi s'est soldée par des réponses négatives. Contrairement à l'adage populaire, pour démontrer son préjudice, il vaut mieux faire pitié qu'envie !

L'évaluation du préjudice par le juge

Il existe deux régimes juridiques d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse : l'un s'applique aux licenciements notifiés avant le 24 septembre 2017, l'autre à ceux notifiés à compter de cette date.

Dans le premier cas, les dommages-intérêts sont appréciés librement par le juge, avec un minimum de six mois de salaire brut si le salarié a plus de deux ans d'ancienneté et l'entreprise plus de dix

salariés. En revanche, si l'une de ces deux conditions n'est pas remplie, le juge peut définir un montant inférieur à ce plancher. La lecture des décisions rendues donne rarement des informations précises sur les éléments retenus pour déterminer le montant des dommages-intérêts alloués en réparation d'un préjudice. Ces modalités d'indemnisation sont les mêmes, que le motif du licenciement soit économique ou personnel. Le préjudice est fixé en fonction notamment de l'ancienneté du salarié, de son âge et du temps pendant lequel il est resté privé d'emploi. Aucune formule mathématique n'est utilisée.

Le juge ne peut accorder un montant supérieur à celui demandé par le salarié, sinon il violerait une règle de procédure. Un salarié ayant plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise comprenant plus de dix salariés n'a donc pas intérêt à demander une somme inférieure à six mois de salaire brut. Le montant à demander lors de la saisine des prud'hommes, à titre de dommages-intérêts, est difficile à déterminer. Certains pensent qu'il faut demander « beaucoup » pour avoir « un peu ». Une demande trop importante pourrait laisser

penser que le salarié a confondu le conseil de prud'hommes avec la Française des jeux. Il ne faut demander ni trop, ni pas assez.

En théorie, le Code du travail prévoit, dans les entreprises d'au moins 11 salariés et pour les salariés ayant plus de deux ans d'ancienneté, leur réintégration dans la société sur proposition du juge. Toutefois, cela supposerait l'accord des deux parties (C. trav., art. L1235-3 alinéa 2). En pratique, cela n'arrive jamais.

En cas de licenciement prononcé pour faute grave, le salarié doit demander – en plus des dommages-intérêts – le paiement d'une indemnité compensatrice de préavis, des congés payés sur préavis et de l'indemnité de licenciement. L'indemnité pour licenciement abusif ne doit pas être confondue avec l'indemnité légale de licenciement à laquelle elle s'ajoute.

Dans le second régime d'indemnisation mis en place par les ordonnances de 2017 réformant le Code du travail, on se réfère à un barème d'indemnisation tenant compte de l'ancienneté du salarié à la date de l'envoi de la lettre de licenciement. Ce barème prévoit une indemnité minimale et maximale qui s'exprime en mois de

salaire brut. Le montant minimum diffère selon l'effectif de l'entreprise. L'indemnisation maximale s'échelonne d'un mois de salaire lorsque le salarié a moins d'un an d'ancienneté à 20 mois de salaire lorsque son ancienneté est supérieure ou égale à 30 ans (C. trav., art. L1235-3) :

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	1
1	1	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12

15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

Dans les entreprises employant habituellement moins de 11 salariés, les montants minimaux ci-dessous sont applicables par dérogation à ceux indiqués dans le tableau précédent :

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet

1	0,5
2	0,5
3	1
4	1
5	1,5
6	1,5
7	2
8	2
9	2,5
10	2,5

Le régime d'indemnisation des salariés dont le licenciement est nul est évoqué en début de chapitre. Il conduit à écarter les plafonnements dans les cas suivants :

- En violation d'une liberté fondamentale, par exemple le droit de témoigner en justice ou l'exercice de la liberté d'expression ;
- Pour l'un des motifs discriminatoires répertoriés à l'article L1132-3-3 du Code du travail ;
- En raison de l'exercice d'une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;

- Sans autorisation de l’inspection du travail alors que le salarié exerce un mandat le faisant bénéficier d’une protection contre le licenciement ;
- En raison de la dénonciation ou du témoignage de faits de harcèlement moral ou sexuel ;
- En raison des dispositions relatives à la grossesse, à la maternité et à la paternité.

Plafonnement des indemnités prud'homales

Suite à l'instauration du plafonnement des indemnités prud'homales en septembre 2017, certains salariés ont soutenu que ce dispositif était contraire à l'article 10 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail et à l'article 24 de la loi de la Charte sociale européenne. Ces deux conventions internationales prévoient en effet le droit pour un salarié licencié sans motif valable de bénéficier d'une indemnité adéquate ou d'une autre réparation appropriée. Or, elles ont une valeur juridique supérieure à la loi française. Elles pourraient donc être invoquées par les salariés devant le juge, afin d'écarter les dispositions d'une loi qui leur serait contraire.

Deux conseils de prud'hommes ont saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis, selon la procédure évoquée au chapitre 21, afin de savoir si le barème Macron était conforme aux textes cités ci-dessus. La Haute Juridiction a validé ce dernier. L'expression « indemnité adéquate » doit être comprise comme permettant aux États d'user d'une marge d'appréciation dans la fixation de la réparation dont bénéficient les salariés abusivement licenciés. Le barème est en outre écarté dans les cas les plus graves.

Globalement, le barème Macron est respecté dans la quasi-totalité des jugements rendus. Quelques décisions

dissidentes notamment de première instance ont choisi de l'écarter en l'estimant par exemple non dissuasif ou contraire à des conventions internationales ou au droit de l'Union européenne. Plusieurs arrêts rendus par les cours d'appel de Paris et de Reims ont admis la possibilité d'écarter le barème quand l'indemnité n'apparaît pas adéquate ou proportionnée. Une décision de la Cour de cassation devrait intervenir prochainement pour censurer ou non ces arrêts.

Enfin, quel que soit le régime d'indemnisation applicable, le juge doit condamner l'employeur – mais, en pratique, il ne le fait pas toujours – à rembourser à Pôle emploi les allocations chômage versées au salarié, dans la limite de six mois de salaire. Cette possibilité est réservée aux litiges dans lesquels le salarié a plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise d'au moins onze salariés. À noter que le remboursement des allocations chômage ne peut être ordonné lorsque le licenciement est nul (Cass. soc., 5 mars 2015, pourvoi n° 13-22235).

Les autres préjudices

Les juges peuvent allouer une réparation tenant aux conditions de la rupture et notamment à sa

brusquerie. De nombreux autres préjudices peuvent donner lieu à réparation. La jurisprudence apprécie au cas par cas, s'agissant par exemple de la perte d'une pension de retraite supplémentaire (Cass. soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 09-69125) ou de l'impossibilité d'exercer son droit à lever des stock-options en raison d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 29 janvier 2013, pourvoi n° 11-24406). Dans une affaire récente et très médiatisée, un salarié d'un grand groupe industriel dont le licenciement avait été annoncé dans la presse a obtenu 3000 euros de dommages et intérêts au titre de l'atteinte portée à son image lorsque le licenciement a été jugé sans cause réelle et sérieuse.

Indemnisation pour non-respect de la procédure de licenciement

Le non-respect des formalités prévues par la loi rend la procédure irrégulière. Toutefois, cela ne rend pas le licenciement injustifié si celui-ci repose sur des motifs réels et sérieux.

Voici quelques exemples d'irrégularité formelle : omission de l'adresse des lieux où peut être retirée la liste des conseillers du salarié, absence de la signature de l'employeur dans la lettre de licenciement, non-respect d'un délai, etc. L'irrégularité de la procédure donne droit à des dommages-intérêts, car elle cause un préjudice au salarié.

La réparation du préjudice diffère selon la date du licenciement. Si ce dernier a été notifié avant le 24 septembre 2017 : pour les personnes ayant plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise de plus de dix salariés, le non-respect de la procédure de licenciement condamne l'employeur à verser un mois de salaire au salarié. Cette somme ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause et sérieuse d'un montant minimum de six mois de salaire. En revanche, pour les salariés qui ne satisfont pas à l'une des deux conditions (ancienneté et effectif de l'entreprise), cette indemnité se cumule avec celle pour licenciement abusif. Son montant est au maximum d'un mois de salaire.

Si le licenciement pour une cause réelle et sérieuse a été notifié à compter du 24 septembre 2017,

l’indemnité octroyée par le juge en cas d’irrégularité de la procédure ne peut être supérieure à un mois de salaire. C’est par exemple le cas lorsque l’employeur omet de consulter, préalablement au licenciement, une instance prévue dans la convention collective (C. trav., art. L1235-2).

Lorsque le salarié n’a pas demandé à son employeur de préciser les motifs énoncés dans la lettre de licenciement, une insuffisance de motivation de cette dernière ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse. Dans ce cas, cette irrégularité ouvre droit à une indemnité ne pouvant excéder un mois de salaire. En l’absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, le préjudice résultant du vice de motivation de la lettre de rupture est réparé par l’indemnité allouée selon les dispositions de l’article L1235-3 du Code du travail.

DANS CE CHAPITRE

La présentation du licenciement économique

•

L'obligation de reclassement

•

La priorité de réembauchage

•

La procédure à respecter

Chapitre 16
Le licenciement économique

Pour la plupart des salariés, le licenciement économique est une notion particulièrement floue, voire totalement absconse. En revanche, si vous leur parlez de « plan social », vous serez compris par la majorité d'entre eux…

Le licenciement économique désigne en fait un licenciement prononcé pour un motif qui n'est pas lié à la personne même du salarié (contrairement

au licenciement pour motif personnel). Pour lancer une telle procédure, l'employeur doit prouver l'existence d'un motif économique. Celui-ci est défini par la loi.

L'existence d'un motif économique

Selon l'article L1233-3 du Code du travail, le licenciement économique doit être consécutif « notamment » à :

- Des difficultés économiques ;
- Des mutations technologiques ;
- Une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;
- La cessation définitive de l'activité de l'entreprise.

Les deux derniers motifs sont issus de la jurisprudence. Grâce à l'adverbe « notamment », le juge est en mesure d'ajouter d'autres causes de licenciement économique.

Un employeur ne peut procéder à un licenciement économique qu'après avoir respecté une procédure extrêmement précise, qui varie en fonction du

nombre de licenciements prononcés et de la présence ou non d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise.

Hormis pour les difficultés économiques pour lesquelles la loi précise des indicateurs, ni le législateur ni la jurisprudence ne donne de définition précise des trois autres motifs pour lesquels un licenciement économique est autorisé. En cas de contestation, les juges du fond (conseil des prud'hommes et cour d'appel) statuent donc au cas par cas. Ils doivent vérifier l'existence du motif économique invoqué et apprécier s'il justifie ou non un licenciement économique.

Un seul motif – personnel ou économique – pour un licenciement

L'employeur qui envisage de licencier un salarié peut se trouver simultanément en présence d'un motif économique (l'entreprise rencontrant par exemple des difficultés) et d'un motif personnel (le salarié faisant mal son travail). On ne peut que lui déconseiller d'indiquer à la fois un motif personnel et un motif économique dans la lettre de licenciement.

En cas de contestation, le salarié pourra se dire que, si deux motifs sont invoqués, c'est parce qu'aucun n'est vraiment sérieux. Mais, surtout, selon la jurisprudence, le juge devra déterminer le motif qui aura été la cause première et déterminante du licenciement, avant d'examiner s'il constitue ou non une cause réelle et sérieuse. Le juge ne pourra examiner que ce seul motif, un licenciement ne pouvant avoir qu'une seule cause.

Les difficultés économiques

L'existence de difficultés économiques peut être la conséquence de l'évolution de l'un des critères énumérés ci-dessous ou de tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés :

- Baisse des commandes ou du chiffre d'affaires ;
- Dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation ;
- Pertes d'exploitation.

La baisse des commandes et du chiffre d'affaires s'apprécie sur une durée qui dépend de l'effectif de l'entreprise :

- Un trimestre pour une entreprise de moins de 11 salariés ;
- Deux trimestres consécutifs lorsque l'effectif est compris entre 11 et 49 salariés ;
- Trois trimestres consécutifs lorsque l'effectif est compris entre 50 et 299 salariés ;
- Quatre trimestres pour une entreprise de 300 salariés et plus.

Ces critères servent à la fois de référentiel et de guide pour le juge qui doit apprécier l'existence de difficultés économiques. Mais l'ampleur de leur évolution est laissée à son appréciation. Le magistrat devra faire preuve de discernement et ne pas les prendre au pied de la lettre. La baisse du chiffre d'affaires et les pertes sont des éléments

objectifs et vérifiables dans la comptabilité. En revanche, une baisse des commandes est difficilement vérifiable tant que cela n'a pas d'impact significatif sur le chiffre d'affaires et l'activité de l'entreprise.

La baisse de la trésorerie, quant à elle, peut être le symptôme de graves difficultés économiques. Mais le juge devra s'interroger sur son origine : résulte-t-elle de décisions de gestion (par exemple l'autofinancement d'investissements) ou de la distribution de dividendes aux actionnaires de l'entreprise ?

La situation n'a pas besoin d'être catastrophique pour justifier un licenciement économique. Toutefois, il faut démontrer – d'une façon précise et circonstanciée – que les difficultés financières mettent en péril la survie de l'entreprise.

Ainsi, la seule préoccupation de réaliser une économie en dehors de toutes difficultés économiques ou de réaliser des bénéfices plus importants sera désavouée par les juges. Le licenciement économique est en fait une réponse à des difficultés économiques et non un moyen pour optimiser les performances financières d'une société.

Voici des exemples de difficultés économiques justifiant, selon la jurisprudence, un licenciement économique. À noter que, dans chaque arrêt, les juges ont estimé que les motifs devaient se cumuler :

- Une accumulation de charges supérieures au chiffre d'affaires et un accroissement du déficit (Cass. soc., 16 mars 2004, Jonkheere c/ Sté Agi) ;
- Un état financier déficitaire, un chiffre d'affaires baissant de 30 %, l'obligation de vendre à perte la majorité de la production en raison de la perte de marché et la dégradation de relations commerciales avec des clients importants (Paris, 20 novembre 2007) ;
- Un résultat négatif, une dégradation de la trésorerie de l'entreprise et un cumul de découverts bancaires en raison d'une dégradation du carnet de commandes, de la perte de marchés publics (Reims, chambre sociale, 27 juin 2007, SAS Spanevello c/ Baijot) ;
- Des difficultés économiques patentes en raison de la perte d'un important marché,

démontrant la diminution de la moitié du résultat d'exploitation, avec la production d'extraits de comptes clients (Pau, 22 octobre 2007, SA SERAL c/ Arregros) ;

- Une baisse du chiffre d'affaires et le passage d'une situation bénéficiaire (23000 euros sur un chiffre d'affaires de plus de 18 millions d'euros) à une situation déficitaire de 1,3 million d'euros pour un chiffre d'affaires de 14,3 millions d'euros.

Dans l'ensemble de ces cas, les difficultés économiques sont suffisamment sérieuses et mettent en péril l'entreprise. En revanche, les situations suivantes ne sont pas considérées comme des difficultés économiques par la jurisprudence et ne peuvent donc pas être invoquées comme motif de licenciement :

- La perte d'un marché ou d'un contrat commercial ne permet pas le licenciement d'une démonstratrice de grands magasins (Paris, 26 février 2008, Benisti c/ SARL Peau d'Âne) ;
- Ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre ni la baisse des bénéfices ne suffit à

établir la réalité de difficultés économiques (Cass. soc., 13 septembre 2012, pourvoi n° 11-18480) ;

- Une baisse du chiffre d'affaires durant l'exercice précédant le licenciement et une augmentation au cours de l'année du licenciement faisant apparaître un recours massif à des intérimaires. Les difficultés économiques doivent être durables et non conjoncturelles ou passagères (Amiens, 21 octobre 2008, Delaplace SARL c/ Christian Laplomb).

Lorsque les difficultés économiques sont la conséquence d'une attitude intentionnelle ou frauduleuse de l'employeur ou bien d'une légèreté blâmable, le licenciement est injustifié.

Une telle attitude intentionnelle a ainsi été retenue à l'encontre d'un employeur qui s'était laissé dépouiller d'une partie importante de son patrimoine. Les juges ont considéré que le licenciement était la conséquence de cette insolvabilité (Cass. soc., 9 octobre 1991, Association départementale du tourisme c/ Schuller).

Une légèreté blâmable a, par exemple, été reconnue vis-à-vis d'un employeur qui avait embauché un salarié en contrat d'adaptation, alors que son entreprise était gravement endettée au moment du recrutement (Cass. soc., 26 février 1992, SARL La Pierre Saint-Honoré c/ Jacek).

En revanche, l'erreur de gestion de l'employeur – qui embauche un salarié en dépit des difficultés économiques – ne caractérise pas à elle seule la légèreté blâmable (Cass. soc., 14 décembre 2005, Association de gestion du lycée professionnel Sainte-Marguerite c/ Mfouara). De plus, tout choix de gestion présentant un risque, l'erreur qui serait commise dans l'appréciation de ce risque ne constitue pas à elle seule une légèreté blâmable (Cass. soc., 22 septembre 2011, pourvoi n° 10-16171).

Au vu de ces éléments, il semble relativement difficile de distinguer la légèreté blâmable de l'erreur de gestion. En fait, le salarié embauché en contrat d'adaptation devait recevoir une formation d'un an, mais a été licencié au bout de sept mois. À l'inverse, dans l'arrêt précité du 14 décembre 2005, le salarié engagé le 1er septembre 1999 a été licencié le 5 février 2001, ce qui signifie qu'en dépit des

difficultés économiques, l'employeur a pu le conserver pendant près d'un an et demi. Lors de son embauche, le dirigeant pouvait espérer encore redresser la situation.

La mutation technologique

Une mutation technologique est de nature à justifier, à elle seule, un licenciement économique, indépendamment de l'existence de difficultés financières (Cass. soc., 2 juin 1993, pourvoi nº 90-44956).

Il n'existe pas de définition précise et explicite de la mutation technologique. En principe, cela implique l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise ou bien l'évolution d'une technologie existante dont l'impact peut entraîner des suppressions ou des transformations d'emplois.

Voici quelques exemples permettant d'appréhender cette notion :

- Le seul changement de logiciel ou de progiciel ne constitue pas une innovation technologique (Cass. soc., 13 mai 2003, Lee Cooper international c/ Colomb) ;

- La mise en réseau de commerciaux à l'aide d'un nouveau logiciel, leur permettant de traiter directement avec le service production, justifie la suppression du poste du salarié servant d'intermédiaire entre ces deux services (Grenoble, 18 juin 2007, Bruyère c/ SA Protem) ;
- L'achat d'une machine automatisant un processus de production constitue une mutation technologique (Rennes, 19 mars 1996, SARL Christian Faure c/ Cloaret) ;
- Le passage de la photographie argentique au numérique (à l'origine du recul du chiffre d'affaires) justifie le licenciement d'un représentant engagé pour intervenir sur le marché argentique (Montpellier, 14 mars 2007, Ambrosini c/ Agfa-Gevaert) ;
- Le 17 mai 2006, la Cour de cassation a décidé que reposait sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié, dont l'ensemble des tâches étaient supprimées du fait de l'utilisation d'un nouveau logiciel informatique. Toutefois, l'utilisation de cette nouvelle technologie doit nécessairement

constituer une innovation par rapport à l'état antérieur de la technique ; L'utilisation d'un nouveau logiciel informatique, supprimant l'ensemble des tâches d'un salarié, constitue également une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 17 mai 2006, pourvoi nº 04-43022) ;

- L'inaptitude professionnelle des salariés, invoquée par l'employeur, à occuper les emplois modifiés par la mutation technologique entraîne le licenciement en raison d'un motif inhérent à la personne même du salarié (Cass. soc., 12 décembre 1991, Sté ECM c/ Cardoso et autre) ;
- L'inaptitude d'un salarié à une évolution technologique rend impossible son reclassement malgré les efforts faits par l'employeur pour l'adapter à l'évolution de son emploi (Cass. soc., 28 juin 2000, pourvoi nº 98-42199).

L'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur poste, en leur faisant suivre une formation complémentaire. En revanche, cette obligation ne lui impose pas de délivrer une qualification nouvelle aux salariés, afin

que ces derniers puissent par exemple accéder à un poste de catégorie supérieure disponible. L'un des critères d'appréciation de l'existence de mutations technologiques est le non-remplacement du salarié dont le poste est supprimé. Si ce dernier n'a pas été supprimé, le licenciement est certainement illégitime dans la mesure où l'employeur doit adapter le salarié à l'évolution de son emploi.

La réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité

Pour que soit retenu ce motif, la compétitivité de l'entreprise doit être menacée, sans quoi le ou les licenciement(s) économique(s) ser (a) ont jugé(s) sans cause réelle et sérieuse. Ce critère a remplacé celui de l'intérêt d'entreprise (motif que la jurisprudence a admis jusqu'au milieu des années 1990 pour justifier un licenciement économique).

Jusqu'à l'arrêt Thomson du 5 avril 1995, le licenciement était justifié lorsque la réorganisation était décidée dans l'intérêt de l'entreprise. Depuis cet arrêt, qui constitue un revirement de

jurisprudence, la réorganisation doit être justifiée par des menaces pesant sur la compétitivité.

Cette jurisprudence réduit les possibilités pour un employeur de justifier un licenciement économique à l'occasion d'une réorganisation de l'entreprise. L'intérêt de l'entreprise est, en effet, une notion plus large que celle de la sauvegarde de sa performance. Cela consiste à diminuer les coûts et à faire des bénéfices plus importants. C'est d'ailleurs le devoir de tout chef d'entreprise. En revanche, la sauvegarde de la compétitivité vise à éviter une baisse de la compétitivité d'une société. Pour prospérer, une entreprise doit être concurrentielle. Dans le cas contraire, elle est condamnée à mort à plus ou moins brève échéance. Le licenciement économique a donc pour objectif d'éviter des licenciements ultérieurs en plus grand nombre. Mieux vaut, en effet, quelques licenciements maintenant plutôt qu'une fermeture de l'entreprise plus tard.

Il n'existe pas de définition précise des aléas menaçant la performance d'une société et justifiant sa réorganisation. Cette notion, appréciée strictement par la jurisprudence, n'est pas un motif « bateau » ou « fourre-tout » pour justifier de

licenciements économiques. Il revient donc au juge d'en apprécier la pertinence.

Les exemples ci-dessous, tirés de la jurisprudence, permettent de mieux comprendre cette notion :

- Un laboratoire pharmaceutique, connaissant une baisse constante de son chiffre d'affaires, doit investir dans le développement de nouveaux médicaments. Ce qui exige de lourds investissements en recherche-développement, nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité (Montpellier, 27 juin 2007, SA Chauvin Bosch c/ Lomb Lebert) ;
- Une entreprise de l'industrie textile, soumise à la concurrence accrue d'entreprises asiatiques et nord-africaines, a une masse salariale trop importante, qui grève la trésorerie (Amiens, 4 mars 2008, Tatin c/ SARL Alshain Prestige) ;
- Une société avance le remboursement d'un découvert bancaire, ce qui ne constitue pas, en soi, une menace sur la compétitivité de l'entreprise, d'autant que le compte de résultat de l'entreprise est équilibré et le chiffre d'affaires en augmentation. Par ailleurs,

l'existence de déficits antérieurs ne caractérise pas une menace sur la compétitivité (Montpellier, 12 novembre 2002, Sideris c/ SA Rolland Beaux-Arts) ;

- Un technicien avait été licencié après son refus d'être muté de Montpellier à Dijon, l'entreprise souhaitant, par ce déménagement, augmenter sa capacité de stockage et diminuer les délais de livraison et d'intervention de son service après-vente (afin de demeurer compétitive par rapport à ses concurrents directs). Mais l'employeur n'a pas été en mesure de justifier concrètement la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise, d'autant que la situation financière de cette dernière était bonne – le chiffre d'affaires ayant connu une croissance de plus de 13 % par rapport à l'exercice précédent (Montpellier, 14 juin 2006, Martinez c/ SA Pharmat) ;
- Une directrice d'hôtel a été licenciée pour assurer la sauvegarde de la compétitivité d'une entreprise, dont les charges financières compromettaient durablement les résultats

(Cass. soc., 26 janvier 2005, Borel c/ Sté Domus, pourvoi nº 02-44138).

Pour fonder un licenciement pour motif économique, la réorganisation doit se présenter comme une mesure de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise face à une menace. En aucun cas, la réorganisation ne peut être justifiée par une meilleure gestion de l'entreprise (c'est de toute façon le devoir du chef d'entreprise de gérer au mieux sa société). De nombreuses décisions jurisprudentielles démontrent que les employeurs invoquent la sauvegarde de la compétitivité, sans être en mesure de prouver l'existence d'une réelle menace. Le licenciement se révèle alors injustifié.

Améliorer la compétitivité n'est pas la même chose que la sauvegarder. Les exemples ci-dessous illustrent cette nuance essentielle :

- L'employeur, ayant pris une décision dans le but d'améliorer la compétitivité et de faire front à des difficultés plus conjoncturelles et structurelles, ne démontre pas la nécessité de supprimer un poste de travail (Paris, 21e chambre, 8 novembre 2007, Bouchouchane c/ SA M. E. Dupont) ;

- Le licenciement économique est justifié lorsqu'une importante réduction du chiffre d'affaires de l'entreprise est due à un ralentissement économique durable (Lyon, chambre sociale, 13 septembre 2005, SA AIP c/ Rousseau) ;
- La fermeture d'un secteur géographique ou d'activité non rentable ne constitue pas en soi un motif économique de licenciement si l'employeur ne démontre pas la menace sur la compétitivité le conduisant à prendre cette décision (Poitiers, chambre sociale, 6 mars 2007, Lagriffoul c/ SAS Bopadis) ;
- Le licenciement économique est injustifié lorsque la réorganisation a pour objectif une meilleure gestion de l'entreprise et non la sauvegarde de sa compétitivité, la menace n'étant pas démontrée (Poitiers, 18 décembre 2001, Trichet c/ Sté nouvelle Kirie) ;
- Le licenciement de l'ensemble des salariés d'un établissement de la société Continental n'est pas justifié par des difficultés économiques ou la nécessité de sauvegarder sa compétitivité, mais répond à un souci de

rentabilité du secteur pneumatique du groupe (Cass. soc., 6 juillet 2016, pourvoi nº 14-27357) ;

- Une société ne rencontrant aucune difficulté économique et s'appuyant uniquement sur des éléments généraux pour dépeindre la situation de son marché ne peut invoquer la sauvegarde de sa compétitivité pour justifier une réorganisation (Nîmes, 7 mars 2007, SARL Julbo c/ Salle).

L'apport des fameux arrêts Pages Jaunes : réorganiser pour prévenir les difficultés économiques

L'employeur peut réorganiser son entreprise et procéder à des licenciements pour prévenir des difficultés économiques (qui n'existent pas à la date du licenciement) liées à des évolutions technologiques à venir. Cette situation doit donc être démontrée par l'employeur.

La mise en place d'une telle procédure répond toujours au même impératif : licencier maintenant afin d'éviter un nombre plus important de licenciements dans le futur.

En 2001, le déclin de l'annuaire papier et l'essor d'Internet ont ainsi conduit la société Pages Jaunes à mettre en place un plan de réorganisation, afin de prévenir les difficultés économiques (Cass. soc., 11 janvier 2006, pourvoi nº 04-46201).

La cessation d'activité de l'entreprise

La fermeture de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement. Elle doit cependant concerner l'ensemble des établissements de l'entreprise et l'ensemble de ses activités. Si la

cessation d'activité touche uniquement un site ou un service, elle ne représentera pas un motif de licenciement. Toutefois, l'employeur pourra alors invoquer l'un des autres motifs économiques de licenciement (sauvegarde de la compétitivité, mutation technologique, etc.).

La fermeture de l'entreprise doit également être définitive. Ainsi, la fermeture d'un hôtel pour travaux pendant une durée de six mois ne constitue pas une cessation d'activité (Cass. soc., 22 mars 2005, Lefèvre c/ Sté Hôtel Élysées Magellan). En revanche, le licenciement d'un garçon de café est justifié par le non-renouvellement d'un bail commercial entraînant la fermeture de l'entreprise (Cass. soc., 16 janvier 2001, Morvant c/ SNC Le Royal Printemps). De même, la légitimité du licenciement est admise lorsque l'employeur – personne physique – cesse son activité en raison de son âge ou de son état de santé (Cass. soc., 25 février 1992).

À noter que le licenciement perd toute légitimité en cas de fraude ou de légèreté blâmable de l'employeur. Il devient alors sans cause réelle et sérieuse. La légèreté blâmable est par exemple retenue lorsque l'employeur accélère la fermeture

d'une activité rentable sans rechercher la possibilité de la conserver (Paris, 21e chambre, 21 février 2007, Lemoine c/ CPR), ou lorsqu'il n'obtient pas, en raison de sa carence fautive, les autorisations administratives nécessaires à la poursuite de l'activité pour une association d'aide à domicile (Cass. soc., 14 mars 2012, pourvoi n° 10-28413).

Dans le célèbre arrêt Dunlop Goodyear, la Cour de cassation a décidé que, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, la décision de fermeture prise par ce dernier non pour sauvegarder sa compétitivité mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa rentabilité au détriment de la situation de l'emploi constitue une légèreté blâmable rendant les licenciements sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 1er février 2011, pourvoi n° 10-30045).

La liquidation judiciaire justifie le licenciement économique de l'ensemble des salariés puisqu'elle entraîne une cessation de l'activité de l'entreprise. En revanche, elle n'interdit pas au salarié d'invoquer une faute de l'employeur à l'origine de cette liquidation judiciaire pour dénoncer un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass.

soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-26140). Comme l'entreprise a rarement les moyens de payer les condamnations, celles-ci seront prises en charge sous certaines conditions et dans certaines limites par le fonds national de garantie des salaires.

Les salariés d'une société en liquidation peuvent exercer une action à l'encontre de son actionnaire si celui-ci a commis une faute à l'origine de la faillite. La jurisprudence précise que cette faute doit être intentionnelle et d'une particulière gravité. Par exemple, une entreprise en faillite a financé dans des conditions excessives ou sans contrepartie d'autres sociétés de son groupe (Cass. soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 16-22881).

Cette action ne vise pas à contester les licenciements devant le conseil de prud'hommes. Elle est fondée sur l'article 1240 du Code civil qui permet à la victime d'une faute d'engager la responsabilité de son auteur sans être liée avec lui par un contrat. L'action peut relever, au choix des salariés, de la compétence du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce.

Lorsqu'un salarié est dans une situation de coemploi (voir chapitre 5), la cessation totale de l'activité de l'un des coemployeurs ne constitue pas

à elle seule un motif économique (Cass. soc., 18 janvier 2011, pourvoi nº 09-69199). Avant tout licenciement pour motif économique d'un salarié ayant des coemployeurs, chacun d'entre eux est tenu de rechercher pour lui un reclassement (Cass. soc., 28 septembre 2011, pourvoi nº 10-12278).

L'impact du motif économique sur l'emploi du salarié

Pour justifier un licenciement économique, le motif (difficultés économiques, mutations technologiques, etc.) doit entraîner soit une suppression ou une transformation d'emploi, soit une modification du contrat de travail refusée par le salarié.

La suppression d'emploi

La suppression d'emploi implique qu'aucune embauche ne soit réalisée (peu de temps avant ou après le licenciement) pour remplacer le salarié licencié. Les tâches de ce dernier sont supprimées ou réparties entre différents employés de l'entreprise. L'existence de la suppression d'emploi s'apprécie au niveau de l'entreprise (C. trav., art.

L1233 – 3). Ainsi, il n'y a pas de suppression d'emploi lorsque le salarié licencié est remplacé par un salarié d'une autre entreprise du groupe.

Comme nous le verrons plus loin, lorsqu'un poste est supprimé au sein d'une catégorie professionnelle comptant plusieurs salariés, on tient compte de critères relatifs à la situation des salariés concernés (ancienneté dans l'entreprise, âge, charge de famille, etc.), pour déterminer la personne qui sera licenciée. En raison de l'application de ces critères, le salarié qui devra quitter l'entreprise n'est pas nécessairement celui dont le poste est supprimé. Dans un tel cas de figure, le salarié licencié sera remplacé sur son poste par une autre personne appartenant à la même catégorie professionnelle. Le licenciement sera justifié seulement si l'on aboutit à une suppression d'emploi au sein de cette catégorie professionnelle dans l'entreprise.

Prenons un exemple précis : dans une entreprise comptant trois assistantes, il est décidé de supprimer l'un des postes en vue d'une réorganisation. Si l'application des critères déterminant l'ordre des licenciements conduit au départ de l'assistante du directeur général, l'une

des deux autres assistantes pourra prendre sa place auprès du DG du moment qu'un poste d'assistante est effectivement supprimé.

L'employeur qui maintient le poste d'une salariée en proposant à celle-ci une réduction de ses heures de travail ne peut invoquer des difficultés économiques, ces dernières n'ayant pas pour conséquence la suppression de l'emploi (Cass. soc., 18 février 2016, pourvoi n° 14-26350).

Délocalisation et suppression d'emplois

Une délocalisation implique que les emplois supprimés dans un lieu soient recréés, au moins partiellement, dans un autre. Mais, dans un tel cas, peut-on réellement parler de suppression d'emplois justifiant un licenciement économique ? La jurisprudence considère en fait que la suppression est constituée en cas de fermeture d'un établissement et de transfert de son activité sur d'autres sites, « dans un milieu différent ». Malheureusement, cette notion de « milieu différent » n'est pas définie par la jurisprudence. Dans un arrêt en date du 5 avril 1995 (Cass. soc., Sté Thomson Tubes & Displays c/ Steenhoute), les emplois avaient par exemple été transférés de Lyon vers Genlis (Côte-d'Or) et Belo Horizonte (au Brésil). La Haute Juridiction avait alors considéré que le transfert dans un milieu différent était caractérisé lorsque les emplois étaient délocalisés dans une autre zone géographique en France (et *a fortiori* à l'étranger).

La transformation d'emploi

La transformation d'emploi suppose que le poste ait changé de nature. Le plus souvent, cette transformation intervient en raison d'une mutation

technologique. Si ce nouvel emploi nécessite une qualification dont ne dispose pas le salarié, l'employeur pourra le licencier pour motif économique. Toutefois, l'employeur ayant l'obligation de donner aux salariés les moyens de s'adapter à l'évolution de leur métier, on peut s'interroger sur l'étendue de cette obligation en cas de transformation d'emploi. Cette obligation d'adaptation implique de faire suivre au salarié une formation de courte durée, afin qu'il suive l'évolution de son poste de travail. En revanche, elle n'impose pas de faire bénéficier le salarié d'une formation initiale ou qualifiante qui lui manquerait pour occuper un nouvel emploi. Il existe donc une différence incontestable entre l'adaptation à l'évolution d'un poste de travail et une transformation d'emploi.

Le manquement de l'employeur à son obligation d'adapter un salarié à l'évolution de son emploi n'est pas toujours à l'origine du licenciement économique. Il n'a donc pas pour effet de rendre le licenciement injustifié, mais crée un préjudice spécifique au salarié (Cass. soc., 12 septembre 2018, pourvoi n° 17-14257).

Prenons un exemple tiré de la jurisprudence : en raison de pertes importantes, une société a changé son activité, passant de la vente de produits informatiques à la programmation informatique. Le licenciement d'un vendeur de matériel pour motif économique a été validé par la jurisprudence en dépit de l'embauche concomitante d'un programmeur. En effet, le vendeur ne disposait pas de la formation de base lui permettant de remplir cette fonction.

La modification du contrat de travail pour motif économique

Le motif économique peut conduire l'employeur à proposer au salarié une modification de son contrat de travail, mais celle-ci ne peut lui être imposée. Si le salarié refuse la modification, l'employeur peut le licencier, mais à condition de justifier de l'un des motifs économiques énoncés. En effet, la raison du licenciement du salarié ne réside pas dans le refus de celui-ci d'accepter la modification, mais dans le motif économique (difficultés économiques, réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, etc.) ayant conduit

l’employeur à lui faire la proposition. À défaut de justification du motif économique, le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 11 juillet 2018, pourvoi n° 17-12247).

Accords de performance sociale et économique

Indépendamment de la présence de difficultés économiques, ces accords négociés dans les entreprises permettent d'aménager la durée du travail ou de modifier la rémunération sous réserve de respecter des minima conventionnels. Ils peuvent également déterminer les conditions de mobilité professionnelle ou géographique au sein de l'entreprise, ou prévoir l'instauration d'un forfait annuel en heures ou en jours. Ils doivent également indiquer les efforts réalisés par les cadres dirigeants, les mandataires sociaux et les actionnaires, lesquels doivent être proportionnés à ceux des salariés.

Ces accords emportent modification des clauses contraires présentes dans les contrats de travail des salariés. L'employeur a l'obligation préalable d'informer ces derniers de ces modifications. Les salariés disposent alors d'un délai d'un mois pour s'y opposer. En cas de refus des modifications, l'employeur a la possibilité de licencier le salarié réfractaire pour motif économique (le refus constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement – C. trav., art. L2254-2). Un tel accord représente par exemple un moyen de contourner le refus d'un salarié d'être soumis à un forfait en jours sur l'année (refus qui, en temps normal, ne peut déboucher sur un licenciement). Cette catégorie

d'accords se substitue aux accords de maintien dans l'emploi, de mobilité ou de réduction du temps de travail.

Qui ne dit mot consent à une modification

L'employeur doit suivre la procédure prévue par l'article L1222-6 du Code du travail et adresser une lettre recommandée au salarié pour lui proposer la modification de son contrat de travail. Le salarié dispose alors d'un délai d'un mois (15 jours en cas de redressement ou liquidation judiciaire), à compter de la date de réception de ce courrier, pour refuser la proposition. L'absence de réponse vaut acceptation de cette dernière.

La jurisprudence est extrêmement stricte quant au respect de cette procédure. En cas de non-respect, l'employeur ne pourra se prévaloir ni d'une acceptation ni d'un refus du salarié (Cass. soc., 25 janvier 2005, Pugnot c/ Société européenne de conseils d'entreprises).

Même si le salarié refuse la proposition bien avant l'expiration du délai d'un mois mentionné dans la lettre recommandée, l'employeur doit impérativement attendre la fin de ce délai pour

initier la procédure de licenciement. Dans son rapport de 2003, la Cour de cassation avait en effet estimé que ce laps de temps devait permettre au salarié de revenir éventuellement sur sa décision.

La modification du contrat de travail pour motif économique nécessite la consultation des représentants du personnel si elle revêt une certaine importance.

Quand s'apprécie l'existence d'un motif économique ?

Pour décider si un motif économique justifie ou non un licenciement, le juge doit se référer à la date d'envoi de la lettre de licenciement. Il peut ainsi prendre en compte, pour apprécier ce motif, des éléments postérieurs, comme les comptes annuels de l'entreprise par exemple. Par définition, le résultat de l'exercice en cours n'est pas connu au moment du licenciement, il ne le sera que postérieurement au licenciement. L'employeur, qui envisage de procéder à un licenciement économique, a donc tout intérêt à disposer au moins de données comptables intermédiaires.

Il a également été jugé qu'un employeur peut justifier une réorganisation de l'entreprise indispensable à la sauvegarde de sa compétitivité en s'appuyant sur des prévisions d'une dégradation de sa situation économique. Des exercices postérieurs déficitaires lui permettront ensuite de valider ces prévisions. À noter que le redressement rapide de la société à la suite des licenciements économiques n'affecte pas la validité du licenciement (Cass. soc., 17 septembre 2014, pourvoi n° 13-19763).

À quel niveau s'apprécie l'existence du motif économique ?

L'existence du motif économique s'apprécie au niveau de l'entreprise, c'est-à-dire de la personne morale qui emploie le salarié. Lorsque celle-ci possède plusieurs sites ou plusieurs activités, il faut prendre en compte sa situation globale et non celle de l'une des activités ou de l'un des sites en particulier. Par conséquent, l'existence de difficultés économiques au niveau d'un seul établissement ou d'une seule activité ne permet pas

de licencier pour motif économique si l'entreprise est globalement fleurissante. Un licenciement dans un tel cas serait injustifié.

Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, les difficultés économiques s'apprécient par rapport au secteur d'activité du groupe. La notion de secteur d'activité commun est désormais définie notamment par la nature des produits et des services ainsi que par la clientèle et les réseaux de distribution. Ces différents critères impliquent l'existence d'un marché commun aux entreprises du même secteur d'activité (C. trav., art. L1233-3 al. 14). Par exemple, dans un groupe ayant pour activités le transport aérien et l'hôtellerie, ce sont les résultats du groupe dans le transport aérien qu'il conviendra d'examiner si les salariés licenciés appartiennent à ce domaine d'activité. Compte tenu de cette définition, un groupe hôtelier présent à la fois dans l'hôtellerie de luxe et dans l'hôtellerie « low cost » est caractérisé par deux secteurs d'activités distincts, justifiant une appréciation différenciée de leur situation.

Depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, cette appréciation est limitée au territoire national même si le groupe compte des entreprises à l'étranger.

Auparavant, l'examen de la situation économique concernait l'ensemble du secteur d'activité sans aucune restriction géographique. Par ailleurs, les ordonnances proposent désormais une définition du groupe par référence à des dispositions du Code de commerce et du Code du travail qui imposent la constitution d'un comité de groupe. Cela implique l'existence d'une société dominante contrôlant directement ou indirectement des entreprises, sans en être nécessairement l'actionnaire majoritaire (C. trav., art. L1233-3).

Même si le motif économique s'apprécie au niveau du groupe, l'absence de mention de la situation du groupe dans la lettre de licenciement ne rend pas le licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 3 mai 2016, pourvoi n° 15-11046).

La motivation de la lettre de licenciement

La lettre de licenciement fixe les limites du litige. Une absence de motif économique, ou un courrier insuffisamment motivé, rend le licenciement illégitime. À l'instar du licenciement pour motif personnel (voir chapitre 15), une seconde lettre

peut être adressée au salarié, à la suite du licenciement, à sa demande ou à l'initiative de l'employeur. Pour autant, une motivation permettant au salarié de comprendre la situation de l'entreprise, de comprendre ce qui amène celle-ci à se séparer de lui sans avoir de grief personnel contre lui, constituera la meilleure prévention de toute contestation. En pratique, cette mesure n'a pas beaucoup d'intérêt lorsque le salarié accepte le contrat de sécurisation professionnelle, puisque l'employeur doit lui notifier les motifs économiques lors de l'entretien préalable au licenciement.

Comme en matière de licenciement pour motif personnel, il existe un modèle type de lettre de licenciement pour motif économique. Ce formulaire suscite les mêmes commentaires que ceux évoqués au chapitre 15. L'utilisation d'un formulaire ne semble pas être la meilleure solution pour motiver avec justesse la rupture d'un contrat de travail pour motif économique (C. trav., art. L1233-16).

Le motif économique et sa conséquence sur l'emploi du salarié

La lettre de licenciement doit non seulement indiquer le motif économique (par exemple, les difficultés rencontrées par l'entreprise), mais également énoncer sa conséquence sur l'emploi du salarié (par exemple, la suppression de son emploi). La lettre de licenciement est ainsi insuffisamment motivée lorsqu'elle mentionne :

- Les difficultés économiques de l'entreprise sans indiquer qu'elles entraînent la suppression de l'emploi du salarié ;

Ou à l'inverse :

- La suppression de l'emploi d'un salarié sans préciser le motif économique qui en est la cause.

Le degré de précision de la lettre de licenciement quant au motif économique

La lettre de licenciement ne peut se limiter à indiquer que le salarié est licencié pour motif économique. Celui-ci doit être matériellement vérifiable. La rédaction d'une lettre de licenciement pour motif économique étant une affaire de

spécialiste, il convient donc de faire expressément référence à un motif défini par la loi ou la jurisprudence (difficultés économiques, mutation technologique ou réorganisation de l'entreprise). S'agissant des difficultés économiques, la motivation devra se rapprocher autant que possible des indicateurs mentionnés à l'article L1233 – 3 du Code du travail, si ceux-ci correspondent à la situation de l'entreprise.

Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a admis qu'une lettre de licenciement dans laquelle il était indiqué que l'employeur procédait à une suppression d'emploi consécutive à une restructuration ou une réorganisation de l'entreprise n'avait pas à préciser que cette mesure était destinée à sauvegarder la compétitivité de la société ou de son secteur d'activité. Selon la Haute Juridiction, c'est au juge de vérifier que cette réorganisation est justifiée par des difficultés économiques, une mutation technologique ou une nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise (Cass. soc., 2 mars 1999, pourvoi nº 96-45027, Sté Maria Galland c/ Nicolas).

Par ailleurs, la jurisprudence admet traditionnellement que la lettre de licenciement,

faisant état d'une réorganisation de l'entreprise, n'a pas à préciser les causes à l'origine de cette restructuration. Toutefois, le droit n'étant pas une science exacte, il convient de procéder avec précaution. En effet, l'examen de certaines décisions de cours d'appel montre que les juges du fond sont parfois plus exigeants que ceux de la Cour de cassation.

- La lettre de licenciement, qui fait état de la fermeture d'une entreprise sans indiquer les difficultés économiques invoquées par l'employeur, est insuffisamment motivée (Caen, 28 mai 2004, nº 03/00841, Beaudet c/ Delangle ; Toulouse, 2 mars 2000, nº 1998/03799, SARL Egloff France Sud-Ouest c/ Egloff) ;
- L'employeur ne satisfait pas aux exigences de la loi, lorsqu'il mentionne une réorganisation de l'entreprise sans préciser ni en quoi elle consiste, ni surtout à quelles préoccupations économiques elle répond (Caen, 6 septembre 1999, Courteille c/ SA Dis-Frais).

Lorsqu'un arrêt rendu par une cour d'appel contrevient à la jurisprudence de la Cour de cassation, son annulation devient envisageable.

Pour éviter cela, il convient de tenir compte des décisions les plus exigeantes, afin que la seule forme de la lettre de licenciement ne conduise pas à son illégitimité. Le rédacteur d'une lettre de licenciement n'a donc pas intérêt à se limiter à des motivations succinctes. Si le motif économique est à la limite de l'insuffisant, le salarié pourra soutenir que celui-ci est imprécis. Et même s'il n'est pas suivi par les juges, cela représente un élément de contestation de plus en sa faveur.

En fait, il ne faut pas perdre de vue que la lettre de licenciement a pour objet de communiquer au salarié les motifs conduisant l'entreprise à rompre son contrat de travail. Se limiter à faire état de difficultés économiques, sans plus de précisions, peut ainsi laisser penser que l'entreprise n'a pas réellement de motifs, faute de pouvoir les énoncer clairement.

Prenons l'exemple – fréquent – d'une entreprise qui perd de l'argent en raison d'une baisse du chiffre d'affaires. Si elle a des charges notablement supérieures à son chiffre d'affaires de manière récurrente, nul besoin d'être expert-comptable pour comprendre que cette société n'a pas d'autre solution que de procéder à des licenciements

économiques. Toutefois, ces pertes doivent être suffisamment importantes et porter sur une période suffisamment significative.

En pratique, plus la lettre sera motivée, plus le motif économique sera compris. Enfin, rappelons que le licenciement économique conduit à se séparer d'un salarié pour des raisons conjoncturelles ou structurelles, et non en raison d'un grief à son encontre.

Le contrôle par le juge

En cas de litige entre un employeur et un salarié, le juge doit vérifier non seulement la présence d'un motif économique dans la lettre de licenciement, mais également son existence ainsi que sa proportionnalité (ce doit être suffisamment sérieux pour justifier le licenciement).

Le contrôle du juge sur les licenciements ne lui permet pas de se mettre à la place de l'employeur. Par conséquent, il ne peut pas comparer le choix de ce dernier avec les différentes solutions possibles (arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, 8 décembre 2000, Sat c/ Coudière et autres).

De même, il ne peut apprécier si l'employeur aurait dû supprimer des postes dans telle ou telle catégorie (Cass. soc., 14 septembre 2010, pourvoi n° 09-66657).

L'ordre des licenciements

Le licenciement économique est prononcé (par opposition au licenciement pour motif personnel) pour « un motif non inhérent à la personne du salarié », lié à la situation de l'entreprise.

À moins que tous les postes au sein d'une même catégorie professionnelle ne soient supprimés,

l'employeur doit opérer un choix entre les salariés pour déterminer ceux qui seront conservés et ceux qui seront licenciés. Pour effectuer ce choix, l'employeur doit appliquer les critères présents dans la convention collective applicable à l'entreprise ou, à défaut, ceux énoncés par la loi si la convention collective est muette sur le sujet. La liberté de choix de l'employeur pour sélectionner les salariés qui seront licenciés est donc limitée. Par exemple, si un emploi de secrétaire doit être supprimé au sein d'un service, l'employeur doit appliquer les critères à l'ensemble des secrétaires de l'entreprise et pas seulement aux seules secrétaires du service concerné par cette suppression d'emploi.

Lorsque le licenciement concerne tous les salariés ayant refusé une modification de leur contrat de travail pour motif économique, l'employeur n'est pas tenu de mettre en œuvre les critères (Cass. soc., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-12590).

Les critères pour établir l'ordre des licenciements

Les critères retenus par l'article L1233-5 du Code du travail sont les suivants :

- La situation des salariés présentant des caractéristiques qui rendent difficile leur réinsertion. Ce critère vise à privilégier les salariés âgés et handicapés ;
- Les charges de famille, et en particulier celles des parents isolés. La mise en œuvre est nécessairement délicate, car les charges de famille sont en principe les enfants. L'employeur doit donc disposer d'informations précises sur la famille du salarié (nombre d'enfants, situation professionnelle du conjoint, ascendant à charge, etc.). Ce critère impose en lui-même de privilégier les parents isolés, qui sont le plus souvent des femmes seules. Est-il préférable d'être une mère célibataire – avec un enfant – percevant une pension alimentaire du père ou un homme marié avec trois enfants et un conjoint ne travaillant pas ? Il y a nécessairement une part d'arbitraire, mais la loi édicte par définition une règle générale ;
- L'ancienneté dans l'entreprise. C'est le critère qui pose le moins de difficultés. Il suffit de

regarder la date d'entrée dans la société mentionnée sur le bulletin de salaire et le registre du personnel ;

- Les qualités professionnelles appréciées par catégorie.

Ce quatrième critère, qui pose le plus de problèmes, est en principe privilégié par l'employeur. C'est à ce dernier d'apprécier les qualités professionnelles du salarié. En cas de contestation, le juge doit vérifier que l'appréciation portée sur les aptitudes professionnelles ne procède pas d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir (Cass. soc., 24 septembre 2014, pourvoi n° 12-16991). L'employeur a donc intérêt à disposer d'éléments objectifs pour apprécier les qualités professionnelles et pouvoir expliquer pour quelles raisons Monsieur Z a conservé son poste tandis que Madame Y a été licenciée (ou inversement). La jurisprudence a décidé que le diplôme ne constituait pas une qualité professionnelle. En revanche, la maîtrise d'une langue étrangère en est une, lorsque celle-ci est nécessaire pour exercer une activité professionnelle.

La mise en œuvre de ce critère doit reposer sur des éléments objectifs. En principe, les salariés doivent

être informés des méthodes et des techniques qui permettent d'évaluer leurs qualités professionnelles. Cette absence d'information n'est pas de nature à constituer une violation des critères de l'ordre des licenciements, en revanche elle peut ouvrir droit à des dommages-intérêts.

L'employeur peut tenir compte des sanctions disciplinaires afin d'apprécier les critères des qualités professionnelles pris en compte lors de l'établissement de l'ordre des licenciements (Cass. soc., 19 mai 2010, pourvoi nº 09-40103).

En pratique, à charge de famille égale, il ne faut pas chercher à licencier un salarié âgé de 45 ans et ayant dix ans d'ancienneté pour conserver son collègue trentenaire, appartenant à la même catégorie et ayant cinq ans d'ancienneté (surtout s'il coûte moins cher).

L'employeur n'a pas à mettre en œuvre ces critères si tous les postes des salariés appartenant à la même catégorie professionnelle sont supprimés. La catégorie professionnelle elle-même est définie par la jurisprudence comme étant « des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune ».

À savoir

L'ordre dans lequel ces critères sont inscrits dans le Code du travail n'établit pas une hiérarchie entre eux. L'employeur a l'obligation de prendre en compte chacun de ces critères. Il ne peut écarter l'un d'entre eux. En revanche, il peut décider d'en privilégier un ou plusieurs, en leur appliquant par exemple une pondération. En pratique, des coefficients pourront leur être assignés. Toutefois, cette pondération ne doit pas aboutir à ce que le critère privilégié devienne le seul critère (Cass. soc., 2 mars 2004, L'Hormeau c/ Sté Valeo Thermique Habitacle).

À savoir

Le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements est en principe l'entreprise. Lorsque celle-ci compte plusieurs établissements éloignés géographiquement, ces critères peuvent être appréciés au sein de chaque zone d'emploi référencée dans un atlas établi par l'Insee. Ce périmètre peut être limité à un secteur géographique plus restreint que la zone d'emploi lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi donne lieu à la conclusion d'un accord collectif.

À savoir

Le salarié à temps partiel n'a pas à être licencié en priorité par rapport à un salarié à temps complet (Cass. soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-12045).

Cette jurisprudence peut être difficile à mettre en œuvre si l'employeur a besoin de conserver un salarié à temps complet alors que, dans le même temps, le salarié à temps partiel ne veut pas passer à temps plein.

La possibilité de prendre en compte d'autres critères

Dans le Code du travail, la présence de l'adverbe « notamment » avant l'énumération des critères (C. trav., art. 1233-5) offre la possibilité à l'employeur d'ajouter éventuellement des critères supplémentaires. Ceux-ci ne doivent toutefois pas aboutir à une discrimination prohibée par l'article L1132-1 du Code du travail, à savoir les mœurs, les croyances religieuses, les activités politiques ou syndicales ainsi que l'état de santé, etc. Mais surtout, avant d'ajouter un critère supplémentaire, l'employeur devra préalablement appliquer l'ensemble des critères énoncés par la loi, ce qui se révèle déjà difficile.

L'employeur ne peut pas créer de critère tirant bénéfice de l'absence des salariés pour licencier par exemple un employé en congé de type parental. De

plus, il ne peut pas exclure les salariés protégés de la liste des personnes qui pourraient être licenciées, afin de se soustraire à la procédure particulière de licenciement inhérente à ces personnels (demande d'autorisation à l'inspecteur du travail).

Souvent, les entreprises souhaitent tenir compte de la rémunération de leurs employés. Pour quelle raison ? Tout simplement pour se débarrasser des « vieux » salariés qui coûtent plus cher et sont – prétendument – moins productifs que des jeunes. De plus, les salariés quadra et quinquagénaires ayant certainement une ancienneté supérieure aux autres, un critère fondé sur la rémunération pourrait contrebalancer les effets du critère d'ancienneté favorisant les employés présents dans l'entreprise depuis longtemps. On peut donc raisonnablement douter que l'employeur puisse invoquer un tel critère. Un salaire plus important peut aussi laisser présumer de meilleures qualités professionnelles.

Par ailleurs, l'entreprise ne peut retenir comme critère le fait qu'une personne travaille à temps partiel pour la licencier au profit d'un salarié à temps plein. L'application de ces critères peut devenir un vrai casse-tête.

La contestation de l'ordre des licenciements

Pour pouvoir contester l'ordre des licenciements, le salarié doit connaître les critères utilisés, lesquels ne sont pas – en principe – énoncés dans la lettre de licenciement. Lorsque le licenciement économique est collectif, les représentants du personnel doivent être préalablement consultés, notamment sur les critères. Cette consultation conduit à la signature d'un procès-verbal, dont l'ensemble des salariés pourront avoir connaissance.

À la suite du licenciement, le salarié peut demander la communication des critères retenus par l'employeur pour établir l'ordre des licenciements. Il doit formuler sa demande dans un délai de dix jours à partir du lendemain de son départ effectif de l'entreprise. L'employeur dispose ensuite d'un délai de dix jours pour lui répondre. Passé ce délai, l'ex-salarié pourra demander la condamnation de son ancien employeur en vue d'obtenir des dommages-intérêts évalués en fonction du préjudice subi. La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 septembre 2008 (pourvoi nº 07-42200), a

décidé que ces dommages-intérêts se cumulaient avec les dommages-intérêts obtenus pour licenciement abusif.

La violation par l'employeur des critères ne conduit pas à rendre le licenciement à proprement parler sans cause réelle et sérieuse. En pratique, la violation de l'ordre des licenciements conduit au départ d'un salarié à la place d'un autre. De fait, la règle des six mois d'indemnisation (lorsque le salarié a plus de deux ans d'ancienneté et l'entreprise plus de dix salariés) ne s'appliquera pas automatiquement ; le salarié devra démontrer un préjudice. La violation de l'ordre des licenciements fait également encourir à l'employeur une contravention de 4^{e} classe (article R1238-1 du Code du travail).

Lorsque le salarié conteste l'ordre des licenciements, c'est à l'employeur de communiquer les éléments objectifs qu'il a pris en compte pour démontrer son respect des critères.

L'obligation de reclassement

Préalablement au licenciement économique, l'employeur a l'obligation de rechercher un

reclassement pour le salarié, dans un emploi relevant de la même catégorie ou, à défaut, d'une catégorie inférieure sous réserve de l'accord de l'employé (Cass. soc., 17 janvier 2013, pourvoi n° 11-26238 ; C. trav., art. L1233-4). La jurisprudence met donc à la charge de l'entreprise le fait d'établir l'impossibilité de reclassement d'un salarié dans un autre emploi. Le manquement de l'employeur à son obligation de reclassement conduit à l'illégitimité du licenciement. Si nécessaire, l'employeur doit proposer au salarié une formation pour s'adapter à son nouveau poste. En revanche, il n'est pas tenu de lui faire suivre une formation initiale à un nouveau métier (Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-13876).

Le refus par le salarié d'une proposition de modification de son contrat de travail pour motif économique ne dispense pas l'employeur de lui proposer de nouveau le même poste, afin de respecter son obligation de reclassement (Cass. soc., 4 mai 2017, pourvoi n° 15 – 24398).

La jurisprudence hiérarchise les priorités de reclassement au regard du poste envisagé ; elle a ainsi condamné un employeur qui avait proposé un poste de qualification inférieure, sans avoir

préalablement recherché s'il existait des emplois de qualification équivalente dans le groupe. Le seul fait de proposer des reclassements au salarié n'établit pas que l'employeur a accompli une recherche sérieuse.

Concrètement, l'obligation de reclassement impose d'adresser à l'ensemble des entreprises appartenant au même groupe une demande de reclassement du ou des salarié(s) concerné(s) par le licenciement économique. Pour que la recherche soit considérée comme sérieuse par le juge, l'employeur doit détailler la formation, l'expérience et l'emploi occupé par le salarié dans les courriers envoyés aux autres entreprises (Cass. soc., 4 février 2014, pourvoi n° 12-14782). À noter cependant que, dans une structure de petite taille, il ne peut être reproché à l'employeur de ne pas avoir recherché de reclassement au salarié, s'il justifie de l'absence de poste disponible au moment du licenciement (Cass. soc., 15 avril 2015, pourvoi n° 13-28005).

La forme de la proposition de reclassement est différente de celle de la proposition de modification du contrat de travail pour motif économique. Les offres de reclassement doivent être écrites et

précises. L'employeur peut les adresser de manière personnalisée à chacun des salariés ou diffuser une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés (C. trav., art. L1233-4). Cette liste doit également mentionner les critères de départage au cas où plusieurs salariés postuleraient au même poste (C. trav., art. D1233-2-1). L'employeur ne peut donc se satisfaire d'un simple affichage des postes de reclassement. Par ailleurs, toute offre doit être ferme et ne pas être soumise à la validation d'un responsable de l'entreprise d'accueil (Cass. soc., 28 janvier 2015, pourvoi nº 13-23440).

Le périmètre de reclassement

Selon la Cour de cassation, les possibilités de reclassement des salariés doivent être recherchées à l'intérieur du groupe auquel appartient l'entreprise. Il faut toutefois que les salariés licenciés dans l'entreprise puissent être affectés dans une autre société du groupe (Cass. soc., 5 avril 1990, 15 arrêts Thomson et Vidéocolor).

Pour déterminer le groupe de reclassement, la jurisprudence retient un critère abstrait qui réside dans la possibilité d'effectuer entre les entreprises la permutation de tout ou partie de leur personnel

(Cass. soc., 22 janvier 2014, pourvoi n° 12-19099). La seule détention du capital d'une société par d'autres entreprises ne signifie pas forcément qu'il est possible de procéder à une telle permutation. Ce critère est désormais inscrit dans le Code du travail (C. trav., art. L1233-4).

L'appartenance à une fédération professionnelle ne constitue pas un groupe de reclassement (Cass. soc., 11 février 2015, pourvoi n° 13-23573).

Proposer un reclassement est un exercice extrêmement compliqué dans un groupe international, car la recherche de postes doit être exhaustive et par conséquent concerner tout le groupe. Le périmètre du reclassement est le groupe auquel appartient l'entreprise. Depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, la recherche de reclassement se limite au seul territoire national.

Pour limiter cette recherche, certains employeurs se contentaient de transmettre un questionnaire aux salariés concernés par un licenciement économique collectif, afin de recueillir leurs vœux de mobilité. Cette pratique leur permettait ainsi de restreindre les recherches de reclassement à la zone géographique indiquée par le salarié. Dans un arrêt du 4 mars 2009, la Cour de cassation a

sanctionné cette pratique en estimant que l'employeur ne satisfaisait pas à son obligation de reclassement, puisque les vœux des salariés restreignaient de fait toute proposition concrète de reclassement postérieure.

La priorité de réembauchage

La lettre de licenciement doit impérativement mentionner la priorité de réembauchage dont bénéficie le salarié pendant une durée d'un an. Elle nécessite que le salarié fasse part à son employeur de sa volonté d'en bénéficier.

L'employeur est tenu d'informer le salarié de tout emploi disponible, compatible avec sa qualification. Cette priorité ne se limite pas aux seuls emplois à durée indéterminée, les postes à durée déterminée sont également concernés. De plus, la priorité s'applique à l'ensemble des sites de l'entreprise.

À noter que le recours à des contrats d'intérim, sans en aviser le salarié licencié, constitue une violation de la priorité de réembauchage. L'employeur est de fait tenu d'informer le salarié chaque fois qu'il procède à une embauche, même si le salarié embauché travaille sur un site différent.

Si l'employeur ne respecte pas la priorité de réembauchage, le juge accorde au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire (C. trav., art. L1235-13). Cette sanction s'applique uniquement dans les entreprises employant au moins 11 salariés et pour les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté.

La contestation d'un licenciement économique

Le licenciement économique doit être fondé sur un motif économique. Pour déterminer quels salariés quitteront la société, l'employeur doit appliquer des critères afin d'établir l'ordre des licenciements. Au préalable, il a l'obligation de rechercher un reclassement pour le salarié. Si l'une de ces conditions n'est pas respectée, le salarié pourra obtenir une indemnisation correspondant à celle octroyée en cas de licenciement pour motif personnel abusif (voir chapitre 15).

En cas de litige entre l'employeur et le salarié, le juge doit vérifier non seulement la présence d'un motif économique dans la lettre de licenciement, mais encore sa réalité et son existence, ainsi que sa proportionnalité (le motif économique doit être suffisamment sérieux pour justifier le licenciement). Si le motif indiqué dans la lettre de licenciement n'est pas le motif réel du licenciement, celui-ci sera illégitime.

Quand le licenciement est injustifié, le salarié qui a accepté le contrat de sécurisation professionnelle est en droit de demander la condamnation de son

employeur à payer le montant de l'indemnité compensatrice de préavis, même si celui-ci l'a déjà réglé à Pôle emploi suite à l'acceptation par le salarié du CSP (Cass. soc., 10 mai 2016, pourvoi n° 14-27953).

En l'absence de motif économique, le CSP devient sans cause. L'employeur doit donc rembourser les allocations chômage éventuellement versées au salarié, sous déduction de sa contribution au financement du CSP (Cass. soc., 5 décembre 2018, pourvoi n° 17-28034).

La procédure de licenciement pour motif économique

La procédure de licenciement économique varie en fonction du nombre de salariés concernés et de l'effectif de l'entreprise. Le second critère est très important car, à partir d'un certain seuil, les représentants du personnel éventuellement présents dans la société interviennent dans la procédure.

La procédure de licenciement d'un seul salarié, dite « individuelle », est très proche de celle pour motif personnel. En revanche, dès qu'elle concerne

au moins deux salariés, elle est collective. La procédure est appelée « petit licenciement collectif » lorsqu'elle implique deux à neuf salariés. Le comité social et économique doit être préalablement consulté (C. trav., art. L1233-8). De plus, la Dreets doit être également informée.

Au-delà de neuf salariés, la procédure dite de « grand licenciement collectif » se complexifie. Si l'entreprise compte au moins 50 salariés, un plan de sauvegarde de l'emploi (appelé par le passé « plan social ») doit être mis en œuvre pour éviter les licenciements ou en réduire le nombre en essayant de reclasser les personnes menacées.

Définir la procédure à appliquer

Le choix de la procédure dépend du nombre de licenciements envisagés et non de ceux effectivement prononcés. La période de référence est fixée à 30 jours à partir de la date de la première réunion du comité social et économique ou des entretiens préalables. Le nombre de licenciements s'apprécie au niveau de l'entreprise lorsqu'elle compte plusieurs établissements, sauf si le chef

d'établissement détient seul le pouvoir de licencier. Si le plan de restructuration décidé au niveau de l'entreprise concerne plusieurs établissements, il doit s'analyser au niveau de l'entreprise tout entière.

L'ensemble des départs intervenus pour motif économique – par exemple un départ volontaire ou une mise à la retraite dans le cadre d'un PSE (plan de sauvegarde de l'emploi) – doit être pris en compte. Certaines décisions jurisprudentielles ont reconnu que ce nombre devait s'apprécier au niveau de l'unité économique et sociale (UES). Cependant, la Cour de cassation a décidé que l'élément à prendre en considération était l'entreprise et non l'UES (Cass. soc., 28 janvier 2009, pourvoi nº 07-45481).

Pour éviter de recourir à un plan de sauvegarde de l'emploi, l'échelonnement des licenciements de neuf salariés tous les 30 jours permettrait, sur un an, de licencier 108 personnes (soit douze « charrettes » de neuf personnes). Toutefois, pour les entreprises d'au moins 50 salariés, le Code du travail a prévu une parade lorsque :

- 18 licenciements ont été prononcés sur une année civile sans mise en place d'un plan de

sauvegarde de l'emploi ;

- Plus de dix personnes ont été licenciées sur une période de trois mois consécutifs, sans atteindre dix salariés dans une même période de trente jours.

Dans le premier cas, tout nouveau licenciement envisagé au cours des trois premiers mois de l'année civile suivante déclenchera la procédure dite de « grand licenciement collectif », laquelle implique l'établissement d'un PSE (C. trav., art. L1233-27). Dans le second cas, la procédure se déclenchera pour tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois mois suivants (C. trav., art. L1233-26).

Licenciement individuel pour motif économique

Le Code du travail n'impose la consultation du comité social et économique que pour les licenciements économiques dits collectifs. Toutefois, selon l'article L2312-8 dudit code, le CSE doit être consulté sur les questions concernant « l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise », notamment sur « les mesures de

nature à affecter le volume ou la structure des effectifs ». Par conséquent, un licenciement économique individuel étant lié au volume des effectifs, l'employeur devrait consulter le comité social et économique. Par exemple, le licenciement d'une personne pourrait modifier l'organisation de la société en aboutissant à la fermeture d'un service composé de ce seul salarié.

1re étape : la convocation à un entretien préalable

Le salarié est convoqué à l'entretien préalable, soit par lettre remise en mains propres contre décharge, soit par lettre recommandée avec avis de réception. Un délai de cinq jours ouvrables (on ne tient pas compte des dimanches et des jours fériés) doit s'écouler entre le jour de réception de la lettre par le salarié et le jour de l'entretien, ces deux journées n'étant pas décomptées (c'est un délai franc). Par exemple, si la convocation est remise au salarié le lundi, l'entretien préalable ne peut pas être fixé avant le lundi suivant, si la semaine ne comporte pas de jours fériés.

La convocation doit mentionner :

- La date, le jour et le lieu de l'entretien (en indiquant l'adresse précise, même si le salarié la connaît) ;
- La possibilité pour le salarié d'être assisté par un autre salarié de l'entreprise.

En l'absence de représentants du personnel, la personne convoquée peut également faire appel à un conseiller du salarié extérieur à l'entreprise, inscrit sur une liste établie par le préfet. La convocation doit préciser les adresses où la liste peut être retirée, (très souvent, celle-ci est disponible sur Internet, ce qui évite au salarié de se déplacer) :

- À la Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (Dreets) ;
- À la mairie de la commune de résidence du salarié. Si le département dans lequel il habite est différent de celui de l'entreprise, la convocation doit mentionner l'adresse de la mairie de la commune dans laquelle l'entretien préalable se déroulera.

2e étape : le contrat de sécurisation professionnelle

L'employeur doit retirer le contrat de sécurisation professionnelle (CSP) auprès de Pôle emploi ou sur Internet, afin de le proposer au salarié lors de l'entretien préalable. Les entreprises de plus de 1000 salariés ont l'obligation de proposer au salarié un congé de reclassement (information à indiquer dans la convocation à l'entretien préalable).

3e étape : l'entretien préalable

L'employeur expose les motifs économiques le conduisant à envisager le licenciement et recueille les observations du salarié en vue d'une décision finale ultérieure. Au cours de l'entretien, il lui propose l'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle et le lui remet contre la signature d'un récépissé intégré à ladite convention. Par ailleurs, l'employeur doit impérativement informer par écrit le salarié des motifs économiques le conduisant à lui proposer le CSP ainsi que du bénéfice de la priorité de réembauchage (Cass. soc., 27 mai 2020, pourvoi nº 18-24531).

Cette procédure est calquée sur celle du licenciement pour motif personnel. Toutefois, même si, dans le cadre d'un licenciement

économique, le motif n'est pas lié à la personne du salarié, ce dernier peut le contester lors de l'entretien préalable.

4e étape : l'envoi de la lettre de licenciement

La lettre de licenciement doit être adressée, au plus tôt, le huitième jour ouvrable suivant l'entretien préalable (15 jours ouvrables si le salarié est cadre). Elle doit contenir le motif économique de licenciement et sa conséquence sur l'emploi. Le courrier doit obligatoirement mentionner :

- La priorité de réembauchage dont bénéficie le salarié pendant une durée d'un an. Pour y prétendre, le salarié doit informer son ancien employeur de sa volonté d'être réembaucher ;
- La situation du salarié par rapport au contrat de sécurisation professionnelle (lui reste-t-il un délai pour l'accepter ?).

Le délai de contestation du licenciement par le salarié est fixé à un an pour tous les licenciements à compter de leur notification (C. trav., art. L1235-7). Jusqu'au 22 décembre 2017, cette mention devait

figurer dans la lettre de licenciement. À défaut, le délai n'était pas opposable.

Les motifs économiques devant être exposés lors de l'entretien préalable, il est recommandé de préparer un projet de lettre avant ce rendez-vous. Par la suite, la lettre de licenciement ne devra pas contenir d'autres motifs que ceux exprimés lors de l'entretien préalable.

5e étape : l'information de la Dreets

Dans les huit jours suivant la notification du licenciement, l'employeur doit adresser à la Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités des informations sur ce licenciement. Outre la date de celui-ci, cette lettre doit contenir :

- Le nom, l'adresse, l'effectif et l'activité de l'entreprise ;
- Les nom et prénom(s) du salarié ainsi que sa nationalité, son sexe, son emploi et sa qualification.

Licenciement économique collectif

Dès que la procédure de licenciement concerne au moins deux salariés, elle est dite collective. Les modalités de mise en œuvre varient en fonction du nombre de salariés concernés et de l'effectif de l'entreprise. Il faut également tenir compte de la présence (ou de l'absence) du comité social et économique.

Deux à neuf salariés

L'employeur doit consulter le comité social et économique. Cette consultation doit intervenir avant le début des convocations à l'entretien préalable. Ensuite, la procédure est identique à celle d'un licenciement économique individuel. La seule différence réside dans le délai d'envoi de la lettre de licenciement qui est, pour tous les salariés (cadres compris), de huit jours ouvrables après l'entretien préalable. Le CSE doit rendre son avis dans le délai d'un mois. À défaut, il est censé avoir été consulté (C. trav., art. L1233-8).

Si l'entreprise compte moins de 11 salariés, c'est la procédure de licenciement économique individuel qui s'applique, avec le délai de notification unique de huit jours ouvrables.

1re étape : la convocation des représentants du personnel à une réunion

L'employeur remet une convocation aux représentants du personnel. Étant donné que la loi ne précise pas le délai qui doit s'écouler entre le jour de la remise de cette convocation et la date de la réunion, la meilleure solution consiste à s'aligner sur le délai usuel de trois jours prévu, par le Code du travail, entre la convocation du comité social et économique et la réunion proprement dite.

Pour pouvoir donner son avis, il faut être informé. L'employeur doit donc remettre aux élus du personnel un document dans lequel sont spécifiés :

- Les raisons économiques des licenciements envisagés ;
- Le nombre des licenciements envisagés ;
- Les catégories professionnelles concernées ;
- Les critères proposés pour établir l'ordre des licenciements ;
- Le nombre de salariés employés dans l'établissement ;
- Le calendrier prévisionnel des licenciements ;

- Le cas échéant, les conséquences des licenciements envisagés en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail ;
- Les mesures économiques envisagées.

2e étape : la réunion des représentants du personnel

Au cours de la réunion, l'employeur précise les motifs économiques qui l'ont amené à entamer cette procédure de licenciement collectif. Il répond ensuite aux éventuelles questions posées par les représentants du personnel. Si certaines questions nécessitent une réponse approfondie, une seconde réunion se révélera peut-être nécessaire. Enfin, il recueille l'avis des élus.

3e étape : la transmission du procès-verbal de la réunion à la Dreets

À partir de là, l'employeur peut suivre la procédure prévue pour le licenciement économique individuel. Depuis le 1er janvier 2020, l'information de l'administration sur les ruptures collectives est dématérialisée. L'employeur doit utiliser le système « Rupco » (https://ruptures-collectives.emploi.gouv.fr).

4e étape : l'envoi de la lettre de licenciement

La lettre de licenciement doit être adressée au salarié à partir du 8ème jour suivant l'entretien préalable que le salarié soit cadre ou non cadre.

5e étape : l'information de la Dreets

Cette information intervient comme en matière de licenciement économique individuel.

Les obligations de l'employeur en cas de contestation, devant la justice, d'un licenciement économique collectif

Lorsqu'un salarié saisit le conseil de prud'hommes pour contester son licenciement prononcé pour motif économique, l'employeur est tenu d'adresser au bureau de conciliation et d'orientation, dans les huit jours suivant la réception de la convocation, l'ensemble des éléments qu'il a fournis aux représentants du personnel. La non-transmission de ces éléments cause un préjudice au salarié. Dans un arrêt de la cour d'appel de Paris, le montant des dommages-intérêts a été fixé à la somme de 1000 euros. En première instance, le salarié a obtenu 2134 euros, soit plus du double (Paris, 30 avril 2002, 22e chambre, Sté Penauille Poly Sécurité c/ Ledru).

Plus de neuf personnes dans les entreprises d'au moins 50 salariés

Dans les sociétés comptant au minimum 50 salariés, le licenciement est précédé d'une procédure d'information et de consultation du comité social et économique donnant lieu à au moins deux réunions. L'employeur a l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi pour réduire le nombre des licenciements. Son contenu peut, au choix de l'employeur, être établi unilatéralement ou donner lieu à la signature d'un accord collectif avec les syndicats. En principe, le salarié n'est pas convoqué à un entretien préalable au licenciement.

Dans les entreprises de moins de 50 salariés

Le comité social et économique est consulté au cours de deux réunions qui se succèdent dans un délai maximal de 14 jours. Il n'a pas la possibilité de se faire assister par un expert-comptable rémunéré par l'entreprise. Le point de départ à partir duquel est calculé le délai que l'employeur doit respecter avant l'envoi des lettres de licenciement est la notification du projet de licenciement à l'administration. Enfin, l'employeur n'a pas à présenter de plan de sauvegarde de l'emploi, mais des mesures visant à éviter les licenciements. Les lettres de licenciement ne peuvent être adressées moins de 30 jours après la notification du projet de licenciement à l'administration (C. trav., art. L1233-39).

La double consultation du comité social et économique

Le CSE doit être consulté sur tous projets de restructuration et de licenciement (C. trav., art. L1233-28). Dans l'ancien Code du travail, la première consultation était prévue par le livre IV, la seconde par le livre III. Depuis la recodification, la consultation dite Livre IV est prévue dans la partie 2, et celle dite Livre III se trouve dans la partie 1. Ces deux consultations peuvent toujours

avoir lieu au cours de la même réunion, mais elles doivent être distinctes. L'une porte sur le projet de restructuration qui peut consister dans la fermeture d'un établissement, l'autre sur le licenciement. Cette consultation implique une présentation de la situation de l'entreprise et des différentes solutions envisageables. Le comité social et économique doit recevoir une information suffisamment précise pour pouvoir donner son avis. De plus, l'employeur doit pouvoir répondre à ses observations, ce qui – dans la pratique – nécessite souvent une réunion supplémentaire. Il en va de même si un expert-comptable intervient. En pratique, il y a plus de deux réunions.

Le comité social et économique tient au moins deux réunions espacées d'au moins 15 jours et rend ses deux avis dans un délai, variant en fonction du nombre de licenciements, qui ne peut être supérieur à :

- 2 mois si ce nombre est inférieur à 100 salariés ;
- 3 mois s'il est compris entre 100 et 249 salariés ;
- 4 mois s'il est supérieur ou égal à 250 salariés.

Ces délais peuvent être modifiés par un accord collectif. En l'absence d'avis rendu dans ce délai, celui-ci est réputé avoir été donné.

Si le CSE a été consulté et mis en capacité de rendre un avis (en ayant bénéficié de l'information nécessaire pour ne pas fausser sa consultation), la procédure de licenciement peut continuer même si l'avis du CSE n'a pas été formellement donné (CE, 22 mai 2019, requête n° 420780).

1re étape : la première réunion

L'employeur doit adresser aux représentants du personnel l'ensemble des informations prévues à l'article L1233-31 du Code du travail, à savoir :

- Les raisons économiques des licenciements envisagés ;
- Le nombre des licenciements envisagés ;
- Les catégories professionnelles concernées ;
- Les critères proposés pour établir l'ordre des licenciements ;
- Le nombre de salariés employés dans l'établissement ;
- Le calendrier prévisionnel des licenciements ;

- Les mesures économiques envisagées ;
- Le cas échéant, les conséquences de la réorganisation en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail.

Il doit, en outre, leur communiquer le plan de sauvegarde de l'emploi. L'ensemble de ces informations doit être adressé concomitamment à la Dreets.

Lors de cette réunion, le CSE peut décider de faire appel à un expert, dont les honoraires sont payés par l'entreprise. Celui-ci a pour mission de l'aider dans l'analyse des comptes et de la situation de la société, afin d'apprécier le bien-fondé des licenciements. Il peut également intervenir pour lui permettre d'apprécier les conséquences de ce projet sur la santé, la sécurité ou les conditions de travail. Pour mener à bien sa tâche, il peut consulter les mêmes documents que le commissaire aux comptes. Il peut éventuellement être assisté par un expert technique (en nouvelles technologies par exemple), lorsqu'une mutation technologique est à l'origine du licenciement. Les honoraires de cet expert technique sont, en revanche, à la charge du CSE.

L'expert doit rendre son rapport aux organisations syndicales et au comité social et économique au plus tard 15 jours avant l'expiration du délai accordé au CSE pour rendre son avis. À compter de sa désignation, il dispose de 10 jours pour demander à l'employeur les informations nécessaires à l'exercice de sa mission. Ce dernier a 8 jours pour lui répondre. À la suite de cet échange, l'expert dispose à nouveau de 10 jours pour demander des informations complémentaires, l'employeur ayant quant à lui à nouveau 8 jours pour répondre (C. trav., art. L1233-34 et L1233-35).

Au cours de la première réunion, les représentants du personnel peuvent également effectuer la consultation, dite Partie 1, sur la marche générale de l'entreprise. Ils peuvent examiner le projet, interroger l'employeur à son sujet et formuler éventuellement des suggestions pour réduire le nombre de licenciements.

2e étape : la notification du projet à l'administration

Le lendemain de cette réunion, l'employeur peut adresser à l'administration (en recommandé) le projet de licenciement en précisant le nom,

l'adresse, l'activité et l'effectif de l'entreprise, ainsi que le nombre de licenciements envisagés. L'administration doit également savoir si le CSE a recours à un expert. Cet envoi doit être accompagné du procès-verbal de la réunion (incluant les avis et les propositions des représentants du personnel).

3e étape : la seconde réunion

L'employeur doit apporter des réponses motivées aux questions et aux demandes d'information posées au cours de la première réunion. Le comité social et économique donne ensuite son avis sur le projet de licenciement et sur le plan de sauvegarde de l'emploi qui l'accompagne.

4e étape : l'information de l'administration

L'employeur doit transmettre la liste des salariés concernés par le licenciement (en indiquant leur poste) ainsi que l'ensemble des modifications éventuellement apportées au plan de sauvegarde de l'emploi et au calendrier prévisionnel des licenciements.

5e étape : l'information des salariés

L’employeur n’est pas obligé d’organiser un entretien préalable au licenciement lorsque des représentants du personnel sont présents dans l’entreprise. Les salariés recevront la notification de leur licenciement après la validation ou l’homologation du plan de sauvegarde de l’emploi par l’administration. Toutefois, une information relative au contrat de sécurisation professionnelle (ou au congé de reclassement) et à la priorité de réembauchage doit être adressée aux salariés concernés. L’information relative au CSP a lieu à l’issue de la dernière réunion des représentants du personnel (C. trav., art. L1233-66).

En l'absence de représentants du personnel ou de représentants syndicaux

Si les élections professionnelles ont donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal de carence adressé à l'inspection du travail, l'entreprise est dans une situation régulière car elle a rempli ses obligations. Le plan de sauvegarde de l'emploi doit être affiché sur le lieu de travail et l'employeur doit organiser un entretien préalable, comme pour un licenciement économique individuel. L'entreprise doit adresser à l'administration toutes les informations destinées aux élus du personnel (avec la convocation à la première réunion), le plan de sauvegarde de l'emploi ainsi que la liste des salariés dont le licenciement est envisagé. Le procès-verbal de carence établi lors des élections professionnelles doit également être communiqué.

Dans les entreprises ou les groupes comptant plus de 1000 salariés, si le projet de licenciement aboutit à la fermeture d'un établissement, l'entreprise est tenue de rechercher un repreneur. Cette recherche implique notamment de contacter les repreneurs potentiels, d'établir un document de présentation de l'entreprise ainsi que, le cas échéant, le bilan environnemental, d'apporter des réponses motivées aux offres de reprise (C. trav., art. L1233-

57-14). À défaut, la Dreets refuse l'homologation ou la validation du plan de sauvegarde de l'emploi. Cette disposition n'est pas applicable si l'entreprise est en redressement ou en liquidation judiciaire.

Le CSE est associé à la recherche de repreneurs en étant destinataire des éventuelles offres de reprise formalisées qui lui sont transmises à titre confidentiel (C. trav., art. L1233-57-15).

L'intervention de la Dreets

Pendant toute cette procédure, la Dreets peut intervenir. Celle-ci doit être informée sans délai de l'ouverture de négociations sur la conclusion d'un accord collectif (C. trav., art. L1233-24-1). Jusqu'à la dernière réunion du comité social et économique, l'administration peut présenter des propositions pour compléter ou modifier le plan. Celles-ci sont également communiquées aux représentants du personnel (C. trav., art. L1233-57). L'employeur doit y apporter des réponses motivées, qui sont aussi transmises à ces derniers. L'administration peut par ailleurs l'enjoindre à fournir des informations ou à respecter une règle de procédure qu'il aurait méconnue (C. trav., art. L1233-57-5).

Elle exerce un contrôle sur le plan dans les conditions indiquées ci-après.

Le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi

Ce plan est obligatoire dans les entreprises d'au moins 50 salariés. Comme son nom l'indique, il a pour objectif d'éviter les licenciements ou d'en réduire le nombre au moyen de mesures de reclassements. L'employeur a une obligation collective, venant s'ajouter à celle individuelle qui pèse sur lui, préalablement à tout licenciement économique. Il doit prévoir :

- Des actions favorisant le reclassement interne et externe des salariés ;
- Des aides à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes ;
- Des formations de validation des acquis de l'expérience ;
- Des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail lorsque l'horaire collectif est supérieur à 35 heures.

Les propositions de reclassement interne ou externe sont l'élément fondamental du plan. Celles-ci doivent être précises et consistantes quant à leur nombre, leur nature et leur localisation. Leur imprécision conduit à la nullité du plan. Celui-ci peut contenir des incitations financières aux départs volontaires ainsi que des mesures d'aide financière en cas de mobilité géographique proposée aux salariés. Par exemple, x mois de salaires sont proposés pour les personnes décidant de quitter l'entreprise ou x milliers d'euros pour celles qui déménageraient pour accepter un reclassement. Ce type de prime de départ ne dispense pas l'entreprise de son obligation de rechercher des reclassements. La perception d'une telle indemnité suppose souvent de remplir des critères définis par l'employeur. Celui-ci ne peut donc la refuser à un salarié y répondant (Cass. soc., 11 octobre 2005, pourvoi nº 03-44985).

La consistance du PSE s'apprécie en fonction des moyens dont dispose l'entreprise et le groupe (Cass. soc., 8 juillet 2014, pourvoi nº 13-15470). Une société au bord de la faillite n'a pas les mêmes moyens qu'une société appartenant à un groupe important qui procède à un licenciement collectif

en raison d'une mutation technologique. La mise en place d'une antenne emploi sans aucune recherche de reclassement est insuffisante.

L'employeur doit étudier les propositions des représentants du personnel sur d'éventuelles améliorations du PSE, c'est-à-dire, entre autres, les chiffrer et leur apporter une réponse motivée. La Dreets contrôle la conformité du PSE, en vérifiant notamment si les mesures prévues sont suffisantes. Pour apprécier cela, elle doit tenir compte de la situation de l'entreprise (taille et moyens financiers) ou du groupe dont elle relève (Cass. soc., 3 avril 2013, pourvoi n° 12-11654). Lorsque l'entreprise est en redressement ou en liquidation judiciaire, la Dreets est seulement tenue de vérifier la proportionnalité du plan aux moyens dont dispose l'entreprise et non ceux du groupe auquel elle appartient, les autres entreprises du groupe n'étant pas tenues de financer ce plan (C. trav., art. 1233-58).

La signature d'un accord collectif majoritaire

Depuis le 1er juillet 2013, l'employeur dispose d'une option pour établir ce plan. Auparavant, il devait l'établir seul et celui-ci était soumis à la procédure

d’information et de consultation. Désormais, son contenu peut aussi être négocié avec les organisations syndicales. Cet accord collectif pourra également porter sur :

- Les modalités d’information et de consultation du comité d’entreprise ;
- Le calendrier des licenciements ;
- Les modalités d’application des critères de l’ordre des licenciements ;
- Le nombre de personnes et les catégories professionnelles concernées par les suppressions d’emploi.

En revanche, cet accord ne peut amoindrir les obligations de l’employeur en matière de formation et de reclassement, ainsi qu’en matière de consultation et d’information des représentants du personnel.

L’administration exercera un contrôle plus limité sur le contenu d’un plan négocié avec les organisations syndicales. Si le comité social et économique n’a pas à être consulté sur les points qui sont prévus par le projet d’accord collectif, il doit être néanmoins consulté sur ce dernier avant sa signature.

Les conditions de validité de cet accord

Seules les organisations syndicales représentatives qui ont obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles peuvent signer l'accord. Pour que celui-ci soit valable, les organisations syndicales signataires doivent avoir obtenu (en additionnant leurs résultats) au moins 50 % des suffrages exprimés lors de ces élections. Pour vérifier cette condition de majorité, on déduit du résultat total de l'élection le score des organisations syndicales ayant obtenu moins de 10 % des voix (C. trav., art. L1233-24-1).

Les conditions de majorité sont différentes de celles qui sont nécessaires pour conclure un accord collectif (exposées au chapitre 25). Enfin, il n'est pas possible, contrairement aux autres accords collectifs, de signer cet accord avec les représentants du personnel ou des salariés mandatés par une organisation syndicale.

L'intégration dans la procédure

La loi de sécurisation de l'emploi n'a pas précisé les conditions de l'intégration de cet accord collectif dans la procédure d'information et de consultation.

La négociation de l'accord peut démarrer au moment de la première réunion et même avant sans que cela constitue un délit d'entrave (C. trav., art. L1233-46). Au cours de la deuxième réunion, le projet d'accord pourrait être soumis à la consultation du comité social et économique.

Le contrôle portant sur le PSE

Le plan de sauvegarde de l'emploi est transmis à la Dreets afin d'être validé s'il s'agit d'un accord collectif, ou homologué si ce plan a été établi unilatéralement par l'employeur. Dans les deux cas, l'administration doit vérifier la régularité de la procédure d'établissement du plan, notamment l'information et la consultation des représentants du personnel. Elle vérifie également la présence obligatoire des mesures de reclassement et des mesures sociales.

Lorsque le plan a été établi unilatéralement par l'employeur, le contrôle de l'administration est renforcé (vérification de la proportionnalité des mesures prévues par le plan au regard des moyens de l'entreprise et du nombre de licenciements). La Dreets dispose de 21 jours pour notifier à l'employeur sa décision, une copie étant adressée

au CSE. L'absence de réponse vaut homologation. Ce délai est de 15 jours si l'administration doit valider un plan négocié avec les syndicats (C. trav., art. L1233-57-4).

Si la Dreets refuse de valider ou d'homologuer le plan, l'employeur doit apporter les modifications nécessaires et consulter le comité social et économique avant de pouvoir présenter une nouvelle demande. La décision de la Dreets peut être contestée devant la justice.

Le suivi du PSE

Le plan de sauvegarde de l'emploi doit prévoir les modalités de suivi des mesures de reclassement qu'il contient. Ce suivi donnera lieu à la consultation des institutions représentatives du personnel, dont les avis seront transmis à la Dreets. Un arrêté ministériel du 3 avril 2014 définit les informations qui doivent être présentes dans le bilan envoyé à la Dreets, lequel porte notamment sur l'effectivité des mesures prévues par le PSE et la situation des salariés concernés.

La contestation de la procédure du PSE et du licenciement

Le contentieux portant sur la procédure est soumis au juge administratif. Le juge judiciaire conserve néanmoins un rôle important pour statuer sur les conséquences de cette annulation.

Le rôle du juge administratif

La contestation du plan de sauvegarde de l'emploi et celle de la décision de l'administration de validation ou d'homologation constituent un seul et même litige. Celui-ci est soumis au juge administratif, le juge judiciaire ayant interdiction de juger une décision administrative.

Le délai pour exercer cette contestation est de deux mois à partir de la décision de l'administration pour les employeurs et à compter du jour où cette décision a été portée à leur connaissance pour les salariés. Le tribunal administratif a ensuite trois mois pour statuer sur cette demande (C. trav., art. L1235-7-1).

Le Conseil d'État a eu à connaître des contestations portant sur les décisions de validation et d'homologation de PSE. Cette juridiction sanctionne les irrégularités qui ont eu pour effet d'influencer l'appréciation de l'administration ou des représentants du personnel. Pour exercer son

contrôle, le juge administratif procède à une appréciation globale de la situation (CE, 7 décembre 2015, décision n° 381307). Mais il ne contrôle pas le motif économique de licenciement (CE, 22 juillet 2015, décision n° 385816).

Tout salarié concerné par un PSE ou une union locale de syndicats, en raison des intérêts collectifs dont elle assure la défense, peut agir contre un PSE (CE, 22 juillet 2015, décisions n° 383481 et 381668).

Si l'annulation d'un PSE est prononcée en raison d'un défaut de motivation de la décision administrative d'homologation ou de validation, la Dreets dispose de 15 jours pour prendre une nouvelle décision correctement motivée, afin d'éviter l'invalidité des licenciements (C. trav., art. L1235-16). Étant donné que le requérant qui demande l'annulation d'un PSE peut faire valoir plusieurs motifs, le juge doit en priorité statuer sur la consistance des mesures contenues dans le PSE (CE, 15 mars 2017, requête n° 387728).

La compétence du juge judiciaire

Le juge judiciaire reste compétent pour interpréter ce plan, pour apprécier le motif économique, le respect de l'obligation de reclassement et

l'application des critères établissant l'ordre des licenciements, pour exécuter le plan si un salarié se plaint par exemple de ne pas avoir pu bénéficier d'une mesure prévue.

Il reste compétent à l'occasion d'un litige avec un salarié. À la suite d'une annulation de la décision d'homologation ou de validation, le juge judiciaire peut annuler un licenciement et ordonner la réintégration d'un salarié. Si celui-ci ne le souhaite pas ou si cette réintégration est impossible, il peut bénéficier d'une indemnité au moins égale à 6 mois de salaire (C. trav., art. L1235-11), à condition d'avoir au moins deux ans d'ancienneté. Si cette condition n'est pas remplie, l'indemnisation du salarié est décidée par le juge en fonction du préjudice subi. En revanche, le juge ne peut se fonder sur une insuffisance des mesures prévues par le plan pour en déduire que les licenciements des salariés sont sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-16766).

Lorsque l'annulation est la conséquence d'une irrégularité de forme, le salarié peut obtenir un dédommagement d'au moins six mois de salaire. Concernant le droit à réintégration, celui-ci permet au salarié d'obtenir le montant de ses salaires

depuis son licenciement, mais les allocations éventuellement versées par Pôle emploi devront alors être restituées.

Toute contestation portant sur la validité ou la régularité du licenciement se prescrit dans un délai de 12 mois à compter de la dernière réunion du CSE ou – pour une action individuelle du salarié – du délai mentionné dans la lettre de licenciement (C. trav., art. L1235-7). Pour les autres contestations portant sur le licenciement (motif économique, reclassement et irrégularité de la procédure), le délai est de deux ans.

Si la société, dont le plan de sauvegarde de l'emploi est annulé, est en redressement ou liquidation judiciaire, les licenciements ne sont pas nuls mais dépourvus de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 2 février 2006, pourvoi n° 05-40037 ; C. trav., art. L1235-10 alinéa 3). Le Conseil constitutionnel a validé la conformité à la Constitution de cette disposition législative (CC, QPC du 28 mars 2013, décision n° 2013-299).

Le sort des accords de méthodes (C. trav., art. L1233-21 et suiv.)

En dépit de la loi de sécurisation de l'emploi, l'employeur peut conclure un accord pour modifier les modalités de consultation et d'information du comité social et économique. En pratique, un tel accord permet par exemple d'aménager les délais entre les réunions du CSE ou de prévoir les conditions d'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi.

En revanche, l'accord de méthodes ne peut plus anticiper le contenu du PSE. Dans ce cas, un accord-cadre mentionne les garanties minimales qui devront être présentes dans le PSE. À noter que l'accord de méthodes ne peut soustraire l'employeur à son obligation de reclassement et d'adaptation des salariés ou d'information et de consultation du CSE.

Il doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentant plus de la moitié des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections du CE. Lorsqu'il n'existe pas de délégués syndicaux dans l'entreprise, l'accord de méthodes peut être négocié avec le CSE à condition qu'un accord de branche ait prévu cette possibilité. Les organisations syndicales non signataires de l'accord peuvent le contester judiciairement dans un délai de 3 mois à compter de son dépôt à la Dreets. Ce délai est

de 12 mois lorsque l'accord porte sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

Depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, l'accord de méthode peut également fixer le cadre du recours à l'expertise.

Les mesures destinées aux salariés licenciés

Les salariés peuvent bénéficier de deux dispositifs pour faciliter leur réinsertion professionnelle à la suite de leur licenciement :

- Le contrat de sécurisation professionnelle (CSP) pour les entreprises de moins de 1000 salariés ou en redressement judiciaire ;
- Le congé de reclassement dans les grandes entreprises ou groupes de plus de 1000 salariés.

Le contrat de sécurisation professionnelle

Il doit être proposé à tous les salariés lors de l'entretien préalable (remise d'un document contre la signature d'un récépissé) ou à l'issue de la

deuxième réunion des représentants du personnel. Si le salarié est absent à cet entretien, l'employeur n'est pas déchargé de cette obligation.

L'absence de transmission du contrat de sécurisation professionnelle cause un préjudice au salarié qui aurait souhaité l'accepter. Le juge peut réparer ce préjudice en lui octroyant des dommages-intérêts (Cass. soc., 7 mars 2017, pourvoi n° 15-23038). L'employeur est également redevable d'une contribution à verser à Pôle emploi d'un montant de 2 mois de salaire brut (C . trav., art. L1233-66).

Pour accepter le CSP, le salarié dispose d'un délai de 21 jours pendant lequel il pourra rencontrer un conseiller de Pôle emploi. L'absence de réponse à l'issue de ce délai équivaut à un refus ; l'employeur doit alors le licencier. En cas d'acceptation, le salarié remet à son employeur le bulletin d'adhésion au CSP, ce qui entraîne la rupture du contrat à l'expiration du délai. Contrairement à la convention de reclassement personnalisée qu'il a remplacée, le CSP n'impose plus la formulation d'une rupture « d'un commun accord ». Cette expression était trompeuse, puisqu'elle ne privait pas le salarié de la possibilité de contester son

licenciement (motif fallacieux, non-respect des critères ou de l'obligation de reclassement). L'employeur doit également lui adresser un courrier recommandé dans lequel sont précisés le motif économique et la priorité de réembauchage.

Ce courrier doit intervenir au plus tard lors de l'acceptation du contrat de sécurisation professionnelle par le salarié, afin de permettre à celui-ci d'accepter ou non l'adhésion à ce dispositif en toute connaissance de cause (Cass. soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-16218). À défaut, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

En pratique, étant donné que le salarié peut accepter le contrat de sécurisation professionnelle dès l'entretien préalable, il faut lui notifier les motifs par écrit au plus tard lors dudit entretien ou dans la lettre de convocation à ce dernier (dans tous les cas, toujours avant la remise du contrat de sécurisation professionnelle).

Le salarié est dispensé d'effectuer son préavis et l'employeur doit verser à Pôle emploi une contribution équivalente à l'indemnité de préavis à laquelle s'ajoutent les charges sociales. Si la durée du préavis est supérieure à trois mois, l'employeur

doit verser directement au salarié le montant total minoré des trois premiers mois. Les salariés ayant plus de deux ans d'ancienneté bénéficient de 75 % de leur salaire brut pendant 12 mois. Les personnes qui ont moins de deux ans d'ancienneté touchent une allocation moindre, mais le CSP doit tout de même leur être proposé lors de l'entretien préalable. En effet, le CSP permet de bénéficier de différentes mesures destinées à faciliter la recherche d'emploi, en particulier d'un soutien psychologique et d'une évaluation des compétences. Si le salarié est privé de la possibilité de s'inscrire à ce dispositif, il peut demander des dommages-intérêts à son employeur. Le bénéficiaire du CSP peut accéder à toutes les formations éligibles au compte personnel de formation.

L'indemnité de licenciement versée au salarié qui accepte le CSP est calculée en tenant compte de l'ancienneté qu'il aurait acquise s'il avait exécuté son préavis (C. trav., art. L1233-67).

Le congé de reclassement

Ce dispositif concerne les entreprises de plus de 1000 salariés ou les groupes dotés d'un comité

de groupe ou d'un comité social et économique et dont l'effectif est supérieur à 1000 salariés au niveau européen. Il permet au salarié d'avoir accès à des actions de formation et à une cellule d'accompagnement pour l'aider dans ses démarches de recherche d'emploi pendant une durée maximale de douze mois pouvant être étendue à 24 mois en cas de formation de reconversion professionnelle (C. trav., art. L1233-71).

L'employeur doit en informer le salarié pendant l'entretien préalable au licenciement ou à la suite de la dernière réunion du comité social et économique. Le salarié a alors huit jours pour l'accepter. L'absence de réponse équivaut à un refus. En cas d'acceptation, le congé de reclassement débute à l'expiration du délai de huit jours et donne lieu à la signature d'un document écrit. Le salarié bénéficie d'un entretien d'évaluation (éventuellement d'un bilan de compétences), d'actions de formation, notamment en vue de la validation des acquis de l'expérience, et d'une cellule d'accompagnement à la recherche d'emploi. L'employeur est tenu de financer ces actions.

DANS CE CHAPITRE

Avantages et inconvénients de la rupture conventionnelle

•

La procédure à suivre

•

Le formulaire à remplir

•

Cas particuliers

•

Les recours en cas de litige

Chapitre 17
La rupture conventionnelle : rompre le contrat de travail d'un commun accord

Depuis juillet 2008, l'employeur et le salarié peuvent se séparer à l'amiable. La rupture conventionnelle (C. trav., art. L1237-11 et suiv.)

permet en effet de rompre le contrat de travail d'un commun accord, avec l'avantage pour le salarié de bénéficier d'une prise en charge par Pôle emploi et d'une indemnité spécifique de rupture.

L'objet et la nature de la rupture conventionnelle

Avant la création de la rupture conventionnelle, le Code du travail prévoyait la possibilité de rompre le contrat de travail, à l'initiative du salarié par une démission, à celle de l'employeur par un licenciement. Toutefois, le salarié démissionnaire ne pouvait prétendre aux allocations chômage et le licenciement devait reposer sur un motif qui pouvait être contesté par le salarié.

Par ailleurs, même si le Code du travail n'avait pas prévu la rupture du contrat d'un commun accord, celle-ci était théoriquement possible. Le contrat étant, en effet, le résultat d'un accord entre l'employeur et le salarié, leur volonté pouvait également y mettre fin. Ce mode de rupture était cependant très peu pratiqué, le salarié ne pouvant percevoir les allocations de Pôle emploi. De plus, le règlement d'un litige entre l'employeur et le salarié

au moyen d'une rupture amiable n'était pas valable. Un tel accord constituait en effet une transaction nulle, faute d'avoir été signé après la rupture du contrat de travail. La rupture conventionnelle, en mettant fin au contrat de travail, ne peut donc être comparée à une transaction (voir chapitre 18), d'autant qu'elle concerne uniquement le contrat à durée indéterminée.

Il n'est plus possible de rompre un contrat de travail d'un commun accord sans conclure une rupture conventionnelle (Cass. soc., 15 octobre 2014, pourvoi n° 11-22251). Seule exception, lorsque le contrat de travail d'un salarié est transféré d'une entreprise à une autre. Dans ce cas, le salarié signe une seule et même convention avec l'ancien employeur et avec le nouveau. Cette convention a pour conséquence de rompre le contrat de travail en cours et de donner effet au contrat de travail avec le nouvel employeur (Cass. soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-17555).

Avantages et inconvénients

La rupture conventionnelle ne présente pas les mêmes avantages et inconvénients pour

l’employeur et le salarié. Pour le premier, elle est plus intéressante qu’un licenciement : en effet, nul besoin de trouver un motif de licenciement et, surtout, peu de risque de contestation. Quant au salarié, il n’a pas à démissionner et peut donc percevoir les allocations de Pôle emploi ainsi que l’indemnité de rupture conventionnelle. Le salarié n’a pas intérêt à accepter ce type de rupture s’il n’a pas dans l’optique de quitter l’entreprise. Un licenciement ultérieur, sauf s’il est motivé pour faute grave ou lourde, lui permettra également de bénéficier des allocations chômage et de la même indemnité de rupture. En ce qui concerne l’employeur, celui-ci n’a pas – en théorie – intérêt à l’accepter s’il ne souhaite pas le départ du salarié. Toutefois, étant donné qu’il est souvent difficile de travailler avec quelqu’un souhaitant partir, il n’aura peut-être pas d’autre choix que de signer la rupture conventionnelle. Néanmoins, il peut toujours la refuser, ce que certains employeurs n’hésitent pas à faire lorsque le montant de l’indemnité de rupture conventionnelle est très important en raison de l’ancienneté du salarié et/ou de la convention collective applicable (laquelle peut décider d’une indemnité de rupture

conventionnelle supérieure à celle que prévoit la loi).

Le contexte de la rupture

En présence d'un litige, l'employeur et le salarié peuvent conclure une rupture conventionnelle. Ainsi en a décidé la Cour de cassation en venant contredire la solution retenue par plusieurs cours d'appel et conseils de prud'hommes (Cass. soc., 23 mai 2013, pourvoi n° 12-13665). Toutefois, dans un premier temps, la Haute Juridiction a considéré que la rupture conventionnelle ne pouvait être conclue avec un salarié victime d'un harcèlement moral (Cass. soc., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-22332). En effet, des actes de harcèlement moral sont de nature à vicier le consentement du salarié. L'employeur ne doit pas accepter de signer une rupture conventionnelle avec un salarié qui l'accuse de harcèlement moral, et il prend un risque avec un salarié susceptible de le faire. La jurisprudence a récemment évolué, l'existence de faits de harcèlement moral n'établissant pas obligatoirement l'existence d'un vice du consentement. Dans un tel cas, la validité de la

rupture conventionnelle n'est pas remise en cause (Cass. soc., 31 janvier 2019, pourvoi n° 17-21550).

Une transaction ne peut intervenir pour régler un différend lié à la rupture du contrat de travail si ce dernier a été rompu au moyen d'une rupture conventionnelle (Cass. soc., 25 mars 2015, pourvoi n° 13-23368).

La Cour de cassation admet la possibilité de conclure une rupture conventionnelle au cours d'un congé maternité ou pendant la période de suspension consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle, sauf en cas de fraude ou de vice du consentement (Cass. soc., 25 mars 2015, pourvoi n° 14-10149 ; Cass. soc., 30 septembre 2014, pourvoi n° 13-16297). *A fortiori*, la rupture conventionnelle peut être conclue avec un salarié dont le contrat est suspendu en raison d'une maladie non professionnelle. Par ailleurs, contrairement à certaines cours d'appel, la Cour de cassation a validé la possibilité pour l'employeur de conclure une rupture conventionnelle avec un salarié déclaré inapte par le médecin du travail à la suite d'un accident du travail (Cass. soc., 9 mai 2019, pourvoi n° 17-28767).

Licenciement et rupture conventionnelle : une liaison dangereuse

La signature par les parties au contrat de travail d'une rupture conventionnelle, après l'engagement d'une procédure de licenciement disciplinaire, n'emporte pas renonciation par l'employeur à l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Si le salarié exerce son droit de rétractation de la rupture conventionnelle, l'employeur est alors fondé à reprendre la procédure disciplinaire en convoquant celui-ci à un nouvel entretien préalable (Cass. soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-15551). Dans ce cas, il doit faire attention au délai de prescription de l'article L1332-4 du Code du travail, car la signature de la rupture conventionnelle n'interrompt pas la prescription de deux mois (se reporter au chapitre sur le droit disciplinaire).

Dans une autre affaire, la Cour de cassation a décidé que la signature de la rupture conventionnelle ne doit pas être imposée au salarié sous la menace d'un licenciement disciplinaire. Or signer une rupture conventionnelle à la suite d'une convocation à un entretien préalable de

licenciement peut laisser présumer que le salarié accepte la rupture conventionnelle contraint et forcé pour éviter le licenciement disciplinaire (Cass. soc., 16 septembre 2015, pourvoi nº 14-13830).

Si le recours à la rupture conventionnelle est possible dans un contexte de difficultés économiques (Cass. soc., 9 mars 2011, pourvoi nº 10-11581), l'entreprise qui voudrait éviter un plan de sauvegarde de l'emploi en faisant appel à cette pratique en serait toutefois pour ses frais. Ce type de rupture ne doit pas permettre à l'employeur de contourner ses obligations en termes de consultation des salariés et surtout d'établissement d'un PSE. Ainsi, une convention ne peut être conclue avec un salarié qui n'a pas été averti de la suppression de son poste prévue dans un PSE en cours de préparation. Cette dissimulation est constitutive d'un dol (Cass. soc., 6 janvier 2021, pourvoi nº 19-18549).

L'indemnité de rupture

Le salarié perçoit une indemnité de rupture conventionnelle dont le montant doit être au moins égal à 1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté. À partir de la 11e année de présence

dans l'entreprise, on passe à 1/3 de mois de salaire. Ce montant est donc identique à celui perçu par le salarié licencié pour motif économique ou pour motif personnel (voir chapitres 15 et 16). Si la convention collective applicable prévoit un mode de calcul aboutissant à un montant supérieur, le salarié devra percevoir cette indemnité (lors de la création de la rupture conventionnelle, les textes n'indiquaient pas si le salarié pouvait percevoir une indemnité supérieure prévue par sa convention collective). Quand celle-ci dépasse le montant minimum prévu par le Code du travail, Pôle emploi procède à un différé d'indemnisation dans une limite maximale de 180 jours et à concurrence du montant total de l'indemnité.

Si le montant de l'indemnité est inférieur au minimum obligatoire, le salarié n'est pas obligé de demander la nullité de la convention mais seulement le complément d'indemnité qui est dû (Cass. soc., 10 décembre 2014, pourvoi n° 13-22134). Si le montant de l'indemnité est erroné ou n'est pas payé au salarié, celui-ci doit agir en justice dans un délai d'un an à compter de la rupture du contrat de travail (Cass. soc., 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-10499).

La somme indiquée sur le formulaire est la somme brute versée au salarié, de laquelle sont éventuellement déduites la CSG et la CRDS. Si le salarié n'est pas en droit de percevoir une pension de retraite, l'indemnité est soumise au forfait social de 20 % payé par l'employeur pour la partie qui n'est pas assujettie aux cotisations sociales, soit deux fois le plafond annuel de la Sécurité sociale (pour 2021, cette valeur est de 82272 euros). Elle est également soumise à la CSG et à la CRDS de 9,7 % sur le montant qui excède l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.

La procédure à respecter

L'employeur et le salarié peuvent décider d'un commun accord de rompre le contrat de travail, ce qui implique qu'aucune des parties ne l'impose à l'autre (chacune ayant une volonté claire et non équivoque) ou n'a le monopole de son initiative. La rupture du contrat est décidée au cours d'un ou plusieurs entretien(s).

Les entretiens entre l'employeur et le salarié

Pour parvenir à cet accord, les deux parties doivent nécessairement se rencontrer pour en parler. La loi, qui exige au moins un entretien (C. trav., art. L1237-12), n'impose aucun délai entre chaque entrevue, notamment entre celle au cours de laquelle les parties conviennent de la rupture du contrat et celle où la convention de rupture est signée (Cass. soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-21979). En pratique, il y en a au moins deux (rarement une seule) : une première au cours de laquelle l'une des parties propose la rupture conventionnelle puis, si l'autre partie donne son accord, une seconde afin de signer le formulaire de rupture conventionnelle. La jurisprudence a toutefois validé une rupture conventionnelle signée à l'occasion d'un unique entretien (Cass. soc., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-19268).

La partie qui prétend qu'un entretien aurait été fictif doit en apporter la preuve (Cass. soc., 1er décembre 2016, pourvoi n° 15-21609).

Même si certains employeurs le font, il n'est pas obligatoire de convoquer le salarié à un entretien préalable. Et pour cause : la personne à l'initiative de la rupture conventionnelle n'est pas nécessairement l'employeur. De même, ce dernier

n’a pas l’obligation d’informer le salarié de la possibilité qu’il a d’être assisté lors des entretiens (Cass. soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-21207).

L’assistance des parties

Au cours de ces entretiens, le salarié peut se faire assister par une personne de l’entreprise, qui n’est pas nécessairement un représentant du personnel. Si l’entreprise ne compte pas d’institution représentative du personnel, le salarié peut faire appel à un conseiller inscrit sur une liste établie par la préfecture. Le salarié qui se fait assister doit avertir son employeur, afin de lui permettre d’être également assisté. Celui-ci peut faire appel à une personne de l’entreprise ou, dans les entreprises de moins de 50 salariés, à un membre de son organisation syndicale patronale ou à un employeur de la même branche d’activité. Si l’employeur est assisté alors que le salarié ne l’est pas, cela constitue une irrégularité. Celle-ci peut entraîner la nullité de la rupture conventionnelle si, et seulement si, la présence de la personne accompagnant l’employeur a occasionné une contrainte ou une pression sur le salarié qui était

seul. En pratique, ce sera toutefois difficile à prouver pour ce dernier (Cass. soc., 5 juin 2019, pourvoi nº 18-10901).

La signature de la convention

Ce type de rupture fait l'objet d'une convention signée en trois exemplaires. L'employeur et le salarié en conservent chacun une. La troisième est détenue par l'un d'eux jusqu'à la fin du délai de rétractation, puis elle est adressée à la direction du Travail. C'est souvent l'employeur qui s'en charge, mais ce n'est pas une obligation. Si le salarié est pressé de partir, il peut convenir avec l'employeur de conserver la convention. Charge à lui, ensuite, de l'envoyer à l'administration dès le lendemain de l'expiration du délai de rétractation.

La remise de l'un des exemplaires au salarié est une condition impérative de la validité de la rupture conventionnelle. À défaut, celle-ci est nulle (Cass. soc., 23 septembre 2020, pourvoi nº 18-25770). En cas de litige, c'est à l'employeur d'apporter la preuve de la remise d'un exemplaire au salarié (Cass. soc., 3 juillet 2019, pourvoi nº 18-14414).

Le délai de rétractation

La signature de la convention ouvre un délai de quinze jours, pendant lequel il est possible de se rétracter.

Par exemple, le délai de rétraction d'une convention signée le 2 janvier expire le 17 à minuit. Lorsque l'une des parties se rétracte, elle doit en informer l'autre et le contrat de travail se poursuit comme si cette procédure n'avait jamais commencé. Le Code du travail n'a prévu aucun formalisme ; il est simplement fait référence à un moyen permettant d'établir la réception de l'information par l'autre partie, au moyen d'une lettre remise en mains propres ou d'un courrier recommandé avec avis de réception. Dans ce cas, il faut impérativement tenir compte du délai postal. En effet, si la décision de rétractation est prise le dernier jour, vous devrez obligatoirement faire appel à un huissier de justice ou procéder à une remise en mains propres. À noter que le Code du travail ne précise pas clairement si la rétractation doit être adressée ou portée à la connaissance de l'autre dans les quinze jours. Dans deux arrêts récents (Cass. soc., 14 février 2018, pourvoi n° 17-10035 ; Cass. soc., 19 juin 2019, pourvoi n° 18-

22897), la Cour de cassation a toutefois tranché en faveur de l'envoi (et non de la réception) de la lettre de rétractation dans le délai de quinze jours.

Une erreur commise dans la convention de rupture sur la date d'expiration du délai de quinze jours entraîne la nullité de la rupture conventionnelle seulement si elle a vicié le consentement de l'une des parties ou si elle lui a interdit d'exercer son droit à rétractation (Cass. soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-24539). Il en est de même si la date de signature n'est pas mentionnée sur la convention de rupture (Cass. soc., 27 mars 2019, pourvoi n° 17-23586).

L'homologation par l'administration

Dès l'expiration du délai de rétractation, l'une des parties doit adresser la convention au directeur régional du travail pour obtenir son homologation. Celui-ci dispose alors d'un délai de 15 jours ouvrables, à compter de sa réception, pour éventuellement la refuser. Passé ce délai et en l'absence de réponse, la rupture est homologuée. Si l'administration refuse une homologation au motif

que certaines informations seraient manquantes sur le formulaire, elle peut ensuite changer d'avis lorsque ces dernières lui sont transmises (Cass. soc., 12 mai 2017, pourvoi n° 15-24220).

Quand la convention contient une erreur de date (la date de rupture du contrat de travail était antérieure à la date de fin du délai d'opposition de l'administration), la rupture conventionnelle n'est pas nulle pour autant (Cass. soc., 28 janvier 2016, pourvoi n° 14-26800).

La rupture du contrat de travail

La rupture du contrat de travail peut intervenir dès le lendemain de l'homologation. Au maximum, la rupture conventionnelle prend effet environ cinq semaines à partir du moment où elle est signée. Il faut compter le délai de rétractation de 15 jours, auquel on ajoute le délai d'homologation par la direction du Travail, qui est de 15 jours ouvrables (soit un peu moins de trois semaines). La procédure de rupture conventionnelle est donc plus longue que celle du licenciement pour motif personnel (une dizaine de jours dans le meilleur des cas). En

revanche, la rupture conventionnelle ne prévoit pas de préavis.

L'envoi de l'attestation Pôle emploi et du solde de tout compte au salarié avant l'homologation administrative et la date prévue pour la fin du contrat de travail constitue un licenciement sans cause réelle et sérieuse et sans procédure (Cass. soc., 6 juillet 2016, pourvoi n° 14-20323).

Le formulaire de demande d'homologation

Le ministère du Travail a créé un formulaire type, publié au *Journal officiel*, qui est téléchargeable à l'adresse https://travail-emploi.gouv.fr/demarches-ressources-documentaires/formulaires-et-teledeclarations/salaries/article/formulaires-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee. Il s'agit d'un formulaire destiné aux cas généraux. Pour la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé, il faut utiliser un formulaire particulier également téléchargeable à cette adresse. À noter que le formulaire n'est pas obligatoire, du moment que les informations

nécessaires sont reprises dans le document signé par les parties.

Les informations relatives aux parties

Dans cette section du formulaire sont précisés :

- Les nom et prénom(s) du salarié, son adresse, son numéro de téléphone ainsi que sa qualification ;
- Le nom ou la raison sociale de l'employeur, son numéro de téléphone, son adresse, son numéro d'inscription au RCS ainsi que le nom de la personne signataire ;
- La convention collective applicable dans l'entreprise ;
- L'ancienneté du salarié (en années et mois) ;
- Sa rémunération mensuelle brute pour les 12 derniers mois ainsi que sa rémunération mensuelle brute moyenne. Celle-ci servira de base de calcul pour l'indemnité de rupture conventionnelle.

Le déroulement des échanges

Indiquez la date du premier entretien en précisant, si nécessaire, le nom des personnes ayant assisté le salarié et l'employeur. Enfin, mentionnez éventuellement la date des autres entretiens ainsi que l'assistance des parties.

La convention de rupture

Le formulaire indique que cette convention rompt le contrat de travail à durée indéterminée, en précisant les modalités de la rupture (droits afférents à la rupture, indemnité et date envisagée de rupture). Un espace vierge permet également d'ajouter des clauses éventuelles (il est en effet impossible de prévoir toutes les situations). Par exemple, s'il ne souhaite pas en bénéficier, l'employeur ne devra pas oublier de lever une clause de non-concurrence imposée au salarié. De son côté, ce dernier peut indiquer si des rappels de salaire ou des remboursements de frais lui sont dus.

Le montant de l'indemnité spécifique de rupture doit être inscrit en toutes lettres. Chaque partie date (c'est la raison pour laquelle il existe deux cases pour la date) et signe le formulaire en inscrivant la mention manuscrite « lu et

approuvé ». La date du délai de rétractation est également précisée Enfin, un cadre permet aux parties ou à leurs assistants d'ajouter d'éventuels commentaires.

Même s'il n'est pas obligatoire d'annexer des documents, l'employeur a intérêt à informer le salarié de ses droits en termes de possibilités de maintien de la prévoyance et de la mutuelle postérieurement à la fin du contrat de travail. En revanche, la rupture conventionnelle ne peut s'accompagner d'une clause permettant au salarié de renoncer à l'exercice d'un recours à l'encontre de son employeur. Une telle clause contreviendrait à l'article L1237-14 du Code du travail, lequel prévoit la procédure d'homologation de la convention et les conditions de recours (Cass. soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-15208).

La partie réservée à l'administration

L'administration précise la date de réception de la demande d'homologation ainsi que sa décision (acceptation ou refus). En cas de rejet, elle doit

motiver son verdict. Les principaux motifs de refus sont les suivants :

- Non-respect des règles de l'assistance ou du délai de rétractation ;
- Indemnité inférieure au minimum légal ;
- Absence de liberté de consentement.

L'administration signe et indique à quelle date la notification de sa décision a été adressée aux parties. Pas de nouvelle : bonne nouvelle, dans la plupart des cas l'administration ne répond pas !

Les ruptures conventionnelles soumises à autorisation

Les salariés protégés bénéficient d'une protection contre le licenciement : l'employeur doit obtenir l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail pour les licencier. Il en va de même pour la rupture conventionnelle. Le comité social et économique doit être obligatoirement consulté (sauf s'il s'agit d'un conseiller du salarié ou d'un représentant de section syndicale) avant la signature de la convention et la rupture est subordonnée à l'autorisation de l'administration. Enfin, à

l'expiration du délai de rétractation de 15 jours, la demande peut être adressée à l'inspection du travail, accompagnée de l'avis du comité social et économique.

L'inspecteur du travail mène une enquête contradictoire, impliquant l'audition de l'employeur et du salarié, afin de vérifier le consentement du second et l'absence d'une quelconque contrainte. Il doit rendre son verdict dans un délai de 2 mois à compter de la réception de la demande. En cas de rejet de cette dernière, la décision de l'inspecteur peut faire l'objet d'un recours hiérarchique auprès du ministre et être contestée devant le tribunal administratif.

L'inspecteur du travail peut proposer au salarié de lui présenter des observations écrites. De son côté, le salarié – qui peut être assisté par un représentant de son syndicat – peut demander à être entendu par l'inspecteur. À noter que ce dernier n'est pas obligé de procéder à une enquête contradictoire (C. trav., art. R2421-19).

La contestation de la rupture conventionnelle

Lorsque l'administration refuse d'homologuer la rupture conventionnelle, le litige relève de la compétence du conseil de prud'hommes. Cette juridiction a en charge les conflits liés au contrat de travail (voir chapitre 21). Par conséquent, sa compétence pour juger la rupture conventionnelle paraît *a priori* assez naturelle. Pour autant, le refus d'homologation émanant de l'administration – qui est donc un acte administratif – devrait relever de la compétence du tribunal administratif. C'est donc par exception à ce principe que le juge judiciaire est déclaré compétent (sans doute parce que sa décision porte sur le refus d'entériner une relation contractuelle entre personnes privées). En revanche, si la décision de l'administration porte sur une demande d'autorisation de rupture conventionnelle avec un salarié protégé, sa contestation relève de la compétence du tribunal administratif.

Lorsque la rupture conventionnelle est homologuée, le contrat est rompu. Le salarié ou l'employeur ne peut donc plus revenir en arrière, sauf si son consentement a été vicié (violence, erreur ou dol). Dans ce cas, l'action doit être exercée devant le conseil de prud'hommes dans

les 12 mois suivant l'homologation (C. trav., art. L1237-14).

Si l'employeur donne des informations erronées au salarié sur ses droits aux allocations chômage, la rupture conventionnelle peut être annulée (Cass. soc., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-16372).

La rupture conventionnelle dont la contestation n'est pas formée dans les temps ne peut plus être remise en cause (Cass. soc., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-10220). De fait, une demande en résiliation judiciaire du contrat de travail, fût-elle antérieure à cette rupture, devient sans objet (Cass. soc., 10 avril 2013, pourvoi n° 11-15651).

La rupture du contrat n'empêche pas le salarié d'exercer une action en justice pour obtenir, par exemple, le paiement d'heures supplémentaires ou le remboursement de frais. De son côté, l'employeur pourrait poursuivre le salarié si celui-ci ne respectait pas une clause de non-concurrence.

Lorsque la rupture conventionnelle est invalidée par le conseil de prud'hommes, elle produit l'effet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ou d'un licenciement nul si le salarié est dans une situation lui permettant de s'en prévaloir (par

exemple s'il bénéficiait de la protection accordée aux accidentés du travail).

Lorsque la convention est déclarée nulle, le salarié doit restituer son indemnité de rupture conventionnelle à son employeur (Cass. soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-15273).

La rupture conventionnelle collective

Les ordonnances de 2017 ont réformé le Code du travail permettant à une entreprise de réduire son effectif sur la base du volontariat par une rupture conventionnelle collective (C. trav., art. L1237-19 et suiv.). Celle-ci suppose la signature d'un accord collectif d'entreprise dans les conditions prévues au chapitre 25. Cet accord devra être impérativement validé par l'administration, laquelle doit être prévenue dès l'engagement de la négociation.

Il doit prévoir le nombre maximum de départs envisagés, les conditions requises pour en bénéficier et les contreparties – principalement financières – dont bénéficieront les salariés volontaires. En fonction de celles-ci, le nombre de candidats peut être inférieur ou supérieur au nombre de postes supprimés. L'accord doit donc prévoir des critères pour départager les salariés si le nombre de candidats excède le nombre de postes supprimés. Lorsque l'employeur accepte la candidature d'un salarié, cela entraîne la rupture du contrat de travail d'un commun accord.

L'intérêt pour l'employeur est de ne pas avoir à justifier d'un motif économique ni d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi. Comme le salarié est d'accord, la contestation est limitée aux possibilités offertes en cas de rupture conventionnelle individuelle. Les indemnités proposées par

l’employeur ne peuvent être inférieures à l’indemnité légale de licenciement. Si le nombre de candidats est inférieur au nombre de postes supprimés, cet accord ne peut prévoir de licenciements.

Le comité social et économique est informé par des conditions fixées par l’accord, ce qui se révèle beaucoup plus simple que la double consultation obligatoire prévue dans le cadre d’un plan de sauvegarde de l’emploi.

En cas de refus de validation, il est possible de négocier un nouvel accord. Celui-ci doit tenir compte des éléments de motivation accompagnant la décision de l’administration. Le CSE est informé de la reprise de la négociation (C. trav., art. L1237-19-6).

DANS CE CHAPITRE

Les conditions pour conclure une transaction

•

Les formes à respecter

•

Les possibilités d'annulation

Chapitre 18
La transaction : un contrat pour éviter un procès

La législation du travail, protectrice du salarié, est extrêmement complexe. De fait, son application ou sa méconnaissance peut donner lieu à de nombreux litiges, en particulier à l'occasion du licenciement (la principale source de conflits). Pour résoudre un contentieux, deux solutions s'offrent au salarié et à l'employeur : saisine de la justice ou bien conclusion d'une transaction. Au sens juridique, la transaction est un contrat, c'est-à-dire un accord

de volonté entre deux personnes. Son originalité consiste à mettre fin à un désaccord sans véritablement réconcilier ses signataires. L'employeur et le salarié se font mutuellement des concessions, sans que chacun reconnaisse pour autant le bien-fondé de la position de l'autre partie. La transaction doit répondre à des conditions de validité sous peine de nullité de ce contrat.

Un contrat du Code civil

Le Code du travail ne comprend aucun article traitant de la transaction, car il s'agit d'un contrat réglementé par le Code civil. Celui-ci contient, entre autres, des règles générales qui s'appliquent à tous les contrats et donc à la transaction. Il se compose notamment d'articles qui réglementent spécifiquement les contrats les plus courants, comme la vente, le bail, le prêt, etc. La transaction en fait également partie, les articles 2044 à 2052 lui étant exclusivement consacrés.

Texte de loi

L'article 2044 la définit comme étant « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». Elle n'est donc pas réservée aux seuls conflits entre employeurs et salariés. Deux sociétés en litige

commercial peuvent en conclure une pour mettre fin à un désaccord. Bien qu'il n'existe pas de statistiques, c'est certainement dans les rapports entre employeurs et salariés que les transactions sont les plus utilisées.

Un litige entre le salarié et l'employeur

La contestation du licenciement n'est pas l'unique origine des contentieux entre entreprises et salariés. L'exécution du contrat de travail (avant même sa rupture) est également source de conflits.

Un salarié demande par exemple le paiement d'heures supplémentaires qu'il prétend avoir réalisées, ce que conteste son employeur. En règle générale, le salarié ne revendique rien pendant la durée de son contrat. Il sait, en effet, que sa demande ne sera pas satisfaite et, de plus, il craint de déplaire. Par conséquent, la contestation fera souvent suite à la rupture du contrat.

Celle-ci conduit en principe le salarié à formuler une demande pécuniaire à son employeur. Le désaccord doit réellement exister ; il ne peut s'agir d'une fiction ou d'une mise en scène. En revanche,

son existence n'impose pas obligatoirement la saisine du conseil de prud'hommes. La transaction est, dans ce cas, un moyen permettant de mettre fin à un procès déjà engagé, mais surtout d'éviter une éventuelle procédure judiciaire.

Transaction ou procès, telle est la question !

On dit toujours qu'un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès. Le bon sens de cet adage résulte de l'incertitude quant à l'issue d'un procès (il est impossible d'en connaître le résultat à l'avance). Par exemple, la contestation d'un licenciement impose au juge de déterminer si la rupture du contrat est injustifiée ou non. Si c'est le cas, une indemnisation sera allouée au salarié en réparation du préjudice subi. Mais, dans le cas contraire, le salarié sera débouté de ses prétentions. La transaction a, par conséquent, l'avantage d'éviter l'aléa judiciaire : le salarié s'assure une indemnisation et l'employeur en connaît précisément le coût. Toutefois, pour conclure une transaction, il faut être deux et trouver un accord. En effet, un salarié ne bénéficie pas d'un droit à la transaction en quittant son entreprise. Il ne peut forcer son ancien employeur à négocier, même si les motifs avancés sont légitimes et ses prétentions financières très raisonnables. De la même façon, un employeur qui fait une proposition conséquente ne peut pas obliger l'ancien salarié à l'accepter.

Le mécanisme et l'objet de la transaction

Transiger ne signifie pas reconnaître le bien-fondé des demandes de son adversaire. La transaction a simplement pour objet de mettre un terme à un litige et, à cet effet, les signataires doivent faire des concessions réciproques. Concrètement, la transaction ne peut pas rompre le contrat de travail. Par ailleurs, si elle fait suite à une cessation du lien contractuel, les parties ne peuvent pas transiger sur la nature de cette rupture. Par exemple, l'employeur ne peut prétendre que le salarié a démissionné et celui-ci ne peut affirmer simultanément avoir été licencié. La transaction doit absolument prendre position sur ce point, car la nature de la rupture conditionne l'existence des concessions. Or, il ne peut y avoir de transaction sans concessions !

Ainsi, la rupture à l'amiable d'un contrat de travail et la rupture conventionnelle créée en 2008 (voir chapitre 17) ne constituent pas une transaction. L'employeur et le salarié se séparent, point final ! Il en va de même pour un reçu pour solde de tout compte : le salarié reconnaît le versement de sommes qui lui sont dues, mais sa signature ne fait pas obstacle à une demande de paiement des

sommes restant dues ou à une contestation du motif de licenciement.

Des concessions réciproques

Les concessions de l'employeur et du salarié sont précisées dans la transaction. La plupart du temps, l'employeur verse une somme d'argent – appelée « indemnité transactionnelle » – au salarié. Ce dernier, quant à lui, renonce à intenter un procès et à demander une somme supérieure à l'indemnité transactionnelle. Les concessions n'ont pas à être proportionnées. En d'autres termes, les parties n'ont pas à couper la poire en deux, ni même en trois. La transaction ne peut donc pas être annulée pour cause de lésion, en raison de l'inégalité ou de la disproportion des concessions. En revanche, les concessions doivent être réelles et appréciables.

La concession réelle de l'employeur

Pour vérifier si l'indemnité transactionnelle est significative, il faut prendre en compte la concession réelle de l'employeur. Les sommes incontestablement dues au salarié (par exemple,

l'indemnité légale de licenciement, dont bénéficie obligatoirement tout salarié hors faute grave ou lourde, si elle n'a pas encore été réglée) doivent être déduites de la somme versée. Cette soustraction établit le montant de la concession réelle de l'employeur. Si son résultat est inférieur ou égal à zéro, la transaction est nécessairement nulle, puisque l'employeur ne concède rien…

Une concession appréciable

L'indemnité transactionnelle ne doit pas être dérisoire ou symbolique. Elle doit procurer un avantage réel au salarié. Il n'existe pas de règle ou de critère pour déterminer l'appréciabilité d'une indemnité transactionnelle. Les juges la fixent au cas par cas, en fonction des circonstances. Plusieurs exemples jurisprudentiels permettent de se faire une idée de ce qu'est une concession appréciable et de ce qui n'en constitue pas une :

- Une somme correspondant à dix jours de salaire et une somme de 750 euros représentant moins d'un tiers du salaire mensuel n'ont pas été considérées comme des concessions appréciables ;

- Une concession d'un montant de 2300 euros, correspondant à un mois de salaire, a été considérée comme appréciable. Le salarié, qui avait plus de 15 ans d'ancienneté, avait été autorisé à ne pas exécuter son préavis, qui lui avait été payé (Cass. soc., 16 décembre 2009, pourvoi nº 08-43992) ;
- Pour un salarié – âgé de 51 ans – avec plus de 30 ans d'ancienneté, une indemnité transactionnelle de quatre mois de salaires a été considérée suffisante, dans la mesure où elle représentait plus de trois mois de salaires. Ce seuil de trois mois tenait certainement compte de son âge et de son ancienneté (Cass. soc., 27 janvier 2009, pourvoi nº 07-41657) ;
- La seule renonciation de l'employeur à un dépôt de plainte et à demander une indemnisation au salarié pour le vol d'une boîte de paracétamol ne constitue pas une véritable concession face à la renonciation du salarié à contester son licenciement (Cass. soc., 13 octobre 2011, pourvoi nº 71-09829).

L'importance des motifs du licenciement

Les motifs de licenciement sont très importants lorsqu'il s'agit de vérifier l'existence des concessions et leur caractère appréciable. Le juge doit contrôler non seulement leur présence, mais également leur qualification. Comme nous l'avions déjà signalé dans le chapitre 15, le licenciement est abusif lorsque la lettre de rupture ne contient aucun motif. Dans ce cas précis, un salarié ayant plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise de plus de dix salariés obtiendra, devant la justice, le minimum prévu par le barème de dommages et intérêts. Une indemnité transactionnelle inférieure ou égale à ce montant ne peut donc pas être considérée comme une concession appréciable.

Le juge, qui doit vérifier la qualification donnée au motif du licenciement, peut la modifier. Par exemple, l'insuffisance professionnelle ne constitue jamais une faute grave. Par conséquent, lorsque les faits indiqués dans la lettre de licenciement sont qualifiés à tort de faute grave, l'indemnité transactionnelle ne pourra pas se limiter au versement des indemnités de préavis et de licenciement. En effet, étant donné que le salarié y a droit puisque les faits visés ne sont pas graves, l'employeur ne fait aucune concession. Si le motif

retenu dans la lettre de licenciement constitue réellement une faute grave, l'employeur pourrait concéder de requalifier cette faute grave en cause réelle et sérieuse et verser au salarié l'indemnité de licenciement et l'indemnité de préavis dont il est privé en cas de faute grave.

La signature d'un écrit

Un écrit est indispensable pour établir la preuve certaine et indiscutable de la transaction. Chaque partie recevra un exemplaire original, daté et signé. La date permet de vérifier que la signature de la transaction est bien postérieure à la rupture du contrat de travail. En ce qui concerne son titre, le contrat ne doit pas nécessairement s'intituler « transaction ». En effet, à l'instar du contrat de travail, les juges ne tiennent pas compte du titre, mais uniquement de la teneur de l'engagement des parties.

Une transaction liée à un licenciement comprend en principe :

- Un exposé des faits qui ont conduit au litige (embauche du salarié, apparition de tensions entre l'employeur et le salarié, procédure de

licenciement mise en œuvre par l'employeur, motifs mentionnés dans la lettre de licenciement) ;

- La contestation par le salarié des motifs de son licenciement, puis la position de l'employeur ;
- La volonté des parties de se rapprocher, les concessions réciproques ainsi que le montant de l'indemnité transactionnelle.

Il est également important d'indiquer précisément le montant des sommes perçues avant la signature de la transaction, de même que le montant correspondant à l'indemnité transactionnelle.

Si la transaction se compose de plusieurs pages, chacune des parties doit les parapher, à l'exception de la dernière page qui doit être signée. Par ailleurs, bien qu'une mention manuscrite comme « bon pour accord » ou « bon pour transaction » ne soit pas obligatoire, il est néanmoins préférable qu'un contrat contienne une telle inscription en plus des signatures. Cela permettra de vérifier l'écriture en cas de contestation.

Peut-on se passer d'un écrit ? De la pratique à la théorie juridique

L'article 2044 du Code civil prévoit que la transaction soit signée par écrit. Selon la jurisprudence, cette règle est un moyen de preuve et non une condition de sa validité. En revanche, l'article 1359 du code précité exige un écrit signé dès que le montant en jeu excède 1500 euros. L'article 1362 permet toutefois d'y déroger, dès lors que l'on dispose d'un commencement de preuve par écrit. En combinant tous ces articles, nous constatons donc que l'écrit est indispensable pour prouver l'existence d'une transaction dont le montant dépasse 1500 euros. Par ailleurs, si l'on dispose d'un commencement de preuve par écrit (ce qui n'est pas courant…), celui-ci est alors recevable par témoignage ou présomption. Par exemple, l'encaissement d'un chèque émis par l'employeur – en plus de celui correspondant au solde de tout compte – a été considéré comme un commencement de preuve par écrit. Mais il faudra tout de même établir, par la suite, la preuve de cette transaction (existence des concessions consenties par ses signataires et, surtout, volonté de mettre fin à un litige).

Les autres clauses

La plupart du temps, les transactions contiennent une clause de confidentialité, par laquelle chacune des parties s'engage à ne pas révéler à d'autres personnes l'existence de la transaction ou la contestation ayant conduit à celle-ci. Cette obligation ne concerne pas les organismes fiscaux ou sociaux, qui disposent d'un droit de communication. De même, est très souvent présente une clause interdisant aux parties de se dénigrer et de porter atteinte à leur réputation mutuelle. Une telle clause a été validée par la jurisprudence dans une affaire qui concernait la société TF1 et le journaliste Patrick Poivre d'Arvor suite à la publication de son livre *À demain, en chemin vers la liberté*. Pour autant, cette validation a été motivée sous réserve d'être proportionnée au but recherché, à savoir la protection de la réputation d'autrui, et d'avoir sa durée limitée dans le temps (Cass. soc., 14 janvier 2014, pourvoi n° 12-27284).

Certaines transactions comprennent également une clause interdisant au salarié de témoigner en justice contre son employeur, notamment au profit d'autres personnes de l'entreprise. Lorsque le salarié accepte une telle clause, celle-ci a un

caractère dissuasif. Cependant, sa validité sur un plan juridique est on ne peut plus discutable.

La transaction peut aussi contenir une clause de non-concurrence, par laquelle le salarié s'engage à ne pas faire de concurrence à son ancien employeur. Si la transaction est signée après la rupture du contrat de travail, cette clause ne nécessite pas de contrepartie financière (à l'inverse, dans un contrat de travail, elle n'aurait aucune valeur sans contrepartie).

Enfin, le projet de transaction peut parfois contenir une clause pénale, par laquelle l'une des parties s'engage à payer à l'autre une somme d'argent – définie contractuellement – si elle ne respecte pas son engagement (sur la confidentialité, par exemple). Le salarié peut toutefois difficilement accepter l'insertion d'une telle clause qui créerait une insécurité financière. À noter que le juge peut décider d'en réduire ou d'en augmenter le montant (C. civ., art. L1231-5).

Qui peut signer une transaction ?

Le salarié signe lui-même. En théorie, il pourrait donner un pouvoir, très précis, à une autre personne. En pratique, l'employeur exigera toujours une transaction signée par le salarié. Du côté de l'employeur – une société la plupart du temps –, seul son représentant légal (gérant, président, directeur général) ou une personne ayant reçu une délégation de sa part peut signer. Dans les grandes entreprises, les transactions ne sont pas toujours signées par le représentant légal, mais par un cadre supérieur tel que le DRH (directeur des ressources humaines). Dans ce cas, le signataire doit en principe détenir une délégation de pouvoir, mais le salarié n'a pas à vérifier son existence.

Quand doit être signée la transaction ?

Une transaction peut être conclue avant la rupture du contrat de travail lorsque la contestation porte sur son exécution (une demande de paiement d'heures supplémentaires, par exemple). En revanche, dans le cas d'un licenciement, la transaction doit être obligatoirement signée après la réception de la lettre recommandée par le salarié. C'est tout à fait logique, car, pour se mettre

d’accord sur les conséquences de la rupture du contrat, celle-ci doit nécessairement s’être produite. De plus, pour renoncer à contester les motifs de licenciement, le salarié doit les connaître. La transaction est nulle lorsqu’elle est signée avant la réception de la lettre de licenciement. Si, pour contourner la loi, les parties décident de postdater la transaction, un délit pénal sera constitué. Ce procédé peut d’ailleurs rapidement se retourner contre l’employeur si le salarié change d’avis ou décide de lui tendre un piège. Il suffit en effet à ce dernier de dénoncer – par écrit et avant la date mentionnée contractuellement – la transaction postdatée.

Lorsque la lettre de licenciement n’est pas adressée au salarié en recommandé comme l’exige le Code du travail, la transaction est nulle (Cass. soc., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-10066). Cette solution évite la remise en mains propres d’une lettre de licenciement antidatée et la signature simultanée d’un protocole transactionnel. L’envoi d’une enveloppe vide, permettant à l’employeur de disposer d’un avis de réception et de s’assurer que la lettre de licenciement sera remise contre signature de la transaction, rend également cette

dernière nulle si le salarié est en mesure de le prouver.

Une transaction peut être conclue même si le salarié est toujours présent dans l'entreprise, dès lors que celui-ci a reçu la lettre recommandée lui notifiant son licenciement, et peu important que la rupture ait été différée en raison de la signature ultérieure d'une convention de reclassement personnalisé (Cass. soc., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-14313).

Si la date de signature indiquée dans la transaction n'est pas la date réelle, le juge doit tenter de la déterminer. Si l'employeur ne peut prouver que la signature est intervenue après le licenciement, la transaction pourra être annulée, le doute semblant profiter au salarié (Cass. soc., 1er juillet 2009, pourvoi n° 08-43179). Une transaction signée à la suite d'une démission est valable, même si cette dernière est notifiée par lettre simple (la loi n'imposant aucune forme pour son envoi). Seul le salarié peut se prévaloir de la nullité d'une transaction en raison de sa date de signature (Cass. soc., 28 mai 2002, pourvoi n° 99-43852).

Pendant longtemps, l'employeur n'a eu aucun moyen de s'assurer que le salarié ne contesterait

pas son licenciement et signerait la transaction préalablement négociée. Depuis 2007, les juges annulent les transactions signées après le licenciement et dont le contenu a été convenu avant. Cette solution a par exemple été retenue pour une salariée dépressive qui démontrait avoir communiqué l'offre de l'employeur à son défenseur syndical. Depuis la création de la rupture conventionnelle (voir chapitre 17), ce problème a beaucoup moins d'importance.

Le consentement

Les deux parties doivent donner un consentement sain, correspondant à leur volonté réelle. Une transaction signée par une personne ne sachant pas lire le français et ne comprenant pas la portée du document peut être annulée. Pour être valable, l'assentiment ne doit pas être atteint par l'un des vices du consentement prévus dans le Code civil : la violence, le dol et l'erreur. Dans le cas contraire, il est possible de demander l'annulation de la transaction pendant cinq ans.

La violence suppose d'être impressionné par quelqu'un qui inspirera la crainte « d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un

mal considérable » (article 1140 du Code civil). La violence n'implique pas nécessairement d'avoir signé une transaction avec un revolver sur la tempe. Elle peut résulter d'une pression morale très forte ou d'un chantage. Elle est toutefois très difficile à prouver. Le seul « état d'infériorité » ou le fait d'être « impressionné » ne caractérise pas la violence. En revanche, cette dernière est manifeste lorsqu'une partie abuse de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, afin d'obtenir de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte, et en tire un avantage manifestement excessif (C. civ., art. 1143).

Le dol, prévu par l'article 1137 dudit code, est une manœuvre ou une tromperie destinée à induire en erreur l'autre partie afin d'obtenir son consentement. La victime d'un dol a le choix entre la demande de dommages-intérêts et l'annulation du contrat. Il faut cependant que ce vice ait été déterminant, c'est-à-dire que son existence ait conduit à la signature de la transaction.

Il peut par exemple résulter de la présentation à un salarié d'un calcul erroné sur ses droits. Le silence de l'une des parties peut également constituer un

dol. Un employeur a pu s'en prévaloir face à un salarié qui lui avait dissimulé la commission de délits pour conclure une transaction, ce qui en principe interdit toute action en justice postérieure. La connaissance de ces délits aurait conduit son employeur à ne pas signer et à engager la responsabilité personnelle du salarié. En revanche, la découverte après signature d'une faute grave commise par le salarié ne permet pas l'annulation de la transaction. Pour que celle-ci puisse être annulée, il faut que le salarié ait eu l'intention manifeste de tromper son employeur.

L'erreur, prévue par l'article 1132 du Code civil, peut être une cause de nullité si elle porte sur l'objet de l'obligation. En revanche, la transaction ne peut être annulée en raison d'une erreur de droit. Le premier type d'erreur concerne la qualification du rapport juridique entre les parties ayant donné lieu à la transaction. Par exemple, le contrat de travail a été qualifié de CDD alors qu'en fait c'est un CDI. Or, les droits d'un salarié en CDD ne sont pas les mêmes que ceux d'un salarié en CDI. Le second type d'erreur conduit à ignorer ou méconnaître un droit, privant ainsi le salarié de fonder une demande. Un salarié demande par

exemple le paiement d'heures supplémentaires sans savoir que celles-ci donnent droit à des majorations. La jurisprudence n'est pas toujours claire pour distinguer l'une ou l'autre de ces erreurs.

La transaction et le respect de la loi

La transaction ne doit pas être un moyen de fraude, destiné à contourner l'application d'une règle protégeant le salarié et à laquelle celui-ci ne peut renoncer. Voici un exemple permettant de mieux comprendre cette exigence. Comme nous l'avons vu dans le chapitre 16, l'employeur doit mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi dès lors qu'il prononce plus de neuf licenciements pour motif économique sur une période de 30 jours.

La cour d'appel de Paris a jugé, le 3 juin 2008, que le licenciement pour motif personnel – prononcé pour éviter la mise en œuvre d'un plan social dans le cadre d'un licenciement économique collectif – est nul, car il a pour objet de contourner la loi. Par conséquent, la transaction conclue pour mettre fin à la contestation résultant de ce licenciement est

nulle. Selon la cour d'appel, cette transaction avait conduit le salarié à renoncer au bénéfice des dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi. La Cour de cassation a confirmé cette solution.

L'effet de la transaction

Texte de loi

La transaction met fin au litige qui a existé entre les parties. Selon l'article 2052 du Code civil, elle fait « obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ». Elle produit donc le même effet qu'un arrêt rendu par une cour d'appel et elle interdit à l'affaire d'être jugée de nouveau ; ainsi le juge ne peut pas apprécier le bien-fondé de la contestation du licenciement du salarié pour déterminer si la somme versée par l'employeur est une contrepartie suffisante (Cass. soc., 6 janvier 2021, pourvoi n° 18-26109). En principe, la signature de la transaction se fait contre remise du chèque de l'indemnité transactionnelle. Lorsque l'employeur est désargenté, le protocole peut prévoir le paiement de l'indemnité en plusieurs fois. En cas de défaut de paiement, le salarié a le choix entre une demande de condamnation de l'employeur à lui payer la somme convenue ou

l’annulation de la transaction (ce qui lui permettra, par exemple, de contester son licenciement). Il peut également demander des dommages-intérêts, si ce retard lui cause un préjudice. Lorsque la transaction intervient pour mettre fin à une instance en justice, le salarié doit se désister de ses demandes dès qu’il a perçu la totalité de l’indemnité transactionnelle. Cette obligation est en principe prévue dans le contrat. Si, à la date de la plaidoirie, toutes les sommes n’ont pas été versées (l’accord intervenant souvent la veille du procès), les parties peuvent prévoir l’homologation de leur transaction devant le bureau de jugement du conseil de prud’hommes. Celle-ci aura la même force exécutoire qu’un jugement et permettra d’avoir recours à un huissier de justice si les sommes restant dues ne sont pas réglées. Cette homologation mettra cependant fin à la confidentialité. Pour éviter cet inconvénient, une autre solution consiste à demander le report de la date de plaidoirie, le temps de permettre l’exécution complète de la transaction.

Les protocoles transactionnels contiennent en principe des clauses du type : « les parties règlent par le présent protocole tous les litiges ayant existé entre elles », « le salarié s’estime rempli de ses

droits tant au titre de l'exécution du contrat que de sa rupture » ou encore « le salarié renonce à tous les droits et actions qu'il pouvait tenir du droit comme de son contrat de travail ». La transaction ne concernant que les droits nés, ce type de clause a pour effet de priver le salarié du droit à une prime d'intéressement ou de participation. La signature de la transaction ne permet toutefois pas au salarié de renoncer à la priorité de réembauchage ou à la souscription d'actions, sauf si la transaction mentionne expressément cette renonciation.

Certaines transactions font un inventaire à la Prévert de tout ce que le salarié pourrait réclamer. Ces clauses types ont plus un effet psychologique que juridique. La renonciation à exercer une action en justice prévue par une transaction se limite à l'objet du différend qui y est mentionné (Cass. soc., 3 mai 2012, pourvoi n° 10-27047). Ainsi, la transaction qui ne fait état que d'un litige portant sur la rupture du contrat de travail ne prive pas le salarié de pouvoir demander la réparation d'une discrimination (Cass. soc., 16 octobre 2019, pourvoi n° 18-18287). Sur ce point, la jurisprudence peut sembler toutefois contradictoire. En effet, il a été jugé qu'un salarié ayant déclaré n'avoir plus rien à

réclamer à son employeur à « quelque titre que ce soit et pour quelque cause que ce soit, tant en raison de l'exécution que de la rupture du contrat de travail » ne peut plus former de demandes à son encontre (Cass. soc., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-18984).

L'employeur et le salarié peuvent faire homologuer la transaction conclue entre eux devant le bureau de conciliation et d'orientation du conseil de prud'hommes. (C. trav., art. R1471-1 ; C. civ., art. 1565).

L'annulation de la transaction

Tant que la transaction n'est pas annulée, le juge ne peut vérifier l'existence des motifs invoqués dans la lettre de licenciement pour déterminer si le licenciement est fondé ou non. Il peut seulement contrôler l'adéquation de ces faits avec leur qualification, comme cela a été expliqué précédemment (Cass. soc., 5 octobre 2016, pourvoi n° 15 – 16324).

Une transaction peut être annulée pour diverses raisons : une absence de concession appréciable, un vice du consentement, une transaction signée ou

convenue avant la notification du licenciement, etc. Seule l'annulation de la transaction permet au juge de décider du bien-fondé ou non du licenciement. En pratique, ces deux questions peuvent être tranchées par un même jugement, la nullité de la transaction allant fréquemment de pair avec un licenciement infondé.

Le délai pour exercer cette action en nullité est de cinq ans. Le salarié doit bien réfléchir avant de demander la nullité. Ce n'est pas parce qu'une transaction a été conclue que le licenciement est nécessairement infondé. Si la transaction est annulée mais que, dans le même temps, le licenciement est reconnu comme étant fondé sur une cause réelle et sérieuse, le salarié ne percevra pas de dommages-intérêts et devra rembourser l'indemnité transactionnelle perçue. Il n'existe qu'un seul cas pour lequel le salarié ne prend pas de risque à contester la transaction : lorsque la concession de l'employeur est très faible, voire inexistante.

Indemnité transactionnelle et exonération fiscale

L'indemnité transactionnelle, souvent versée à titre forfaitaire et définitif, peut comprendre également des éléments de rémunération (le litige portant, par exemple, sur le paiement du préavis ou d'heures supplémentaires). Dans ce cas, l'employeur est tenu d'établir un bulletin de paie mentionnant la nature et le montant des sommes versées à titre de rémunération. Ces sommes donnent lieu au paiement de cotisations sociales et sont imposables pour le salarié.

En revanche, si la somme versée à titre transactionnel correspond à des dommages-intérêts, elle est soumise à un régime fiscal et social beaucoup plus avantageux. Les dommages-intérêts sont exonérés de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu pour le salarié s'ils sont inférieurs :

- Au double de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture du contrat de travail ;
- Ou bien à la moitié de l'indemnité versée.

Ces deux montants sont plafonnés : pour l'année 2021 à 82272 euros pour l'exonération des cotisations sociales et à 246816 euros pour

l'assujettissement à l'impôt sur le revenu (soit respectivement deux et six fois le plafond de la Sécurité sociale). Cette limite d'exonération s'applique à l'ensemble des sommes versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail. Pour être certain de ne pas dépasser ce plafond, il est nécessaire d'ajouter au montant de l'indemnité transactionnelle l'indemnité de licenciement due au salarié en vertu de la loi ou de la convention collective. Les sommes versées au salarié à titre de dommages-intérêts sont assujetties à la Contribution sociale généralisée (CSG) et à la Contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) au taux de 9,7 %. Le montant de la CSG et de la CRDS est précompté par l'employeur.

L'indemnité transactionnelle doit être mentionnée sur l'attestation Pôle emploi initiale ou donner lieu à l'établissement d'une nouvelle attestation. Celle-ci doit être transmise à Pôle emploi, qui appliquera un délai de carence d'une durée maximum de 150 jours (75 jours en cas de licenciement économique) pour le versement des allocations chômage.

Transaction et salarié protégé

Comme nous le verrons plus loin, certains salariés exerçant des mandats de représentants du personnel bénéficient d'une protection en cas de licenciement (voir chapitre 19). L'employeur ne peut les licencier qu'après autorisation de l'inspecteur du travail. Or, tant que cette autorisation n'a pas été donnée, il est impossible de conclure une transaction. En effet, ces salariés protégés ne peuvent renoncer d'eux-mêmes à cette protection.

DANS CE CHAPITRE

Les différentes étapes de cette procédure particulière

•

Les recours contre la décision de l'inspecteur du travail

•

Les conséquences en cas de non-respect de cette procédure

Chapitre 19
Le licenciement des salariés protégés

Les représentants du personnel et les délégués syndicaux ne sont pas toujours vus d'un bon œil par les employeurs. Ces salariés sont dans une situation paradoxale : soumis au pouvoir de direction, de contrôle et de sanction de l'employeur, ils sont simultanément investis d'une mission consistant à défendre des intérêts apparemment opposés à ceux de l'entreprise. Pour

éviter qu'ils ne soient exposés à des mesures de représailles et pour qu'ils puissent remplir pleinement leurs fonctions sans crainte, le législateur a créé à leur intention un régime particulièrement protecteur. Leurs conditions de travail ne peuvent être modifiées sans leur accord et leur licenciement est soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail.

Les spécificités de cette procédure dite « spéciale » sont présentées dans ce chapitre. Elles s'ajoutent aux règles étudiées dans les chapitres 15 et 16 (licenciements pour motif personnel et économique). Licencier un salarié protégé n'est pas toujours chose aisée, l'employeur ayant intérêt à disposer de motifs à la fois sérieux et incontestables.

Une protection qui n'est pas une immunité

Dans une procédure de licenciement classique, l'employeur peut prendre l'initiative de rompre le contrat de travail d'un salarié, charge pour lui ensuite de réparer le préjudice causé si le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse.

S’agissant d’un salarié protégé, la rupture du contrat sans autorisation administrative est nulle. La personne doit alors être réintégrée dans la société, sans que l’employeur puisse s’y opposer.

La raison d’être d’une telle procédure est d’éviter que le licenciement ne soit utilisé pour mettre fin au mandat d’un représentant du personnel. La plupart du temps, cette procédure dissuade les employeurs de demander l’autorisation de licencier en invoquant un seul prétexte, car ils savent qu’ils essuieront un refus. Le rôle de l’inspecteur du travail consiste à vérifier le respect de la procédure, l’existence et la gravité du motif de licenciement, ainsi que l’absence de lien entre cette demande et l’activité de représentant du personnel du salarié.

Cependant, cette protection ne rime pas avec immunité ni avec impunité. Si le salarié dépasse les bornes et sort de l’exercice de son mandat (en abusant de celui-ci en utilisant par exemple les heures de délégation à des fins personnelles), il pourra être licencié. Il ne peut donc pas faire n’importe quoi sans prendre le risque d’une sanction disciplinaire, que l’employeur peut lui adresser librement si elle est de moindre gravité que le licenciement. Par ailleurs, lorsque des

critères doivent être définis afin de déterminer les personnes à licencier pour motif économique, les salariés protégés n'ont pas à être écartés de la procédure en raison de leur protection (cela évite à l'employeur de demander l'autorisation de licenciement). Cela constituerait une discrimination à rebours. Inversement, certains employeurs peuvent être tentés de profiter d'un licenciement économique pour se débarrasser des représentants du personnel.

Une procédure incontournable

Cette procédure particulière, nécessitant une autorisation administrative, doit être respectée pour tout licenciement, quel qu'en soit le motif (personnel, économique…). Et même si tous les salariés d'une entreprise sont licenciés à la suite d'une liquidation judiciaire, cette autorisation reste nécessaire du moment que la rupture est à l'initiative de l'employeur.

En cas de licenciement pour motif personnel, le respect de cette procédure est impératif même si la protection est expirée, dès lors que les faits reprochés au salarié se sont produits pendant cette

période (Cass. soc., 26 septembre 2012, pourvoi nº 11-14081).

Dans le même ordre d'idée, le transfert dans une autre structure d'un contrat de travail d'un salarié protégé, en vertu de l'article L1224-1 du Code du travail, requiert cette autorisation. Il en va de même pour rompre le contrat de travail d'un représentant du personnel en cours de période d'essai ou un CDD en cas de faute grave (voir chapitre 5). L'inspecteur du travail doit également être saisi lors du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ou lorsque celui-ci arrive à son terme. Enfin, la conclusion d'une rupture conventionnelle nécessite l'autorisation expresse de l'administration. Il n'y a qu'en cas de démission du salarié que l'inspecteur du travail n'a pas à en vérifier la validité.

Est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement, prononcé à l'issue de la période de protection, qui est motivé par des faits déjà invoqués devant l'autorité administrative et ayant donné lieu à une décision de refus (Cass. soc., 15 janvier 2013, pourvoi nº 11-18800).

Lorsque le salarié protégé est déclaré inapte, c'est à l'inspecteur du travail de décider si l'impossibilité

de le reclasser justifie ou non cette inaptitude. En revanche, il ne lui appartient pas de vérifier si cette dernière est la conséquence d'un manquement de l'employeur à ses obligations (Cass. soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-12060).

Les bénéficiaires de la protection

Cette protection n'est pas réservée aux seuls représentants du personnel et délégués syndicaux. Elle concerne aussi d'autres personnes qui s'investissent dans les rapports entre employeurs et salariés, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise.

Les salariés demandant des élections

À partir d'un certain seuil d'effectifs, l'employeur est tenu d'organiser, tous les quatre ans, les élections des institutions représentatives du personnel. Lorsque les IRP n'existent pas (l'employeur ne respectant pas, par exemple, cette obligation), un salarié a la possibilité de demander la tenue d'élections. Il sera alors protégé à partir du

moment où un syndicat aura repris cette demande ou s'il est lui-même intervenu au nom d'une organisation syndicale. En revanche, le salarié qui demande l'organisation d'élections alors qu'un syndicat a déjà formulé cette demande (ce qu'il ne sait pas toujours) n'est pas protégé (Cass. soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-24778). Cette protection se limite à la première personne formant seule la demande et à un seul salarié par organisation syndicale. Les salariés mandatés par un syndicat pour négocier, par la suite, le protocole électoral avec l'employeur sont également protégés.

Les candidats aux élections professionnelles

Tous les candidats, titulaires et suppléants, au premier et au second tour des élections professionnelles bénéficient de cette protection, à partir du moment où leur employeur a eu connaissance de l'imminence de leur candidature et ce avant même la conclusion d'un protocole préélectoral (Cass. soc., 30 septembre 2020, pourvoi n°19-12272). Un salarié qui annonce sa candidature au second tour de scrutin avant la tenue du premier tour est protégé (Cass. soc., 11 octobre 2017, pourvoi

n° 16-10139). Attention, cette candidature ne peut servir à déjouer une procédure de licenciement initiée par la réception d'une lettre de convocation à un entretien préalable.

Pour décider de l'existence de cette protection, il faut se placer à la date de la convocation à l'entretien préalable (Cass. soc., 28 janvier 2009, pourvoi n°08-41633). La protection est également sans effet si l'employeur est en mesure de prouver que la candidature est présentée uniquement dans le but de l'obtenir. Ce peut être par exemple le cas lorsqu'un salarié a commis une faute dont l'employeur n'a pas encore eu connaissance. Il serait alors tentant pour le fautif de chercher à bénéficier de la protection accordée aux salariés protégés. En revanche, le destinataire d'une convocation à un entretien préalable peut invoquer cette protection s'il est prouvé que l'employeur avait eu connaissance de sa candidature avant l'envoi de la convocation. C'est par exemple le cas lorsqu'un salarié annonce sa candidature avant même la signature du protocole électoral (Cass. soc., 25 octobre 2017, pourvoi n° 16-13844) ou lorsque l'employeur a reçu le courrier d'un syndicat lui annonçant cette candidature (Cass. soc.,

11 mars 2020, pourvoi n° 18-23893). Inversement, le refus d'une remise en mains propres d'une convocation à un entretien préalable de licenciement peut établir l'antériorité de la procédure de licenciement sur la désignation en qualité de délégué syndical (Cass. soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-13574).

L'employeur, qui ne peut s'ériger en juge et décider seul du caractère frauduleux de la protection, doit saisir le tribunal judiciaire pour le faire constater (Cass. soc., 13 janvier 1999, pourvoi n° 97-609). Dans un arrêt du 28 décembre 2000 (pourvoi n° 98-42019), la Cour de cassation a d'ailleurs estimé qu'une candidature à une élection professionnelle protégeait le salarié concerné, même si celle-ci était ultérieurement annulée par le tribunal. Par conséquent, jusqu'à cette annulation, la personne est protégée en cas de rupture.

Les représentants du personnel

Les élus au sein des institutions représentatives du personnel sont protégés pendant toute la durée de

leur mandat. Cette protection devient effective à compter de la proclamation des résultats ; elle prend alors le relais de la protection dont bénéficiaient les salariés en tant que candidats. Elle perdure six mois après l'expiration du mandat, y compris si cela est dû à l'annulation des élections.

Lorsque l'entreprise est mise en redressement judiciaire, un des salariés doit être désigné pour représenter leurs intérêts dans cette procédure. Celui-ci sera également protégé contre le licenciement (C. com., art. L662-4).

Les représentants des syndicats

Les délégués syndicaux, les représentants des organisations syndicales au comité social et économique et les salariés mandatés pour négocier des accords collectifs (C. trav., art. L2232-23-1 et L2232-26) sont couverts par cette protection à compter de leur désignation. À l'issue de leur mandat, les premiers cités conservent cette protection pendant 12 mois, à condition d'avoir exercé leurs fonctions pendant au moins un an. Les deuxièmes voient leur protection maintenue

pendant six mois, à condition d'avoir exercé leurs fonctions pendant au moins deux ans. Quant aux troisièmes, ils demeurent protégés pendant 12 mois sans condition.

Le représentant de la section syndicale, créée par la loi du 20 août 2008, bénéficie également de cette protection (C. trav., art. L2142-1-1). Il en est de même pour le défenseur syndical (loi Macron).

Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, seul un membre du CSE peut être désigné délégué syndical pour la durée de son mandat au titre du CSE. De fait, la protection en fin de mandat est celle de six mois liée à sa qualité de membre du CSE et non celle d'un an attachée à la qualité de délégué syndical (Cass. soc., 4 novembre 2020, pourvoi n° 19-12279).

Les salariés exerçant des fonctions en dehors de l'entreprise

La protection contre le licenciement ne s'applique pas uniquement au sein de l'entreprise. Elle est également accordée à des salariés exerçant des fonctions à l'extérieur de la société, notamment

dans des organismes paritaires. En sont bénéficiaires :

- Les conseillers prud'homaux pendant les cinq années de leur mandat et les six mois suivant son expiration ;
- Les administrateurs de mutuelle et de caisse de Sécurité sociale ;
- Les membres de la commission paritaire régionale interprofessionnelle ;
- Les conseillers du salarié (inscrits sur une liste établie par le préfet de chaque département) assistant les personnes convoquées à un entretien préalable au licenciement. Ils en bénéficient pendant toute la durée de leur mandat et pendant les douze mois suivant son expiration.

Le licenciement du médecin du travail nécessite également une autorisation administrative, même s'il est salarié d'un service de santé externe à l'entreprise.

Pour se prévaloir de cette protection, ces salariés doivent avertir leur employeur avant la notification de la rupture (Cass. soc., 16 janvier 2019, pourvoi n° 17-27685). Il appartient au salarié invoquant un

mandat extérieur à l'entreprise de rapporter la preuve de sa qualité (Cass. soc., 11 mars 2020, pourvoi nº 19-10620). L'absence d'information de l'employeur avant l'embauche ne constitue pas une tentative d'escroquerie (Cass. crim., 14 avril 2015, pourvoi nº 14-81188).

L'annulation de la désignation ou de l'élection permettant au salarié de bénéficier de cette protection n'a pas d'effet rétroactif. L'autorisation de l'inspecteur du travail est nécessaire si les faits reprochés ont été commis pendant la période de protection (Cass. soc., 11 octobre 2017, pourvoi nº 16-11048).

La procédure de licenciement

L'employeur doit impérativement respecter la procédure suivante, au risque de se voir refuser l'autorisation ou de rendre cette décision illégale. Cela implique la convocation du salarié protégé à un entretien préalable au licenciement puis, pour certains salariés, la consultation du comité social et économique. Une demande d'autorisation de licenciement est enfin adressée à l'inspecteur du travail.

L’entretien préalable

Celui-ci est organisé dans les mêmes conditions que celles présentées aux chapitres 15 et 16 (licenciements pour motif personnel et économique). En ce qui concerne la procédure de grand licenciement économique collectif (plus de neuf salariés sur une même période de 30 jours), l’entretien préalable individuel n’est pas obligatoire, sauf pour les salariés protégés. L’employeur doit proposer au salarié d’adhérer au contrat de sécurisation professionnelle. Son acceptation, qui doit intervenir dans un délai de 21 jours, a pour effet de rompre le contrat d’un commun accord. Dans le cas d’un salarié protégé, la rupture ne peut intervenir tant que l’inspecteur du travail n’a pas donné son autorisation. Le salarié protégé dispose ensuite de sept jours pour accepter le CSP à compter de la décision administrative.

La consultation du comité social et économique

Elle doit se dérouler après l’entretien préalable, mais la convocation peut être adressée aux élus du

personnel avant celui-ci (quitte à être annulée par la suite si l'employeur renonce à son projet de licenciement à l'issue de l'entretien préalable). Cette consultation est obligatoire pour les élus en fonction, les représentants syndicaux au sein du comité social et économique et les représentants de proximité. En revanche, elle n'est pas requise notamment pour les anciens représentants du personnel (CAA Nantes, 15 septembre 2020, décision n° 18NT03136), les salariés mandatés, les délégués syndicaux, les conseillers du salarié, les conseillers prud'homaux et les administrateurs de caisse de Sécurité sociale et de mutuelle.

Le comité social et économique est réuni selon les règles légales exposées au chapitre 22. L'employeur doit convoquer les membres titulaires et suppléants, les représentants des syndicats, mais également le salarié concerné par la procédure (s'il n'appartient pas au CSE). Ce dernier sera ainsi en mesure de s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés, ce qui permettra au CSE de donner son avis en toute connaissance de cause. Si le licenciement est économique, le CSE doit avoir la possibilité de discuter des possibilités de

reclassement du salarié (CE, 29 octobre 2012, requête nº 332666).

Lorsque le salarié acquiert un nouveau mandat après la consultation, il n'est pas nécessaire de solliciter un nouvel avis du CSE (C. trav., art. L2421-3).

Comme pour toute consultation, l'employeur doit adresser une information écrite et détaillée aux membres du CSE (C. trav., art. L2312-15), en exposant les faits incriminés et en précisant le ou les mandat(s) détenu(s) par le salarié. La consultation, qui peut se tenir au cours d'une réunion ordinaire du comité social et économique, doit être inscrite à l'ordre du jour et celui-ci doit mentionner le nom du salarié ainsi que l'intitulé de son ou ses mandat(s).

L'employeur expose les motifs le conduisant à envisager un licenciement, puis le salarié est entendu. Les membres du CSE peuvent poser des questions et débattre, avant de donner leur avis lors d'un vote à bulletin secret. L'employeur ne prend pas part au vote. Un procès-verbal de la réunion doit être établi. Si le CSE refuse de statuer, l'employeur peut tout de même adresser sa demande d'autorisation à l'inspecteur du travail. Le

comité consulté est celui de l'établissement auquel appartient le salarié. En l'absence de CSE, l'inspecteur du travail est directement saisi (C. trav., art. L2421-3). Aucun délai n'est prévu entre la convocation du salarié à l'entretien préalable et son audition devant le CSE ; un délai raisonnable doit cependant lui être accordé pour qu'il puisse préparer sa défense. Par conséquent, l'entretien préalable ne doit pas avoir lieu le même jour que la consultation du comité social et économique. En effet, le salarié découvrant les motifs retenus contre lui lors de l'entretien préalable, il n'aurait pas le temps de préparer sa défense si la consultation du CSE était programmée dans la foulée.

La demande d'autorisation

L'employeur doit adresser, à l'inspecteur du travail, sa demande d'autorisation de licenciement en deux exemplaires dans les 15 jours suivant la réunion du comité social et économique, sous forme dématérialisée ou par lettre recommandée avec avis de réception. Il indique les motifs du licenciement et joint le procès-verbal de la réunion du CSE. Si la consultation n'est pas nécessaire ou s'il n'existe

pas de CSE dans l'entreprise, la demande doit être adressée dans les huit jours lorsqu'une mise à pied à titre conservatoire (voir chapitre 12) a été prononcée.

Lorsqu'il existe un comité social et économique, celui-ci doit être réuni dans les dix jours suivant la mise à pied conservatoire et la demande d'autorisation doit être adressée, au plus tard 48 heures après la réunion du CSE, à l'inspecteur du travail (C. trav., art. R2421-6). La mise à pied à titre conservatoire, qui suspend le contrat de travail, sera annulée en cas de refus d'autorisation de licenciement. Les salaires non payés pendant la mise à pied devront alors être versés au salarié.

La demande ne pourra pas être fondée sur d'autres motifs que ceux soumis à la consultation du CSE. En pratique, l'employeur rédige une note contenant les mêmes informations que celles adressées aux membres du CSE. Par ailleurs, la demande d'autorisation doit être accompagnée de la copie de la notification du projet de licenciement à l'administration, lorsque cette mesure s'inscrit dans un licenciement économique de plus de neuf salariés sur une période de 30 jours.

L’enquête contradictoire

L’inspecteur du travail va mener une enquête contradictoire pour, d’une part, vérifier la réalité et la gravité du motif avancé par l’employeur, et d’autre part, s’assurer de l’absence de lien avec les fonctions de représentant du personnel exercées par le salarié mis en cause. Cette enquête nécessite une audition séparée de l’employeur et du salarié, mais l’inspecteur peut également décider de les confronter. Le salarié peut être assisté par un membre de son syndicat et l’employeur représenté par un avocat (Circ. DRT, 3 décembre 1996 ; BO n° 9624 ; CE, 16 février 1996, requête n° 151401).

Pour fonder sa demande d’autorisation à licencier, l’employeur transmet des pièces à l’inspecteur du travail. Celui-ci doit obligatoirement proposer au salarié d’en prendre connaissance (à l’exception des témoignages dont la communication pourrait présenter des risques pour leurs auteurs). L’impossibilité pour l’administration de justifier de cette proposition permet au tribunal administratif d’annuler l’autorisation de licenciement (CE, 24 novembre 2006, requête n° 160604).

La preuve des faits reprochés au salarié doit être obtenue par des moyens proportionnés et sans porter d'atteinte excessive à sa vie privée. Dans cette affaire, une banque avait produit des extraits des comptes bancaires du salarié et de son syndicat pour justifier de sa demande d'autorisation de licenciement. Or cette consultation n'était pas nécessaire pour établir la matérialité des allégations portées à l'encontre du salarié (CE, 2 mars 2020, requête n° 418640).

En cas d'inaptitude physique, si l'inspecteur du travail doit vérifier la réalité de cette inaptitude, il ne lui appartient pas d'en rechercher la cause. Le salarié peut demander au juge judiciaire l'indemnisation de son préjudice si cette inaptitude est la conséquence d'un manquement de son employeur à ses obligations (Cass. soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-21782). En revanche, l'inspecteur du travail doit apprécier le sérieux des recherches de reclassement réalisées par l'employeur (CE, 18 novembre 2020, requête n° 427734).

La décision de l'inspecteur du travail

L’inspecteur doit rendre sa décision dans les deux mois suivant sa saisine. La décision expose les motifs retenus, puis indique si le licenciement est autorisé ou refusé. L’autorisation permet à l’employeur d’adresser au salarié une lettre de licenciement précisant les motifs de la rupture.

La jurisprudence permet toutefois de se limiter à faire référence, dans cette lettre, à l’autorisation administrative (Cass. soc., 13 juillet 2004, pourvoi n° 01-42943). À l’inverse, un refus impose à l’employeur de maintenir le contrat de travail. L’absence de réponse dans les deux mois vaut refus de la demande (C. trav., art. R2421-4), mais en règle générale les inspecteurs répondent. Par ailleurs, un refus interdit à l’employeur d’attendre la fin de la période de protection du salarié pour prononcer un licenciement en invoquant ces mêmes faits. Le licenciement serait alors sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 3 juillet 2003, pourvoi n° 00-44625). Dans le même ordre d’idée, l’employeur ne peut invoquer des faits commis pendant la période de protection, lesquels auraient nécessité une demande d’autorisation (Cass. soc., 23 novembre 2004, pourvoi n° 01-46234).

Dans le cadre normal d'un licenciement disciplinaire, l'employeur dispose de un mois après l'entretien préalable pour prononcer cette mesure. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un salarié protégé, le point de départ est le jour de la notification de la décision de l'inspecteur du travail.

Les recours contre la décision de l'inspecteur du travail

Le salarié (ou l'employeur) insatisfait de la décision de l'inspecteur du travail dispose de plusieurs recours administratifs ou judiciaires pour la contester.

Les recours gracieux et hiérarchiques

La décision peut faire l'objet d'un recours gracieux qui consiste à demander à l'inspecteur du travail le retrait de sa décision ou d'un recours hiérarchique auprès du ministre du Travail à la tête de cette administration. Ces recours doivent être impérativement exercés dans les deux mois suivant la décision. Aucun formalisme n'est imposé : dans la pratique, le requérant adresse une lettre

recommandée exposant son argumentation, accompagnée des pièces justificatives. Dans les deux cas, il vaut mieux avoir de sérieux arguments pour en démontrer l'illégalité. Le succès du recours gracieux réside dans le fait que l'inspecteur du travail a commis une erreur et qu'il le reconnaît. Le recours hiérarchique implique en revanche que l'inspecteur du travail soit déjugé par son supérieur hiérarchique, le ministre. Celui-ci confie une nouvelle instruction de l'affaire au directeur régional du travail, qui peut lui-même la déléguer au directeur départemental. Ce recours n'étant pas suspensif, il n'empêche donc pas le licenciement du salarié si l'inspecteur du travail l'a autorisé.

L'absence de réponse du ministre du Travail dans un délai de quatre mois équivaut à un rejet implicite du recours (C. trav., art. R2422-1). Le requérant peut alors demander, dans les deux mois, le motif du rejet en vue de contester cette décision devant le tribunal administratif. Les recours gracieux et hiérarchiques peuvent être successifs ou simultanés.

Les recours juridictionnels

La décision de l'inspecteur du travail ou du ministre du Travail est une décision administrative qui peut être attaquée devant le tribunal administratif. Cette procédure, appelée recours en excès de pouvoir, vise à contester la légalité de la décision, mais elle ne permet pas d'obtenir des dommages-intérêts. Ce recours ne suspend pas l'application de la décision du ministre ou de l'inspecteur du travail. Si le licenciement a été autorisé, il peut être prononcé. Toutefois, si le tribunal annule par la suite l'autorisation de licencier, le salarié peut demander immédiatement sa réintégration. Le jugement peut être frappé d'appel devant la cour administrative d'appel, puis être porté devant le Conseil d'État.

Si la décision contestée n'avait pas autorisé le licenciement, son annulation par le tribunal administratif n'entraîne pas *ipso facto* le licenciement du salarié protégé. L'employeur doit en effet saisir de nouveau l'inspecteur du travail, qui devra alors tenir compte de la sentence administrative. Il ne pourra refuser de donner son autorisation que si d'autres motifs peuvent fonder un refus (Cass. soc., 10 décembre 1997, pourvoi nº 94-45337). Si le refus de l'inspecteur du travail

d’autoriser le licenciement d’un salarié protégé est illégal, l’administration commet une faute. L’employeur peut alors exercer un recours dit de plein contentieux pour obtenir une indemnisation de l’État si ce refus lui a causé un préjudice direct et certain (CE, 4 novembre 2020, requête n° 428741).

Le salarié licencié à la suite d’une autorisation de l’inspecteur du travail n’a pas beaucoup de possibilités de contestation. Le juge du conseil de prud’hommes ne peut, même indirectement, remettre en cause cette autorisation, qui est un acte de l’administration attaquable devant le tribunal administratif. Si le licenciement a été prononcé pour un motif personnel, le conseil de prud’hommes ne peut statuer sur son bien-fondé. Cependant, il peut requalifier une faute grave en cause réelle et sérieuse. Lorsque le licenciement est prononcé pour motif économique, le juge ne peut plus examiner ni le motif économique ni l’exécution de l’obligation de reclassement, dans la mesure où une autorisation administrative a été donnée. En revanche, le juge reste compétent pour apprécier les critères établissant l’ordre des licenciements. Il est également compétent pour

apprécier si le salarié a été ou non victime, au cours de sa carrière, d'une discrimination syndicale (Cass. soc., 29 mai 2019, pourvoi nº 17-23028).

Le licenciement d'un salarié protégé intervenant postérieurement à sa demande de résiliation judiciaire empêche le conseil de prud'hommes d'examiner cette demande (Cass. soc., 29 septembre 2010, pourvoi nº 09-41127).

L'absence ou l'annulation de l'autorisation de licenciement

Ces deux situations, en fait très différentes, ont comme point commun de permettre au salarié d'être réintégré. Dans le premier cas, en rompant le contrat sans autorisation, l'employeur s'est placé dans l'illégalité et les conséquences vont être très lourdes pour l'entreprise. En ce qui concerne l'annulation de l'autorisation de licencier, l'employeur devra supporter les conséquences de l'illégalité de la décision.

À noter que l'article L1235-3-1 du Code du travail fixe désormais les conditions d'indemnisation en cas de nullité du licenciement. Celles-ci peuvent

coexister avec les solutions retenues par la jurisprudence.

L’annulation de l’autorisation

Le salarié dispose d’un délai de deux mois pour demander sa réintégration dans l’entreprise (ce n’est pas une obligation). L’employeur ne peut s’y opposer, sauf à commettre un délit d’entrave. Toutefois, il n’est pas obligé de réaffecter le salarié à son poste ; il peut en effet lui proposer un emploi équivalent (C. trav., art. L2422-1). Celui-ci doit néanmoins être quasiment identique au précédent, correspondre à un même secteur géographique ainsi qu’à une qualification similaire et offrir des perspectives de carrière équivalentes (Cass. soc., 13 mai 2008, pourvoi nº 06-46108). Par ailleurs, le salarié récupère son mandat si celui-ci n’a pas été renouvelé. Dans le cas contraire, il bénéficie d’une protection de six mois. Le délégué syndical, quant à lui, doit faire l’objet d’une nouvelle désignation par son syndicat car son mandat a été rompu (peu importe que cette rupture soit annulée par la suite).

Le refus de réintégrer un salarié protégé expose l’employeur à une résiliation judiciaire de la part du

salarié qui produirait l'effet d'un licenciement nul (Cass. soc., 15 mai 2019, pourvoi n° 18-28547).

Sur le plan pécuniaire, l'employeur doit payer au salarié l'ensemble des sommes qui auraient dû lui être versées à partir du licenciement jusqu'à sa réintégration. Si la personne ne souhaite pas revenir dans l'entreprise, la période à prendre en compte pour l'indemnisation court du licenciement jusqu'à l'expiration du délai de deux mois après l'annulation de l'autorisation. Pour calculer les sommes dues, il faut déduire les allocations chômage ou les salaires éventuellement perçus pendant cette période.

Lorsque le salarié, dont l'autorisation de licenciement a été annulée, ne demande pas sa réintégration, il peut cumuler une indemnité - correspondant à la totalité du préjudice subi depuis son licenciement jusqu'à l'expiration du délai de deux mois - avec les indemnités dont il pourrait éventuellement bénéficier en cas de licenciement abusif (Cass. soc., 5 décembre 2018, pourvoi n° 17-26325).

Si le salarié ne demande pas sa réintégration, il peut contester le motif du licenciement (le juge devant apprécier si celui-ci était fondé ou non). Le

seul retrait de l'autorisation ne suffit pas à rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Si l'autorisation est le résultat d'une faute de l'État (l'inspecteur du travail ayant, par exemple, omis de proposer au salarié de prendre connaissance du dossier transmis par l'employeur), la jurisprudence administrative permet au salarié d'agir contre l'État au moyen d'un recours indemnitaire du préjudice qui est la conséquence de cette décision illégale (CE, 9 juin 1995, requête nº 95504, ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c/ L'esprit).

La rupture sans autorisation

La rupture du contrat de travail en l'absence d'autorisation est nulle et constitue un délit d'entrave. Le salarié peut être réintégré, à condition de le demander au cours de sa période de protection. Le juge des référés peut être saisi pour l'ordonner, sauf si la réintégration est absolument impossible (l'entreprise ayant par exemple disparu). À noter que la petite taille de la société et l'existence d'un rapport conflictuel avec l'employeur ne rendent pas impossible la réintégration (Cass. soc., 11 juillet 2012, pourvoi

n° 10-23831). Contrairement à ce qu'il se passe lors de l'annulation d'une autorisation, le salarié perçoit les sommes qui lui auraient été versées jusqu'à la fin de la période de protection. Ainsi, s'il est représentant du personnel, cette période expire à la fin de son mandat plus six mois. En outre, s'il ne demande pas sa réintégration, il peut percevoir toutes les indemnités de rupture (indemnité de préavis et de licenciement) ainsi qu'une indemnité – en raison du caractère illicite du licenciement – au moins égale à six mois de salaires. S'il a perçu des allocations chômage entre le moment de son licenciement et la décision de justice prononçant la nullité de la rupture du contrat de travail, il est tenu de les rembourser à Pôle emploi (Cass. soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-23643).

L'autorisation administrative doit être impérativement obtenue avant de prononcer le licenciement ; elle ne peut intervenir postérieurement pour régulariser la situation (Cass. soc., 4 mai 2011, pourvoi n° 09-67776). Cette procédure est d'ordre public, l'employeur n'a aucun moyen de la contourner et le salarié ne peut y renoncer.

DANS CE CHAPITRE

Le certificat de travail

•

Le reçu pour solde de tout compte

•

L'attestation Pôle emploi

•

Le bordereau individuel d'accès à la formation

Chapitre 20
Les formalités de départ

Quelle que soit la cause de la rupture contractuelle (démission, licenciement, fin de CDD…), l'employeur doit délivrer au salarié sur le départ un certain nombre de documents obligatoires. Le non-respect de cette obligation peut entraîner la condamnation de l'employeur à des amendes et/ou au versement éventuel de dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi par le salarié.

Le certificat de travail

À l'expiration du contrat de travail, l'employeur doit remettre un certificat au salarié (C. trav., art. L1234-19), prouvant que ce dernier est libre de tout engagement. Selon l'article D1234-6 du Code du travail, ce document doit mentionner, à l'exclusion de tout autre information, la date d'entrée et de sortie du salarié de l'entreprise, la nature du ou des emploi(s) successivement tenu(s) et les périodes travaillées. Mais ce n'est pas tout à fait exact. Sur le certificat de travail doivent également figurer :

- L'identité de l'employeur ;
- Les nom, prénom et adresse du salarié ;
- La date de remise du certificat et le lieu de sa rédaction ;
- La signature de l'employeur.

Il est par ailleurs possible d'ajouter des mentions facultatives, à condition que les parties soient d'accord. Toutefois, le salarié ne peut exiger l'ajout de mentions élogieuses, tandis que l'employeur ne peut inscrire de mention pouvant nuire au premier (Cass. soc., 9 janvier 1985, pourvoi n° 83-45188).

L'article L911-8 du Code de la Sécurité sociale oblige l'employeur à signaler dans le certificat de travail le maintien, pendant une durée limitée, de la mutuelle santé et de la prévoyance (portabilité des garanties).

Le certificat de travail est délivré à l'issue du préavis, que celui-ci soit effectué ou non. Attention, ce document est quérable, ce qui signifie qu'il est mis à la disposition du salarié. L'employeur n'a donc pas l'obligation de l'envoyer par courrier à son destinataire. Jusqu'en 2016, tout retard dans la délivrance du certificat causait nécessairement un préjudice au salarié qui devait être sanctionné par le versement de dommages-intérêts (Cass. soc., 19 février 2014, pourvoi n° 12-20591). La Cour de cassation estime désormais que le salarié doit prouver l'existence d'un préjudice pour être indemnisé (Cass. soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28293 ; Cass. soc., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-16108). Enfin, la non-délivrance de ce document peut être punie par l'amende prévue pour les contraventions de quatrième classe.

Le reçu pour solde de tout compte

Outre le certificat de travail, l'employeur remet au salarié un reçu pour solde de tout compte (C. trav., art. L1234-20). Ce document répertorie les sommes perçues par le salarié au moment de la rupture contractuelle : dernier salaire, reliquat de congés payés, heures supplémentaires, indemnités de licenciement, etc. Il peut être dénoncé dans les six mois suivant sa signature. Passé ce délai, il devient libératoire pour l'employeur. En d'autres termes, le salarié ne pourra plus contester les sommes mentionnées devant le conseil de prud'hommes.

Dans un arrêt du 7 mars 2018 (pourvoi n° 16-13194), la Cour de cassation estime que la convocation devant le bureau de conciliation et d'orientation doit être reçue par l'employeur dans ce délai légal de six mois. La dénonciation du solde de tout compte doit s'effectuer par lettre recommandée (C. trav., art. D1234-8).

L'effet libératoire du solde de tout compte est limité aux seules sommes qui sont mentionnées dans le reçu, même si ce dernier a été rédigé en termes généraux (Cass. soc., 18 décembre 2013, pourvoi n° 12 – 24985).

Le solde de tout compte est établi en double exemplaire (cela doit être précisé sur le reçu), dont

l'un est remis au salarié (C. trav., art. D1234-7). Il doit être daté et signé. En l'absence de date ou de signature, le reçu ne produit pas d'effet libératoire. Lorsque le reçu est non signé par le salarié, il appartient à l'employeur de justifier que les sommes mentionnées ont bien été payées (Cass. soc., 27 mars 2019, pourvoi n° 18-12792). Par ailleurs, il n'est pas obligatoire que la date inscrite sur le reçu ait été écrite de la main du salarié, dès l'instant qu'elle est certaine (Cass. soc., 20 février 2019, pourvoi n° 17-27600). Enfin, le reçu qui fait état d'une somme globale et renvoie pour le détail des sommes versées au bulletin de paie annexé n'a pas d'effet libératoire (Cass. soc., 23 janvier 2019, pourvoi n° 17-31212).

Dans un arrêt en date du 4 novembre 2015 (pourvoi n° 14-10657), la Cour de cassation a décidé que les dispositions de l'article L1234-20 ne prévoyaient pas l'obligation pour l'employeur de mentionner, sur le reçu pour solde de tout compte, le délai de forclusion de six mois.

En ce qui concerne le caractère facultatif ou obligatoire du reçu pour solde de tout compte, dans son *Bulletin officiel* n° 4 du 30 avril 2009, le ministère du Travail affirme que l'article 4 de la loi

n° 2008-596 du 25 juin 2008 « confère un caractère impératif à l'établissement du reçu pour solde de tout compte à l'occasion de toute rupture du contrat de travail ».

L'attestation d'assurance chômage

Une fois le contrat de travail arrivé à son terme (fin de CDD ou d'intérim) ou rompu (licenciement, démission), l'employeur doit remettre sans délai au salarié l'attestation d'assurance chômage, la fameuse « feuille jaune » (C. trav., art. R1234-9). Simultanément, il doit en transmettre un exemplaire à Pôle emploi (obligatoirement par voie électronique pour les entreprises ayant au moins onze salariés, sauf impossibilité pour une cause qui leur est étrangère). Cet organisme tient à la disposition des entreprises un modèle d'attestation (C. trav., art. R1234-10).

Jusqu'en 2016, la Cour de cassation estimait que la non-délivrance ou la remise tardive de cette attestation entraînait nécessairement un préjudice qui devait être réparé (Cass. soc., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-20112). Désormais, le salarié doit

prouver l'existence d'un tel préjudice (Cass. soc., 16 juin 2016, pourvoi n° 15-15982). À noter que la méconnaissance de l'article R1234-9 du Code du travail est passible de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe (C. trav., art. R1238-7).

Les entreprises de travail temporaire sont autorisées à ne fournir l'attestation d'assurance chômage qu'à la demande de leurs salariés en contrat de mission (C. trav., art. R1234-11). En revanche, cette disposition doit être expressément mentionnée dans le contrat de travail.

Le bureau de conciliation et d'orientation du conseil de prud'hommes peut ordonner la délivrance, le cas échéant sous peine d'astreinte, de l'attestation d'assurance chômage et du certificat de travail (C. trav., art. R1454-14 et R1454-28). En revanche, seul le bureau de jugement peut statuer sur l'irrégularité supposée du motif de rupture mentionné par l'employeur sur la « feuille jaune ».

Outre la non-délivrance de l'attestation Pôle emploi, il existe d'autres motifs susceptibles d'entraîner la condamnation de l'entreprise au paiement de dommages-intérêts. L'employeur ne

peut mentionner dans ce document le ou les motif(s) personnel(s) à l'origine de la rupture contractuelle, par exemple « insuffisance professionnelle » jugée tendancieuse (Cass. soc., 14 novembre 2001, pourvoi nº 99-41457). L'indication d'un motif erroné, par exemple « démission » à la place de « licenciement », cause également un préjudice au salarié qui doit être réparé (Cass. soc., 22 février 2006, pourvoi nº 04-43450). Enfin, en cas de prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié (voir chapitre 14), l'employeur doit indiquer le motif exact de la rupture contractuelle sous peine d'être condamné. Ainsi, il ne peut inscrire « démission » sur l'attestation chômage, alors que le salarié avait pris acte de la rupture pour entre autres harcèlement moral (Cass. soc., 7 mars 2012, pourvoi nº 10-20174).

Le bordereau individuel d'accès à la formation (BIAF)

À l'expiration du contrat de travail à durée déterminée et conformément au décret nº 91-205 du 25 février 1991, l'employeur avait l'obligation jusqu'en 2019 de délivrer un bordereau

individuel d'accès à la formation, sauf dans les cas suivants :

- Contrat d'accompagnement dans l'emploi (CUI-CAE) ;
- CDD se poursuivant en CDI ;
- Contrat de travail soumis au droit d'un pays étranger n'appartenant pas à l'UE ;
- Contrat d'apprentissage ;
- Contrat de professionnalisation ;
- Contrat d'avenir ;
- Contrat conclu avec un jeune au cours de son cursus scolaire ou universitaire.

La suppression du CIF au 1er janvier 2019, au profit du compte personnel de formation de transition professionnelle (CPF-CDD), ne justifiait plus de satisfaire à cette obligation. En abrogeant le décret nº 91-205 du 25 février 1991, l'article 3 du décret nº 2019-1439 du 23 décembre 2019 a donc mis fin à cette formalité.

Pour en savoir plus sur la formation professionnelle, consultez le chapitre 9.

DANS CE CHAPITRE

Les règles les plus importantes du procès prud'homal

•

Les différents stades de la procédure

•

La procédure d'urgence

•

Les recours possibles

Chapitre 21
Les prud'hommes

Tout au long de cet ouvrage, nous vous avons présenté des décisions de justice, afin que vous puissiez appréhender la démarche et le raisonnement des juges lors de l'application des règles édictées par le Code du travail. Dans ce chapitre, nous nous intéresserons aux règles de procédure qui permettent d'aboutir à une décision de justice. Devant le conseil de prud'hommes, vous pouvez vous défendre tout(e) seul(e) ; nulle

obligation d'être assisté(e) par un avocat ou un défenseur syndical. Toutefois, cela nécessite de très bien connaître non seulement le droit du travail, mais également les règles de procédure, dont les plus importantes sont exposées dans ce chapitre. Le Code du travail contient des dispositions propres au système prud'homal. Il faut cependant garder à l'esprit que le Code de procédure civile s'applique également, sauf si les règles présentes dans le Code du travail y dérogent.

Les procès portés devant les prud'hommes

Le conseil de prud'hommes juge les litiges entre employeurs et salariés liés par un contrat de travail de droit privé. Les contentieux concernant les agents contractuels des établissements publics à caractère administratif relèvent des juridictions administratives, tandis que ceux des établissements publics à caractère industriel et commercial relèvent du conseil de prud'hommes (à l'exception du directeur et de l'agent comptable).

Le litige peut porter, entre autres, sur le paiement de salaires, la rupture d'une promesse d'embauche

ou le non-respect d'une obligation de non-concurrence. Toutefois, la principale source de contentieux est la contestation du licenciement.

Les procès en droit du travail qui échappent aux prud'hommes

D'autres tribunaux peuvent appliquer le droit du travail. La compétence du conseil de prud'hommes est limitée aux litiges individuels. Pour les distinguer des litiges collectifs, il faut examiner si l'action a pour but de reconnaître un droit individuel ou de défendre un intérêt commun. Des demandes identiques émanant de plusieurs salariés ne font pas de celles-ci un contentieux collectif. Le tribunal judiciaire est compétent pour trancher un litige collectif, sauf si la loi donne compétence à un autre tribunal pour le régler. Il sera ainsi saisi :

- Pour annuler une procédure de licenciement économique collectif, lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi est inexistant ou inconsistant ;
- Pour juger la légalité d'une convention collective ;

- Pour ordonner l'expulsion de grévistes bloquant l'entrée d'une usine ;
- Pour trancher un litige entre un employeur et une organisation syndicale relatif à l'interprétation d'un accord collectif (Cass. soc., 21 novembre 2012, pourvoi n° 11-15057).

Le tribunal judiciaire intervient également en cas de contestation des élections des représentants du personnel ou de la désignation d'un délégué syndical (voir chapitre 23).

Le Pôle social du tribunal judiciaire intervient lorsqu'un salarié, victime d'un accident du travail, veut faire reconnaître la faute inexcusable de son employeur, afin d'obtenir une majoration de sa rente d'invalidité.

Le tribunal administratif, qui juge les actes de l'administration, pourra seul décider si l'autorisation de licencier un salarié protégé – donnée par l'inspecteur du travail – est légale ou non.

Il peut parfois arriver qu'un employeur ou un salarié reproche à l'autre d'avoir commis une infraction pénale. Dans ce cas, le tribunal correctionnel, si c'est un délit, ou le tribunal de

police, si c'est une contravention, pourra condamner le coupable à une amende ou, très rarement, à une peine de prison (uniquement dans le cas d'un délit).

La question prioritaire de constitutionnalité

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) permet à un justiciable de contester la conformité à la Constitution d'une loi. En revanche, cette procédure ne peut être utilisée pour contester la constitutionnalité d'un décret, d'un arrêté ou d'une décision administrative individuelle.

La Constitution est ici sous-entendue au sens large : c'est non seulement la Constitution de 1958, laquelle régit les rapports entre le Parlement, le gouvernement et le pouvoir judiciaire, mais surtout ce que les juristes appellent le bloc de constitutionnalité, à savoir le préambule de la Constitution, qui renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946. Ces textes énoncent des droits sociaux et politiques au profit des citoyens (par exemple, « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi »).

Le justiciable doit présenter sa QPC par écrit auprès de la juridiction saisie du litige en présentant ses arguments. La juridiction vérifie que cette question n'a pas déjà été tranchée et la transmet à la Cour de cassation. Si elle refuse de transmettre la QPC, elle rend une décision qui peut faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation. La Haute Juridiction décide ensuite de transmettre ou non la QPC au

Conseil constitutionnel. Dans l'affirmative, ce dernier doit statuer dans les trois mois suivant sa saisine.

Par exemple, la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel l'examen de l'article L2142-6 du Code du travail. Ce texte subordonne à l'existence d'un accord d'entreprise la diffusion de tracts syndicaux sur la messagerie professionnelle des salariés (Cass. soc., 11 juillet 2013, pourvoi n° 13-40021).

Le fonctionnement du conseil de prud'hommes

Le conseil de prud'hommes a pour principales particularités d'être une juridiction paritaire, composée de juges non professionnels nommés conjointement par les ministères de la Justice et du Travail.

Une juridiction paritaire

Les conseillers prud'homaux sont issus de deux catégories antagonistes – les employeurs et les salariés – mais qui sont habituées à discuter ensemble. Ils siègent toujours en nombre pair, à égalité entre ces deux catégories. Deux conseillers

siègent au bureau de conciliation et d'orientation ou devant la section de référés et quatre devant le bureau de jugement. Le président d'audience est alternativement un salarié ou un employeur.

Le conseiller prud'homal ne représente pas la catégorie dont il est issu. Il est un magistrat (non professionnel), dont la mission consiste à juger, en appliquant le Code du travail en toute impartialité. Certaines notions, comme la cause réelle et sérieuse de licenciement, n'étant pas définies par le Code du travail, le conseiller prud'homal dispose d'une marge d'appréciation. Dans les faits, les conseillers salariés seront plus à même de comprendre la position des salariés, la réciproque étant vraie pour les employeurs.

Les décisions sont prises à la majorité. Comme les conseillers siègent en nombre pair, ils peuvent ne pas tomber d'accord. Ils sont alors en partage de voix, le président n'ayant pas de voix prépondérante. L'affaire est renvoyée devant le juge départiteur, qui est un magistrat du tribunal judiciaire. Celui-ci prendra la décision après avoir entendu une nouvelle plaidoirie. En théorie, l'audience doit intervenir dans le mois suivant la

décision de partage de voix. Mais ce délai est rarement respecté.

Le président du conseil de prud'hommes (comme le vice-président) est élu pour un an. L'année où le président est employeur, le vice-président est salarié. L'année suivante, ce sera l'inverse.

Des juges non professionnels désormais nommés

M. ou M^me^ Toutlemonde peut devenir conseiller prud'homal ; il n'est pas nécessaire d'avoir un diplôme de droit ou de justifier d'un quelconque niveau d'études, car la légitimité de ces non-professionnels du droit à juger les litiges réside dans leur connaissance du monde du travail. Jusqu'à présent des élections étaient organisées tous les cinq ans, les conseillers salariés et employeurs étant élus par leurs pairs, sur des listes présentées par des organisations syndicales. Les dernières élections ont eu lieu en 2008, mais le mandat des conseillers a été prorogé jusqu'au 31 décembre 2017 car les pouvoirs publics souhaitaient substituer à l'élection un mode de désignation différent. Depuis le 1^er^ janvier 2018, les

conseillers prud'homaux sont désormais nommés conjointement par les ministres de la Justice et du Travail pour quatre ans, sur proposition des organisations syndicales d'employeurs et de salariés. Les sièges sont répartis en tenant compte de l'audience électorale de ces dernières, laquelle est mesurée tous les quatre ans. Les organisations professionnelles doivent déposer des listes composées alternativement de candidats de sexe différent pour assurer la parité entre les femmes et les hommes.

Les sections du conseil de prud'hommes

Les affaires sont réparties, en fonction de l'activité de l'entreprise, entre différentes sections : agriculture, industrie et commerce. Une section fourre-tout, appelée « activité diverse », juge notamment les litiges des salariés des associations et des professions libérales. Enfin, la section de l'encadrement est réservée aux cadres de toutes les branches d'activité. Dans certains conseils traitant un grand nombre d'affaires, les sections sont divisées en chambres, dont l'une d'elles s'occupe des contestations des licenciements économiques.

Si l'attribution d'une affaire à une section suscite une contestation de l'une des parties, le président du conseil devra trancher après avoir consulté le vice-président. Cette contestation doit être impérativement soulevée devant le bureau de conciliation et d'orientation, afin d'éviter que le défendeur ne puisse s'en servir pour ralentir la procédure (C. trav., art. R1423-7). L'ordonnance de désignation de la section est non susceptible de recours.

Le statut des conseillers prud'homaux

Les conseillers prud'homaux prêtent serment devant le tribunal judiciaire de remplir leurs fonctions avec « zèle et intégrité et de garder le secret des délibérations ». Leur qualité de magistrat les soumet à un devoir de réserve.

Le conseiller prud'homal qui manque à ses devoirs et à son serment peut être sanctionné. La loi Macron, qui a accru leurs obligations déontologiques, a créé une commission nationale de discipline pour les conseillers prud'homaux qui manqueraient aux devoirs de leur charge. Celle-ci

peut prononcer une déchéance du mandat assortie d'une interdiction temporaire d'exercice de dix ans. Le refus de remplir ses fonctions ou un changement de qualité (un salarié devenant employeur, par exemple) entraîne une démission d'office. Certains conseillers prud'homaux de la catégorie « employeurs » sont des cadres (donc des salariés) disposant d'une délégation de pouvoir les assimilant à un employeur.

Afin que les conseillers puissent assurer leurs fonctions, leurs employeurs sont tenus de leur laisser le temps nécessaire. Celui-ci est assimilé à du temps de travail. Le salaire est payé en totalité par l'employeur et ensuite remboursé par l'État. Les conseillers qui ne sont pas salariés perçoivent une vacation de 8,40 euros de l'heure, qui est doublée pour les employeurs lorsque l'activité est exercée entre 8 heures et 18 heures.

Des formations leur sont dispensées, notamment par leurs syndicats qui reçoivent à cet effet des subsides de l'État. Les conseillers prud'homaux bénéficient de cinq jours de formation initiale obligatoire et de six semaines de formation continue – 6 jours par semaine, soit 36 jours au total – par mandat (C. trav., art. L1442-2). Ils

peuvent les fractionner dans une limite de deux semaines par an. Cette absence ne doit pas être comptabilisée avec les autres droits à congé formation dont ils disposent. Le conseiller prud'homal qui ne suit pas la formation initiale est réputé démissionnaire (C. trav., art. L1442-1). Les conseillers prud'homaux bénéficient de la même protection contre le licenciement que les représentants du personnel. Par conséquent, l'autorisation de l'inspecteur du travail se révèle impérative pour entériner leur licenciement.

La récusation d'un conseiller prud'homal

Il peut arriver qu'un conseiller prud'homal connaisse l'une des parties à un procès qu'il doit juger. Toutefois, le Code du travail n'impose son remplacement (sa « récusation » dans le jargon juridique) que dans un nombre de cas très réduit :

- Lorsqu'il a un intérêt dans l'affaire (l'appartenance à une organisation syndicale n'entre pas dans ce cas de figure) ;
- S'il est parent avec l'une des parties jusqu'au degré de cousin germain ;

- S’il est salarié ou employeur de l’une des parties au litige ;
- S’il a donné un avis écrit dans l’affaire ;
- S’il a été en procès avec les parties au cours de la dernière année.

Si le conseiller ne se récuse pas spontanément, l’une des parties peut demander que cela soit fait avant la fin des plaidoiries. Cette requête doit conduire le conseil de prud’hommes à suspendre l’instance.

Toutefois, certains conseillers n’hésitent pas à s’autorécuser spontanément, pour des raisons éthiques. Le droit à un procès équitable est garanti par l’article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme. Or, la connaissance du juge par l’une des parties est de nature à faire douter de l’impartialité du tribunal. En invoquant ce texte, un employeur a par exemple obtenu la récusation d’un conseiller prud’homal signataire d’un tract de soutien au salarié ou, dans une autre affaire, celle d’un conseiller dont la nièce vivait avec le demandeur.

La procédure devant le conseil de prud'hommes

La saisine du conseil de prud'hommes qui était très simple est devenue un peu plus compliquée. Désormais, le demandeur doit justifier au moins sommairement de ses demandes et communiquer des pièces dès la saisine. Cette modification a entraîné une baisse du nombre des affaires. Le délai de traitement des dossiers varie fortement d'un conseil à l'autre.

Les employeurs et les salariés peuvent recourir à des modes « alternatifs de règlement des litiges » : la médiation conventionnelle et la convention de procédure participative. Cette dernière prévoit un certain délai pendant lequel les parties s'abstiennent de saisir la justice afin de rechercher une solution amiable. La médiation, quant à elle, fait appel à un tiers qui doit tenter d'amener les parties à résoudre amiablement le litige.

Déterminer le conseil géographiquement compétent

Le conseil de prud'hommes a une zone géographique de compétence appelée un ressort. Il existe au moins un conseil de prud'hommes par département. Lorsqu'il en existe plusieurs, il faut rechercher celui qui est compétent (vous pouvez consulter la carte judiciaire des conseils de prud'hommes à l'adresse http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/dessin_carte_prud.pdf). Lorsque le salarié travaille dans un établissement de l'entreprise, le conseil compétent est celui auquel est rattachée la commune sur laquelle est implanté cet établissement. Si le travail est accompli en dehors d'un établissement, le conseil compétent sera celui du domicile du salarié. Ce dernier a également la possibilité de choisir le conseil du lieu de signature du contrat de travail ou celui du siège social de l'employeur.

Étant donné le nombre peu important de salariés du secteur agricole, s'il existe plusieurs conseils de prud'hommes dans le ressort d'un tribunal judiciaire, seul celui de la ville accueillant le TJ comprend une section agriculture.

Si le conseil saisi n'est pas géographiquement compétent, le défendeur peut demander le renvoi de l'affaire devant celui qui est compétent. Dans le

jargon juridique, cette demande s'appelle une exception d'incompétence. Pour soutenir sa demande lors de l'audience, le défendeur devient le demandeur à cette exception et prend la parole en premier. Fort logiquement, le demandeur au procès, qui devient le défendeur à l'exception, la prend en dernier. Le conseil devra ensuite rendre un jugement sur sa compétence (à noter qu'il peut simultanément se prononcer sur le fond). Si l'exception est fondée, l'affaire sera renvoyée devant le conseil compétent. L'exception d'incompétence n'a pas à être soulevée dès la conciliation, mais avant d'argumenter sur le fond du litige devant le bureau de jugement. La voie de recours pour contester une décision d'incompétence est le contredit et non l'appel (qui s'exerce selon des modalités différentes).

La saisine du conseil de prud'hommes

Le salarié est presque toujours à l'origine de la saisine, notamment suite à un licenciement. Mais celle-ci peut également intervenir avant la rupture du contrat, par exemple pour contester un avertissement, demander le paiement de salaires ou

la rupture du contrat aux torts de l'employeur (voir chapitre 14). Ce dernier peut saisir les prud'hommes si le salarié ne respecte pas, par exemple, sa clause de non-concurrence. Il peut aussi le faire pour demander la restitution du matériel détenu par le salarié ou pour engager la responsabilité de celui-ci en cas de faute lourde.

Le conseil de prud'hommes est saisi, par l'envoi en recommandé ou par dépôt au greffe, d'une requête (en autant d'exemplaires qu'il y a de parties). Un formulaire est tenu à la disposition des justiciables au greffe. Une fois rempli, celui-ci peut constituer cette requête. Dans cette dernière sont notamment mentionnés l'identité du demandeur et du défendeur, la nature et le montant des demandes ainsi qu'un exposé sommaire des motifs. La requête doit être signée par le demandeur ou son représentant et accompagnée d'un exemplaire des pièces. Dès réception de la demande, le greffe inscrit l'affaire au rôle général et lui attribue un numéro. Il adresse ensuite une convocation à une audience du bureau de conciliation et d'orientation au demandeur par tout moyen, notamment par courrier électronique si celui-ci l'a accepté. Il convoque le défendeur par lettre recommandée

avec avis de réception en lui adressant une copie de la requête. La convocation envoyée au demandeur l'invite à adresser ses pièces au défendeur. La convocation adressée au défendeur invite également celui-ci à adresser ses pièces au greffe et au demandeur. En pratique, cette communication est souvent sommaire ou inexistante puisque le demandeur n'a pas forcément donné lui-même tous ses éléments. La loi ne fixe pas de délai minimum entre la convocation et l'audience de conciliation, laquelle peut avoir lieu – dans les conseils très encombrés – plusieurs mois après la saisine. Celle-ci interrompt la prescription et fait courir les intérêts légaux sur les demandes liées à l'exécution du contrat de travail (rappel de salaires, indemnité de préavis, congés payés, indemnité de licenciement). En revanche, les intérêts pour les dommages-intérêts courent à partir du prononcé du jugement.

La comparution personnelle des parties n'est plus obligatoire

Depuis 2016, la comparution personnelle des parties n'est plus obligatoire même si elle est

appréciée des conseillers prud'homaux. Les parties peuvent donc se faire représenter, le bureau de conciliation et d'orientation ne pouvant exiger leur présence. Lorsque les parties sont présentes, elles peuvent être assistées. Les sociétés sont représentées par leur représentant légal (gérant, directeur général ou président). Celui-ci doit se munir de sa pièce d'identité et d'un extrait Kbis datant de moins de trois mois.

L'assistance et la représentation des parties

La représentation (ou l'assistance) en justice permet à une tierce personne de prendre la parole au nom d'une partie pour assurer sa défense. La partie absente est dite représentée, celle présente est dite assistée. Avantage de l'assistance : la partie présente pourra répondre aux éventuelles questions des conseillers.

Les personnes pouvant assister ou représenter l'employeur ou le salarié sont : les avocats, les défenseurs syndicaux salariés ou employeurs, les salariés ou employeurs appartenant à la même branche d'activité, les conjoints, les concubins ou

les partenaires d'un Pacs. L'employeur peut également donner un pouvoir (écrit) à un salarié de l'entreprise afin qu'il le représente. En revanche, un représentant du personnel ne peut pas représenter un salarié. De même, l'expert-comptable ne peut pas représenter une entreprise cliente. Le représentant doit pouvoir justifier d'un pouvoir spécial, à l'exception de l'avocat qui n'a pas à en justifier.

Désigné par les organisations syndicales, le défenseur syndical en charge de représenter les parties devant la justice jouit d'un véritable statut avec des autorisations d'absence. Il est soumis au secret professionnel et bénéficie de la protection des salariés protégés contre le licenciement. Depuis 2016, il est inscrit sur une liste régionale établie par le préfet de région. Il exerce ses fonctions à titre gratuit mais bénéficie d'une indemnité de déplacement.

La remise en cause du principe de l'unicité de l'instance

La procédure prud'homale a été marquée pendant de nombreuses années par le principe de l'unicité de l'instance. Le demandeur devait regrouper l'ensemble de ses demandes dans une même affaire (une instance unique), dès lors qu'il pouvait en avoir connaissance lors de la saisine de la juridiction. Cela l'empêchait de fractionner ses demandes en plusieurs instances d'un montant inférieur à 5000 euros, montant en dessous duquel l'appel est impossible. Cette règle a été supprimée pour toutes les instances introduites à compter du 1er août 2016 (mais elle reste applicable à toutes les instances prud'homales intentées avant cette date). Désormais, une partie qui oublie de former une demande doit intenter une nouvelle action. Autre particularité des prud'hommes, le demandeur pouvait former de nouvelles demandes à tout moment, y compris en appel. Ce n'est plus possible.

L'audience de conciliation et d'orientation

La conciliation est un préalable obligatoire au procès. Le Code du travail prévoit le règlement des affaires par conciliation ou, si celle-ci échoue, par jugement. Au XIXe siècle, lorsque cette juridiction a

été créée par Napoléon, la plupart des affaires étaient réglées par une conciliation. Aujourd'hui, elle pourrait s'appeler l'audience de non-conciliation. Elle n'est qu'une tentative de règlement à l'amiable qui, la plupart du temps, ne réussit pas. Toutefois, compte tenu désormais de l'obligation de motiver et de communiquer des pièces dès la saisine, si le demandeur réussit à démontrer le bien-fondé de ses demandes (ou le risque que celles-ci représentent) à l'employeur, celui-ci pourra réaliser l'intérêt de mettre fin rapidement à la procédure et d'éviter ainsi une probable condamnation. Le bureau de conciliation et d'orientation (BCO) peut décider librement d'entendre chacune des parties séparément et confidentiellement. Seuls y participent – à huis clos – les parties, leurs conseils et deux conseillers prud'homaux (toujours un employeur et un salarié) assistés d'un greffier.

L'absence du demandeur

L'absence du demandeur non représenté, sans justification en temps utile d'un motif légitime, offre trois possibilités au bureau de conciliation et d'orientation. En premier lieu, l'affaire peut être

renvoyée à une audience du bureau de jugement. Deuxième solution, le BCO peut juger l'affaire en vertu de l'article L1454-1-3 du Code du travail, à condition que le défendeur le demande et qu'il ait communiqué ses pièces et moyens au demandeur non comparant. Mais cela ne se produit jamais en pratique. Troisième possibilité, le BCO peut prononcer la caducité de la requête ou de la citation. Toutefois, l'affaire pourra être renvoyée à une nouvelle audience de conciliation et d'orientation, si l'absence du demandeur est la conséquence d'un « cas fortuit ». En pratique, le demandeur doit invoquer dans un délai de quinze jours un motif légitime pour justifier son absence.

L'absence du défendeur

Si le défendeur ne comparaît pas en personne ou ne dépêche pas un représentant, aucune conciliation n'est bien sûr possible. Si le défendeur n'a pas reçu la convocation, l'affaire sera renvoyée à une nouvelle audience. Le demandeur devra alors le convoquer par huissier. Ces frais seront compris dans les dépens à la charge de la partie condamnée à les payer. En revanche, si le défendeur a bien reçu la lettre recommandée, l'affaire peut être jugée (C.

trav., art. L1454-1-3). Le BCO statue alors en tant que bureau de jugement en composition restreinte. Pour statuer, il est nécessaire que le demandeur ait communiqué toutes ses pièces et son argumentation à la partie adverse. À défaut, l'affaire peut être renvoyée en bureau de jugement afin d'assurer le respect du principe du débat contradictoire.

Le déroulement de l'audience

Très souvent, l'audience commence par des questions d'usage, posées au salarié :

- Le code APE ;
- La date d'entrée dans l'entreprise ;
- Le contrat de travail écrit ou oral ;
- Le poste occupé par le salarié ;
- Le dernier jour travaillé ;
- Le dernier salaire ;
- La convention collective applicable à l'employeur ;
- L'effectif de l'entreprise (supérieur à dix salariés).

Si l'employeur conteste les réponses données par le salarié, il a intérêt à le faire savoir, car celles-ci sont inscrites au dossier. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, les éléments contestés seront tranchés par le bureau de jugement au vu des pièces et des explications produites par les parties. La copie de la lettre de licenciement est également souvent demandée pour être classée au dossier.

Il est demandé aux parties s'il est possible de concilier en cherchant à comprendre les grandes lignes de l'affaire. La conciliation peut porter sur certaines demandes, les autres seront tranchées par le bureau de jugement. Depuis la loi Macron de 2015, le bureau peut proposer aux parties de mettre un terme au litige *via* un accord prévoyant le versement par l'employeur d'une indemnité forfaitaire déterminée en fonction de l'ancienneté du salarié (C. trav., art. L1235-1). Ce barème n'a toutefois plus beaucoup d'intérêt compte tenu du plafonnement des indemnités prud'homales évoqué au chapitre 15. Dans la plupart des cas, les parties ne concilient pas. Le bureau de conciliation et d'orientation assure alors la mise en état de l'affaire, en fixant des dates de communication de

pièces et d'écritures aux parties. Il peut renvoyer ces dernières devant le bureau de jugement en fixant une date de plaidoirie ou bien renvoyer à une nouvelle audience de conciliation et d'orientation afin de vérifier la communication des pièces et des moyens. En cas de non-respect de ce calendrier, il peut radier l'affaire ou la renvoyer à la première date utile du bureau de jugement. Lors de ces audiences de mise en état, les parties doivent être présentes ou représentées sauf si le BCO les en dispense. Ce dernier peut préciser une date à laquelle l'instruction sera close. À compter de celle-ci, les parties ne pourront plus s'échanger de pièces ou d'écritures sauf pour une raison grave. En pratique, ces règles ne sont pas toujours appliquées.

Le greffier fait émarger les parties pour éviter d'avoir à leur adresser une convocation. Il leur remet un bulletin rappelant ces dates.

Le bureau de conciliation et d'orientation peut décider, si toutes les parties en sont d'accord, de renvoyer l'affaire devant une formation restreinte composée de deux conseillers prud'homaux et non plus de quatre. Ces juges entendront l'affaire dans un délai de trois mois. En pratique, il faudra que les

parties soient en état, c'est-à-dire qu'elles aient échangé leurs pièces et conclusions. Pour faire l'objet de ce renvoi, l'affaire doit porter sur un licenciement ou une demande de résiliation judiciaire.

Lorsque les conciliateurs se transforment en juges

En l'absence de l'une ou l'autre des parties, le bureau de conciliation et d'orientation peut entendre l'affaire sur le fond en l'état des communications des pièces et des moyens. Cette disposition est étonnante, mais elle vise à sanctionner la partie (très probablement l'employeur) qui ne comparaîtrait pas à cette audience. Cela suppose toutefois que les demandes, les pièces et les moyens de la partie présente lui aient été communiqués. Le salarié peut aussi demander au bureau de conciliation et d'orientation de condamner son employeur à lui délivrer l'attestation Pôle emploi, les bulletins de salaire ou le certificat de travail. Le versement de provisions sur les salaires, des congés payés, de l'indemnité de préavis et de licenciement peut également être ordonné. Le salarié doit avertir l'employeur de ses demandes provisionnelles et, éventuellement, lui communiquer des pièces. L'absence d'information à l'employeur permettra à celui-ci de s'opposer à cette demande. Ces condamnations supposent, comme en matière de référé, l'absence de contestations sérieuses. Leur montant est limité à six mois de salaires sur la base des trois derniers mois perçus. Le bureau de conciliation et d'orientation peut décider de mesures d'instruction ou de la conservation des preuves. L'ensemble de ses pouvoirs en fait une véritable juridiction. La décision du BCO pourra être

remise en cause devant le bureau de jugement ou par la voix d'un appel-nullité s'il a excédé ses pouvoirs.

La désignation d'un conseiller rapporteur

Deux conseillers, chargés de réunir des éléments permettant au bureau de jugement de trancher le litige, peuvent être désignés. Ils ont la possibilité d'auditionner des parties ou des témoins. Ils peuvent mettre en demeure les parties de remettre des pièces ou prendre des mesures pour assurer la conservation des preuves. Mais cette désignation est assez rare en pratique.

Lorsque les parties concilient

La conciliation intervient souvent en raison du faible montant de la demande. Le greffier prépare alors un procès-verbal reprenant l'accord intervenu et le fait signer aux parties. L'accord peut être exécuté lors de l'audience par la remise d'un chèque. Toutefois, le procès-verbal prévoit souvent un délai pour permettre son exécution, notamment si des bulletins de paie ou une attestation Pôle emploi doivent être établis. Le procès-verbal formalisant un accord, il n'est pas susceptible de

recours. En revanche, il peut être annulé s'il ne contient pas de réelles concessions de l'employeur (à moins que le salarié ait été informé de ses droits).

Les parties peuvent toujours se mettre d'accord, en dehors de l'audience de conciliation, au moyen d'une transaction. Pour de plus amples explications, reportez-vous au chapitre 18 consacré à la transaction.

En matière de licenciement économique

Lorsque le litige porte sur la contestation d'un licenciement économique (voir chapitre 16), l'audience de conciliation et d'orientation doit avoir lieu dans le mois qui suit la saisine du conseil. Si la section concernée par le contentieux compte plusieurs chambres, l'une d'entre elles est parfois désignée pour le traitement des licenciements économiques. En cas de licenciement économique collectif, l'employeur doit – dans les huit jours suivant la réception de la convocation – adresser au conseil les informations sur le projet fournies aux représentants du personnel et à la direction du

Travail. Le non-respect de cette obligation permet aux salariés de demander le paiement de dommages-intérêts.

Éviter la case « conciliation »

Le bureau de jugement peut être saisi directement, sans passer par la case « conciliation », notamment :

- Lorsque l'entreprise est en redressement ou en liquidation judiciaire (C. com., art. L625-5) ;
- Lorsque la demande porte sur la requalification d'un contrat précaire en contrat à durée indéterminée. Le bureau de jugement doit alors statuer dans le délai de un mois suivant la saisine du conseil. Mais ce délai est loin d'être toujours respecté ;
- Lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de son employeur. Le bureau de jugement doit statuer dans un délai de un mois suivant sa saisine (C. trav., art. L1451-1) ;
- Lorsqu'un salarié conteste le refus de son employeur de lui octroyer certains congés

(création d'entreprise, congé sabbatique). Le bureau de jugement devra statuer selon la procédure accélérée au fond.

La communication des pièces et des moyens

La procédure est orale et les parties n'ont pas traditionnellement l'obligation de remettre au juge un écrit explicatif pour fonder leurs prétentions. Toutefois, il n'est pas interdit de le faire, ce qui permettra au juge de s'y référer au moment du délibéré, pour se remémorer l'affaire. Par ailleurs, lorsque chacune des parties fait appel à un avocat, celui-ci doit établir par écrit des conclusions qui récapitulent les demandes de son client en exposant les faits et arguments juridiques. Ce document doit également comprendre un bordereau listant l'ensemble des pièces communiquées. Le conseil de prud'hommes statue seulement sur les demandes inscrites dans ce document (C. trav., art. R1453-5). Si certaines parties n'ont pas d'avocat, les anciennes règles de procédure s'appliquent.

Le Code de procédure civile impose aux parties d'énoncer les faits à l'origine de leurs demandes et de les prouver, les juges n'ayant pas à les croire sur parole (art. 6 et 9 du code précité). C'est au demandeur, qui est à l'initiative du procès, de le faire en premier (art. 53). Tant qu'il ne le fait pas, ses demandes sont irrecevables (pour mémoire, lors de la conciliation, des dates sont fixées afin que les parties se communiquent leurs pièces et moyens).

Chaque partie a l'obligation de communiquer spontanément à l'autre les pièces sur lesquelles elle fonde sa demande. Le juge ne peut pas tenir compte de pièces qui n'ont pas été transmises à l'autre partie (même si celle-ci en a nécessairement eu connaissance ou en est l'auteur) et doit donc les écarter. L'obligation de communication porte également sur les moyens, c'est-à-dire les arguments de fait et de droit. L'oralité de la procédure prud'homale ne dispensant pas les parties de cette obligation, la communication des moyens doit intervenir en temps utile, et la meilleure solution pour transmettre des explications à son adversaire demeure donc l'écrit.

De nombreuses personnes estiment que l'oralité de la procédure dispense de communiquer une argumentation. Or, si la simplicité de certaines affaires permet par exemple de comprendre qu'une pièce vient contredire le motif d'un licenciement, il n'en va pas de même quand l'affaire est plus complexe. Une démonstration peut ainsi nécessiter d'expliciter le lien existant entre de multiples pièces. Dans ce cas, des explications écrites seront indispensables.

Le demandeur a intérêt à respecter la date de communication fixée lors de l'audience de conciliation et d'orientation. Son non-respect conduira le défendeur à ne pas pouvoir lui-même respecter la sienne. De fait, une communication tardive laissera peu de temps au demandeur pour répondre éventuellement au défendeur, ou bien le contraindra à solliciter un renvoi (qui n'est pas automatiquement accordé). Si des pièces sont en langue étrangère, elles devront être traduites en français.

Le salarié peut communiquer des informations ou des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exécution de son contrat de travail. En revanche, bien que pouvoir se défendre en

justice fait partie des droits de l'homme, un employeur ne peut pas, par exemple, communiquer la photo d'une salariée nue (publiée par celle-ci sur Internet) sans rapport avec le litige.

Lorsqu'une partie souhaite communiquer une pièce détenue par l'autre, elle peut lui adresser une injonction de communication, en indiquant qu'elle incitera le juge à tirer les conséquences d'un éventuel refus. Il est également possible de demander au juge de délivrer une injonction à la partie adverse, voire même à un tiers détenant la pièce désirée.

S'il existe un risque de destruction de preuves (par exemple, des courriels adressés tardivement et établissant l'existence d'heures supplémentaires), une partie peut demander l'autorisation au président du tribunal judiciaire de faire réaliser un constat à l'improviste par un huissier de justice (l'officier ministériel étant, dans ce cas, accompagné par un informaticien). Si la partie adverse refuse, l'huissier pourra revenir avec les gendarmes ou la police.

L'audience devant le bureau de jugement

Le président ouvre la séance et demande au greffier de procéder à l'appel des causes, ce qui consiste à vérifier la présence des parties dans chacune des affaires (celles-ci sont inscrites sur une liste affichée à l'extérieur de la salle). Si les deux parties sont prêtes, l'affaire est retenue pour être plaidée. Si l'une d'entre elles sollicite un renvoi à une nouvelle audience, le conseil n'est pas obligé d'y donner suite (même si l'autre partie ne s'y oppose pas). Une telle demande est, la plupart du temps, motivée par la volonté de répondre à la communication de nouvelles écritures et de nouvelles pièces. Normalement, la procédure de mise en état vise à éviter les demandes de renvoi mais, en pratique, celles-ci sont encore très fréquentes. Le conseil décide sur le champ ou se retire pour délibérer (il revient quelques minutes plus tard pour annoncer si l'affaire est renvoyée ou retenue). Il peut également décider de radier l'affaire, ce qui constitue une sanction à l'encontre de la partie qui n'a pas fait son travail. Cela obligera le demandeur à écrire au conseil pour solliciter le rétablissement de l'affaire ; une convocation à une nouvelle audience sera alors adressée aux parties.

Si le demandeur a communiqué ses pièces et son argumentation quelques jours avant l'audience, le défendeur doit avoir le temps de répondre. En revanche, s'il s'agit d'éléments fournis par le demandeur en réponse au défendeur, le conseil appréciera. Par exemple, si le salarié communique au dernier moment ses relevés Pôle emploi, démontrant qu'il est encore inscrit au chômage, le renvoi n'a aucun intérêt. Cependant, si les pièces ou les conclusions contenant de nouvelles demandes imposent une recherche (documents ou témoignages), un renvoi de l'affaire pourra se révéler nécessaire. Aucune règle ne s'impose au juge en ce qui concerne l'accord ou le refus du renvoi. Le magistrat doit simplement veiller au respect du débat contradictoire et à la communication de l'argumentation ainsi que des pièces en temps utile. Il doit notamment s'assurer que le défendeur ne cherche pas à faire traîner les choses.

En cas d'absence des parties

Le conseil de prud'hommes n'a aucune obligation de tenir compte des courriers ou des télécopies, adressés par les parties ou leurs conseils,

demandant un renvoi. La procédure étant orale (ce qui implique de former cette demande oralement lors de l'audience), la présence des parties est indispensable.

En l'absence du demandeur non représenté, le conseil peut renvoyer l'affaire, prononcer sa radiation ou la caducité de la citation. Cette dernière mesure impose au demandeur de communiquer le motif légitime de son absence, en vue d'une convocation éventuelle à une nouvelle audience. Le défendeur peut demander à plaider en l'absence du demandeur pour qu'un jugement soit rendu. Toutefois, cette solution n'est quasiment jamais retenue.

En l'absence du défendeur non représenté, l'affaire peut être renvoyée ou entendue sur les seuls éléments communiqués par le demandeur. Cela n'implique pas une condamnation automatique dans les termes de la demande. Le juge doit en effet vérifier la recevabilité et le bien-fondé des demandes avant d'y faire droit.

Les plaidoiries

Le président dirige les débats en donnant la parole au demandeur puis au défendeur. Si les explications

de l'une des parties sont trop longues, il peut estimer le conseil suffisamment éclairé et y mettre fin. Très souvent, des questions sont posées aux parties par les conseillers. Le président clôt les débats et précise la date à laquelle le jugement sera prononcé. Les parties doivent émarger le dossier, reconnaissant ainsi en avoir été informées. La clôture des débats interdit toute nouvelle communication d'éléments au juge. Toutefois, sur un point particulier paraissant obscur au conseil, le président peut exceptionnellement autoriser l'une ou l'autre des parties à communiquer des pièces ou des arguments par l'intermédiaire d'une note en délibéré. Cette dernière doit être communiquée à l'autre partie pour lui permettre d'y répondre.

Le jugement mis en délibéré est en principe prononcé un à deux mois plus tard. Dans certains conseils, la décision est rendue le jour même en audience publique. Toutefois, cela ne signifie pas que les parties recevront rapidement le jugement (en vue de son exécution). Il faut en effet que celui-ci soit frappé par le greffier puis signé par le président.

Le jugement rappelle la procédure, les faits, l'argumentaire des parties puis les motifs retenus

par le conseil. Enfin, il précise le dispositif (qui commence toujours par la formule « par ces motifs »), c'est-à-dire les condamnations. Il faut toujours vérifier que les montants mentionnés dans le dispositif correspondent à ceux retenus dans les motifs et qu'aucune erreur n'a été commise.

Le prononcé et l'effet du jugement

Le jugement est théoriquement rendu à la date indiquée lors de l'audience. Il est mis à la disposition des parties au greffe, mais il est rarement lu publiquement. Si le greffier a trop de travail, le délibéré peut être prorogé. Le jugement est ensuite notifié aux parties par lettre recommandée avec avis de réception. Si l'une des parties n'a pas reçu la notification du jugement, le greffe en informera son adversaire afin qu'il fasse signifier la décision par huissier de justice. La notification du jugement fait courir le délai d'appel.

La lenteur de la justice

La lenteur de la justice a de multiples causes. Par exemple, les parties ne sont pas toujours diligentes pour transmettre les éléments de preuve à leurs avocats, lesquels ne font pas tous leur travail avec célérité. Dans certains conseils, les parties sont convoquées en audience de conciliation et d'orientation plusieurs mois après la saisine. Les affaires sont ensuite renvoyées devant le bureau de jugement dans un délai de 4 à 18 mois. Lorsqu'une partie fait appel, l'attente est de six mois dans le meilleur des cas et souvent de un an environ (quand ce n'est pas un an et demi).

Le juge des référés, juge de l'évidence et de l'urgence

Le juge des référés statue plus rapidement que le bureau de jugement (ou « juge du fond ») en raison de l'absence de conciliation, mais surtout parce que les greffes proposent des dates proches étant donné qu'il s'agit d'une procédure d'urgence. La contrepartie de cette rapidité réside dans la limitation de ses pouvoirs. Contrairement au bureau de jugement, le juge des référés ne peut pas

trancher toutes les contestations. Il peut par exemple :

- Ordonner la remise de documents sociaux (bulletin de salaire, certificat de travail, attestation Pôle emploi) ;
- Condamner à titre provisionnel au paiement de salaires, de l'indemnité de licenciement ou de préavis ;
- Prendre toutes les mesures provisoires conservatoires, rendues nécessaires par l'existence du différend (mais sans le trancher). Ainsi, le juge des référés peut ordonner, sous astreinte, à un ancien salarié de cesser des actes de concurrence ou à un employeur de réintégrer un représentant du personnel licencié sans autorisation de l'inspecteur du travail.

Ses pouvoirs se heurtent à l'existence d'une contestation sérieuse (sauf pour les mesures conservatoires de remise en état). Cette notion, qui peut paraître abstraite, suppose l'absence de doute sur le bien-fondé de la demande. En revanche, s'il en existe un, fût-il minime, le juge des référés est incompétent. La loi impose par exemple la remise

d'une attestation Pôle emploi à un salarié quittant son emploi. Cette obligation ne soulève aucun débat si le salarié présente une lettre de licenciement au juge des référés. En revanche, il existera une contestation sérieuse à la remise d'un certificat de travail à une personne qui prétend avoir travaillé au noir sans bulletins de salaire. En effet, la preuve de l'existence de ce contrat, et donc de sa rupture, doit être rapportée. L'obligation de remise de l'attestation Pôle emploi se heurte donc à une contestation sérieuse et le juge des référés ne peut pas – en principe – accorder de dommages-intérêts pour licenciement abusif.

La saisine et la décision du juge des référés

Le juge des référés peut être saisi dans les mêmes formes que le bureau de conciliation et d'orientation, par une déclaration au greffe ou par lettre recommandée. Un moyen plus rapide consiste à demander une date au greffe et à assigner le défendeur à cette date. Ce mode est plus utilisé par les professionnels que par les particuliers. Il permet d'obtenir une audience une ou deux semaines après la délivrance de l'assignation au défendeur. Celle-ci

doit être remise au greffe avant l'audience et, en principe, au plus tard la veille. Si le juge des référés considère que la demande excède ses pouvoirs, il peut, avec l'accord des parties, renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement. L'affaire est entendue lors de l'audience et le juge des référés peut décider de faire droit à la demande du requérant (un salarié la plupart du temps) ou dire qu'il n'y a lieu a référé. Dans ce cas, le demandeur doit saisir le conseil de prud'hommes au fond. Le juge peut également proposer aux parties de renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement.

Faire appel d'une décision prud'homale

La partie insatisfaite d'une décision prud'homale peut en faire appel, si les demandes – hors intérêts – de retard dépassent 5000 euros (ce montant s'appelle le taux du ressort). L'appel est également possible si l'une des demandes est indéterminée et porte, par exemple, sur l'application d'une convention collective ou sur l'annulation de sanctions disciplinaires. Le délai est de un mois pour un jugement et de 15 jours pour une ordonnance de référé. Le point de départ est la

notification de la décision. L'appel s'exerce par une déclaration au greffe de la cour d'appel ou par une lettre recommandée. Le téléphone ou la télécopie sont irrecevables. La partie qui fait appel est l'appelant, l'autre l'intimé.

L'appel du jugement a pour effet de suspendre l'exécution de la décision de justice. Cela signifie que la partie condamnée à payer devra le faire seulement si la cour d'appel confirme le jugement de première instance. Le juge peut toutefois assortir sa décision de l'exécution provisoire et le paiement des condamnations ne sera donc pas suspendu par l'appel.

Les salaires et les somme de cette nature, comme l'indemnité de préavis et de congés payés ainsi que l'indemnité de licenciement, sont exécutoires de droit dans la limite de 9 mois de salaire. Cela signifie donc qu'elle doivent être payées au salarié même si la décision est frappée d'appel.

La déclaration d'appel doit contenir des informations précises sur l'identité des parties (prévues par l'article 57 du Code de procédure civile). Elle doit également mentionner les éléments du jugement dont il est fait appel (en pratique, le passage – aussi appelé « le

dispositif » – indiquant les condamnations à la fin du jugement). L'appel peut être limité à certains dispositifs du jugement.

Un salarié est par exemple débouté d'une demande de dommages-intérêts pour licenciement abusif, mais obtient le paiement d'heures supplémentaires. Il peut par conséquent limiter son appel au dispositif du jugement le déboutant de sa demande de dommages-intérêts. Toutefois, son appel permettra à l'employeur de remettre en cause le jugement dans sa totalité ! Le jugement doit être joint à la déclaration d'appel.

Les parties doivent obligatoirement être représentées par un avocat ou un défenseur syndical pour faire appel, car eux-seuls peuvent adresser une déclaration d'appel à la Cour. La procédure d'appel est plus complexe et l'ensemble des règles prévues par le Code de procédure civile s'applique. L'appelant doit, à peine de caducité de sa déclaration d'appel, conclure dans les trois mois. L'intimé dispose alors d'un délai de trois mois pour répliquer à ces conclusions. Lorsqu'ils appartiennent au ressort de la même Cour d'appel, les avocats doivent s'échanger écritures et pièces *via* le RPVA (un système de messagerie entre

avocats et juridiction). Ils doivent également communiquer par ce biais avec le greffe. Les avocats qui appartiennent à un barreau relevant d'une autre cour d'appel peuvent aussi communiquer avec le greffe par ce système. Les défenseurs syndicaux, qui n'ont pas accès au RPVA, et les avocats peuvent s'échanger écritures et pièces par lettre recommandée ou par exploit d'huissier.

L'exécution d'une décision de justice

Le tout n'est pas d'obtenir un jugement, il faut ensuite obtenir le règlement des condamnations. Lorsque, après plusieurs relances écrites, le règlement n'est pas intervenu, le recours à un huissier de justice paraît incontournable. Toutefois, cela présente plusieurs inconvénients. En premier lieu, cela prend du temps car les sommes saisies restent bloquées pendant un mois. De plus, certains frais d'huissier ne sont pas à la charge du débiteur, le créancier devant par exemple payer un droit proportionnel sur le montant saisi. Par ailleurs, certaines sommes, notamment les dommages-

intérêts, ne peuvent être exécutées qu'à l'issue de l'expiration du délai d'appel.

L'exercice de cette voie de recours produit un effet suspensif. Toutefois, en matière prud'homale, les sommes dues à titre de salaires et indemnité de licenciement sont exécutoires, même si l'autre partie fait appel.

Le pourvoi en cassation

La Cour de cassation n'est pas une cour d'appel bis, ni un troisième degré de juridiction. Son rôle consiste à contrôler l'application de la loi, la cohérence de la motivation ainsi que l'absence de vice de procédure. Le pourvoi en cassation doit être formé dans les deux mois qui suivent la notification de l'arrêt d'appel. Depuis 2004, il doit obligatoirement être formé par un avocat au conseil. C'est une profession différente de celle d'avocat, qui dispose du monopole de la représentation des justiciables devant la Cour de cassation et le Conseil d'État. Ce professionnel se chargera de faire le nécessaire auprès du greffe. Le pourvoi en cassation ne suspend pas le paiement des condamnations décidées dans l'arrêt d'appel.

La Cour de cassation prend pour seule décision de rejeter le pourvoi ou de casser l'arrêt d'appel. Dans ce cas, l'affaire est renvoyée devant une autre cour d'appel afin qu'elle soit rejugée dans le sens de la décision rendue par la Cour de cassation.

Selon la question posée à la Haute Juridiction, celle-ci peut exercer un contrôle plus ou moins étendu sur la décision. Elle peut décider que tel ou tel comportement constitue ou non une faute grave, ou s'en remettre à l'appréciation des juges du fond de la cour d'appel ou du conseil de prud'hommes. Dans ce cas, elle contrôle uniquement la motivation retenue ou l'existence éventuelle d'une erreur manifeste de qualification (Cass. soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 13-11696).

Désormais, le conseil de prud'hommes pourra demander un avis à la Cour de cassation sur une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse ou sur l'interprétation d'un accord collectif se posant dans de nombreux litiges (C. org. jud., art. L441-1). C'est sans doute l'innovation la plus intéressante de la loi Macron de 2015. Celle-ci évitera les délais d'appel et de pourvoi en cassation qui étaient auparavant nécessaires pour connaître

l’interprétation de la chambre sociale sur un point de droit intéressant de multiples litiges.

L’article 700

Le jugement peut débouter le demandeur ou au contraire condamner le défendeur. Dans le premier cas, ce dernier a été contraint de se défendre dans un procès injustifié, intenté contre lui. Dans le second cas, le demandeur a eu raison de faire ce procès, puisqu’une partie au moins de ses demandes était fondée. Il y a donc un gagnant (même partiellement) et un perdant qui sera condamné aux dépens. Étant donné que la justice prud’homale est gratuite, les dépens sont nuls (le jugement mentionnant quand même cette condamnation). Mais si l’une des parties a été contrainte de convoquer l’autre par huissier, si une mesure d’instruction est intervenue, ces frais seront compris dans les dépens.

Les parties peuvent demander une condamnation au versement d’une somme forfaitaire prenant en charge les frais non compris dans les dépens (les honoraires d’avocat, par exemple), sur le fondement de l’article 700 du Code de procédure civile. Le juge doit octroyer cette somme d’une manière équitable. En pratique, le salarié obtient fréquemment une telle indemnisation, surtout lorsqu’il a eu recours à un avocat, même si cette somme couvre rarement l’ensemble de ses frais. Plus rares sont les salariés

condamnés au titre de l’article 700, même lorsqu’ils ont été déboutés de toutes leurs demandes.

Partie 5
Les relations collectives

Dans cette partie…

Dans une entreprise, il faut savoir jouer à la fois perso et collectif ! Cette cinquième partie traite de la place des syndicats dans la société, de l'élection des représentants du personnel (comité social et économique), du droit de grève ainsi que de la conclusion de conventions et accords collectifs de travail. Dans l'entreprise, ces relations collectives comptent autant, sinon plus, que la relation contractuelle individuelle, il est donc bon d'en connaître les tenants et aboutissants.

DANS CE CHAPITRE

Le rôle et le fonctionnement du comité social et économique (CSE)

•

La commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT)

•

Le conseil d'entreprise

Chapitre 22
Le comité social et économique

La composition (étudiée dans le chapitre 24), le fonctionnement et les attributions des institutions représentatives du personnel (IRP) sont régis par de nombreux textes législatifs et réglementaires. Ces dispositions étant d'ordre public, personne ne peut y déroger. Le fait de porter atteinte à la constitution, à la libre désignation ainsi qu'à

l'exercice des fonctions d'une IRP est par exemple constitutif du délit d'entrave. Le contrevenant s'expose à une peine d'un an d'emprisonnement (hors entrave au fonctionnement) et à une amende de 7500 euros (C. trav., art. L2317-1).

Jusqu'au 23 septembre 2017, les IRP étaient composées des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). À cette date, elles ont été remplacées par le comité social et économique. En fusionnant ces trois institutions dans une unique instance, l'ordonnance Macron relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise a certainement eu pour objectif de simplifier la tâche des employeurs (une seule institution à gérer) ainsi que leurs relations avec les représentants du personnel.

Le comité social et économique

L'élection d'un comité social et économique est obligatoire dans les sociétés comprenant au moins 11 salariés (C. trav., art. L2311-2). Pour en savoir plus sur les modalités de mise en place d'une telle élection, nous vous invitons à consulter le cha

pitre 24. Dans ce qui suit, nous ferons parfois référence à des jurisprudences qui concernent les délégués du personnel et le comité d'entreprise. Il n'y a pas de raison que celles-ci ne s'appliquent pas dans le cadre du CSE.

Rôle du CSE

Les attributions du comité social et économique dépendent de la taille de l'entreprise.

Entreprises de moins de 50 salariés

Le CSE est investi de plusieurs missions générales :

- Présentation à l'employeur des réclamations individuelles et collectives des salariés concernant les salaires, l'application de la législation du travail et de la protection sociale, les conventions et accords collectifs en vigueur dans l'entreprise ;
- Promotion de la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise ;
- Réalisation d'enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel ;

- Saisine de l'inspecteur du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions législatives et réglementaires dont il assure le contrôle ;
- Dans une SA, présentation des réclamations des salariés au conseil d'administration lorsqu'une délibération de ce dernier est requise ;
- Présentation à l'employeur des réclamations individuelles et collectives des salariés d'entreprises extérieures dans le cadre des conditions d'exécution du travail dans l'entreprise utilisatrice ;
- Présentation à l'employeur des réclamations des salariés temporaires en matière de rémunération, de conditions de travail, d'accès aux moyens de transport et aux installations collectifs ;
- Exercice du droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes (C. trav., art. L2312-59 et L2312-60).

Entreprises d'au moins 50 salariés

Outre les prérogatives ci-dessus, le comité social et économique est investi de plusieurs missions générales :

- Il assure une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production ;
- Il est informé et consulté sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, sur la modification de son organisation économique ou juridique, sur la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle, sur l'introduction de nouvelles technologies, sur les mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail des travailleurs en situation de handicap ;
- Il procède à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les salariés, notamment les femmes enceintes,

ainsi que des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ;

- Il alerte l'employeur en cas d'atteinte aux droits des personnes, à la santé physique ou mentale d'un salarié, aux libertés individuelles dans l'entreprise. L'employeur doit alors diligenter sans délai une enquête et prendre toutes les mesures qui s'imposent. En cas de carence de celui-ci ou de désaccord sur la réalité de la situation, le salarié ou le membre du CSE (si la personne concernée ne s'y oppose pas) peut saisir le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, qui statue alors selon la procédure accélérée au fond (C. trav., art. L2312-59) ;
- Il contribue notamment à faciliter l'accès des femmes à tous les emplois, à résoudre les problèmes liés à la maternité, à adapter et à aménager les postes de travail afin de faciliter l'accès et le maintien des personnes en situation de handicap à tous les emplois au cours de leur vie professionnelle ;
- Il peut susciter toute initiative qu'il estime utile et proposer notamment des actions de prévention du harcèlement moral, du

harcèlement sexuel et des agissements sexistes ;

- À son initiative ou à la demande de l'employeur, il examine toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés, leurs conditions de vie dans l'entreprise ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L911-2 du Code de la sécurité sociale ;
- Il procède, à intervalles réguliers, à des inspections en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail ;
- Il peut faire appel à titre consultatif et occasionnel au concours de toute personne de l'entreprise qui lui paraîtrait qualifiée ;
- Il gère toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés ou de leur famille.

Par ailleurs, dans les sociétés d'au moins 50 salariés, le CSE est doté de la personnalité civile et gère son patrimoine (C. trav., art. L2315-23).

Consultation et information du CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés

Les décisions de l'employeur nécessitent la consultation préalable du comité social et économique, excepté avant le lancement d'une offre publique d'acquisition (C. trav., art. L2312-14). Afin que le CSE puisse rendre des avis éclairés dans l'exercice de ses attributions consultatives, l'employeur doit lui transmettre des informations précises et écrites dans des délais suffisants. Les réponses de l'employeur aux observations des élus doivent être motivées. Si le CSE estime que l'information communiquée est insuffisante, il peut saisir le président du tribunal judiciaire selon la procédure accélérée au fond pour obtenir les éléments manquant à son information (C. trav., art. L2312-15). À noter que les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à la consultation du CSE.

Un accord d'entreprise peut définir (C. trav., art. L2312-19) :

- Les délais dans lesquels le CSE doit rendre son avis (à l'expiration de ces délais, le CSE est

réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif) ;

- Les modalités des consultations récurrentes du CSE (contenu, périodicité inférieure à trois ans, etc.) ;
- La liste et le contenu des informations récurrentes qui sont transmises au CSE ;
- Le nombre de réunions annuelles du CSE, qui ne peut être inférieur à six.

La loi de sécurisation de l'emploi de 2013 a institué la création d'une base de données économiques et sociales (BDES), à laquelle les membres du comité social et économique peuvent avoir accès en permanence (C. trav., art. L2312-18 et L2312-36). Grâce aux informations contenues dans cette base (investissement social, fonds propres et endettement, égalité professionnelle femmes/hommes…), le CSE peut se préparer aux différentes consultations. Les sociétés d'au moins 50 salariés doivent mettre en place la BDES. L'organisation et le contenu de cette dernière sont définis par les articles R2312-7 à R2312-15 du Code du travail.

Consultations annuelles

En l'absence d'accord d'entreprise prévu à l'article L2312-19, le CSE est consulté chaque année sur :

- Les orientations stratégiques de l'entreprise. L'article L2312-24 répertorie en détail les questions abordées (évolution des métiers, recours aux contrats précaires, formation professionnelle, GPEC, etc.) ;
- La situation économique et financière de l'entreprise (cf. art. L2312-25 pour plus de détails) ;
- La politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi. L'article L2312-26 répertorie en détail les questions abordées (droit d'expression des salariés, actions de prévention, durée du travail, congés, etc.).

Pour ces trois consultations, le CSE peut se faire assister par un expert-comptable (C. trav., art. L2315-78). Celui-ci est rémunéré en totalité par l'employeur pour les deuxième et troisième consultations, à 80 % pour la première (le CSE contribuant alors sur son budget annuel de fonctionnement à hauteur de 20 %).

Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, la consultation sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi porte également sur le bilan social (C. trav., art. L2312-28). Ce document répertorie les principales données chiffrées permettant d'apprécier la situation de la société sur le plan social. Tout salarié peut demander à consulter les informations du bilan social (C. trav., art. L2312-31). Celles-ci sont transmises à l'inspecteur du travail, accompagnées de l'avis du CSE, dans les 15 jours suivant la réunion de ce dernier.

Consultations ponctuelles

Le cas échéant, le comité social et économique est consulté sur les questions suivantes :

- Recours à des méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ;
- Projets de restructuration et de compression des effectifs ;
- Licenciements collectifs pour motif économique ;
- Opération de concentration ;

- Attribution directe, par une personne publique, de subventions, prêts ou avances remboursables dont le montant excède un seuil fixé par arrêté (C. trav., art. R2312-23) ;
- Mise en place ou modification d'une garantie collective mentionnée à l'article L911-2 du Code de la sécurité sociale (C. trav., art. R2312-22) ;
- Dépôt d'une offre publique d'acquisition, qu'il s'agisse de l'entreprise auteur de l'offre ou de l'entreprise sur laquelle porte l'offre ;
- Procédures de sauvegarde de l'emploi, de redressement ou liquidation judiciaire.

Un accord d'entreprise peut définir (C. trav., art. L2312-55) :

- Le contenu des consultations et informations ponctuelles du CSE ;
- Les modalités de ces consultations ponctuelles, notamment le nombre de réunions ;
- Les délais dans lesquels les avis du CSE sont rendus.

Information trimestrielle

Les dispositions suivantes s'appliquent aux entreprises d'au moins 300 salariés (C. trav., art. L2312-69). Le CSE reçoit chaque trimestre des informations sur :

- L'évolution générale des commandes ;
- L'exécution des programmes de production ;
- Les retards éventuels dans le paiement des cotisations sociales ;
- L'évolution des effectifs et de la qualification des salariés par sexe (cf. art. R2312-21).

Informations ponctuelles

Un mois après son élection, le comité social et économique reçoit de l'employeur une documentation économique et financière précisant :

- La forme juridique et l'organisation de l'entreprise ;
- Les perspectives économiques de l'entreprise envisagées ;

- Le cas échéant, la position de la société au sein du groupe ;
- La répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital et la position de l'entreprise dans la branche d'activité à laquelle elle appartient.

Attributions particulières

La loi Rebsamen de 2015 a institué un « droit d'alerte social » (C. trav., art. L2312-70). Lorsque le nombre de salariés titulaires d'un CDD ou d'un contrat de mission connaît une augmentation importante par rapport à la situation présentée lors de la dernière réunion du CSE ayant abordé ce sujet, les élus peuvent demander à ce que cette question soit inscrite à l'ordre du jour de la prochaine réunion ordinaire du CSE.

En vertu de l'article L2312-71 du Code du travail, le CSE peut saisir l'inspection du travail lorsqu'il est porté à sa connaissance des faits susceptibles de caractériser un recours abusif aux contrats précaires (CDD et intérimaires).

Il en va de même lorsqu'il constate une hausse importante du nombre de salariés titulaires de tels

contrats. Après enquête, l'inspecteur du travail remet à l'employeur un rapport, lequel doit être communiqué au CSE avec la réponse motivée du chef d'entreprise (notamment les moyens qu'il compte mettre en œuvre pour réduire la précarité des travailleurs).

Dans les sociétés dotées d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance, deux membres du CSE – l'un appartenant à la catégorie des cadres techniciens et agents de maîtrise, l'autre à la catégorie des employés et ouvriers – assistent avec voix consultative à toutes les séances de ces instances (C. trav., art. L2312-72).

Dans les sociétés comprenant trois collèges électoraux, la délégation du CSE au conseil d'administration ou au conseil de surveillance comprend quatre membres.

La délégation du CSE a accès aux mêmes documents que les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Elle soumet les vœux du comité social et économique à ces derniers, lesquels doivent y apporter une réponse motivée.

Lorsque la situation économique de la société risque d'être affectée de manière préoccupante par des faits portés à la connaissance du CSE, celui-ci peut demander des explications au chef d'entreprise (C. trav., art. L2312-63). Cette procédure est appelée « droit d'alerte économique ». La demande des élus est impérativement inscrite à l'ordre du jour de la prochaine réunion du CSE. Ce dernier établit un rapport en cas de réponse insuffisante de la direction ou de confirmation du caractère inquiétant de la situation. Le document est adressé à l'employeur et au commissaire aux comptes.

Dans les entreprises comptant au moins 1000 salariés, la commission économique instituée par l'article L2315-46 est en charge de la réalisation du rapport.

Pour rédiger le rapport, le comité social et économique peut faire appel – une fois par exercice comptable – à un expert-comptable. Il peut également convoquer le commissaire aux comptes et se faire assister par deux salariés (ayant voix consultative) choisis pour leurs compétences et n'appartenant pas au CSE (C. trav., art. L2312-64). Ces derniers disposent de cinq heures chacun,

rémunérées comme temps de travail, pour aider le CSE.

Dans la conclusion du rapport, le comité social et économique donne son avis sur l'opportunité de saisir le conseil d'administration ou le conseil de surveillance pour les sociétés qui en sont dotées, ou d'informer les associés dans les autres types d'entreprises, ou encore les membres des groupements d'intérêt économique. La saisine ou l'information se décide à la majorité des membres du CSE présents.

Fonctionnement du CSE

Le CSE est une institution qui réunit l'employeur et des représentants élus des salariés. Dans les entreprises de moins de 50 salariés, l'employeur reçoit les élus qui exercent individuellement leurs prérogatives. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le CSE est présidé par l'employeur (ou son représentant) qui peut être assisté de trois collaborateurs ayant voix consultative (C. trav., art. L2315-23). Le représentant de l'employeur peut être un salarié détaché par une autre entreprise (par exemple le DRH groupe) à condition que celui-ci dispose d'un

pouvoir et soit en mesure d'exercer effectivement les prérogatives de l'employeur au sein du comité (Cass. soc., 25 novembre 2020, pourvoi n° 19-18681). Le CSE élit un bureau composé au moins d'un secrétaire et d'un trésorier (le président prend part à ce vote). Il doit aussi adopter un règlement intérieur.

Pour exercer leurs fonctions, les membres de la délégation du personnel du comité social et économique disposent d'un certain nombre de moyens.

Heures de délégation

À défaut d'accord collectif, ils bénéficient d'un crédit mensuel minimal de 10 heures dans les entreprises de moins de 50 salariés et de 16 heures dans les autres sociétés (C. trav., art. L2315-7). En vertu de l'article L2314-7 du Code du travail, il est possible de modifier le volume des heures individuelles de délégation dans le protocole préélectoral (voir chapitre 24). Toutefois, le volume global de ces heures ne peut être inférieur à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise. Ce contingent global légal est défini dans l'article R2314-1 :

Effectif de l'entreprise	Nombre de titulaires	Nombre mensuel d'heures de délégation	Total heures de délégation
11 à 24	1	10	10
25 à 49	2	10	20
50 à 74	4	18	72
75 à 99	5	19	95
100 à 124	6	21	126
125 à 149	7	21	147
150 à 174	8	21	168
175 à 199	9	21	189
200 à 249	10	22	220
250 à 399	11	22	242
400 à 499	12	22	264
500 à 599	13	24	312
600 à 799	14	24	336
800 à 899	15	24	360
900 à 999	16	24	384
1000 à 1249	17	24	408
1250 à 1499	18	24	432
1500 à 1749	20	26	520
1750 à 1999	21	26	546
2000 à 2249	22	26	572
2250 à 2499	23	26	598
2500 à 2999	24	26	624

3000 à 3499	25	26	650
3500 à 3999	26	27	702
4000 à 4249	26	28	728
4250 à 4749	27	28	756
4750 à 4999	28	28	784
5000 à 5749	29	29	841
5750 à 5999	30	29	870
6000 à 6749	31	29	899
6750 à 6999	31	30	930
7000 à 7499	32	30	960
7500 à 7749	32	31	992
7750 à 8249	32	32	1024
8250 à 8999	33	32	1056
9000 à 9749	34	32	1088
9750 à 9999	34	34	1156
10000	35	34	1190

À noter que les réunions avec l'employeur ne sont pas décomptées de ce contingent. Il est impossible de dépasser le contingent d'heures, sauf circonstances exceptionnelles. Ces dernières ont été définies par la jurisprudence comme provoquant « un surcroît inhabituel d'activité dû à la soudaineté de l'événement ou à l'urgence des

mesures à prendre » (Cass. soc., 6 juillet 1994, pourvoi n° 93-41705). Par exemple, constitue une telle circonstance la préparation d'un important licenciement économique ou une conjoncture économique délicate pour la société. En revanche, la préparation d'un accord d'entreprise – même exceptionnel – ne justifie pas le dépassement des heures de délégation.

Hors circonstances exceptionnelles, le dépassement du crédit d'heures est constitutif d'une faute pouvant entraîner un licenciement (CE, 17 décembre 1993, requête n° 116531). La charge de la preuve incombe au salarié qui invoque des circonstances exceptionnelles pour justifier le dépassement de ses heures de délégation ainsi que la conformité de l'utilisation de ces dernières avec sa mission (Cass. soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-19685).

Les heures de délégation sont considérées comme du temps de travail et elles doivent être payées à l'échéance normale (C. trav., art. L2315-10). Elles peuvent être prises pendant ou en dehors des horaires de travail (Cass. soc., 28 février 1989, pourvoi n° 85-45488). Lorsqu'elles sont prises en dehors, elles doivent être payées comme des heures

supplémentaires ; il appartient alors au salarié de démontrer que la prise d'heures de délégation en dehors de son horaire de travail est justifiée par les nécessités de ses mandats (Cass. soc., 14 octobre 2020, pourvoi n° 18-24049).

Le membre du CSE n'a pas à se justifier au préalable sur l'usage qu'il fait de son crédit d'heures. Il doit simplement informer l'employeur – au moyen d'un bon de délégation – qu'il entend utiliser ses heures de délégation. Le crédit d'heures doit servir à des activités en relation avec le mandat. Est ainsi justifiée une mise à pied disciplinaire de trois jours sanctionnant un délégué syndical (le cas est transposable aux membres du CSE) qui avait quitté son poste de travail à 15 heures et avait déclaré à son retour 5 heures 30 de délégation, lesquelles avaient été utilisées pour rechercher son perroquet qui s'était échappé de sa cage. L'entreprise était parvenue à rapporter la preuve du motif personnel de l'absence du salarié et ainsi caractériser l'abus dans l'exercice du mandat (Cass. soc., 13 janvier 2021, pourvoi n° 19-20781).

L'employeur qui conteste l'usage du crédit d'heures doit préalablement payer les heures litigieuses,

avant de pouvoir demander à l'élu du CSE la nature des activités exercées pendant sa délégation. Si celui-ci refuse de répondre, l'employeur doit alors saisir le juge judiciaire pour obtenir communication de ces activités (le juge des référés est fondé à se prononcer sur une telle demande). Ce n'est qu'à l'issue de cette saisine que l'employeur pourra demander devant le conseil de prud'hommes le remboursement des heures prétendument mal utilisées.

C'est à l'employeur d'apporter la preuve de la non-conformité d'utilisation des heures de délégation (Cass. soc., 22 avril 1992, pourvoi nº 89-41253).

Sont également rémunérées comme temps de travail les heures passées (C. trav., art. L2315-11) :

- À la recherche de mesures préventives dans toute situation d'urgence et de gravité ;
- Aux réunions du CSE et de ses commissions ;
- Aux enquêtes menées après un accident du travail grave ou des incidents répétés ayant révélé un risque grave ou une maladie professionnelle ou à caractère professionnel grave.

Dans les entreprises d'au moins 501 salariés, les représentants syndicaux au CSE ont également droit aux heures de délégation. Il en va de même pour les représentants syndicaux au comité social et économique central, dans les sociétés ayant au moins 501 salariés mais dont aucun des établissements distincts n'atteint ce seuil.

Chaque mois, les membres titulaires du CSE peuvent répartir entre eux et avec les membres suppléants le crédit d'heures de délégation dont ils disposent (C. trav., art. L2315-9). Cette répartition ne peut conduire l'un d'eux à disposer mensuellement de plus d'une fois et demie le crédit d'heures de délégation dont bénéficie un titulaire (C. trav., art. R2315-6). L'employeur est informé de la répartition mensuelle du nombre d'heures au plus tard huit jours avant la date prévue pour leur utilisation. Il reçoit un document écrit précisant l'identité des élus ainsi que le nombre d'heures mutualisées pour chacun d'entre eux.

Le crédit d'heures de délégation peut être utilisé cumulativement dans la limite de douze mois. Dans le cadre de cette disposition, un membre du CSE ne peut disposer mensuellement de plus d'une fois et

demi le crédit d'heures dont il bénéficie (C. trav., art. R2315-5).

Lorsque les élus au CSE sont des salariés au forfait en jours sur l'année, sauf accord collectif contraire, les heures de délégation sont regroupées en demi-journées qui sont déduites du nombre annuel de jours travaillés. Une demi-journée correspond à quatre heures de mandat (C. trav., art. R2315-3). Quand le crédit d'heures restant est inférieur à quatre heures, il leur est accordé une demi-journée qui est déduite du nombre annuel de jours travaillés.

Formation économique

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, les membres titulaires du comité social et économique, qui sont élus pour la première fois, bénéficient d'une formation économique d'une durée maximale de cinq jours (C. trav., art. L2315-63). Ce stage s'effectue pendant le temps de travail, il n'est pas déduit du crédit d'heures et s'impute sur la durée du congé de formation économique, sociale et syndicale institué par l'article L2145-5 et suivants. Le stagiaire est rémunéré par l'employeur, mais le

financement de la formation (frais d'inscription, frais de déplacement, etc.) est à la charge du CSE.

Trop souvent, les salariés nouvellement élus au CSE ne profitent pas de cette opportunité de formation. Or, au cours de leur mandat, ils seront confrontés à des problèmes économiques complexes qui nécessitent des connaissances particulières. Cette formation économique leur permet donc de se préparer à leurs futures missions.

Formation en santé, sécurité et conditions de travail

Dès leur désignation, les membres du CSE bénéficient d'une formation en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail (C. trav., art. L2315-18). Celle-ci a pour objectif :

- De développer leur aptitude à déceler et à mesurer les risques professionnels ;
- De développer leur capacité d'analyse des conditions de travail ;
- De les initier aux méthodes et procédés à mettre en place pour prévenir les risques professionnels et améliorer les conditions de travail.

Son financement est assuré par l'employeur dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. Le temps consacré à la formation est pris sur le temps de travail, il n'est pas déduit des heures de délégation. Cette formation peut être renouvelée, afin de permettre aux membres du CSE de mettre à jour leurs connaissances (C. trav., art. R2315-11).

Liberté de circulation

En vertu de l'article L2315-14 du Code du travail, les membres du comité social et économique peuvent circuler librement dans l'entreprise pour exercer leurs fonctions, que ce soit pendant les heures de délégation ou en dehors de leurs heures de travail. Ils peuvent contacter les salariés à leur poste de travail, sous réserve de ne pas occasionner de gêne importante dans l'accomplissement du travail. À noter que la notion de « gêne importante » n'est pas toujours aisée à définir, les juges du fond appréciant souverainement les faits et circonstances exposés par les parties.

Les élus du CSE peuvent également se déplacer hors de l'entreprise pendant les heures de délégation pour exercer leur mandat.

Le principe de la liberté de déplacement est d'ordre public et la pandémie de Covid-19 n'est pas un motif permettant d'y déroger. Le ministère du Travail n'a pas manqué de le rappeler : « En situation d'état d'urgence sanitaire, [...] les élus du CSE, particulièrement ceux membres de la CSSCT, et les délégués syndicaux, doivent pouvoir continuer à exercer leurs missions à l'intérieur des entreprises dont l'activité n'est pas interrompue. Elles requièrent le maintien de leur liberté de circulation, reconnue d'ordre public. »

Pendant le premier confinement, le tribunal judiciaire de Saint-Nazaire dans sa formation en référé (27 avril 2020, ordonnance n° 20/00071) a confirmé ce principe en jugeant qu'une entreprise ne pouvait pas restreindre les déplacements des délégués syndicaux et des membres du CSE ne faisant pas partie de la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) : « La restriction d'accès et de circulation [...] et, partant, l'absence de possibilité de communication avec les salariés présents sur le site, est disproportionnée au but recherché et légitime de protection sanitaire de l'ensemble des salariés et constitue un trouble manifestement illicite. »

Panneaux d’affichage

L’employeur doit mettre à la disposition des membres de la délégation du personnel du CSE des panneaux d’affichage, afin qu’ils puissent publier des informations à destination des salariés (C. trav., art. L2315-15). L’affichage s’effectue également aux portes d’entrée des lieux de travail. Pour contester le bien-fondé d’un affichage, l’employeur doit impérativement saisir les tribunaux compétents. Il n’a pas le droit de retirer la publication litigieuse de son propre chef.

Local

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, l’employeur doit mettre gratuitement à la disposition du CSE un local pour que ses membres puissent remplir leurs missions et notamment se réunir (C. trav., art. L2315-20). Pour les entreprises d’au moins 50 salariés, le Code du travail précise que le local doit être aménagé avec le matériel nécessaire à l’exercice des fonctions des élus du CSE (C. trav., art. L2315-25). En ce qui concerne l’équipement, une circulaire du ministère du Travail du 6 mai 1983 indique que l’employeur doit fournir au minimum du matériel dactylographique,

une photocopieuse ainsi qu'une ligne téléphonique. La jurisprudence précise que cette dernière ne doit pas permettre l'interception des communications et l'identification des correspondants. Une réponse ministérielle du 9 janvier 1989 ajoute que le matériel fourni gratuitement par l'employeur doit suivre l'évolution des technologies et s'adapter aux besoins du comité d'entreprise (et par extension du comité social et économique). Cela signifie-t-il que l'employeur doit, par exemple, fournir un ordinateur en lieu et place du matériel dactylographique ? Ce n'est pas précisé… Les frais liés à l'utilisation du matériel (papier, communications téléphoniques, etc.) sont à la charge du CSE et s'imputent sur le budget de fonctionnement.

Dans son local, le comité social et économique peut organiser des réunions d'information destinées aux salariés de la société (C. trav., art. L2315-26). Celles-ci doivent se tenir en dehors du temps de travail des participants (les membres du CSE pouvant toutefois se réunir pendant leurs heures de délégation). Le CSE peut également inviter des personnalités extérieures à l'entreprise. Cependant,

lorsqu'il ne s'agit pas de personnalités syndicales, l'accord de l'employeur est indispensable.

Réunions avec la direction

Leur nombre varie en fonction de la la taille de l'entreprise.

Entreprises de moins de 50 salariés

Les réunions collectives avec l'employeur ont lieu au minimum une fois par mois. Si l'urgence de la situation l'exige, les membres de la délégation du personnel du CSE peuvent demander à être reçus sans attendre la prochaine réunion (C. trav., art. L2315-21). Ils peuvent également être reçus individuellement, par catégorie, service ou atelier, en fonction de la nature des questions à évoquer. Le refus de les recevoir constitue un délit d'entrave. Toutefois, les élus ne peuvent exiger d'être reçus immédiatement s'il n'y a pas un caractère d'urgence.

L'employeur doit convoquer les membres du CSE titulaires et suppléants à la réunion mensuelle. En revanche, selon l'article L2314-1 du Code du travail, les suppléants n'assistent aux réunions qu'en

l'absence de titulaires. La loi n'a prévu aucun délai pour la remise de cette convocation. Cependant, les élus doivent être prévenus suffisamment à l'avance, car ils sont tenus par l'article L2315-22 du Code du travail de remettre leurs questions par écrit au moins deux jours ouvrables avant la date de la réunion (sauf circonstances exceptionnelles). La convocation ne nécessite aucun formalisme particulier : elle peut être remise en mains propres, envoyée par courrier postal ou par e-mail…

Au cours de la réunion, l'employeur peut se faire assister par un certain nombre de collaborateurs. Le total de ces personnes (y compris l'employeur) ne doit pas excéder celui des élus titulaires. À l'issue de la réunion, l'employeur dispose d'un délai de six jours ouvrables pour répondre par écrit aux demandes du CSE. Les questions et les réponses sont consignées dans un registre spécial, qui est tenu à la disposition des élus et de l'inspecteur du travail. Les salariés peuvent également le consulter en dehors de leur temps de travail. L'absence de tenue de ce registre constitue un délit d'entrave.

Entreprises d'au moins 50 salariés

Le comité social et économique se réunit au minimum :

- Une fois tous les deux mois dans les entreprises comprenant moins de 300 salariés. Ce nombre de réunions est inférieur à celui des entreprises ayant entre 11 et 49 salariés. Ce n'est pas une erreur, c'est tout simplement un héritage des anciennes IRP ;
- Une fois par mois dans les entreprises comprenant au moins 300 salariés.

Au moins quatre réunions portent chaque année, partiellement ou totalement, sur les prérogatives du CSE en matière de santé, sécurité et conditions de travail. Ces réunions peuvent être plus fréquentes si besoin est, notamment dans les branches d'activité présentant des risques particuliers (C. trav., art. L2315-27).

Sur les sujets relevant de la santé, de la sécurité ou des conditions de travail, le CSE est réuni :

- En cas d'accident ayant entraîné des conséquences graves, ainsi qu'en cas d'événement grave lié à l'activité de l'entreprise, ayant porté atteinte à la santé publique ou à l'environnement ;

- Ou à la demande motivée de deux de ses représentants.

À la demande de la majorité de ses membres, le CSE peut exiger la tenue d'une seconde réunion (C. trav., art. L2315-28).

En cas de défaillance de l'employeur, le CSE peut être convoqué par l'inspecteur du travail et siéger sous sa présidence. Cette mesure nécessite l'accord d'au moins la moitié des membres du CSE.

Il est possible de définir par accord d'entreprise le contenu, la périodicité, les modalités des consultations du CSE, la liste et le contenu des informations indispensables à ces consultations, le nombre de réunions annuelles (au minimum six), les délais dans lesquels les avis du CSE sont rendus (C. trav., art. L2312-19).

Ordre du jour

L'ordre du jour des réunions du CSE est fixé conjointement par le président et le secrétaire (C. trav., art. L2315-29). Il doit être rédigé en termes clairs et précis, afin que les membres du CSE soient à même de pouvoir débattre et émettre un avis en toute connaissance de cause. À défaut, l'avis est déclaré nul (Cass. soc., 24 juillet 1984, pourvoi

n° 83-12030). Si l'employeur et le secrétaire ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'ordre du jour, l'un ou l'autre doit saisir le juge des référés pour résoudre le conflit (Cass. soc., 28 mai 2008, pourvoi n° 06-20120).

Lorsque la loi, une disposition réglementaire ou un accord collectif de travail impose une consultation lors d'une réunion du CSE, celle-ci est inscrite de plein droit à l'ordre du jour par l'employeur ou le secrétaire. La circulaire DGEFP-DRT n° 2005-47 du 30 décembre 2005 précise toutefois que cette inscription de plein droit ne dispense pas le président et le secrétaire d'élaborer ensemble l'ordre du jour. À cet effet, un entretien en vue d'une fixation conjointe doit être proposé par l'un ou l'autre.

Convocation

L'ordre du jour est communiqué aux membres du CSE, à l'inspecteur du travail et à l'agent des services de prévention des organismes de sécurité sociale au moins trois jours avant la réunion (C. trav., art. L2315-30). L'inobservation de ce délai constitue un délit d'entrave.

La convocation et l'ordre du jour sont transmis aux membres titulaires et suppléants du CSE, ainsi qu'aux représentants syndicaux. Dans les entreprises de moins de 300 salariés, ce rôle est assuré par le délégué syndical. Le représentant d'une section syndicale ne peut y participer faute pour lui d'appartenir à un syndicat représentatif lors des dernières élections professionnelles (Cass. soc., 14 décembre 2011, pourvoi nº 11-14642). Dans les sociétés comptant au moins 300 salariés, toutes les organisations syndicales représentatives peuvent désigner un représentant au comité social et économique (C. trav., art. L2314-2).

Comme dans les entreprises de moins de 50 salariés, les suppléants n'assistent aux réunions qu'en l'absence de titulaires.

Votes et délibérations

Au cours de la réunion, toutes les personnes présentes peuvent prendre la parole et donner leur opinion. En revanche, lorsque le CSE est consulté et doit émettre un avis, ne peuvent voter que les membres titulaires. Le président ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus du comité en tant que délégation du personnel (C. trav., art.

L2315-32). Mais il peut voter sur des problématiques internes au CSE. Les décisions du comité social et économique sont prises à la majorité des titulaires présents.

Le vote à bulletins secrets est obligatoire lors du licenciement d'un médecin du travail ou lors de la rupture conventionnelle de son contrat de travail (C. trav., art. R4623-19), ainsi que lors du licenciement d'un salarié protégé (voir chapitre 19).

Procès-verbal

À la fin de chaque réunion du CSE, les débats sont consignés dans un procès-verbal rédigé par le secrétaire. Le temps passé à la rédaction du procès-verbal n'est pas rémunéré, il doit donc être imputé sur le crédit d'heures. Le procès-verbal est communiqué aux membres du CSE et à l'employeur dans un délai de quinze jours (C. trav., art. L2315-34 et R2315-25). Lors de la réunion suivante, ce dernier peut faire part de ses remarques, qui seront consignées dans le procès-verbal. Celui-ci est enfin adopté, puis affiché ou diffusé dans l'entreprise par le secrétaire, selon les dispositions prévues dans le règlement intérieur du CSE (C. trav., art. L2315-35).

Les réunions du comité social et économique par visioconférence peuvent être autorisées par un accord entre l'employeur et les membres élus du CSE. À défaut d'accord, ce recours est limité à trois réunions par année civile. Un décret détermine les conditions dans lesquelles le comité peut, dans ce cadre, procéder à un vote à bulletin secret (C. trav., art. L2315-4 et D2315-1). La crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 a généralisé les réunions en distanciel du CSE. Une ordonnance et un décret ont défini les modalités d'information et de consultation des élus du personnel pendant l'état d'urgence sanitaire. Le CSE peut se réunir en recourant à l'un des moyens suivants : visioconférence, conférence téléphonique et messagerie instantanée.

Il est également possible de recourir à l'enregistrement ou à la sténographie des séances du comité social et économique. Lorsque cette décision émane de ce dernier, l'employeur ne peut s'y opposer excepté lorsque les délibérations portent sur des informations revêtant un caractère confidentiel. Les frais d'enregistrement ou de sténographie sont à la charge de l'employeur, si

celui-ci a pris la décision d'y recourir (C. trav., art. D2315-27).

Les moyens financiers du CSE

Pour exercer ses missions, le comité social et économique a recours à des moyens financiers mis à sa disposition par l'entreprise.

Budget de fonctionnement

Chaque année, l'employeur verse au CSE une subvention de fonctionnement correspondant à 0,20 % de la masse salariale brute dans les entreprises de 50 à 1999 salariés et à 0,22 % de la masse salariale brute dans celles d'au moins 2000 salariés (C. trav., art. L2315-61).

Il s'agit d'un montant minimal, l'employeur pouvant attribuer au CSE une somme plus importante. Cette subvention sert à payer le personnel (éventuel) du CSE, les frais de déplacement des membres, le papier pour la photocopieuse, etc. Son versement peut s'effectuer en plusieurs fois ; toutefois, ce fractionnement ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte au fonctionnement normal du comité social et

économique. Le refus de communiquer au CSE le montant de la masse salariale annuelle brute caractérise le délit d'entrave à son fonctionnement régulier (Cass. crim., 11 février 2003, pourvoi nº 01-88650).

Le CSE peut, par délibération, décider de consacrer une partie de ce budget au financement de la formation des délégués syndicaux de l'entreprise et des représentants de proximité. Sous certaines conditions, une partie de l'excédent annuel de ce budget peut également être transférée, par délibération, au financement des activités sociales et culturelles.

L'employeur est dispensé du versement de cette subvention s'il fait déjà bénéficier le CSE d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,22 % de la masse salariale brute.

Budget des activités sociales et culturelles

Une contribution patronale peut être versée au comité social et économique, afin qu'il puisse financer des activités sociales et culturelles. Cette contribution, qui est distincte de la subvention de fonctionnement, est fixée par accord d'entreprise.

À défaut d'accord, le rapport de cette contribution à la masse salariale brute ne peut être inférieur au rapport de l'année précédente (C. trav., art. L2312-81). Autrement dit, si la subvention de l'année dernière correspondait par exemple à 0,30 % de la masse salariale brute, la nouvelle contribution ne pourra être inférieure à ce pourcentage.

Cette subvention n'est pas due par l'employeur s'il n'existait aucune activité sociale avant la mise en place du CSE. C'est par exemple le cas pour les entreprises nouvellement créées. Dans ce cas de figure, l'employeur peut néanmoins décider unilatéralement de verser au CSE une contribution.

La commission santé, sécurité et conditions de travail

Selon la taille de l'entreprises, plusieurs commissions peuvent être créées au sein du comité social et économique. C'est le cas par exemple de la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) qui peut être instituée dans (C. trav., art. L2315-36) :

- Les entreprises d'au moins 300 salariés ;

- Les établissements distincts d'au moins 300 salariés ;
- Les établissements comprenant au moins une installation nucléaire de base énumérée à l'article L593-2 du Code de l'environnement ou une installation dans laquelle sont présents des substances, préparations ou mélanges dangereux pour la sécurité et la santé des populations.

Une CSSCT peut être également créée dans les entreprises et établissements distincts de moins de 300 salariés à la demande de l'inspecteur du travail, lorsque cette mesure est dictée notamment par la nature des activités, de l'agencement ou de l'équipement des locaux. Cette décision peut être contestée devant la Dreets (C. trav., art. L2315-37).

À l'exception du recours à un expert, le comité social et économique délègue ses attributions en matière de santé, sécurité et conditions de travail à la CSSCT. Celle-ci est présidée par l'employeur (ou son représentant). Elle comprend au moins trois membres désignés par le CSE parmi les élus du personnel. L'employeur peut se faire assister par des collaborateurs extérieurs au CSE. Ensemble, ils

ne peuvent être en nombre supérieur à celui des représentants du personnel titulaires.

Assistent avec voix consultative aux réunions de la CSSCT (C. trav., art. L2314-3) :

- Le médecin du travail ou, par délégation, un membre de l'équipe pluridisciplinaire du service de santé au travail ;
- Le responsable interne du service de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, l'agent chargé de la sécurité et des conditions de travail.

Sont invités aux réunions de la CSSCT :

- L'inspecteur du travail ;
- Les agents des services de prévention des organismes de sécurité sociale.

Un accord d'entreprise peut fixer les modalités de mise en place de la CSSCT (nombre de membres, missions déléguées, mode de fonctionnement, moyens attribués, formation des membres).

Dans les entreprises de 11 à 49 salariés, les enquêtes de la CSSCT en cas d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel sont confiées à une délégation

comprenant au moins l'employeur (ou son représentant) et un membre de la commission (C. trav., art. R2312-2).

Le temps passé aux réunions de la CSSCT est rémunéré comme du temps de travail. Il n'est pas déduit des heures de délégation des membres du CSE (C. trav., art. R2315-7).

Le conseil d'entreprise

L'ordonnance nº 2017-1386 du 22 septembre 2017 a partiellement remis en cause le monopole des syndicats en matière de négociation d'accords collectifs. Désormais, sous certaines conditions, le comité social et économique se voit accorder un rôle dans ce domaine. Il se transforme alors en conseil d'entreprise, lequel « est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement » (C. trav., art. L2321-1). Cette instance est instituée par un accord d'entreprise à durée indéterminée. Celui-ci précise les modalités de négociation au niveau des établissements, fixe les thèmes soumis à l'avis du conseil d'entreprise (la formation professionnelle est un thème obligatoire), définit

éventuellement la périodicité des thèmes de négociation…

Cet accord fixe également le nombre d'heures de délégation allouées aux élus du conseil d'entreprise participant aux négociations. Cette durée ne peut être inférieure à (C. trav., art. R2321-1) :

- 12 heures par mois dans les entreprises jusqu'à 149 salariés ;
- 18 heures par mois dans les entreprises de 150 à 499 salariés ;
- 24 heures par mois dans les entreprises d'au moins 500 salariés.

Un accord conclu par le conseil d'entreprise est valide lorsqu'il est signé par la majorité des membres titulaires du conseil ou bien par un ou plusieurs titulaires ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles (C. trav., art. L2321-9).

La raison d'être de cette nouvelle instance doit être analysée – semble-t-il – comme la volonté du gouvernement d'introduire plus de codécision dans l'entreprise. À supposer que cette interprétation soit juste, nous ne voyons pas en quoi l'éviction des

délégués syndicaux sur certains sujets serait de nature à favoriser cette codécision…

Enfin, le conseil d'entreprise n'a pas de prise sur les accords soumis à des règles spécifiques de validité. C'est par exemple le cas de l'accord déterminant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Celui-ci doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives (C. trav., art. L1233-24-1).

Le représentant de proximité

Les ordonnances Macron du 22 septembre 2017 ont consacré un nouvel acteur, le représentant de proximité. Son installation est un peu particulière ; il est en effet nécessaire de (C. trav., art. L2313-7) :

- Conclure un accord d'entreprise déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts (C. trav., art. L2313-2) ;
- Fixer – au sein de cet accord – les modalités de mise en place des représentants de proximité.

L'accord doit préciser :

- Le nombre de représentants de proximité ;

- Leurs attributions notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail ;
- Les modalités de leur désignation (ils sont membres du CSE ou nommés par lui pour une durée qui ne peut excéder celle du mandat des élus du comité restant à courir) ;
- Les modalités de fonctionnement (nombre d'heures de délégation).

Au vu de ce qui précède, il semble intéressant de s'interroger sur le rôle que le représentant de proximité sera amené à jouer. Ce nouvel intervenant n'a pas vocation à concurrencer le comité social et économique. Par conséquent, l'accord d'entreprise devra définir très précisément ses attributions : quelle sera son autonomie par rapport au CSE ? quel sera son rôle vis-à-vis du personnel ? comment définir son périmètre d'intervention ? quelle formation lui faire suivre pour mener à bien son mandat ? Si toutes ces questions vous interpellent, nous vous conseillons de télécharger le guide *117 questions - réponses sur le comité social et économique* publié par le ministère du Travail sur son site web (https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_cse_16_01_2020_ok.pdf). La

partie consacrée au représentant de proximité démarre à la page 21.

Le représentant de proximité est un salarié protégé. Par conséquent, son licenciement nécessite l'autorisation de l'inspecteur du travail (C. trav., art. L2411-8). Cette protection perdure pendant les six mois suivant l'expiration du mandat ou la disparition de l'institution.

DANS CE CHAPITRE

La représentativité syndicale

•

La section syndicale

•

Le délégué syndical

Chapitre 23
Les syndicats dans l'entreprise

Les révolutionnaires de 1789, à l'origine de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen promulguée le 3 novembre 1789, sont aussi ceux qui ont interdit les syndicats (loi Le Chapelier du 14 juin 1791). Pendant quasiment un siècle, le syndicalisme fut donc *persona non grata* dans l'Hexagone, jusqu'à la loi Waldeck-Rousseau de 1884 qui autorisa la création de syndicats de travailleurs. Si de nos jours le pouvoir de ces derniers est bien moins important qu'au sortir de la Seconde Guerre mondiale (particulièrement en

raison du faible taux de syndicalisation des salariés français), il n'en demeure pas moins que la présence syndicale dans l'entreprise est une réalité.

La représentativité

La loi nº 2008-789 du 20 août 2008 a réformé la démocratie sociale en modifiant notamment certains critères de représentativité n'ayant plus grande signification au XXIe siècle. Ainsi, « l'attitude patriotique pendant l'Occupation » a disparu au profit de critères plus pertinents. Pour être reconnu comme syndicat représentatif par le Code du travail, il faut satisfaire à plusieurs conditions cumulatives (C. trav., art. L2121-1) :

- Le respect des valeurs républicaines ;
- L'indépendance ;
- La transparence financière ;
- Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ;

- L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L2122-1, L2122-5, L2122-6 et L2122-9 ;
- L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ;
- Les effectifs d'adhérents et les cotisations.

Lorsqu'il est nécessaire de déterminer la représentativité d'un syndicat n'appartenant pas à une organisation représentative au niveau national (par exemple, l'une des cinq confédérations « historiques » : FO, CGT, CFDT, CFTC, CFE-CGC), une enquête est diligentée par l'autorité administrative. Le syndicat souhaitant devenir représentatif lui remet les éléments d'appréciation dont il dispose (C. trav., art. L2121-2).

Au niveau de l'entreprise et de l'établissement

Sont considérés représentatifs dans l'entreprise ou l'établissement les syndicats ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés (peu importe le nombre de votants) au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique (C. trav., art. L2122-1). L'absence de

quorum au premier tour ne fait pas obstacle à l'établissement de la représentativité des organisations syndicales (Cass. soc., 25 juin 2014, pourvoi n° 13-60266). Le seuil de 10 % des suffrages exprimés est d'ordre public absolu, ce qui signifie que ni l'employeur ni un accord collectif ne peut y déroger (Cass. soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60406).

Le syndicat qui a obtenu 10 % tous collèges confondus est représentatif, même s'il n'a pas présenté des candidats dans tous les collèges (Cass. soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 10-10678). Cette jurisprudence ne s'applique pas aux syndicats catégoriels.

Si des élections partielles ont lieu pour pourvoir à des sièges vacants, leurs résultats n'ont pas pour effet de modifier la représentativité calculée à l'occasion du scrutin général (Cass. soc., 13 février 2013, pourvoi n° 12-18098).

En ce qui concerne les organisations syndicales catégorielles, sont représentatives celles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés (peu importe le nombre de votants) au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique dans les collèges où elles se

présentaient (C. trav., art. L2122-2). Leur représentativité ne s'applique qu'aux salariés appartenant à ces collèges.

Lorsque des syndicats se regroupent en faisant liste commune, les suffrages exprimés sont répartis entre eux sur la base précisée lors du dépôt de la liste. À défaut d'indication, la répartition se fait à part égale (C. trav., art. L2122-3). Chaque bulletin compte pour apprécier la représentativité, même si les noms de certains candidats ont été raturés (Cass. soc., 6 janvier 2011, pourvoi n° 10-60168).

Étant donné qu'il n'existe pas d'institutions représentatives du personnel dans les entreprises de moins de onze salariés, pour mesurer l'audience syndicale dans ces dernières un scrutin est organisé au niveau régional tous les quatre ans (C. trav., art. L2122-10-1 à L2122-10-11). Au moment où nous finalisons cet ouvrage, le scrutin pour mesurer l'audience dans les TPE est fixé du 22 mars au 4 avril 2021 (proclamation des résultats le 16 avril 2021).

Au niveau du groupe

Pour déterminer la représentativité au niveau d'un groupe, il faut additionner l'ensemble des suffrages obtenus dans les sociétés ou établissements qui en font partie. Un accord de groupe peut modifier le périmètre des entreprises ou établissements à prendre en compte dans l'appréciation de la représentativité (C. trav., art. L2122-4). Les règles de représentativité qui s'appliquent au niveau de l'entreprise concernent également le groupe.

La représentativité au niveau de la branche professionnelle est régie par les articles L2122-5 à L2122-8 du Code du travail, au niveau national et interprofessionnel par les articles L2122-9 et L2122-10.

Syndicat, mode d'emploi

L'article L2131-1 donne une définition précise de la raison d'être des syndicats : ceux-ci « ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ». Peuvent créer un syndicat les personnes exerçant la même profession, des métiers analogues ou la même

profession libérale. Le syndicalisme n'est donc pas l'apanage des salariés.

Dépôt des statuts

Un syndicat n'a d'existence légale qu'à l'issue du dépôt de ses statuts, par ses fondateurs, à la mairie de la localité où il est établi (C. trav., art. R2131-1). Les noms des personnes chargées de son administration et de sa direction doivent être également déposés. Le maire communique ensuite ces informations au procureur de la République. Pour Paris, le dépôt s'effectue à l'annexe de la mairie de Paris, Direction de la Démocratie, des Citoyens et des Territoires (DDCT) – Bureau des élections, recensement et population (BERP) – 4, rue Lobau – 75004 Paris. Pour les départements d'Alsace-Moselle, les statuts doivent être déposés au tribunal judiciaire.

Ce dépôt doit être renouvelé en cas de changement de dirigeants ou de statuts. Toutefois, selon la Cour de cassation, l'absence de renouvellement ne prive pas le syndicat de son existence légale car il ne s'agit que d'une formalité (Cass. soc., 5 février 2014, pourvoi nº 12-26167).

La rédaction des statuts n'obéit à aucun formalisme.

Peut accéder à des fonctions d'administration ou de direction au sein d'un syndicat tout membre français jouissant de ses droits civiques. Il en va de même pour tout ressortissant étranger âgé d'au moins 18 ans (C. trav., art. L2131-5).

Toute fausse déclaration concernant les statuts ainsi que les noms et qualités des directeurs ou administrateurs d'un syndicat professionnel est punie d'une amende de 3750 euros (C. trav., art. L2136-1).

Capacité civile

Les syndicats sont dotés de la personnalité civile, ce qui signifie qu'ils ont la possibilité d'intenter une action en justice, de passer des contrats, d'acquérir des biens meubles ou immeubles, d'embaucher des salariés… Sur le plan judiciaire, ils peuvent se porter partie civile pour tout fait occasionnant un préjudice, direct ou indirect, à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent (C. trav., art. L2132-3). Par exemple, l'atteinte à la liberté syndicale ou la contestation d'une élection (Cass.

soc., 10 octobre 2012, pourvoi n° 11-60238) représente un tel préjudice. À noter que, pour se constituer partie civile, un syndicat doit avoir une existence légale au moment où les faits incriminés ont été commis (Cass. crim., 22 mai 2007, pourvoi n° 06-84748).

Par ailleurs, en vertu de l'ancienne règle « Nul en France ne plaide par procureur » (« procureur » signifiant ici « personne ayant reçu procuration »), un syndicat ne peut agir en justice pour un salarié sans y avoir été expressément invité. Il existe toutefois plusieurs exceptions à ce principe répertoriées dans le Code du travail. Ces « actions en substitution » permettent à un syndicat d'agir en lieu et place d'un salarié sans que celui-ci lui ait donné mandat. Seules contraintes pour le syndicat, le salarié concerné doit être prévenu et il ne doit pas s'y opposer selon des modalités prévues dans le code précité. Les actions en substitution des salariés, autorisées par le législateur, sont destinées à faire respecter :

- Le principe de non-discrimination (C. trav., art. L1134-2) ;
- L'égalité de rémunération femmes/hommes (C. trav., art. L1144-2) ;

- La législation sur le harcèlement moral ou sexuel (C. trav., art. L1154-2) ;
- Les droits des salariés licenciés pour motif économique (C. trav., art. L1235-8) ;
- Les droits des salariés en CDD (C. trav., art. L1247-1) ;
- Les droits des travailleurs temporaires (C. trav., art. L1251-59) ;
- Les droits des salariés des groupements d'employeurs (C. trav., art. L1253-16) ;
- Les droits des travailleurs à domicile (C. trav., art. L7423-2) ;
- Les droits des salariés en cas de travail dissimulé (C. trav., art. L8223-4) ;
- Les droits des salariés en cas de prêt illicite de main-d'œuvre et de marchandage (C. trav., art. L8242-1 et L8233-1) ;
- Les droits des travailleurs étrangers (C. trav., art. L8255-1) ;
- Les droits des salariés détachés (C. trav., art. D1265-1).

Outre la possibilité d'agir en justice, un syndicat professionnel peut en vertu de l'article L2132-5 :

- Créer et administrer des centres d'informations sur les offres et les demandes d'emploi ;
- Créer, administrer et subventionner des institutions professionnelles de prévoyance, des organismes d'éducation, de formation, de vulgarisation ou de recherche dans les domaines intéressant la profession ;
- Subventionner des sociétés coopératives de production ou de consommation, financer la création d'habitations à loyer modéré ou l'acquisition de terrains destinés à la réalisation de jardins ouvriers ou d'activités physiques et sportives.

Enfin, un syndicat peut mettre en place des caisses spéciales de secours mutuels et de retraites destinées à ses membres.

Les syndicats professionnels peuvent se regrouper en unions afin de défendre leurs intérêts matériels et moraux (C. trav., art. L2133-1).

Accords collectifs

Comme nous le verrons plus longuement dans le chapitre 25, les syndicats professionnels disposent d'un « monopole » en ce qui concerne la négociation des conventions et accords collectifs de travail (C. trav., art. L2132-2), que ce soit dans l'entreprise ou à un niveau plus élevé (groupe, branche, etc.). Ce monopole a toutefois été remis en cause par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017. Sous certaines conditions, le comité social et économique peut se voir accorder un rôle de négociation (qu'il y ait ou non des délégués syndicaux présents dans la société). Il se transforme alors en conseil d'entreprise, lequel « est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement » (C. trav., art. L2321-1). Cependant, cette instance étant instituée par un accord d'entreprise (ou par un accord de branche étendu), on voit mal comment des délégués syndicaux pourraient signer un tel accord et ainsi renoncer à certaines de leurs prérogatives (seuls deux conseils d'entreprise auraient été mis en place entre le 1er janvier 2018 et début 2019…).

Ressources et moyens

Les syndicats professionnels et les unions de syndicats doivent établir des comptes annuels (C. trav., art. L2135-1). Les modalités de la tenue et de la publicité des comptes, qui varient en fonction des ressources des syndicats, sont définies dans les articles D2135-2 à D2135-9 du Code du travail. Les comptes, arrêtés par la direction, doivent être approuvés par l'assemblée générale des adhérents ou bien par un organe de contrôle prévu dans les statuts.

En termes de moyens, une convention ou des accords collectifs de travail peuvent prévoir la mise à disposition d'un salarié – avec son accord – auprès d'une organisation syndicale ou d'une association d'employeurs (C. trav., art. L2135-8). Pendant toute la durée de la mise à disposition, l'employeur est tenu de remplir ses obligations envers le salarié (ancienneté, paiement des salaires, etc.). À son retour dans l'entreprise, la personne doit retrouver son emploi ou un poste similaire avec une rémunération équivalente ou supérieure.

La liberté syndicale

L’exercice du droit syndical est garanti en France : tout salarié peut ainsi adhérer au syndicat de son choix et il ne peut être victime de discrimination en raison de ses opinions syndicales. La cessation d’une activité professionnelle ne peut faire obstacle à une telle adhésion. La personne syndiquée peut à tout moment quitter le syndicat, ce droit ne pouvant être limité par une clause conventionnelle. En revanche, si le syndicat en fait la demande, l’adhérent démissionnaire devra lui verser à la date de son départ une cotisation correspondant à six mois d’adhésion (C. trav., art. L2141-3).

L’exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises implantées dans l’Hexagone : les syndicats peuvent s’organiser librement dans les sociétés (C. trav., art. L2141-4). L’employeur n’a pas le droit de tenir compte de l’appartenance à un syndicat pour prendre des décisions concernant notamment le recrutement, la formation professionnelle, l’avancement ou la rupture du contrat de travail. Même un cadre dirigeant ne peut être licencié pour avoir créé un syndicat dans une entreprise et distribué des tracts (Cass. soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 11-10793).

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale a introduit une disposition dans l'article L2141-5 du Code du travail imposant – *via* un accord – la prise en compte, dans leur évolution professionnelle, de l'expérience acquise par les représentants du personnel dans l'exercice de mandats. Il est par exemple possible pour l'employeur d'élaborer un référentiel qui permet, dans le cadre d'un dispositif facultatif pour le salarié, d'évaluer les compétences mises en œuvre dans l'exercice d'un mandat et de les intégrer dans le parcours professionnel de l'intéressé (Cass. soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 18-13529).

L'employeur doit aussi mettre en œuvre des mesures destinées à concilier vie professionnelle et carrière syndicale. La loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a complété l'article précité en instituant un entretien individuel avec l'employeur en début et en fin de mandat (le premier portant sur les modalités pratiques d'exercice du mandat au regard de l'emploi du salarié, le second recensant les compétences acquises au cours du mandat et précisant les modalités de valorisation de cette expérience).

Pour réduire le risque de discrimination syndicale, la loi du 17 août 2015 a également créé l'article L2141-5-1. Celui-ci stipule que les salariés dont le nombre d'heures de délégation sur l'année dépasse 30 % de la durée de travail fixée dans leur contrat de travail bénéficient, tout au long du mandat, d'une évolution de rémunération. Son mode de calcul est précisé dans l'article.

Le juge judiciaire est compétent pour apprécier l'existence d'une discrimination syndicale dans le déroulement de carrière d'un salarié protégé dont l'administration du travail a autorisé le licenciement (Cass. soc., 29 mai 2019, pourvoi n° 17-23028).

La liberté syndicale implique aussi que l'employeur ne peut se substituer à ses salariés et prélever les cotisations syndicales sur leurs salaires afin de les payer à leur place (C. trav., art. L2141-6). Se syndiquer est un droit individuel et non un devoir. De même, l'employeur n'a pas le droit d'exercer de moyens de pression en faveur ou à l'encontre d'un syndicat (C. trav., art. L2141-7). La Cour de cassation a par exemple estimé que pouvait être assimilé à un moyen de pression le fait de mettre en place à l'attention du personnel d'encadrement

des séances de coaching visant à réduire l'influence d'un syndicat au profit d'un autre, dans la perspective d'élections à venir (Cass. crim., 2 septembre 2008, pourvoi nº 07-81661). Toutefois, dans un récent arrêt (27 janvier 2021, pourvoi nº 18-10672), la Haute Juridiction a reconnu la licéité d'un accord collectif permettant la prise en charge par l'employeur des cotisations syndicales des salariés.

Pour qu'un tel accord soit valable, plusieurs conditions doivent être remplies. En premier lieu, les salariés doivent être libres d'adhérer (ou pas) au syndicat de leur choix. Deuxièmement, l'accord doit respecter l'anonymat des salariés membres d'une organisation syndicale et bénéficier à l'ensemble des syndicats présents dans l'entreprise, qu'ils soient représentatifs ou non. Enfin, la participation de l'employeur ne doit pas représenter la totalité de la cotisation due par le salarié.

Les dispositions des articles L2141-5 à L2141-7 sont d'ordre public. Toute mesure contraire prise par l'employeur donne lieu à dommages-intérêts. Par ailleurs, une note de service ou une décision unilatérale de l'employeur ne peut apporter de

limitation à l'exercice du droit syndical (C. trav., art. L2141-10).

La section syndicale

Tout syndicat représentatif ou affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, tout syndicat satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constitué depuis deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné peut créer une section syndicale à condition de disposer de plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement (C. trav., art. L2142-1). La constitution d'une section syndicale n'est soumise à aucun formalisme.

La désignation d'un délégué syndical dans une entreprise ou un établissement distinct nécessite la constitution préalable d'une section syndicale comprenant au moins deux adhérents (Cass. soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-19277). En cas de litige sur le nombre minimal d'adhérents présents, le syndicat n'est pas tenu de révéler leurs noms. En pratique, comme le représentant de section syndicale (voir ci-dessous) est connu de

l'employeur, le syndicat doit prouver l'appartenance d'un autre salarié. Si celui-ci refuse de voir son identité révélée à son employeur, par dérogation au principe du contradictoire imposant dans un procès de communiquer à l'autre partie les documents remis au juge, le syndicat peut être autorisé par ce dernier à produire des pièces nominatives sans les communiquer à l'employeur (Cass. soc., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-60137).

Cette solution semble toutefois remise en cause par la Cour de cassation. En effet, dans plusieurs arrêts dont celui du 28 mars 2018 précité, la Haute Juridiction indique « qu'il appartient au juge de veiller à ce que l'atteinte au principe de la contradiction soit limitée aux éléments d'identification des adhérents ». En d'autres termes, des documents anonymisés doivent être communiqués à l'employeur qui le demande dans le cadre du débat contradictoire. Ce dernier est par exemple respecté lorsqu'un syndicat produit devant le tribunal des bulletins d'adhésion nominatifs de deux adhérents, que le tribunal permet aux parties de discuter contradictoirement de leur validité et qu'à l'audience, la société ne demande pas à les

consulter, éventuellement après qu'ils eurent été rendus anonymes (Cass. soc., 15 mai 2019, pourvoi nº 18-14506).

Le représentant de section

Un syndicat non représentatif, qui crée une section syndicale dans une entreprise ou un établissement de 50 salariés et plus, peut désigner un représentant de section (C. trav., art. L2142-1-1). Hormis la négociation d'accords collectifs, celui-ci bénéficie de prérogatives identiques à celles du délégué syndical. Son mandat se termine à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, si son syndicat n'est toujours pas considéré comme représentatif dans l'entreprise. Il ne pourra être de nouveau désigné comme représentant syndical que dans les six mois précédant les élections suivantes dans l'entreprise. Cette disposition n'est pas opposable lorsque le périmètre du scrutin qui vient de se dérouler est différent de celui retenu lors des élections précédentes (Cass. soc., 6 janvier 2016, pourvoi nº 15-60138). Il en est de même lorsque le représentant de section est reconduit à l'issue de nouvelles élections suite à l'annulation des

premières (Cass. soc., 4 novembre 2020, pourvoi n° 19-13151).

L'employeur dispose de 15 jours pour contester la désignation d'un représentant de section syndicale. Passé ce délai, cette dernière est purgée de tout vice (Cass. soc., 20 septembre 2017, pourvoi n° 15-22464).

Pour exercer ses fonctions, le représentant de la section syndicale dispose au moins de quatre heures de délégation par mois. Ces heures sont considérées comme du temps de travail et payées à l'échéance normale (C. trav., art. L2142-1-3). Dans les entreprises comprenant moins de 50 salariés, les syndicats non représentatifs qui créent une section syndicale peuvent désigner un membre de la délégation du personnel au comité social et économique comme représentant syndical pour la durée de son mandat. Le crédit d'heures dont il dispose pour l'exercice de son mandat peut également être employé au titre de ses fonctions de représentant syndical.

Un syndicat ayant obtenu plus de 10 % aux élections professionnelles dans l'entreprise et qui a déjà nommé un délégué syndical au niveau de la société peut également désigner un représentant de

section syndicale dans un établissement dans lequel il a obtenu un score inférieur (Cass. soc., 13 février 2013, pourvoi n° 12-19663 – revirement de jurisprudence).

Dans un arrêt du 8 juillet 2009 (pourvoi n° 08 – 60599), la Cour de cassation estimait que « la régularité de la désignation d'un représentant de section syndicale ne nécessitait pas que le syndicat à l'origine de la désignation remplisse les critères relatifs à la représentativité ». Celui-ci devait simplement satisfaire aux conditions fixées par l'article L2142 – 1 du Code du travail (respect des valeurs républicaines et d'indépendance, existence légale depuis au moins deux ans, champ professionnel et géographique couvrant l'entreprise concernée). Dans un arrêt du 22 février 2017 (pourvoi n° 16-60123), la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence en précisant que « tout syndicat doit, pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise, satisfaire au critère de transparence financière ».

Même s'il n'est pas titulaire d'un contrat de mission au moment de sa désignation, un salarié intérimaire peut être désigné comme représentant de section syndicale, dès lors qu'il remplit la

condition d'ancienneté légale pour entrer dans le calcul des effectifs de l'entreprise de travail temporaire (Cass. soc., 11 mai 2016, pourvoi n° 15-17200).

Cotisations et publications syndicales

Les cotisations syndicales peuvent être collectées dans la société (C. trav., art. L2142-2). Les communications syndicales sont affichées sur des panneaux distincts de ceux réservés au comité social et économique. Une copie des informations affichées est transmise à l'employeur. Les publications et tracts syndicaux peuvent par ailleurs être diffusés aux salariés dans l'enceinte de l'entreprise, aux heures d'entrée et de sortie du travail. Le contenu des informations diffusées auprès des salariés doit respecter les dispositions relatives à la presse, la diffamation étant par exemple bannie.

Il est également possible de prévoir – par accord d'entreprise – la diffusion des publications et tracts syndicaux sur l'intranet de la société ou *via* la messagerie électronique professionnelle, à

condition qu'une telle communication n'entrave pas l'accomplissement du travail (C. trav., art. L2142-6). En cas de non-respect des modalités de l'accord fixant les règles d'utilisation de la messagerie de l'entreprise par un syndicat, ce dernier peut être sanctionné (Cass. soc., 12 juillet 2017, pourvoi n° 15-27742).

Les dispositions de l'accord collectif ne peuvent, sans porter atteinte au principe d'égalité, être limitées aux seuls syndicats représentatifs et doivent bénéficier à tous les syndicats ayant constitué une section syndicale (Cass. soc., 21 septembre 2011, pourvoi n° 10-23247).

À défaut d'accord, les syndicats présents dans l'entreprise et satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constitués depuis au moins deux ans peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe.

Un syndicat estimant cet article du Code du travail trop restrictif a soumis une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, lequel a considéré ce texte conforme à la Constitution

(Cons. constit., 27 septembre 2013, décision n° 2013-345).

Les salariés intérimaires doivent recevoir par courrier, au moins une fois par mois, les communiqués syndicaux affichés sur les panneaux de la société de travail temporaire.

La faculté de distribuer des publications et des tracts syndicaux, y compris par voie électronique, n'est pas réservée au seul délégué syndical. Elle appartient à la section syndicale et peut être exercée par n'importe lequel de ses membres (Cass. crim., 9 avril 2019, pourvoi n° 18-80921).

Recommandations de la CNIL

Dans une note du 22 mars 2017, la CNIL préconise un certain nombre de mesures à respecter lors de l'utilisation de la messagerie électronique de l'entreprise par les organisations syndicales. En premier lieu, « les adresses de messagerie électronique des salariés ne peuvent être utilisées [...] pour d'autres raisons que le mise à disposition de publications et tracts de nature syndicale ».

Deuxièmement, « les salariés doivent être clairement et préalablement informés de cette utilisation afin de pouvoir manifester leur accord ou leur opposition à l'envoi de tout message syndical sur leur messagerie professionnelle. L'accord conclu doit donc préciser les modalités selon lesquelles les employés peuvent s'opposer à recevoir des messages électroniques émanant d'organisations syndicales ».

Enfin, « l'accord conclu devrait également rappeler l'obligation de confidentialité à laquelle employeurs et organisations syndicales sont tenus. En particulier, toute mesure de sécurité devrait être prise afin d'assurer la confidentialité des échanges électronique éventuels des salariés avec les organisations syndicales ».

Local et réunions

Dans les entreprises ou établissements comprenant plus de 200 salariés, les sections syndicales disposent d'un local commun pour que leurs représentants puissent exercer leurs missions (C. trav., art. L2142-8). Ce local devait être distinct de celui des délégués du personnel. On peut donc imaginer que cette règle soit conservée vis-à-vis du local attribué au comité social et économique. Le tribunal judiciaire est compétent pour juger les litiges relatifs à l'attribution de ce local. Dans les sociétés d'au moins 1 000 salariés, chaque section syndicale constituée par un syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement bénéficie d'un local convenable, aménagé et doté du matériel nécessaire à son fonctionnement.

Les adhérents de chaque section syndicale peuvent se réunir une fois par mois dans la société, en dehors des locaux de travail, selon des modalités définies conjointement avec l'employeur (C. trav., art. L2142-10). Des personnalités syndicales extérieures à l'entreprise peuvent être invitées à des réunions organisées par les sections syndicales. Si ces réunions ont lieu dans un local autre que celui attribué aux sections syndicales, l'accord de

l'employeur est requis. Il en va de même lorsque les personnalités extérieures invitées n'appartiennent pas au monde syndical.

Les réunions syndicales doivent se tenir en dehors du temps de travail des participants (les représentants du personnel pouvant toutefois se réunir pendant leurs heures de délégation – voir chapitre 22).

Aucune prérogative inhérente à la liberté syndicale n'autorise les organisations syndicales à fixer leur siège statutaire au sein de l'entreprise sans accord de l'employeur (Cass. soc., 6 juin 2018, pourvoi n° 16-25527).

Le délégué syndical

Le délégué syndical est le représentant d'un syndicat auprès de l'employeur.

Désignation

Dans les entreprises ou établissements d'au moins 50 salariés, tout syndicat représentatif ayant constitué une section syndicale peut désigner un ou plusieurs délégués syndicaux parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés

(peu importe le nombre de votants) au premier tour des dernières élections au comité social et économique (C. trav., art. L2143-3). En l'absence de candidat dans l'entreprise remplissant les conditions précédemment énoncées, ou si l'ensemble des élus qui remplissent lesdites conditions renoncent par écrit à leur droit d'être désigné délégué syndical, le syndicat peut désigner un autre candidat ou, à défaut, l'un de ses adhérents.

Un syndicat peut désigner tout salarié remplissant les conditions prévues par la loi, y compris si celui-ci a été élu sur une liste présentée par un autre syndicat (Cass. soc., 28 septembre 2017, pourvoi n° 16-28336).

Le seuil d'effectif de 50 salariés doit avoir été atteint pendant 12 mois consécutifs. Dans les sociétés d'au moins 500 salariés, tout syndicat représentatif a le droit de désigner un délégué syndical supplémentaire à condition d'avoir obtenu :

- Au moins un élu dans le collège des ouvriers et employés lors de l'élection du CSE ;

- Au moins un élu dans l'un des deux autres collèges.

Les conditions de désignation de ce délégué supplémentaire sont identiques à celles énoncées précédemment pour les entreprises de 50 salariés et plus.

Dans les entreprises d'au moins 2000 salariés comprenant au minimum deux établissements regroupant chacun 50 salariés et plus, un délégué syndical central d'entreprise (distinct des délégués syndicaux d'établissement) peut être désigné par tout syndicat représentatif ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés (peu importe le nombre de votants) au premier tour des dernières élections au comité social et économique, les suffrages de l'ensemble des établissements ayant été additionnés (C. trav., art. L2143-5).

Dans les sociétés de moins de 2000 salariés comprenant au minimum deux établissements regroupant chacun 50 salariés et plus, tout syndicat représentatif peut désigner un délégué syndical comme délégué syndical central d'entreprise.

Dans les établissements employant moins de 50 salariés, les syndicats représentatifs peuvent

désigner un membre de la délégation du personnel au comité social et économique comme délégué syndical (C. trav., art. L2143-6). Le crédit d'heures alloué au titre du CSE peut être utilisé pour le mandat de délégué syndical.

Conditions d'âge et d'ancienneté

Pour devenir délégué syndical, il faut être âgé de 18 ans révolus, avoir au moins un an d'ancienneté dans la société et jouir de ses droits civiques. Le délai d'une année d'ancienneté est réduit à quatre mois en cas de création d'entreprise ou d'ouverture d'établissement (C. trav., art. L2143-1). Dans les entreprises d'intérim, pour être désignés délégués syndicaux, les salariés temporaires doivent justifier d'une ancienneté de six mois (en totalisant leurs contrats de mission) sur une période de 18 mois. Celle-ci est réduite à six mois en cas de création d'entreprise ou d'ouverture d'établissement.

Condition d'effectifs

Le nombre de délégués syndicaux dépend de la taille de l'entreprise (C. trav., art. R2143-2) :

- De 50 à 999 salariés : 1 délégué ;
- De 1000 à 1999 salariés : 2 délégués ;
- De 2000 à 3999 salariés : 3 délégués ;
- De 4000 à 9999 salariés : 4 délégués ;
- Au-delà de 9999 salariés : 5 délégués.

Lorsque les entreprises possèdent des établissements distincts de 50 salariés et plus, le nombre de délégués syndicaux par établissement est identique à celui fixé par l'article R2143-2.

Publicité

Les syndicats communiquent à l'employeur les noms et prénoms des délégués syndicaux, des délégués syndicaux centraux et des représentants syndicaux au comité social et économique par courrier recommandé avec avis de réception ou par lettre remise contre récépissé (C. trav., art. D2143-4). Une copie est transmise simultanément à l'inspecteur du travail. Les noms des délégués syndicaux sont également affichés sur les panneaux réservés aux communications syndicales. Le

remplacement ou la cessation de fonctions du délégué syndical nécessite le même formalisme.

Lorsqu'un représentant syndical au CSE remplace un autre représentant, le syndicat doit le préciser dans la désignation notifiée à l'employeur (Cass. soc., 14 mars 2018, pourvoi nº 17-16110).

Contestation

La désignation des délégués syndicaux peut être contestée par saisine du tribunal judiciaire. Une requête doit être remise au greffe. Ce recours doit être impérativement introduit dans les 15 jours suivant la désignation. Le tribunal d'instance statue, en dernier ressort, dans les dix jours sans frais ni formalisme. Les parties sont averties trois jours à l'avance. La décision du tribunal, qui est notifiée dans un délai de trois jours par courrier recommandé avec avis de réception, peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans les dix jours (C. trav., art. L2143-8 et R2143-5).

Lorsqu'une mesure d'instruction se révèle nécessaire, les dépenses engagées sont à la charge de l'État.

Mandat

Selon l'article L2143-9, un délégué syndical peut également être membre de la délégation du personnel au comité social et économique ou représentant syndical au CSE. Cette dernière fonction est de plein droit dans les entreprises de moins de 300 salariés (C. trav., art. L2143-22).

Le mandat syndical prend fin au plus tard lors du premier tour des élections renouvelant l'IRP dont l'élection précédente avait permis de reconnaître la représentativité du syndicat concerné (C. trav., art. L2143-11).

Lorsque l'effectif de l'entreprise passe sous la barre des 50 salariés d'une manière durable et importante, la suppression du mandat de délégué syndical est définie par accord entre l'employeur et l'ensemble des syndicats représentatifs. En l'absence d'accord, le directeur régional du travail peut prendre la décision de supprimer le mandat de DS. Cette décision peut être contestée par un recours hiérarchique auprès du ministre. Le silence de ce dernier pendant plus de quatre mois équivaut à un rejet du recours (C. trav., art. R2143-6).

Exercice du mandat

Sauf circonstances exceptionnelles, le délégué syndical dispose d'un crédit d'heures variant selon la taille de l'entreprise (C. trav., art. L2143-13) :

- De 50 à 150 salariés : 12 heures par mois ;
- De 151 à 499 salariés : 18 heures par mois ;
- Plus de 499 salariés : 24 heures par mois.

Lorsqu'une section syndicale comprend plusieurs délégués, ceux-ci peuvent répartir entre eux leurs heures de délégation et doivent en informer l'employeur. Le délégué syndical central bénéficie de 24 heures mensuelles, qui se cumulent avec celles dont il peut disposer à un titre autre que celui de délégué syndical d'établissement.

Pour préparer les négociations de conventions ou d'accords d'entreprise, la section syndicale bénéficie d'un crédit d'heures supplémentaire qui ne peut dépasser (C. trav., art. L2143-16) :

- 12 heures par an dans les sociétés de 500 à 999 salariés ;
- 18 heures par an dans les entreprises d'au moins 1000 salariés.

Les délégués syndicaux peuvent désormais participer à des négociations ou concertations à d'autres niveaux que l'entreprise et utiliser leurs heures de délégation à cet effet (C. trav., art. L2143-16-1).

Les heures de délégation sont considérées comme du temps de travail et elles doivent être payées à l'échéance normale. Le temps passé en réunions à l'initiative de l'employeur n'est pas décompté de ce contingent. Pour contester le bien-fondé de l'utilisation du crédit d'heures, l'employeur doit saisir le juge judiciaire (C. trav., art. L2143-17).

Liberté de circulation

Les délégués syndicaux peuvent se déplacer hors de l'entreprise pendant les heures de délégation pour exercer leur mandat. Ils peuvent également circuler librement dans l'entreprise pour exercer leurs fonctions, que ce soit pendant les heures de délégation ou en dehors de leurs heures de travail. Ils peuvent contacter les salariés à leur poste de travail, sous réserve de ne pas occasionner de gêne importante dans l'accomplissement du travail (C. trav., art. L2143-20).

Formation

Les salariés exerçant des fonctions syndicales peuvent demander à bénéficier du congé de formation économique, sociale et syndicale prévu à l'article L2145-5 du Code du travail. Celui-ci ne peut excéder 18 jours par an (C. trav., art. L2145-1).

Le délit d'entrave

L'entrave à l'exercice du droit syndical est punie d'une peine d'emprisonnement d'une année et d'une amende de 3750 euros (C. trav., art. L2146-1). L'employeur qui méconnaît les dispositions relatives à la discrimination syndicale encourt une amende de 3750 euros. La récidive est punie d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 7500 euros (C. trav., art. L2146-2).

DANS CE CHAPITRE

Les conditions pour être électeur et candidat

•

Le processus électoral

•

Le rôle des organisations syndicales

•

La fonction du procès-verbal en cas de carence

Chapitre 24
L'élection du comité social et économique

Nous avons étudié le rôle du comité social et économique dans le chapitre 22. Abordons maintenant le processus électoral conduisant à sa désignation. Les règles à respecter sont proches de celles d'une élection politique, avec toutefois une particularité : certaines modalités sont négociées entre l'employeur et les syndicats. Ceux-ci sont

invités à participer à la négociation, y compris en l'absence de représentants syndicaux dans l'entreprise.

Même si les règles sont identiques, ces élections seront très différentes selon qu'elles se déroulent dans une PME ou une société comptant plusieurs milliers de salariés. Depuis la loi nº 2008-789 du 20 août 2008, outre la désignation des élus, l'enjeu de ce scrutin réside dans l'établissement de la représentativité des syndicats au sein de l'entreprise (une organisation syndicale doit obtenir au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour) et la désignation de délégués syndicaux.

En fusionnant le comité d'entreprise, les délégués du personnel et le CHSCT en une unique institution, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a abrogé les articles L2322-1, R2322-1 et suivants du Code du travail, qui s'appliquaient pour la mise en place du CE. Désormais, ce sont les articles L2314-1 et suivants, et R2314-1 et suivants qui déterminent l'organisation de l'élection du comité social et économique.

Une élection (quasi) obligatoire

Tous les quatre ans, les sociétés d'au moins 11 salariés doivent élire les membres de la délégation du personnel au comité social et économique. Le cadre de désignation de cette institution est l'établissement, si celui-ci bénéficie d'une certaine autonomie.

L'effectif

L'effectif conditionnant la mise en place des élections doit être atteint pendant au moins 12 mois consécutifs (C. trav., art. L2311-2). Ces seuils peuvent toutefois être abaissés par une convention ou un accord collectif. Pour calculer l'effectif de l'entreprise, il faut prendre en compte l'ensemble des salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée, même si celui-ci est suspendu (congé parental, arrêt maladie…). Les salariés en CDD, mis à disposition ou intérimaires, doivent être également comptabilisés au prorata de leur présence au cours des 12 derniers mois, sauf s'ils sont embauchés pour remplacer un salarié absent. Les salariés à temps partiel sont pris en compte au prorata de leur durée hebdomadaire de travail (C. trav., art. L1111-2). Les apprentis et les titulaires

d’un contrat de professionnalisation ne sont pas pris en considération dans l’effectif.

La périodicité

L’employeur a l’obligation d’organiser des élections au moins tous les quatre ans, en respectant la procédure décrite dans ce chapitre. En l’absence de candidats au premier puis au second tour, l’employeur dresse un procès-verbal de carence, qui est ensuite affiché dans l’entreprise et transmis à l’inspection du travail. Ce document précise que l’employeur a rempli ses obligations.

À l’expiration d’un délai de six mois après l’établissement d’un procès-verbal de carence et en l’absence d’institution représentative du personnel, un salarié ou un syndicat (même non présent dans l’entreprise) peut à nouveau demander l’organisation d’élections (C. trav., art. L2314-8 alinéa 2). L’employeur dispose alors de un mois pour s’exécuter. Le non-respect de ces obligations en matière électorale constitue un délit d’entrave (C. trav., art. L2317-1), même sans demande des salariés. Le non-respect de cette obligation permet à un salarié ou à un syndicat de demander la condamnation de l’employeur à lui verser des

dommages et intérêts (Cass. soc., 15 mai 2019, pourvoi nº 17-22224). Lorsqu'un collège électoral n'est plus représenté ou si le nombre de membres titulaires est inférieur à la moitié, l'employeur doit organiser une élection partielle pour pourvoir à l'ensemble des sièges vacants, sauf si les mandats expirent moins de six mois plus tard (C. trav., art. L2314-10).

Le cadre géographique

Le cadre géographique de l'élection des membres de la délégation du personnel au comité social et économique est l'entreprise. Dans les sociétés comprenant au moins 50 salariés et comportant au moins deux établissements distincts, sont constitués des CSE d'établissement et un CSE central d'entreprise (C. trav., art. L2313-1).

Une définition précise de l'établissement distinct a été donnée par la Cour de cassation dans deux arrêts (Cass. soc., 29 janvier 2003, pourvoi nº 01-60628 et 24 avril 2003, pourvoi nº 01-60876). Pour qu'il puisse être reconnu comme tel, un établissement doit se caractériser par « le regroupement d'au moins 11 salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts

propres, susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations ».

La division de l'entreprise en plusieurs établissements distincts relève d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur ou, en cas de désaccord, d'une décision du directeur du travail (C. trav., art. L2313-2, L2313-4 et L2313-5).

L'élection des représentants du personnel peut également dépasser le cadre d'une société, si celle-ci constitue avec d'autres entreprises une unité économique et sociale. Cette entité de fait ne dépend pas des institutions représentatives à désigner. Son existence est reconnue lorsque des entreprises ont des activités identiques ou complémentaires ainsi que des salariés soumis à des conditions de travail ou des statuts identiques, avec une concentration des pouvoirs entre les mêmes mains. L'UES peut être créée par un accord collectif ou par un jugement du tribunal d'instance (Cass. soc., 18 juin 2003, pourvoi n° 02-60044). Lorsque celle-ci regroupe au moins 11 salariés, un

comité social et économique commun doit être mis en place (C. trav., art. L2313-8).

Le nombre de représentants à élire

Le nombre de représentants à élire dépend de l'effectif de l'entreprise et croît avec celui-ci. Le nombre de titulaires est toujours identique à celui des suppléants. Un accord collectif peut modifier le nombre de membres de la délégation du personnel du comité social et économique.

La composition du CSE est fixée dans l'article R2314-1 du Code du travail. Les effectifs s'apprécient dans le cadre de l'entreprise ou de chaque établissement distinct :

- De 11 à 24 salariés : 1 titulaire et 1 suppléant ;
- De 25 à 49 salariés : 2 titulaires et 2 suppléants ;
- De 50 à 74 salariés : 4 titulaires et 4 suppléants ;
- De 75 à 99 salariés : 5 titulaires et 5 suppléants ;

- De 100 à 124 salariés : 6 titulaires et 6 suppléants ;
- De 125 à 149 salariés : 7 titulaires et 7 suppléants ;
- De 150 à 174 salariés : 8 titulaires et 8 suppléants ;
- De 175 à 199 salariés : 9 titulaires et 9 suppléants ;
- De 200 à 249 salariés : 10 titulaires et 10 suppléants ;
- De 250 à 399 salariés : 11 titulaires et 11 suppléants ;
- De 400 à 499 salariés : 12 titulaires et 12 suppléants ;
- De 500 à 599 salariés : 13 titulaires et 13 suppléants ;
- De 600 à 799 salariés : 14 titulaires et 14 suppléants ;
- De 800 à 899 salariés : 15 titulaires et 15 suppléants ;
- De 900 à 999 salariés : 16 titulaires et 16 suppléants ;

- De 1000 à 1249 salariés : 17 titulaires et 17 suppléants ;
- De 1250 à 1499 salariés : 18 titulaires et 18 suppléants ;
- De 1500 à 1749 salariés : 20 titulaires et 20 suppléants ;
- De 1750 à 1999 salariés : 21 titulaires et 21 suppléants ;
- De 2000 à 2249 salariés : 22 titulaires et 22 suppléants ;
- De 2250 à 2499 salariés : 23 titulaires et 23 suppléants ;
- De 2500 à 2999 salariés : 24 titulaires et 24 suppléants ;
- De 3000 à 3499 salariés : 25 titulaires et 25 suppléants ;
- De 3500 à 4249 salariés : 26 titulaires et 26 suppléants ;
- De 4250 à 4749 salariés : 27 titulaires et 27 suppléants ;
- De 4750 à 4999 salariés : 28 titulaires et 28 suppléants ;

- De 5000 à 5749 salariés : 29 titulaires et 29 suppléants ;
- De 5750 à 5999 salariés : 30 titulaires et 30 suppléants ;
- De 6000 à 6999 salariés : 31 titulaires et 31 suppléants ;
- De 7000 à 8249 salariés : 32 titulaires et 32 suppléants ;
- De 8250 à 8999 salariés : 33 titulaires et 33 suppléants ;
- De 9000 à 9999 salariés : 34 titulaires et 34 suppléants ;
- 10000 salariés et plus : 35 titulaires et 35 suppléants.

Les collèges électoraux

Les salariés sont répartis entre deux collèges électoraux en fonction de la catégorie professionnelle à laquelle ils appartiennent. Le premier collège est composé des ouvriers et des employés, le second des ingénieurs, des chefs de service, des techniciens ainsi que des agents de maîtrise et assimilés (C. trav., art. L2314-11).

Souvent appelé « collège cadres », ce second collège ne comprend pas que des membres appartenant à cette catégorie. Le nombre d'agents de maîtrise est, en effet, souvent supérieur à celui des cadres à proprement parler. Dans les établissements comptant moins de 25 salariés, il n'existe qu'un seul collège regroupant toutes les catégories professionnelles (C. trav., art. L2314-11).

Dans les entreprises de plus de 500 salariés, un siège est réservé aux cadres lors de l'élection du CSE. Lorsque la société compte plus de 25 cadres, ingénieurs et chefs de service, un troisième collège leur est réservé pour l'élection des membres du comité d'entreprise (C. trav., art. L2314-11).

La répartition des sièges entre les deux collèges est prévue par le protocole d'accord préélectoral signé par l'employeur et les syndicats. Cet accord ne saurait remettre en cause l'existence du troisième collège réservé aux cadres lorsque leur nombre est supérieur à 25 (Cass. soc., 13 octobre 2004, pourvoi nº 03-60275). En cas de désaccord entre l'employeur et les organisations syndicales, le directeur du Travail doit trancher le différend.

Une convention collective ou un accord collectif peut modifier la répartition, le nombre et la

composition des collèges. Le protocole d'accord préélectoral peut également le prévoir, à condition qu'il soit signé par l'ensemble des syndicats représentatifs dans l'entreprise. Si l'employeur et les syndicats sont en désaccord, le litige sera tranché par le tribunal judiciaire.

Les conditions d'électorat et d'éligibilité

Pour être électeur, le salarié doit travailler depuis au moins trois mois dans l'entreprise, être âgé de plus de 16 ans et ne pas être déchu de ses droits civiques (C. trav., art. L2314-18). Les salariés à temps partiel et les salariés en contrat à durée déterminée peuvent voter, contrairement aux salariés intérimaires, qui sont pris en considération dans le décompte de l'effectif mais ne bénéficient pas du droit de vote, faute d'être liés contractuellement avec l'entreprise. Les intérimaires peuvent toutefois voter dans l'entreprise de travail temporaire (C. trav., art. L2314-20).

Ne peuvent être électeurs le chef d'entreprise, ses représentants et l'ensemble des salariés

remplissant, dans les faits, le rôle d'employeur vis-à-vis du personnel en exerçant le pouvoir disciplinaire ou le pouvoir d'embaucher ou de licencier. Ainsi, le salarié qui représente l'employeur lors de la négociation d'accords collectifs ne peut voter ou être candidat (Cass. soc., 28 septembre 2017, pourvoi n° 16-15807). Les mandataires sociaux inscrits sur l'extrait Kbis ne sont ni électeurs ni éligibles, même en cas de cumul de leur mandat avec un contrat de travail. En appliquant ces critères, l'employeur peut établir la liste électorale et répartir les salariés entre les différents collèges.

Pour pouvoir se présenter à l'élection du CSE, il faut satisfaire à des conditions plus strictes que celles nécessaires à l'obtention du statut d'électeur. Le salarié doit ainsi être majeur et travailler dans l'entreprise depuis au moins un an (C. trav., art. L2314-19).

Après consultation des syndicats représentatifs dans l'entreprise, l'inspecteur du travail peut accorder des dérogations aux conditions d'ancienneté pour l'électorat et l'éligibilité, afin de permettre à un nombre significatif de salariés de voter ou de se présenter (C. trav., art. L2314-25).

Les ascendants, descendants, frères et sœurs, beaux-frères et belles-sœurs, beaux-parents, conjoint, partenaire d'un Pacs et concubin du chef d'entreprise ne peuvent se présenter à ces élections.

L'organisation des élections

Les élections doivent être annoncées aux salariés par tout moyen permettant de donner date certaine à cette information. L'affichage qui a été de rigueur pendant très longtemps n'est plus obligatoire. Le premier tour de scrutin doit se tenir au plus tard 90 jours après cette annonce. Si certains salariés sont absents en permanence de l'entreprise, l'employeur devra prouver que l'organisation des élections a été portée à leur connaissance. Sinon, l'élection risque d'être annulée (Cass. soc., 3 avril 2004, pourvoi nº 01-60464).

L'employeur doit inviter les syndicats à négocier le protocole d'accord préélectoral et à présenter leurs listes de candidats. Lorsque l'institution est renouvelée, cette invitation doit être lancée deux mois avant la date d'expiration des mandats. Le premier tour doit avoir lieu dans les 15 jours

précédant la fin des mandats (C. trav., art. L2314-5).

Dans les entreprises ayant un effectif compris entre 11 et 20 salariés, l'employeur n'est pas tenu d'inviter les syndicats à négocier le protocole d'accord préélectoral sauf si, dans les 30 jours suivant l'annonce des élections, un salarié a fait acte de candidature (C. trav., art. L2314-5). En pratique, l'employeur devra annoncer l'organisation des élections aux salariés, puis attendre un mois une éventuelle candidature. Ce n'est qu'à l'issue de ce délai qu'il saura s'il doit ou non inviter les syndicats à la négociation électorale. En l'absence de syndicats, il semble logique de considérer que l'employeur fixe lui-même les modalités du vote.

Le processus aboutissant au scrutin implique de suivre l'ensemble des étapes suivantes. La préparation des élections consiste à établir un rétroplanning – à partir du jour prévu pour le second tour – programmant les principales étapes jusqu'au dernier jour du scrutin. Plusieurs documents doivent être rassemblés :

- La note de service annonçant les élections et invitant les organisations syndicales à négocier

le protocole d'accord préélectoral et à présenter leurs listes de candidats ;

- Le courrier adressé aux syndicats représentatifs pour les inviter à négocier le protocole électoral ;
- Le projet de protocole d'accord préélectoral servant de base à la négociation avec les syndicats ;
- La note expliquant le déroulement des scrutins ;
- La liste électorale comportant le nom, l'âge et l'ancienneté des salariés ;
- La liste des candidats ;
- La note expliquant les modalités du vote par correspondance (s'il y a lieu) ;
- La feuille de dépouillement (modèle disponible auprès de l'inspection du travail) ;
- Le procès-verbal des élections ou de carence (second tour).

Le protocole d'accord préélectoral

Ce protocole doit donner lieu à un accord entre l'employeur et les syndicats, prévoyant les modalités pratiques du vote.

La négociation du protocole

Au moins quinze jours avant la date de la première réunion, une invitation est adressée par courrier aux syndicats représentatifs dans l'entreprise ou l'établissement, aux organisations ayant créé une section syndicale ainsi qu'aux syndicats affiliés à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel (C. trav., art. L2314-5). L'employeur doit également inviter à la négociation tous les syndicats respectant les valeurs républicaines, ayant deux ans d'existence au minimum et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés.

Lorsque l'entreprise ne compte aucun syndicat, l'employeur doit adresser un courrier aux cinq centrales syndicales représentatives – CGT, CFDT, CFTC, CFE-CGC et FO – pour les inviter à négocier le protocole. Cette invitation souvent adressée à l'union locale peut l'être à la confédération syndicale représentative au niveau national et

interprofessionnel (Cass. soc., 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-60268). Les syndicats ne se donnent pas toujours la peine d'envoyer un représentant… D'autant que certains employeurs choisissent de programmer la première réunion à une heure peu commode (un vendredi en fin de journée, par exemple), pensant décourager la venue de syndicalistes extérieurs à l'entreprise. Quoi qu'il en soit, en cas de carence des organisations syndicales, l'employeur peut fixer seul les modalités d'organisation du vote.

Les représentants des syndicats, présents lors de la négociation, ne sont pas nécessairement des salariés de l'entreprise. Ils doivent donc justifier d'un pouvoir, contrairement aux délégués syndicaux de l'entreprise (Cass. soc., 12 février 2003, pourvoi n° 01-60904). Le protocole d'accord préélectoral doit être signé par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont celles ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Lorsqu'aucune élection ne peut servir de référence, la majorité des syndicats représentatifs dans l'entreprise doit le signer (C. trav., art. L2314-6).

Le contenu du protocole

Cet accord prévoit les modalités d'organisation et de déroulement du vote. Il doit respecter les principes généraux du droit électoral (C. trav., art. L2314-28). Très concrètement, de nombreuses informations pratiques vont être définies : heures d'ouverture des bureaux de vote, désignation des salariés chargés de tenir ces derniers, répartition des sièges à pourvoir entre les différents collèges, date d'affichage des listes électorales, date limite de dépôt des candidatures, recours éventuel au vote électronique ou par correspondance, etc. Si l'employeur et les syndicats ne parviennent pas à se mettre d'accord, le juge du tribunal judiciaire devra trancher les points de désaccord.

Le protocole peut modifier le nombre de sièges ou le volume des heures individuelles de délégation sous réserve que leur volume global au sein de chaque collège reste au moins égal à celui résultant des dispositions du code du travail (C. trav., art. L2314-7). Il peut aussi déroger à la règle limitant à trois le nombre de mandats successifs qui s'applique dans les entreprises de 50 à 300 salariés (C. trav., art. L2314 – 33).

En l'absence d'un accord sur la répartition des salariés entre les différents collèges et sur la répartition des sièges entre les collèges lors de la signature d'un protocole électoral, l'employeur doit saisir la Dreets pour établir cette répartition (C. trav., L2314-13 et Cass. soc., 9 novembre 2011, pourvoi n° 11-60029). Cette saisine a pour effet de proroger les mandats jusqu'à la proclamation des résultats du vote.

Les listes électorales

L'employeur doit afficher les listes électorales sur lesquelles sont mentionnés l'identité, l'âge, le collège d'appartenance et l'ancienneté de chaque électeur. Cet affichage permet aux salariés de vérifier leur prise en compte en tant qu'électeurs et de connaître leur collège électoral d'affectation. Bien qu'aucune date limite ne soit prévue pour afficher ces listes, celles-ci doivent être rendues publiques au moins quatre jours avant le scrutin. En effet, les listes électorales ne pouvant être contestées que dans les trois jours suivant leur affichage (C. trav., art. R2314-24), un délai d'affichage inférieur à quatre jours empêcherait un tel droit de recours à contestation. En règle

générale, les protocoles d'accord préélectoraux prévoient des délais plus longs, de l'ordre de 15 jours.

Les listes des candidats

Après la signature du protocole, tout salarié satisfaisant aux conditions d'éligibilité peut être candidat à l'élection du CSE sur une liste obligatoirement présentée par un syndicat. Il peut se présenter comme titulaire et comme suppléant, les votes étant distincts (C. trav., art. L2314-26). Toutefois, s'il est élu dans les deux fonctions, il ne pourra pas cumuler ces deux mandats et devra faire un choix.

Le délégué syndical, ou le salarié présentant une liste au nom d'un syndicat, doit disposer d'un mandat écrit de son organisation (Cass. soc., 8 novembre 1988, Thierry c/ Sté Saint-Frère). Le protocole d'accord préélectoral prévoit souvent l'affichage des listes de candidats (ce n'est pas une obligation) ainsi qu'une date limite de dépôt des candidatures. Une liste peut contenir moins de candidats qu'il n'y a de sièges à pourvoir. Les personnes se présentant aux élections doivent appartenir au collège électoral dans lequel elles

sont candidates. L'employeur ne peut se faire juge de l'éligibilité d'un salarié et doit saisir le tribunal pour la contester (Cass. soc., 7 janvier 1998, pourvoi n° 97-60301). Les candidats bénéficient de la protection accordée aux salariés protégés en matière de licenciement (voir chapitre 19).

La représentation équilibrée des femmes et des hommes

Une liste comptant plusieurs candidats doit être composée d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la répartition entre les deux sexes au sein du collège électoral concerné. Elle alterne un homme et une femme jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de candidats d'un même sexe. Le non-respect de cette règle est susceptible d'entraîner l'annulation de l'élection (Cass. soc., 9 mai 2018, pourvoi n° 17-60133).

Même si les syndicats sont certainement favorables à l'idée d'une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes, celle-ci complique la constitution de listes. Ainsi, un syndicat estimait que cette obligation portait atteinte à la liberté syndicale. Saisie de la question, la Cour de cassation a considéré au contraire que cette obligation

répondait à l'objectif légitime d'assurer une représentation des salariés reflétant la réalité du corps électoral afin de promouvoir l'égalité effective des sexes (Cass. soc., 13 février 2019, pourvoi n° 18-17042).

Selon la Haute Juridiction, l'obligation s'impose uniquement aux listes présentées par une organisation syndicale et non aux candidatures dites libres (Cass. soc., 25 novembre 2020, pourvoi n°19-60222). Une position contestée par certains juristes en raison de la différence de traitement.

Lorsque le calcul pour établir la répartition des candidats entre les sexes aboutit à un résultat décimal, celui-ci est arrondi à l'entier supérieur si la décimale est supérieure ou égale à cinq, à l'entier inférieur si celle-ci est inférieure à cinq (C. trav., art. L2314-30). Lorsque l'application de cet article exclut totalement la représentation de l'un des deux sexes, les listes de candidats pourront comporter un candidat du sexe non représenté. Celui-ci ne peut être en première position sur la liste.

La propagande électorale

Les candidats peuvent utiliser des moyens classiques de propagande électorale, en distribuant par exemple des tracts aux heures d'entrée et de sortie des salariés, en utilisant les panneaux d'affichage syndicaux ou, si un accord collectif le prévoit, l'intranet de l'entreprise (C. trav., art. L2142-3, L2142-4 et L2142-6). Ils peuvent commencer leur campagne électorale avant la date prévue par le protocole, sous réserve de l'inexistence d'un trouble manifestement illicite (Cass. soc., 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-24798). Seuls les syndicats peuvent faire de la propagande avant le premier tour de scrutin. Les candidats libres pourront en faire de même si un second tour doit être organisé (Cass. soc., 14 janvier 2004, pourvoi n° 01-60788). L'employeur a une obligation de neutralité, il ne peut donc prendre parti pour ou contre une liste (sauf à commettre un délit d'entrave pénalement sanctionné). Une telle intervention peut également conduire à l'annulation de l'élection (Cass. soc., 20 octobre 2009, pourvoi n° 98-60425).

Le vote par correspondance

Le vote est personnel et aucune procuration ne peut être donnée. Si de nombreux salariés sont absents de l'entreprise le jour du scrutin, il est possible d'organiser un vote par correspondance. En cas de désaccord entre l'employeur et les syndicats sur l'organisation d'un tel vote, le juge devra trancher.

Sur un plan pratique, pour éviter une éventuelle annulation des élections, l'employeur doit adresser suffisamment tôt aux salariés le matériel de vote : bulletins, enveloppes anonymes à glisser dans l'urne et enveloppe pour l'expédition. Sur cette dernière doit être mentionné le nom du salarié, lequel doit également y apposer sa signature avant de la retourner à l'employeur, en n'omettant pas d'insérer à l'intérieur les enveloppes anonymes contenant les listes choisies. Le jour de l'élection, le président du bureau de vote décachettera l'enveloppe reçue par voie postale, puis insérera les enveloppes anonymes dans les urnes.

L'élection est irrégulière lorsque les électeurs reçoivent en retard le matériel de vote par correspondance, y compris si ce retard n'est pas imputable à l'employeur qui l'a adressé avec un délai suffisant (Cass. soc., 10 mars 2010, pourvoi nº 09-60236).

Le déroulement du vote

L'élection se déroule sur le lieu de travail, à bulletins secrets. L'employeur doit fournir les bulletins, les enveloppes ainsi qu'une urne par scrutin. La présence d'un isoloir n'est pas obligatoire si les salariés peuvent voter dans une pièce ou derrière un rideau garantissant le secret du vote (Cass. soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-60278). L'expression « bureau de vote » désigne à la fois le lieu où se déroule le scrutin et l'équipe chargée de veiller au bon déroulement de l'élection. Trois personnes, qui ne peuvent être des représentants de l'employeur, composent le bureau de vote : un président, un secrétaire et un scrutateur. Elles ont pour mission de faire voter les salariés et de veiller à l'émargement de la liste électorale. À l'issue du scrutin, elles doivent signer la liste d'émargement sous peine de nullité de l'élection (Cass. soc., 30 septembre 2015, pourvoi n° 14-25925).

Le vote doit respecter les principes généraux du droit électoral et peut être annulé dans le cas contraire. Ainsi, les élections professionnelles au sein d'une PME ont été annulées au motif que l'employeur avait édité un bulletin unique pour

deux listes en présence, comportant le nom des candidats, les salariés devant cocher celui de leur choix (Cass. soc., 8 mars 2017, pourvoi nº 16-60106).

Les différentes listes de candidats peuvent désigner un délégué chargé de s'assurer, en leur nom, du bon déroulement du scrutin. L'employeur peut lui aussi dépêcher un représentant qui devra rester neutre, en s'abstenant d'exercer une quelconque influence sur le vote.

Le vote électronique

Le vote peut prendre une forme électronique. Il peut être décidé par l'employeur ou prévu par un accord d'entreprise ou d'établissement. Le prestataire choisi par l'employeur doit respecter un cahier des charges assurant notamment la confidentialité des données transmises ainsi que des fichiers constitués. Les données concernant les électeurs inscrits et l'urne électronique donnent lieu à des traitements par des systèmes informatiques distincts. Le système de vote est soumis à un expert indépendant qui vérifie sa conformité aux règles posées par le Code du travail. Le vote électronique n'exclut pas la possibilité de

conserver un vote à bulletin secret pour les salariés présents dans l'entreprise (C. trav., art. R2314-5 et suivants).

Le 25 avril 2019, la CNIL a mis à jour sa recommandation sur la sécurité du vote électronique. Elle propose une méthodologie aux employeurs leur permettant d'une part d'identifier le niveau de risque informatique pesant sur le scrutin (à partir d'une grille d'analyse fournie), d'autre part de déterminer les objectifs de sécurité à atteindre.

Le vote électronique est personnel. Les salariés ne doivent en aucun cas confier leurs clés ou leurs identifiants à un tiers. À défaut, l'élection peut être annulée (Cass. soc., 3 octobre 2018, pourvoi n° 17-29022).

Les tours de scrutin

Au premier tour, les organisations syndicales disposent d'un monopole pour présenter des listes éventuellement communes à plusieurs syndicats. Dans ce cas, leur représentativité – déterminée à l'occasion de cette élection – sera calculée en fonction de la répartition des suffrages exprimés

telle qu'elle a été indiquée lors du dépôt de la liste. À défaut d'indication, la répartition s'effectuera à part égale entre elles (C. trav., art. L2122-3).

Si, à l'issue du premier tour, tous les sièges ne sont pas pourvus en raison de l'absence de candidats ou de quorum (plus de la moitié des électeurs inscrits ne s'étant pas déplacés pour voter), un second tour doit être organisé dans les 15 jours. Tous les salariés, qu'ils soient syndiqués ou non, peuvent se porter candidats et un quorum n'est plus exigé. Un salarié peut se présenter seul sur une liste.

Le dépouillement

Le dépouillement est effectué après la fermeture du bureau de vote par les membres de ce dernier, lesquels peuvent être aidés par d'autres électeurs si le nombre de bulletins à dépouiller est très important. Au premier tour, même si le quorum de 50 % n'est pas atteint, il faut néanmoins procéder au dépouillement afin de mesurer la représentativité des syndicats ayant présenté des candidats (C. trav., art. L2122-1). Les bulletins blancs, injurieux, illisibles ou comportant un signe de reconnaissance ne sont pas comptabilisés parmi les suffrages exprimés. De même, les électeurs ne

peuvent pas remplacer le nom d'un candidat par celui d'une autre liste, le panachage n'étant pas autorisé. En revanche, les bulletins sur lesquels un ou plusieurs noms ont été raturés sont valables. Les ratures ne sont pas prises en compte si elles sont présentes sur moins de 10 % des bulletins sur lesquels figurent le ou les candidat(s) concerné(s) (C. trav., art. L2314-29).

À l'issue du dépouillement, l'un des membres du bureau de vote doit proclamer oralement les résultats. Ceux-ci sont retranscrits sur un procès-verbal d'élection que l'employeur devra transmettre en double exemplaire au prestataire agissant pour le compte du ministère du Travail dans les 15 jours (C. trav., art. R2314-22).

Le procès-verbal d'élection doit indiquer les heures d'ouverture et de fermeture des bureaux de vote, sauf si un constat d'huissier y supplée (Cass. soc., 28 janvier 2015, pourvoi n° 14-60413). Suite à cette jurisprudence, l'administration a ajouté dans les formulaires une case pour indiquer lesdits horaires.

Après la proclamation des résultats, l'employeur doit transmettre les procès-verbaux d'élection aux organisations syndicales qui ont présenté des listes

ou qui ont participé à la négociation du protocole électoral (C. trav., art. L2314-29).

Le mode de scrutin pour répartir les sièges

Les sièges sont répartis à la proportionnelle à la plus forte moyenne. Cette répartition implique de calculer le quotient électoral. Celui-ci correspond à la division du nombre total de suffrages exprimés par le nombre de sièges à pourvoir. Étant donné qu'il est possible de rayer des noms, les candidats n'obtiennent pas forcément le même nombre de voix. Pour calculer le nombre de voix attribuées à une liste, il faut additionner les voix obtenues par tous les candidats de ladite liste puis les diviser par le nombre de personnes présentes sur cette liste. Chaque liste se voit attribuer un nombre de sièges correspondant au rapport entre son nombre de voix et le quotient électoral. Ensuite, les sièges restants sont attribués en divisant le nombre de voix obtenues par chaque liste par le nombre de sièges déjà obtenus auxquels on ajoute ceux restant à pourvoir.

Lorsqu’une liste obtient un siège, celui-ci est attribué au premier candidat de la liste. Étant donné que les électeurs peuvent rayer des noms, les candidats d’une même liste n’obtiennent pas forcément le même nombre de voix. Un candidat dont le nom a été raturé sur plus de 10 % des bulletins devra céder sa place à la personne suivante sur la liste, à condition que celle-ci n’ait pas eu plus de rayures (C. trav., art. L2314-29).

Exemple de répartition proportionnelle

Une entreprise de 70 salariés met en place un comité social et économique qui doit comprendre quatre représentants. Trois listes sont en lice. Deux d'entre elles comptent deux candidats, la troisième un seul. 64 suffrages exprimés sont répartis de la manière suivante :

	Liste 1	***Liste 2***	***Liste 3***
Candidat A	30 voix	26 voix	8 voix
Candidat B	28 voix	22 voix	
Total	58 voix / 2	48 voix / 2	8 voix / 1
Soit	29 voix	24 voix	8 voix

Le quotient électoral est égal à 16 (64 suffrages exprimés divisés par 4 sièges).

Les listes 1 et 2 obtiennent chacune un siège, car leur nombre de voix est supérieur au quotient électoral. Pour attribuer les deux sièges restants, il faut diviser le nombre de voix obtenues par chaque liste par le nombre de sièges gagnés auquel on ajoute 2.

- Liste 1 : 29 / (1 siège obtenu + 2 sièges à pourvoir) = 9,67
- Liste 2 : 24 / (1 siège obtenu + 2 sièges à pourvoir) = 8

- Liste 3 : 8 / (0 siège obtenu + 2 sièges à pourvoir) = 4

La liste 1 obtient donc un second siège. Il reste un siège à pourvoir.

- Liste 1 : 29 / (2 sièges obtenus + 1 siège à pourvoir) = 9,67
- Liste 2 : 24 / (1 siège obtenu + 1 siège à pourvoir) = 12
- Liste 3 : 8 / (0 siège obtenu + 1 siège à pourvoir) = 8

Au final, les listes 1 et 2 gagnent deux sièges, la liste 3 aucun.

Le procès-verbal de carence

En l'absence de candidats, un procès-verbal de carence doit être adressé, par lettre recommandée, à l'inspection du travail dans les 15 jours suivant l'élection. Ce document, qui mentionne l'ensemble des diligences accomplies par l'employeur, doit être affiché dans l'entreprise. L'inspection du travail l'adressera également aux organisations syndicales du département. Celles-ci pourront alors vérifier si l'employeur n'a pas omis de les inviter à la négociation du protocole d'accord préélectoral.

À savoir

Le procès-verbal de carence ne fait pas obstacle à une nouvelle demande d'organisation des élections émanant d'un salarié ou d'un syndicat.

La contestation des élections

Les élections et les modalités afférentes peuvent donner lieu à de nombreuses contestations, notamment sur les conditions d'électorat et d'éligibilité, sur le décompte de l'effectif ou le déroulement du scrutin. Selon sa nature, la contestation est tranchée par le juge du tribunal judiciaire ou par l'autorité administrative.

Le tribunal judiciaire

Jurisprudence

Cette juridiction intervient pour trancher les contestations ayant trait au décompte de l'effectif, à la représentativité des syndicats, au nombre et à la composition des collèges électoraux (pour les litiges individuels) et au déroulement des élections. Le scrutin peut être annulé lorsque l'irrégularité a porté atteinte aux principes généraux du droit électoral ou si elle a été déterminante sur le résultat de l'élection, la représentativité d'un syndicat ou la désignation d'un salarié en qualité de délégué

syndical (Cass. soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-60236 et 13 janvier 2010, pourvoi n° 09-60203). L'omission de l'affichage de l'annonce des élections sur l'un des sites de l'entreprise peut conduire à la nullité des élections (Cass. soc., 30 novembre 2011, pourvoi n° 11-11852). Il en va de même si les électeurs n'ont pas accès au dépouillement (Cass. soc., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-16141).

En matière de contestation de la liste électorale, le tribunal doit être saisi dans les trois jours suivant sa publication. Pour les contestations portant sur la régularité des opérations électorales, le délai est de 15 jours à partir de l'élection. Une fois passé ce délai, l'élection ne sera pas annulée même si un syndicat, qui n'a pas été convoqué à la négociation du protocole électoral, le demande (Cass. soc., 4 juillet 2018, pourvoi n° 17-21100).

Le tribunal doit être saisi au moyen d'une déclaration au greffe, la jurisprudence admettant également la saisine par lettre recommandée. Toutefois, ce second moyen s'avère risqué compte tenu de la brièveté du délai. Les jugements ne sont pas susceptibles d'appel (C. trav., art. R2314-25).

L'unique voie de recours est le pourvoi en cassation dans les dix jours de la notification du jugement.

Le directeur du Travail

Toutes les contestations portant sur la répartition des électeurs et des sièges à pourvoir entre les collèges électoraux sont tranchées par le directeur du Travail. Sa décision peut elle-même faire l'objet d'un recours hiérarchique auprès du ministre. Ces décisions peuvent être contestées devant les juridictions administratives (tribunal administratif, cour administrative d'appel et Conseil d'État).

Depuis la loi Macron du 6 août 2015, certaines décisions administratives doivent être contestées devant le juge judiciaire et non plus devant le juge administratif :

- Répartition du personnel et des sièges entre les différents collèges électoraux (C. trav., art. L2314-13) ;
- Dérogations accordées par l'inspecteur du travail aux conditions d'ancienneté pour être électeur et éligible (C. trav., art. L2314-25) ;
- Reconnaissance ou perte de qualité d'établissement distinct (C. trav., art. L2313-

5) ;

- Répartition des sièges aux élections du CSE central (C. trav., art. L2316-8).

Pour obtenir des informations complémentaires sur l'élection du CSE, consultez le site dédié aux élections professionnelles des entreprises d'au moins 11 salariés et à la représentativité syndicale : www.elections-professionnelles.travail.gouv.fr.

DANS CE CHAPITRE

Les différentes catégories de conventions et accords collectifs

•

Les modalités de conclusion et les formalités à accomplir

•

La hiérarchie entre les différents niveaux d'accord

•

Les domaines et la périodicité des négociations obligatoires

Chapitre 25
Les conventions et accords collectifs

L'une des spécificités du droit du travail réside dans l'existence de règles issues de la négociation de conventions et accords collectifs entre les partenaires sociaux. Celles-ci viennent se

superposer aux dispositions du Code du travail, généralement dans une complémentarité d'opposition. En effet, comme vous l'avez par exemple constaté dans le chapitre sur la durée du travail (voir chapitre 6), il est possible de déroger à de nombreuses règles par convention ou accord collectif. Mieux, le législateur adopte parfois les règles définies par les partenaires sociaux. Ainsi, certains accords interprofessionnels sont repris dans le Code du travail. C'est notamment le cas de la rupture conventionnelle présentée au chapitre 17, qui est la transposition d'un accord interprofessionnel signé le 21 janvier 2008. La liberté contractuelle des partenaires sociaux a également été reconnue comme un principe constitutionnel, même si les accords collectifs ne peuvent pas prévoir de règles contraires à l'ordre public (Cons. constit., 29 novembre 2019, décision n° 2019-816).

La coexistence de ces règles implique donc de comprendre comment elles se coordonnent et quelles sont les possibilités de dérogation entre les différents niveaux d'accord et de convention. Dans ce chapitre, vous découvrirez leurs principales caractéristiques et les règles permettant d'aboutir à

leur conclusion, ainsi que les domaines d'intervention d'une négociation périodique.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 consacrée à la négociation collective et la loi Travail du 8 août 2016 ont accru les possibilités de déroger à une convention collective de branche par un accord d'entreprise. La réforme de 2017 a facilité le processus de négociation de ces conventions, en particulier dans les PME. En 2019, 80 780 accords d'entreprise ont été conclus, soit 30 % de plus qu'au cours de l'année 2018. Ces accords d'entreprise portent sur des thèmes divers et variés.

Règles communes

La convention et l'accord collectif ont la nature d'un contrat conclu entre un ou plusieurs syndicats de salariés et d'employeurs. Cet acte crée des obligations non seulement pour ses signataires, mais surtout pour leurs adhérents bien que ceux-ci n'aient rien signé (seule exception, l'accord d'entreprise). La convention collective, qui a une vocation générale, régit les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail, ainsi que les garanties sociales des salariés (C. trav., art.

L2221-2). Plus restrictifs, les accords collectifs traitent d'un nombre limité de questions. Ceux-ci peuvent être conclus à tous les niveaux : interprofessionnel, branche d'activité, groupe, entreprise et établissement.

Conventions et accords peuvent être complétés ou leurs dispositions modifiées par avenants. L'entrée en vigueur de ces derniers est soumise aux mêmes formalités que l'accord lui-même. En ce qui concerne les conventions de branche, les avenants représentent souvent plusieurs dizaines de textes.

Forme et formalités

La convention ou l'accord est écrit et rédigé en français. Il doit être signé par les parties contractantes (C. trav., art. L2231-3 et L2231-4). Son entrée en vigueur nécessite l'accomplissement de formalités de publicité auprès de la direction générale du Travail pour les conventions collectives, les accords de branche ainsi que les accords professionnels ou interprofessionnels (C. trav., art. D2231-2 et suiv.). Les textes doivent être déposés en deux exemplaires, l'un sous format électronique et l'autre papier. Les accords de groupe, d'entreprise, d'établissement et

interentreprises doivent être déposés sur la plateforme de téléprocédure TéléAccords du ministère du Travail (www.teleaccords.travail-emploi.gouv.fr ; C. trav. art. D 2231-4). Un exemplaire est également adressé au greffe du conseil de prud'hommes du lieu de conclusion de l'accord.

Clauses obligatoires

La convention collective doit indiquer son champ d'application professionnel et géographique, en précisant les activités économiques concernées. Elle doit contenir un préambule qui présente ses objectifs et son contenu (C. trav., art. L2222-3-3). En principe, les conventions collectives s'appliquent sur le territoire national. Dans certains secteurs d'activité, le champ d'application peut être spécifique à une région ou à un département. Pour les accords d'entreprise, il faut mentionner la société et les catégories de personnels concernées.

L'accord, ou la convention, est conclu pour une durée indéterminée ou déterminée de cinq ans maximum. En l'absence de mention de la durée, celle-ci est fixée à cinq ans. Les accords conclus pour une durée déterminée avant la loi Travail du 8 août 2016 continuent à produire leurs effets en

devenant à durée indéterminée. En revanche, les accords conclus postérieurement à cette loi cesseront de produire effet à leur expiration (C. trav., art. L2222-4). Un accord peut être renouvelé ou révisé selon les modalités et le délai prévus par les signataires (C. trav., art. L2222-5). Il est également possible de dénoncer une convention ou un accord à durée indéterminée en respectant un préavis (C. trav., art. L2222-6). À défaut d'indication, la durée du préavis est fixée à trois mois (C. trav., art. L2261-9).

En cas de dénonciation par l'employeur, ce dernier doit consulter le comité social et économique si l'accord a trait à la gestion, à l'organisation ou à la marche de l'entreprise. Faute de consultation, la dénonciation demeure sans effet (Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 07-40723). Lorsque la dénonciation émane de la totalité des syndicats signataires (employeurs ou salariés), l'accord continue à s'appliquer pendant un an après l'expiration du préavis. L'une des parties peut alors demander l'engagement de négociations afin de conclure un accord de substitution (C. trav., art. L2261-10). Si ces négociations n'aboutissent pas à l'issue du délai d'un an, les salariés conservent

leurs avantages individuels acquis, par exemple une prime d'ancienneté. En revanche, ils ne pourront plus bénéficier de l'indemnité conventionnelle de licenciement, car le maintien des avantages individuels s'applique à des droits déjà ouverts. Or, la rupture du contrat de travail n'étant pas certaine, l'indemnité conventionnelle de licenciement n'est qu'un droit éventuel.

Information des salariés

Lors de l'embauche, l'employeur doit remettre au nouveau salarié une note d'information mentionnant les conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise. Il doit également tenir ces textes à la disposition des salariés sur le lieu de travail et les publier, le cas échéant, sur l'intranet de l'entreprise. La liste de ces textes doit également être affichée dans la société (C. trav., art. R2262-1 à R2262-5).

Conclusion d'une convention ou d'un accord collectif

Une convention se compose d'un document initial auquel s'ajoutent des annexes et des avenants

venant préciser ou modifier certaines de ces dispositions. Le ministre du Travail peut décider par la suite d'étendre tout ou partie d'une convention à l'ensemble d'une branche d'activité en prenant un arrêté d'extension (après avoir consulté la commission nationale de la négociation collective). Toutes les entreprises de la branche d'activité devront alors l'appliquer, indépendamment de leur appartenance ou non à une organisation signataire.

Accords interprofessionnels et conventions de branches

Pour conclure un accord interprofessionnel ou une convention de branche, la loi du 20 août 2008 prévoit qu'un ou plusieurs syndicats signataires doivent avoir recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés lors des élections professionnelles. De plus, il faut que les syndicats ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections ne s'y opposent pas. Les syndicats non signataires disposent de 15 jours à compter de la notification de l'accord pour s'y opposer.

Ces conditions de validité sont d'ordre public ; un accord collectif ne peut donc conditionner sa validité à des conditions de majorité différentes de celles prévues par la loi (Cass. soc., 4 février 2014, pourvoi n° 12-35333).

Pour être régulière, l'opposition à un accord collectif doit être notifiée à chacune des organisations syndicales signataires. Elle doit être adressée soit à l'un des délégués syndicaux ayant représenté le syndicat, soit directement à l'organisation syndicale qui l'avait désigné (Cass. soc., 8 juillet 2014, pourvoi n° 13-18390). Ces règles nécessitent de mesurer l'audience électorale des syndicats, ce qui implique de compiler l'ensemble des résultats obtenus dans les entreprises. La mesure la plus récente a été réalisée sur la période du 1er janvier 2013 au 31 décembre 2016. Les résultats de la mesure d'audience des syndicats au niveau national ont confirmé la représentativité des cinq syndicats qui bénéficiaient d'une représentativité de droit. Ceux-ci ont de nouveau été « qualifiés » en dépassant le seuil de 8 % des suffrages exprimés : la CFDT a obtenu 26,39 %, la CGT 24,85 %, la CGT-FO 15,60 %, la CFE-

CGC 10,69 % et la CFTC 9,48 %. Une nouvelle mesure a été programmée en 2021.

Les conventions peuvent être consultées sur le site internet Légifrance ou achetées sur le site internet de la Direction de l'information légale et administrative (www.dila.premier-ministre.gouv.fr).

Lorsqu'un accord de branche n'est pas respecté, un syndicat peut agir en justice pour obtenir des dommages et intérêts. La violation de cet accord porte en effet atteinte à l'intérêt collectif défendu par le syndicat (Cass. soc., 20 janvier 2021, pourvoi n°19-16283).

Restructuration des branches professionnelles

En octobre 2015, il existait 687 conventions collectives hors secteur agricole. L'objectif était de parvenir à environ 200 branches d'ici la fin de l'année 2019. Fin 2020, celui-ci était presque atteint puisque le nombre de branche est proche de 250. Ce chiffre devrait continuer à diminuer. Le ministre peut fusionner le champ d'application des conventions collectives d'une branche avec celui d'une branche de rattachement présentant des

conditions sociales et économiques analogues. Il peut également engager la fusion de plusieurs branches, afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives (C. trav., art. L2261-32 et suivants). Avant de procéder à la fusion, il doit préalablement recueillir l'avis motivé de la commission nationale de la négociation collective. De leur côté, les organisations syndicales d'employeurs et de salariés au sein de la branche concernée par la restructuration peuvent solliciter son rattachement à une branche d'activité autre que celle envisagée par le ministre, à condition de motiver leur demande. Dans ce cas, le ministre consulte à nouveau la commission. Une fois le nouvel avis rendu par cette dernière, le ministre peut prononcer la fusion.

Cette restructuration concerne les branches qui n'ont pas conclu d'accord collectif depuis plus de sept ans ou qui comptent moins de 5000 salariés.

La représentativité des organisations patronales

Pour être représentative, une organisation patronale d'employeurs doit préalablement remplir différents critères cumulatifs tels que l'indépendance, le respect des valeurs républicaines, la transparence financière ou l'influence qui résulte de l'activité et l'expérience (C. trav., art. L2151-1). Au niveau de la branche, elle doit disposer d'une implantation territoriale équilibrée et ses adhérents doivent représenter au moins 8 % de l'ensemble des entreprises adhérant à des syndicats patronaux de la branche ou au moins 8 % des salariés de ces entreprises (C. trav., art. L2152-1). Au niveau national et interprofessionnel, outre les critères précédents, elle doit être représentative à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services (C. trav., art. L2152-4).

La liste des organisations patronales représentatives est fixée par un arrêté du ministre du Travail tous les quatre ans. Le dernier arrêté date du 30 juin 2017. Il a reconnu la représentativité nationale du Medef, de la CPME et de l'U2P.

Une nouvelle mesure de la représentativité patronale qui a démarré le 23 septembre 2020 s'est terminée le 28 février 2021. Environ 500 organisations patronales ont candidaté au niveau interprofessionnel et dans les différentes branches professionnelles pour pouvoir négocier

les accords et conventions collectives durant les quatre prochaines années (ces résultats n'étaient pas connus au moment de la rédaction de ce livre). Les organisations doivent également déclarer le nombre de TPE parmi leurs adhérents, afin de mesurer l'audience spécifique et de désigner les membres des commissions paritaires régionales interprofessionnelles (CPRI).

Accords collectifs d'entreprise

Dans les entreprises comptant au moins un délégué syndical, celui-ci bénéficie d'un monopole pour négocier des accords collectifs avec l'employeur. Ce dernier n'a pas le droit de conclure avec le comité social et économique, sauf à commettre un délit d'entrave. Pour être valable, l'accord doit être signé par un ou plusieurs syndicats représentant au moins 50 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles (C. trav., art. L2232-12).

Si cette condition n'est pas remplie et si l'accord est signé par des syndicats représentant au moins 30 % des suffrages exprimés, une ou plusieurs de ces organisations disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature pour indiquer

qu'elles souhaitent une consultation des salariés afin de valider l'accord. À l'expiration de ce délai, l'employeur peut à son tour demander l'organisation de cette consultation, à condition que l'ensemble des syndicats ne s'y opposent pas. La consultation des salariés devra alors être organisée dans les deux mois sauf si, dans les huit jours à compter de la demande des syndicats ou de l'employeur, d'autres syndicats acceptent de signer l'accord et permettent ainsi d'atteindre le seuil de 50 %.

La délégation de chaque syndicat comprend tous les délégués syndicaux. Si le syndicat compte un seul délégué, celui-ci peut se faire accompagner d'un salarié de l'entreprise. Pour pouvoir dépasser ce nombre, l'employeur doit donner son accord (Cass. soc., 5 janvier 2011, pourvoi n° 09-69732). Dans les entreprises ne comptant qu'un seul délégué syndical, celui-ci peut être accompagné par deux salariés (C. trav., art. L2232-17).

En cas de carence au premier tour des élections professionnelles, un accord d'entreprise peut être conclu avec le représentant de la section syndicale. Toutefois, il devra être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés (C. trav., art.

L2232-14). Dans les entreprises de moins de 11 salariés ne comptant pas de délégué syndical, l'employeur peut soumettre la conclusion d'un accord ou d'un avenant de révision à un vote des salariés. Le scrutin doit être organisé au plus tôt quinze jours après la communication du projet d'accord aux salariés, lesquels doivent le valider à la majorité des deux tiers (C. trav., art. L2232-21 et L2232-22). Cette règle s'applique également aux entreprises dépourvues de comité social et économique et dont l'effectif est compris entre 11 et 20 salariés.

Dans les entreprises ayant entre 11 et 49 salariés, les accords peuvent être négociés et conclus (C. trav., art. L2232-23-1) :

- Soit par des salariés mandatés par un ou plusieurs syndicats représentatifs (niveau branche ou national). Si ces salariés ne sont pas membres du CSE, l'accord doit être soumis à l'approbation de la majorité des salariés dans un délai de deux mois à compter de la signature ;
- Soit par un ou plusieurs membres du comité social et économique représentant la majorité

des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

Lorsque l'accord doit être adopté par référendum, l'ensemble des salariés peut voter et pas seulement ceux concernés par son contenu (Cass. soc., 9 octobre 2019, pourvoi nº 19-10816).

Dans les entreprises dont l'effectif est d'au moins 50 salariés, les accords collectifs peuvent être conclus avec des membres du comité social et économique mandatés par un syndicat représentatif (C. trav., art. L2232-24). En l'absence de mandat, les accords peuvent être conclus avec des élus du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles (C. trav., art. L2232-25).

Des accords peuvent être conclus au niveau de l'établissement et du groupe depuis la loi de 2004.

Hiérarchie entre les différents niveaux d'accords

Dans le premier chapitre a été évoquée la remise en cause du principe de faveur (lequel permet au salarié de revendiquer l'application de la norme la plus favorable) par une convention ou un accord

collectif comportant des dispositions moins favorables. Ce principe avait pour effet d'empêcher un accord collectif de déroger à un autre accord ayant un champ d'application professionnel et géographique plus large. Ainsi, un accord d'entreprise ne pouvait déroger à une convention collective de branche dans un sens moins favorable au salarié. Cette hiérarchie a été modifiée par les ordonnances du 22 septembre 2017. En fonction du thème abordé dans l'accord, l'une des trois options suivantes s'applique :

- La convention de branche prévaut sur l'accord d'entreprise (bloc 1) ;
- La convention de branche peut limiter l'accord d'entreprise (bloc 2) ;
- La convention d'entreprise (antérieure ou postérieure) prévaut sur la convention de branche (bloc 3).

Le bloc 1 correspond aux domaines suivants (C. trav., art. L2253-1) : salaires *minima*, classifications, mutualisation du financement du paritarisme et de la formation professionnelle, protection sociale complémentaire, travail de nuit, temps partiel, recours au CDD, à l'intérim ou au

CDI de chantier, égalité professionnelle femmes/hommes, durée et renouvellement de la période d'essai, transfert conventionnel des contrats de travail.

À noter que l'accord d'entreprise prévaut sur la convention collective de branche si celui-ci prévoit des garanties au moins équivalentes pour les salariés. C'est l'application du principe de faveur. Étant donné que le Code du travail ne définit pas la notion de « garanties au moins équivalentes », en cas de contentieux les juges devront décider au cas par cas.

En ce qui concerne le bloc 2, en vertu d'une clause dite de « verrouillage », l'accord de branche peut interdire à l'accord d'entreprise conclu postérieurement d'y déroger dans les domaines suivants (C. trav., art. L2253-2) : exposition aux facteurs de risques professionnels, insertion professionnelle et maintien dans l'emploi des personnes en situation de handicap, seuil de désignation des délégués syndicaux et valorisation de leur parcours syndical, primes pour travaux dangereux ou insalubres. La clause de verrouillage ne s'applique pas à l'accord d'entreprise conclu antérieurement.

Pour ce qui est du bloc 3, l'accord d'entreprise prévaut sur l'accord de branche dans toutes les matières autres que celles appartenant aux blocs 1 et 2 (C. trav., art. L2253-3).

L'étendue de la réforme de septembre 2017 est importante. Pour autant, il ne faut pas en exagérer les effets. Un accord d'entreprise ne peut prévoir n'importe quelle disposition sous prétexte qu'elle a été négociée. Les sujets sensibles comme les salaires minimaux ou les conditions de recours au CDD font partie du bloc 1 interdisant toute dérogation à une convention collective de branche dans un sens moins favorable aux salariés. Par ailleurs, l'accord collectif doit impérativement respecter l'ordre public. Cette notion un peu abstraite désigne les garanties minimales dont doivent bénéficier les salariés dans le cadre du Code du travail (par exemple la durée maximale de travail ne peut dépasser 48 heures par semaine sauf dérogation autorisée par l'inspecteur du travail). ll est parfois difficile de savoir si une règle est ou non d'ordre public et si un accord collectif peut y déroger. Le juge doit apprécier au cas par cas (Cass. soc., 23 septembre 2020, pourvoi nº 18-23474). La jurisprudence peut aussi invalider des règles

prévues par des accords collectifs en invoquant leur contrariété à des principes généraux proclamés dans des conventions internationales ou des textes issus du droit de l'Union européenne.

Enfin, négocier ne veut pas dire nécessairement conclure. En théorie, un accord d'entreprise pourrait diminuer le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement d'un niveau élevé (par exemple un mois de salaire par année d'ancienneté dans certaines branches) en le ramenant au niveau de l'indemnité légale de licenciement, soit un quart de mois de salaire par année d'ancienneté. Mais si les salariés n'obtiennent pas de contreparties dans cette négociation, celle-ci a peu de chance d'aboutir.

Le contrat de travail ne peut déroger, dans un sens moins favorable au salarié, au Code du travail et aux accords collectifs en vigueur dans l'entreprise.

L'application d'un accord collectif dans l'entreprise s'impose à tout salarié, sauf dispositions contractuelles plus favorables (C. trav., art. L2254-1).

Négociations obligatoires

La législation du travail impose un certain nombre de négociations, tant au niveau des branches que de l'entreprise, à des périodicités régulières. Toutefois, négocier ne signifie pas conclure : la loi impose d'engager une négociation, mais non de parvenir à un accord. Il est en effet impossible de forcer deux personnes à se mettre d'accord.

L'Urssaf ne peut pas reprocher à un employeur de ne pas être parvenu à un accord pour lui refuser le bénéfice d'exonérations de cotisations sociales sur les bas salaires conditionné par l'engagement d'une négociation (Cass. soc., 7 novembre 2019, pourvoi n° 18-21499).

Négociation de branche et professionnelle

L'ordonnance du 22 septembre 2017 consacrée à la négociation collective a réécrit les dispositions du Code du travail. Celui-ci prévoit désormais des dispositions d'ordre public (qui fixent la limite de la négociation entre les partenaires sociaux), des règles pouvant être négociées par les partenaires sociaux et des dispositions dites supplétives qui s'appliquent en l'absence d'accord collectif.

Les dispositions d'ordre public précisent que les partenaires sociaux doivent engager des négociations selon la périodicité suivante (C. trav., art. L2241-1) :

- Au moins une fois tous les quatre ans sur les salaires, sur les mesures assurant l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, sur les conditions de travail, sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur l'exposition aux facteurs de risques professionnels, sur la formation professionnelle et sur l'insertion professionnelle des travailleurs en situation de handicap ;
- Au moins une fois tous les cinq ans sur la révision des classifications et l'épargne salariale.

Pour engager ces négociations, les organisations patronales doivent communiquer aux organisations syndicales de salariés les informations permettant une négociation loyale (C. trav., art. L2241-3). Elles doivent également apporter une réponse motivée aux propositions des syndicats.

Les partenaires sociaux peuvent négocier et conclure un accord collectif visant à modifier le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation, sous réserve de respecter les dispositions d'ordre public. L'accord a une durée maximale de cinq ans (C. trav., art. L2241-5).

À défaut d'accord intervenu entre les partenaires sociaux, ceux-ci doivent négocier selon la périodicité suivante (dispositions supplétives) :

- Au moins une fois par an sur les salaires, en prenant en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (C. trav., art. L2241-8). Cette négociation doit conduire à examiner l'évolution économique et la situation de l'emploi dans la branche (C. trav., art. L2241-9) ;
- Tous les trois ans sur les mesures pour assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (C. trav., art. L2241-11) ;
- Au moins une fois tous les trois ans sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ainsi que sur

la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels (C. trav., art. L2241-12) ;

- Tous les trois ans sur les mesures permettant l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs en situation de handicap (C. trav., art. L2241-13), sur la formation professionnelle des salariés (C. trav., art. L2241-14) ;
- Au moins une fois tous les cinq ans sur la révision des classifications et sur l'épargne salariale (C. trav., art. L2241-15 et L2241-16).

Négociation en entreprise

Dans les entreprises comportant au moins une section constituée par un syndicat représentatif, l'employeur engage au moins une fois tous les quatre ans (C. trav., art. L2242-1) :

- Une négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ;
- Une négociation sur l'égalité professionnelle femmes/hommes et la qualité de vie au travail ;

- Une négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels dans les entreprises d'au moins 300 salariés (C. trav., art. L2242-2).

En cas de carence, un syndicat peut demander à l'employeur d'engager cette négociation, lequel transmet cette demande aux autres syndicats dans les huit jours. L'employeur doit convoquer sous quinzaine les représentants syndicaux à une première réunion, au cours de laquelle il leur remettra un calendrier des réunions ainsi qu'une information (C. trav., art. L2242-14). Pendant toute la durée des négociations, l'employeur ne peut prendre, sauf en cas d'urgence, de décisions unilatérales impliquant l'ensemble des salariés sur les sujets en cours de négociation (C. trav., art. L2242-4).

Si la négociation aboutit, les parties concluent un accord collectif qui doit être déposé sur la plateforme de téléprocédure du ministère du Travail (C. trav., art. D2231-4). Une copie est également remise au greffe du conseil de prud'hommes du lieu de conclusion. En cas de désaccord, les propositions de chacune des parties ainsi que les mesures que l'employeur est prêt à

appliquer unilatéralement sont répertoriées dans un procès-verbal. Celui-ci doit être déposé auprès des services du ministère du Travail (C. trav., art. R2242-1).

Le non-respect de l'obligation d'engager cette négociation constitue un délit pénal puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3750 euros (C. trav., art. L2243-1 et suiv.).

Les partenaires sociaux ont la possibilité de négocier un accord collectif précisant le calendrier, la périodicité et les thèmes de négociation, sous réserve que ces derniers soient négociés au moins tous les quatre ans (C. trav., art. L2242-10).

En l'absence d'accord collectif, l'employeur engage une négociation (C. trav., art. L2242-13) :

- Tous les ans sur la rémunération, le temps de travail, le partage de la valeur ajoutée, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la qualité de vie au travail ;
- Tous les trois ans sur la gestion des emplois et des parcours professionnels si l'entreprise compte au moins 300 salariés.

Les entreprises comptant au moins 50 salariés ont l'obligation de négocier un accord relatif à l'égalité

professionnelle mentionnée au 2° de l'article L2242-1 du Code du travail ou, à défaut, un plan d'action tel qu'il est défini dans l'article L2242-3. Le non-respect de cette obligation est assorti d'une pénalité financière pouvant atteindre 1 % des rémunérations et gains versés aux salariés. Son montant est fixé par l'autorité administrative, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État (C. trav., art. L2242-8).

Depuis le 1er janvier 2019, les entreprises comptant au moins 50 salariés ou appartenant à un groupe comptant cet effectif ont l'obligation de négocier un accord collectif pour prévenir la pénibilité au travail, si 25 % des salariés sont exposés à certains risques professionnels (C. trav., art. L4162-1). Cet accord les couvre pour une durée de trois ans. À défaut d'accord collectif, un plan d'action peut être établi par l'employeur pour prévenir la pénibilité. Le non-respect de cette obligation est assorti d'une pénalité financière pouvant atteindre un montant de 1 % des rémunérations et gains versés aux salariés. Toutefois, celle-ci n'est due qu'après une mise en demeure adressée par l'inspection du travail et si l'employeur n'obtempère pas dans un délai de six mois. Les entreprises de moins de

300 salariés ne sont pas soumises à cette pénalité si un accord a été conclu au niveau de la branche.

Comment déterminer la convention collective applicable à une entreprise ?

La convention applicable à une entreprise est déterminée par son activité principale (C. trav., art. L2261-2). La fonction exercée par le salarié ne lui permet pas de revendiquer une convention collective correspondant à son emploi. Ainsi, le chauffeur de poids lourd travaillant dans une cimenterie sera soumis à la convention collective des entreprises de fabrication de ciment et non à celle des transports routiers.

Le problème réside dans la détermination de l'activité principale, ce qui n'est pas simple pour une société ayant plusieurs activités. Pour les entreprises industrielles, le critère retenu par la jurisprudence est le nombre de salariés (Cass. soc., 23 avril 2003, pourvoi n° 01-41196). Cet arrêt concernait la société William Saurin-Panzani, qui était soumise à la convention collective des pâtes alimentaires et non à celle des industries alimentaires, l'activité de conserverie employant un effectif moins important. Pour les entreprises commerciales, le critère est le chiffre d'affaires. Lorsque l'entreprise a simultanément une activité commerciale et industrielle, une réponse ministérielle recommande de considérer l'entreprise comme industrielle si le chiffre d'affaires de cette activité dépasse 25 % du CA total.

Lorsqu'un établissement est un centre autonome dont l'activité se distingue de l'activité principale de l'entreprise, ses salariés sont soumis à la convention correspondant à l'activité de l'établissement. Pour que cette convention puisse s'appliquer à toute l'entreprise, elle doit être étendue par le ministre du Travail ou bien l'employeur doit être membre d'un syndicat signataire ou doit décider de l'appliquer volontairement. L'adhésion d'un employeur à un syndicat entraîne *ipso facto* l'application de la convention collective dans la société. En cas de démission du syndicat, l'employeur demeure lié aux accords conclus antérieurement par son syndicat (C. trav., art. L2262-3).

Lors de la création d'une entreprise, l'Insee (Institut national de la statistique et des études économiques) lui attribue un code APE (activité principale de l'entreprise) correspondant à son activité. Mais il arrive parfois que ce code soit erroné en raison d'une mauvaise déclaration ou d'une mauvaise interprétation de l'activité par l'Insee. De fait, une mauvaise convention collective sera alors appliquée. Pour la jurisprudence, le code APE constitue une simple présomption sauf lorsque le champ d'application cite expressément les anciens codes NAF auxquels s'applique la convention collective. Or, les comptables s'appuient souvent sur ce code pour inscrire la convention collective sur les bulletins de paie. La Cour de cassation a donc décidé que la

mention d'une convention collective sur un bulletin de salaire vaut reconnaissance de son application. Cependant, si la convention collective est mentionnée par erreur, l'employeur peut toujours en apporter la preuve (Cass. soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-27947). Si la convention erronée a été appliquée, elle constitue un usage que l'employeur peut dénoncer en informant le comité social et économique et en respectant un préavis. Elle n'a pas pour effet de contractualiser cet usage (Cass. soc., 4 mars 2020, pourvoi n° 18-11585).

DANS CE CHAPITRE

Les différents types de grève

•

Les limites du droit de grève

•

La conciliation, la médiation, l'arbitrage

Chapitre 26
Le droit de grève

Si vous êtes usager des transports en commun (ou bien simple spectateur du journal télévisé), vous savez certainement ce qu'est une grève. Des salariés s'arrêtent de travailler pour revendiquer, éventuellement manifester et occuper leur lieu de travail. La grève est la manifestation ultime de l'antagonisme entre employeur et salarié : elle consiste, pour le second, à suspendre la relation de travail afin de faire pression sur le premier et ainsi le contraindre à accepter ses revendications.

Autrefois délit pénal, la grève est aujourd'hui un droit protégé par la Constitution, dont l'exercice est réglementé et encadré par la jurisprudence. En principe, l'arrêt de travail est une faute du salarié et pour que celui-ci devienne un droit, il doit répondre à certaines conditions.

Un arrêt de travail collectif au service d'une revendication

La grève a été définie à plusieurs reprises par la Cour de cassation : il s'agit d'une cessation collective et concertée du travail, destinée à appuyer des revendications professionnelles (Cass. soc., 11 juillet 2016, pourvoi n° 14-14226). En partant de cette définition, déterminons les actions qui relèvent du droit de grève et, inversement, celles qui peuvent constituer une faute.

Une action ou plutôt une inaction collective

La grève implique nécessairement un arrêt de travail qui n'a pas de durée minimale. En revanche, elle ne peut consister en une mauvaise exécution du travail ou permettre de s'affranchir d'une

obligation particulière du contrat, comme par exemple une astreinte (Cass. soc., 2 février 2006, pourvoi nº 04-12336) ou la signature d'un bon de travail (Cass. soc., 11 juillet 2016, pourvoi nº 14 – 14226). Le travail au ralenti ou volontairement mal fait ne constitue pas une grève, mais expose son auteur à une sanction disciplinaire.

Les grévistes n'ont pas besoin de répondre au mot d'ordre d'un syndicat ou de se décider à la majorité. Le caractère collectif d'une grève résulte du nombre de salariés mobilisés : il en faut plusieurs (peu importe s'ils sont minoritaires)… L'arrêt de travail d'un seul salarié peut toutefois constituer une grève s'il est l'unique employé de l'entreprise ou s'il suit un mot d'ordre national lancé par un syndicat. Les grévistes exercent collectivement un droit individuel.

Un préavis uniquement dans les services publics

Contrairement à une idée répandue, les salariés du privé n'ont pas l'obligation de respecter un préavis avant de se mettre en grève. Ce qui leur permet, parfois, de bénéficier d'un avantage certain vis-à-

vis de leur employeur, en déclenchant un mouvement de protestation surprise ! En revanche, dans les services publics, une réglementation spécifique impose un préavis de cinq jours destiné à favoriser la négociation et à éviter la grève (C. trav., art. L2512-1 à L2512-5). Le préavis doit être déposé par un syndicat représentatif au niveau national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé.

Des revendications diverses et variées

La grève a pour objectif d'appuyer une revendication professionnelle. Avant de commencer leur mouvement, les salariés doivent présenter une revendication collective à leur employeur. Peu importe les modalités de cette information mais, à défaut, ils ne pourront se prévaloir de la protection contre le licenciement dont bénéficient les salariés grévistes (Cass. soc., 30 juin 2015, pourvoi n° 14-11077). Toutefois, ils ne sont pas obligés d'attendre un éventuel refus avant de cesser le travail.

Les revendications peuvent être diverses et variées : rémunération, droits syndicaux, conditions de

travail, emploi, etc. Le juge n'a pas à apprécier leur légitimité ni leur bien-fondé (sauf si elles sont contraires à la loi). Un tel contrôle serait en effet nécessairement subjectif et permettrait de disqualifier certaines grèves, ce qui mettrait en danger ce droit fondamental.

Les différents types de grève

Le mot grève peut être associé à différents termes, qui vont en définir le type :

- **Grève d'avertissement.** De courte durée, elle en annonce une plus longue ;
- **Grève tournante.** Différents services de l'entreprise cessent tour à tour le travail ;
- **Grève bouchon.** Un service de l'entreprise cesse le travail dans le but de bloquer, par ricochet, les autres services ;
- **Grève politique.** Elle vise à s'opposer à la politique ou à une décision du gouvernement. Elle est normalement interdite, puisque l'employeur n'a aucun pouvoir de satisfaire la revendication des grévistes. Cependant, lorsque certaines décisions politiques peuvent avoir des conséquences professionnelles, une

telle grève devient licite (les revendications, qui ne sont pas particulières à l'entreprise, sont communes et générales aux salariés) ;

- **Grève de solidarité.** Elle vise à soutenir un salarié objet d'une sanction disciplinaire ou menacé de licenciement. Pour être valable, elle doit pouvoir être reliée à une revendication professionnelle ou collective des salariés. Elle est donc en principe illicite si elle concerne des salariés extérieurs à l'entreprise ;
- **Grève du zèle.** Elle porte improprement ce nom, puisque les salariés ne font qu'appliquer avec excès les consignes de l'employeur pour ralentir le travail ;
- **Grève perlée.** Elle consiste en l'exécution défectueuse ou ralentie du travail. Elle n'est donc pas une grève au sens juridique du terme et elle est constitutive d'une faute.

La situation pendant la grève

Une grève qui se déclenche a un impact direct sur les grévistes, les non-grévistes ainsi que sur l'entreprise concernée par ce mouvement.

Du côté des grévistes

Le contrat de travail des grévistes est suspendu. Comme ils ne travaillent plus, ils ne sont plus payés. Les jours de grève sont en principe déduits de leur salaire et de leurs congés payés. Toutefois, leur paiement est souvent négocié à la fin du conflit.

La réduction de salaire portée sur le bulletin de paie doit correspondre au temps de grève, mais le motif ne doit pas être mentionné (C. trav., art. R3243-4). La retenue est calculée par rapport à l'horaire mensuel et non par rapport au nombre de jours calendaires. Ainsi, pour un salarié en grève pendant une journée, on retient 7 heures sur 151 heures et non 1 jour sur 31. L'employeur ne peut pas réduire le salaire d'un montant plus important en arguant d'une baisse de la production proportionnellement plus importante que celle de la durée du travail.

Ne peut être opérée, au titre des jours de grève, une retenue sur salaire calculée en fonction de l'effet de la grève sur le fonctionnement de l'entreprise. Dans un groupe de presse, l'employeur avait opéré une retenue de 50 % pour un groupe de salariés grévistes qui avait permis la sortie d'un magazine,

alors que ceux dont la grève avait empêché la sortie d'un autre titre s'étaient vu appliquer une retenue de 100 % (Cass. soc., 9 juillet 2015, pourvoi n° 14-12779).

Pour les grévistes soumis à un forfait jour (le montant de leur rémunération n'est pas calculé par rapport à un volume horaire de travail), il est très difficile de déterminer la réduction de salaire lorsque l'absence a été inférieure à une journée. Le principe retenu par la jurisprudence est donc le suivant : l'absence due à la grève doit être décomptée comme une absence pour un autre motif (Cass. soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 10-10720). Si l'accord collectif régissant le forfait jour ne prévoit pas de retenue pour une absence inférieure à une demi-journée, l'employeur ne pourra pas opérer de retenue sur salaire en raison d'une grève (Cass. soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-45291).

Il n'existe qu'un seul cas permettant le maintien du salaire pendant le temps de la grève : lorsque la revendication a pour objectif de mettre fin à un manquement grave et délibéré de la part de l'employeur, par exemple le non-paiement des salaires (Cass. soc., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-44776) ou le non-respect de l'attribution de jours

de RTT prévue dans un accord d'entreprise (Cass. soc., 16 décembre 2009, pourvoi nº 07-41768).

Le Code du travail interdit toutes mesures discriminatoires à l'encontre des grévistes. Ceux-ci ne peuvent pas être sanctionnés ou licenciés en raison de la grève, à moins d'avoir commis une faute lourde. Si cette dernière n'est pas considérée comme telle par la justice, le licenciement est nul. Le salarié doit alors être réintégré et percevoir tous ses salaires.

Le règlement intérieur ne s'applique pas pendant la durée de la grève, à l'exception des dispositions relatives à la sécurité. Un gréviste victime d'un accident dans l'entreprise pendant une grève ne sera pas reconnu comme accidenté du travail.

Du côté des non-grévistes

La grève ne suspend pas le contrat de travail des non-grévistes. L'employeur doit par conséquent verser leur salaire et leur fournir du travail. Toutefois, à l'impossible nul n'est tenu, par exemple si l'employeur se trouve dans une situation telle que le fonctionnement de

l'entreprise est impossible ou présente des risques (Cass. soc., 18 janvier 2017, pourvoi n° 15-23986).

L'employeur n'a pas le droit de prendre des mesures discriminatoires à l'encontre des grévistes, en octroyant par exemple un avantage aux non-grévistes. L'attribution d'une prime aux seuls salariés non grévistes doit être justifiée par un élément objectif, par exemple un surcroît de travail (Cass. soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 09-68297), sinon elle est discriminatoire (Cass. soc., 1er juin 2010, pourvoi n° 09-40144). Ainsi, une avance permanente au profit des salariés qui s'engagent à maintenir la permanence de leur prestation de travail constitue une mesure discriminatoire (Cass. soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-43532).

Du côté de l'entreprise

Pour maintenir son activité, l'entreprise n'a pas le droit de remplacer les grévistes par des intérimaires ou des salariés en contrat à durée déterminée (C. trav., art. L1251-10). Elle peut, en revanche, les remplacer par du personnel interne. En réaction à la grève, l'employeur peut également être tenté de fermer la société et de jouer la montre

contre les grévistes (ceux-ci ne pouvant pas vivre indéfiniment sans salaire). Cette mesure de rétorsion, appelée le *lock-out*, est interdite en France. L'employeur ne peut en fait fermer l'entreprise que si elle se trouve dans la situation dite contraignante évoquée précédemment (fonctionnement impossible ou présentant des risques : Cass. soc., 4 juillet 2000, pourvoi n° 98-20537 ; Cass. soc., 20 avril 2017, pourvoi n° 15-16779).

Les limites au droit de grève

Bien que la grève soit un droit constitutionnel, il n'en demeure pas moins qu'elle doit être strictement encadrée (notamment par la jurisprudence) pour éviter les abus.

L'abus du droit de grève

Pour constituer un droit, la grève doit répondre aux conditions déjà évoquées. De plus, les grévistes ne peuvent abuser de ce droit en faisant un usage qui aille au-delà du raisonnable, notamment pour nuire à autrui. Or, l'objectif d'une grève consiste justement à faire pression sur l'employeur, ce qui

entraîne nécessairement une nuisance. La grève va certainement désorganiser la production, mais elle ne doit pas avoir pour effet de désorganiser l'entreprise en elle-même, en allant au-delà des seules conséquences de l'arrêt de travail. Dans le cas contraire, elle devient abusive. Toutefois, cet abus est très rarement reconnu, sauf si des actes illicites sont accomplis par les grévistes.

La faute lourde

Elle est plus forte que la faute grave (laquelle rend impossible le maintien du salarié dans la société pendant le temps du préavis). La faute lourde implique l'intention de nuire à l'employeur. Par exemple, l'entrave à la liberté du travail – en bloquant l'accès à l'entreprise –, les séquestrations ou les destructions caractérisent une telle faute (Cass. soc., 14 septembre 2017, pourvoi nº 16-16069 ; Cass. soc., 6 juin 2018, pourvoi nº 17-18770). Les piquets de grève, qui désignent un rassemblement de grévistes à proximité de l'entreprise, sont autorisés, sauf s'ils interdisent l'accès à la société. Dans ce cas, ils portent atteinte à la liberté du travail et peuvent constituer une faute lourde (Cass. soc., 18 janvier 2017, pourvoi

n° 15-19309). L'employeur devra toutefois prouver la participation personnelle du salarié et démontrer qu'il en a résulté une désorganisation de l'entreprise (Cass. soc., 9 mai 2012, pourvoi n° 10-26497).

La réquisition des grévistes

L'employeur peut demander au préfet de requérir certains salariés afin de garantir un service minimum, lorsque la grève engendre un risque pour la sécurité publique. Le pouvoir du préfet est fondé par l'article L2215-1 du Code général des collectivités territoriales, qui lui permet de réquisitionner un bien ou un service pour éviter un tel risque. Ce texte a par exemple été utilisé pour requérir les salariés d'une clinique privée. En revanche, le juge des référés du conseil de prud'hommes n'a pas le droit de condamner un salarié à accomplir son travail. Son pouvoir d'ordonner des mesures pour éviter un dommage imminent ne lui permet pas, en effet, de contraindre un gréviste à travailler.

Pour assurer la sécurité de l'entreprise, l'employeur peut imposer aux salariés, après saisine du préfet, la mise en place d'un service minimum. Toutefois,

celui-ci ne doit pas restreindre excessivement le droit de grève, ce que le juge devra vérifier (Cass. soc., 8 avril 2014, pourvoi n° 12-35349).

Les débordements de la grève

La grève représentant l'étape ultime d'un conflit entre employeur et salariés, il n'est pas impossible – étant donné les tensions – de voir le mouvement dégénérer.

De la grève à la délinquance

À l'occasion d'une grève, de nombreux délits – portant atteinte aux personnes (coups et blessures) ou aux biens (destructions ou dégradations) – peuvent être commis notamment parce que l'arrêt de travail laisse les grévistes gamberger dans l'inaction. Les délits spécifiques consécutifs aux débordements d'une grève sont :

- **L'entrave à la liberté du travail.** Les non-grévistes ne peuvent pas travailler en raison d'une action concertée et de menaces émanant des grévistes. L'entrave est réprimée par le Code pénal (art. 431-1) au maximum de un an de prison et de 15000 euros d'amende. Si elle

s'accompagne de violence ou de destruction, la peine est triplée ;

- **La séquestration.** Cela implique de retenir une personne contre son gré, même si celle-ci ne cherche pas à forcer le passage. La séquestration est un délit puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75000 euros lorsqu'elle dure moins de sept jours. Au-delà, il s'agit d'un crime relevant de la cour d'assises.

L'employeur ne poursuivra pas forcément les salariés grévistes qui commettraient de tels délits au pénal. Néanmoins, ces faits constituent des fautes lourdes pouvant justifier des licenciements.

De l'occupation des locaux à l'expulsion des grévistes

La grève n'autorise ni l'occupation du lieu de travail (sauf si celle-ci est symbolique et n'occasionne aucune gêne), ni de porter atteinte à la liberté du travail des non-grévistes. Le président du tribunal de grande instance est compétent pour ordonner en référé l'expulsion des grévistes. C'est

une procédure d'urgence qui permet notamment de mettre fin à un trouble manifestement illicite.

C'est à l'employeur d'établir ce trouble, en recourant notamment au constat d'huissier. Pour obtenir une décision de justice expulsant les grévistes, l'employeur devrait, en principe, les assigner individuellement au moyen d'un acte délivré par un huissier de justice. Mais cela nécessite d'identifier chaque gréviste et la décision d'expulsion ne pourra être ensuite opposée qu'aux personnes assignées. Il existe toutefois une autre procédure, qui consiste à présenter une requête au président du tribunal judiciaire, lequel délivrera une ordonnance décidant de l'expulsion des grévistes. Si ces derniers ne mettent pas fin à l'occupation en dépit de cette décision de justice, l'employeur devra recourir à la force publique, laquelle pourra refuser d'intervenir, craignant que cela ne dégénère en pugilat. Dans ce cas, l'employeur pourra engager la responsabilité de l'État devant le tribunal administratif.

La responsabilité encourue en cas de débordement

La grève est un droit. Son exercice ne permet donc pas d'engager la responsabilité civile de ses auteurs, à moins que ces derniers ne commettent un abus de droit ou un acte illicite. Dans ce cas, l'employeur doit démontrer à la fois la participation personnelle du ou des grévistes (Cass. soc., 18 janvier 2017, pourvoi n° 15-22428) et le lien de causalité directe avec le préjudice subi. La responsabilité civile d'un syndicat peut également être engagée si celui-ci est à l'origine de la faute. Ainsi, un syndicat qui incite les salariés à manquer à leurs obligations professionnelles peut être condamné à réparer le préjudice subi par l'employeur (Cass. soc., 11 juillet 2016, pourvoi n° 14 – 14226). Dans cette affaire, une organisation syndicale avait appelé des mécaniciens aéronautiques à ne plus signer leurs bons de travail, alors que ces documents sont obligatoires pour justifier de la maintenance effectuée sur un avion.

En revanche, l'implication des délégués syndicaux ne permet pas de retenir la responsabilité du syndicat. Enfin, les salariés non grévistes peuvent intenter une action contre les grévistes si des actes illicites leur ont causé un préjudice.

La fin de la grève

Une grève se termine souvent à la suite d'une négociation et de la signature d'un protocole. Celui-ci est un « objet juridique non identifié » : ce peut être par exemple une transaction, s'il comprend des concessions réciproques pour mettre fin au litige. Il peut également s'agir d'un engagement unilatéral de l'employeur ou d'un accord atypique. Le Code du travail prévoit des procédures de règlement des conflits collectifs par la conciliation, la médiation ou l'arbitrage. L'accord signé aura la même valeur qu'un accord collectif.

La conciliation

Selon les articles L2522-1 à L2522-7 du Code du travail, le recours à ce mode de règlement peut être prévu par la convention collective ou par un accord des parties. Celles-ci se présentent devant un comité de conciliation et l'accord (ou le désaccord) qui en découlera donnera lieu à l'établissement d'un procès-verbal. Cette commission est composée de représentants des organisations syndicales de salariés et d'employeur, ainsi que des pouvoirs publics. Si cette tentative échoue, il est

possible de s'en remettre à la médiation ou à l'arbitrage.

La médiation

Définie dans les articles L2523-1 à L2523-9 du Code du travail, la médiation peut intervenir soit en cas d'échec de la conciliation, soit à la demande des parties ou du ministre du Travail. Cette procédure nécessite de désigner un médiateur. En cas de désaccord entre les parties, l'administration en choisit un à partir d'une liste de personnes habilitées en raison de leur autorité et de leur expérience. Le médiateur tente de concilier les parties et émet des recommandations motivées pour essayer de mettre fin au conflit. Les parties disposent d'un délai de huit jours pour rejeter, d'une manière motivée, ces propositions. En cas d'échec, le médiateur doit en informer le ministre du Travail.

L'arbitrage

La convention collective peut prévoir le recours à l'arbitrage, prévu aux articles L2524-1 à L2524-11 du Code du travail, mais les parties peuvent

également y recourir d'un commun accord. Cela implique de désigner un arbitre, soit d'un commun accord, soit selon des modalités établies par avance. L'arbitre tranchera les questions, objet du conflit, en statuant sur l'interprétation du Code du travail ou des dispositions des accords collectifs, ou bien en équité lorsque le conflit ne peut pas être rattaché à l'application d'un texte.

Partie 6
La partie des Dix

Dans cette partie…

Nous vous montrerons que les idées reçues n'épargnent malheureusement pas le droit du travail. Or, bien plus que dans d'autres domaines, toute approximation ou fausse affirmation peut avoir des conséquences fâcheuses sur le plan professionnel, que ce soit pour l'employeur ou le salarié. Par ailleurs, nous vous prodiguerons des conseils pour gérer au mieux un rendez-vous particulièrement désagréable et stressant : l'entretien préalable au licenciement. Dites-vous bien que cela n'arrive pas qu'aux autres et qu'il est donc essentiel d'être bien armé lorsque l'on est confronté à une telle expérience…

DANS CE CHAPITRE

L'inspection du travail ne sert à rien. Le salarié gagne toujours aux prud'hommes. Vrai ou faux ?

•

Les dix idées reçues les plus fréquemment entendues

•

Connaître son bon droit malgré les on-dit

Chapitre 27
Dix idées reçues sur le droit du travail

Nombreuses sont les personnes qui croient, de bonne foi, maîtriser un domaine aussi complexe que le droit du travail. Or, en la matière, les clichés et les idées reçues sont légion ! Des salariés, souvent induits en erreur par des employeurs ou des représentants du personnel méconnaissant cette branche du droit, prennent pour argent comptant des sentences assénées sans retenue :

l'inspection du travail ne sert à rien, il n'est pas possible de contester un licenciement économique, le médecin du travail est un charlatan sans pouvoirs, etc. Il est donc temps de tordre le cou à dix idées reçues fréquemment entendues !

L'inspection du travail ne sert à rien

Certains employeurs peu scrupuleux n'hésitent pas à menacer les inspecteurs et contrôleurs du travail trop curieux d'une implacable sentence : « Si vous continuez à me chercher des poux dans la tête, je mets la clé sous la porte ! » Si ce type de rodomontade a parfois eu l'effet escompté, notamment dans des bassins d'emplois sinistrés (les inspecteurs hésitant alors à prendre le risque de voir un patron mettre sa menace à exécution), dans la plupart des cas l'inspection du travail joue pleinement son rôle. Cette institution veille à l'application des dispositions du Code du travail au sein de toutes les entreprises et, par extension, protège les salariés contre des patrons voyous ou tout simplement ignorants des règles en vigueur.

Les inspecteurs du travail, assistés par les contrôleurs, disposent d'importantes prérogatives pour mener à bien leur mission. En vertu des articles L8112-1 et suivants du Code du travail, ils ont notamment le droit de :

- Se rendre à tout moment dans n'importe quelle société employant des salariés et d'y circuler librement ;
- Demander à l'employeur et aux employés de décliner leur identité ;
- Contrôler tout document, livre et registre imposés par la législation ;
- Procéder, à des fins d'analyse, à des prélèvements sur des matières et produits utilisés ou distribués par la société ;
- Rechercher d'éventuelles infractions et les constater par des procès-verbaux. Ces derniers sont transmis au procureur de la République et au préfet. Simultanément, l'inspecteur du travail doit informer le chef d'entreprise des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ainsi que des sanctions encourues. Ce courrier a généralement pour effet d'inquiéter bon nombre de dirigeants d'entreprise…

Tout employeur qui tenterait de s'opposer à l'accomplissement des missions d'un agent de contrôle de l'inspection du travail s'expose à une peine d'un an d'emprisonnement et à une amende de 37500 euros. Vous constatez donc que l'inspection du travail dispose, en théorie, d'une grande latitude de manœuvre pour faire respecter la législation du travail. Malheureusement, le nombre d'inspecteurs et de contrôleurs se révèle nettement insuffisant (respectivement 1196 et 992 en 2015, contre 1451 et 2879 en 2005) pour assurer le contrôle de près de trois millions d'entreprises dans l'Hexagone. Par conséquent, il n'est pas étonnant que les salariés aient le sentiment que l'inspection du travail ne sert à rien.

Une réforme de l'inspection du travail a été lancée en septembre 2012, puis en 2014. Le corps des contrôleurs du travail devrait disparaître d'ici une dizaine d'années (http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/dossier_information_IT.pdf).

Pour autant, n'hésitez pas à contacter l'inspection du travail si vous estimez que la législation n'est pas respectée dans votre société. L'adresse et le numéro d'appel de l'inspection compétente ainsi que le nom de l'inspecteur doivent être affichés

dans les locaux normalement accessibles aux salariés (C. trav., art. D4711-1). Si l'inspecteur du travail n'est pas disponible pour vous répondre immédiatement par téléphone, prenez rendez-vous avec lui ou bien envoyez-lui un courriel ou un courrier (en recommandé si le sujet est sensible), dans lequel vous exposerez précisément la situation qui vous préoccupe. Enfin, notez qu'en vertu de l'article 15 alinéa c) de la convention nº 81 de l'Organisation internationale du travail, l'inspecteur – ou le contrôleur – a pour obligation de garantir la confidentialité de la source à l'origine de toute plainte. Il doit notamment s'abstenir de révéler à l'employeur qu'il procède à une visite d'inspection suite à une plainte.

Le salarié gagne toujours aux prud'hommes

Le conseil de prud'hommes est certainement la juridiction la plus connue des justiciables. Elle juge les litiges entre employeurs et salariés liés par l'existence d'un contrat de travail. La croyance la plus répandue veut que les prud'hommes soient toujours (ou presque) favorables aux salariés. La plupart du temps, cette juridiction est saisie par le

salarié, qui demande le paiement de salaires ou conteste son licenciement. L'employeur n'a donc rien à y gagner ; dans le meilleur des cas, le salarié sera débouté.

Le conseil de prud'hommes doit appliquer le Code du travail, lequel se compose de multiples règles destinées à protéger le salarié. Lorsqu'il examine la contestation d'un licenciement, il doit apprécier objectivement la situation. En effet, le licenciement n'est pas toujours vexatoire et injustifié, l'employeur pouvant avoir de bonnes raisons de le prononcer. Statistiquement, le conseil de prud'hommes donne raison – totalement ou partiellement – au salarié dans 71 % des cas. Par conséquent, cela signifie que près de 30 % des affaires sont perdues, ce qui n'est pas négligeable. Dans certains cas, les condamnations prononcées à l'encontre de l'employeur portent sur des sommes incontestablement dues (par exemple, des salaires non payés). De fait, si l'on retire ces affaires des 71 %, le taux de réussite pour le salarié se révèle moins important. Pour découvrir qui est réellement gagnant aux prud'hommes, il est indispensable de regarder quelle partie a interjeté appel.

L’employeur n’aime pas les représentants du personnel

Cette affirmation est exacte et fausse à la fois. Il est vrai que certains employeurs ne prennent absolument pas la peine de dissimuler toute l’aversion qu’ils ressentent dès qu’est prononcé le (gros) mot « syndicat ». Et nombreux sont les salariés ayant entendu leur patron asséner la sempiternelle menace : « Tant que je dirigerai cette entreprise, aucun syndicat n’y mettra les pieds ! » Il existe toutefois une règle empirique que beaucoup de représentants du personnel ont eu l’occasion d’expérimenter dans leur carrière : plus l’effectif d’une entreprise augmente, plus la crainte qu’inspirent les élus du personnel diminue…

Plusieurs raisons à cela : en premier lieu, le patron qui a créé sa société *ex nihilo* est obligé, lorsque celle-ci atteint une taille critique (aux alentours de 40 à 50 salariés), de déléguer la gestion du personnel à un collaborateur ayant suivi une formation – initiale ou continue – dans le domaine des ressources humaines. Celui-ci sera donc plus sensibilisé à la problématique des relations sociales. Deuxièmement, l’accroissement de

l'effectif d'une entreprise peut logiquement laisser supposer que son chiffre d'affaires suit le même chemin ascendant. De fait, il est toujours plus facile, lorsque les caisses sont pleines, de « fluidifier les relations sociales » (pour reprendre la célèbre expression d'un dirigeant d'un syndicat patronal), en répondant favorablement à certaines prétentions des représentants du personnel. Enfin, et c'est sans doute la raison la plus importante, les DRH préfèrent en règle générale négocier avec des interlocuteurs compétents en matière de droit du travail. En effet, ces derniers connaissent assurément les contraintes qui pèsent sur l'employeur en matière sociale et économique. Ils seront donc plus à même d'engager avec lui un dialogue constructif sur les « sujets qui fâchent », en faisant preuve de discernement.

Le conseil de prud'hommes est synonyme de jackpot

Les salariés qui saisissent seuls le conseil de prud'hommes ont parfois la « main lourde » lorsqu'ils remplissent le formulaire, en demandant des sommes très importantes. Or, la juridiction prud'homale n'est pas la Française des jeux : la

probabilité de gagner est plus importante, mais on ne devient pas millionnaire (à moins de compter en anciens francs). Non seulement les salariés ne gagnent pas nécessairement à tous les coups, mais en outre les sommes obtenues équivalent rarement à plusieurs années de salaires.

Par exemple, le salarié dont le licenciement a été prononcé pour un motif discriminatoire obtient au minimum six mois de salaires. Lorsque le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, le barème d'indemnisation présenté au chapitre 15 s'applique. Celui-ci tient compte de l'ancienneté du salarié et de la taille de l'entreprise. Et on ne peut pas dire que les indemnités minimales soient très élevées (3 mois de salaire pour 30 ans d'ancienneté par exemple) ! Un simulateur de calcul des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est proposé sur www.service-public.fr/simulateur/calcul/bareme-indemnites-prudhomales.

Les prud'hommes rendent souvent des jugements « de Salomon », dans lesquels il n'y a ni grand vainqueur ni grand vaincu, les deux parties prenant le risque en appel d'obtenir un résultat moins favorable. Par exemple, un salarié a commis une faute ayant entraîné un licenciement justifié.

Cependant, compte tenu de son ancienneté, l'employeur aurait pu faire preuve de plus de clémence. Le conseil de prud'hommes va donc condamner ce dernier, mais à un faible montant. Le salarié n'osera pas faire appel de peur que la cour d'appel ne dise que son licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse. Quant à l'employeur, il ne le fera pas non plus, car il prendrait le risque de devoir verser des dommages-intérêts supérieurs.

La rupture conventionnelle permet de remplacer le licenciement économique

En signant une rupture conventionnelle, l'employeur et le salarié se mettent d'accord pour rompre le contrat de travail. Même si cette rupture est au final souhaitée par les deux parties, l'une d'entre elles en est toujours à l'origine. L'employeur accepte, par exemple, de rompre le contrat pour répondre à la demande du salarié qui veut quitter l'entreprise. Ou bien la qualité du travail ou le comportement de ce dernier fait que le patron souhaite mettre un terme à leur collaboration. Autre motif, l'employeur ne peut

plus garder le salarié en raison de la situation économique de l'entreprise. La rupture conventionnelle pourrait donc lui éviter de recourir à un licenciement économique. Toutefois, celle-ci ne doit pas être un moyen de fraude lui permettant, par exemple, d'échapper à un plan de sauvegarde de l'emploi (si l'entreprise licencie plus de neuf salariés sur une même période de 30 jours).

Dans une circulaire destinée aux services en charge de l'homologation de la rupture conventionnelle, le ministre du Travail leur a demandé d'être vigilants afin que les garanties en matière de licenciement économique collectif ne soient pas contournées au moyen de ce dispositif. En effet, la conclusion – en peu de temps – de plusieurs ruptures conventionnelles par une entreprise rencontrant des difficultés économiques, laisse à penser que l'employeur veut éviter le recours à un PSE. Il faut donc que la volonté du salarié de rompre le contrat de travail soit sans équivoque possible. D'ailleurs, l'administration interroge parfois les salariés avant de prendre une décision d'homologation. Enfin, l'employeur ne doit pas laisser au salarié le choix entre un licenciement économique et une rupture conventionnelle avec un supplément d'indemnités.

Cela s'est déjà vu, notamment pour éviter le dépassement du seuil fatidique des neuf salariés.

L'employeur peut toujours licencier pour motif économique

De nombreux salariés et employeurs croient, comme parole d'Évangile, que le licenciement économique ne peut être contesté par le salarié (« puisqu'il est économique »). Contrairement au licenciement prononcé pour motif personnel, lequel est lié au comportement ou au travail du salarié, le motif économique tient à la situation de l'entreprise. Le licenciement est prononcé parce qu'il n'est plus possible de garder la personne. Or, pour être valable, il doit respecter des règles très précises. Le motif économique est reconnu si l'entreprise connaît par exemple des difficultés économiques sérieuses ou si sa compétitivité est menacée. On peut également y avoir recours en réponse à une mutation technologique ou parce que la société ferme définitivement tous ses établissements. L'employeur ne peut pas arguer d'un motif économique simplement pour

augmenter ses bénéfices, le licenciement serait alors illégitime. Ce dernier doit en outre entraîner une suppression ou une transformation d'emploi. Si l'entreprise embauche un salarié pour remplacer la personne licenciée, le licenciement sera également injustifié.

Pour déterminer le ou les salarié(s) qui sera (ont) licencié(s) (si plusieurs postes identiques sont concernés par la procédure), il faut appliquer des critères définis par la loi ou par la convention collective : ancienneté, âge, situation de famille, etc. Lorsque deux salariés occupent un poste similaire, l'employeur ne peut donc espérer licencier celui âgé de 55 ans et ayant 30 ans d'ancienneté, et conserver celui âgé de 35 ans avec une faible ancienneté. Le non-respect de ces critères cause un préjudice au salarié licencié à la place d'un autre.

Par ailleurs, l'employeur doit tout faire pour éviter des licenciements économiques, en recherchant dans l'ensemble de l'entreprise, ou du groupe auquel elle appartient, des postes de reclassement pour les salariés menacés. Il devra ainsi démontrer qu'il a tout mis en œuvre pour respecter cette obligation. En cas de manquement à celle-ci, le

licenciement sera illégitime. Le licenciement économique peut être comparé à un château de cartes : si l'une d'elles tombe, le château s'effondre.

Le médecin du travail n'a aucun pouvoir

Bien qu'il porte souvent une blouse blanche et soit docteur en médecine, le médecin du travail ne peut pas délivrer d'ordonnance ou prescrire d'arrêt de travail. Pour autant, n'a-t-il aucun pouvoir ? Le médecin du travail, qui appartient à un service de santé auquel l'entreprise doit obligatoirement être inscrite, fait passer une visite d'information et de prévention initiale à chaque salarié, renouvelable selon une périodicité qui ne peut excéder cinq ans (C. trav., art. R4624-16). Pour caricaturer un peu le tableau, cette visite ressemble, dans sa forme, à la visite que passaient les conscrits à l'armée.

Mais ce n'est pas sa seule tâche. Ce médecin joue un rôle essentiellement préventif très important. Il peut, par exemple, constater l'inaptitude d'un salarié dans la fonction actuellement occupée et demander un réaménagement de son poste de

travail. Ces constatations sont souvent faites à l'occasion d'une visite de reprise après un arrêt de travail d'une durée supérieure à 30 jours, que celui-ci résulte d'une maladie ou d'un accident du travail. En revanche, tout arrêt consécutif à une maladie professionnelle doit donner lieu à une visite du médecin du travail. Lorsque l'inaptitude du salarié est déclarée, l'employeur doit tout faire pour tenter de le reclasser et éviter ainsi son licenciement. Pour cela, l'employeur devra s'appuyer sur les recommandations du médecin du travail. Le pouvoir de ce dernier est donc très important. En fonction de ses conclusions, la recherche d'un reclassement va se révéler plus ou moins facile pour l'employeur. Seul l'inspecteur du travail, saisi par l'employeur ou le salarié en cas de contestation des conclusions, est en mesure de s'opposer à ses décisions. Toutefois, comme l'inspecteur n'est pas docteur en médecine, il prendra préalablement conseil auprès du médecin inspecteur du travail.

S'il est vrai qu'en temps normal un médecin du travail ne peut prescrire d'arrêt de travail à un salarié, cette interdiction a été temporairement levée en 2020 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (ordonnance n° 2020-386 du 1er

avril 2020) en cas d'infection ou de suspicion d'infection au Covid-19.

Le salarié doit recevoir trois avertissements avant d'être licencié pour faute

Cette idée très répandue est fausse. L'employeur n'est absolument pas obligé, au préalable, d'infliger au salarié une ou plusieurs sanctions disciplinaires (mise à pied, avertissement), sauf dispositions contraires de la convention collective. Toutefois, l'existence d'avertissements antérieurs peut être utile pour justifier un licenciement. En effet, la contestation d'un licenciement nécessite pour le juge de déterminer si le motif invoqué était justifié. Si ce n'est pas le cas, l'employeur devra indemniser le préjudice résultant de ce licenciement injustifié. Certaines fautes sont suffisamment sérieuses pour motiver un licenciement sans avertissement préalable. En revanche, l'existence de sanctions disciplinaires antérieures est un élément en faveur de l'employeur pour démontrer que le licenciement était inévitable. La récidive du salarié démontre que

les sanctions de moindre gravité ne servent à rien et que le licenciement du salarié s'avère donc la seule solution envisageable.

Il est impossible de licencier une personne en arrêt maladie

Le licenciement ne peut être motivé par l'état de santé du salarié. En revanche, contrairement à une idée reçue, la maladie constatée par un certificat médical ne va pas empêcher le déroulement de la procédure de licenciement, sauf exceptions. Derrière ce principe, plusieurs situations sont à distinguer. Si la maladie a une origine professionnelle, le licenciement – hors faute grave – s'avère impossible tant que le salarié n'a pas été déclaré apte à réintégrer son poste par le médecin du travail. Si le salarié est déjà en arrêt maladie lorsqu'il reçoit la convocation à un entretien préalable, l'employeur devra tenir compte des heures de sortie indiquées dans l'arrêt de travail ainsi que du temps de trajet nécessaire pour se rendre au rendez-vous. Attention, l'employeur n'est pas obligé de reporter l'entretien.

Le licenciement pour faute grave ou lourde prive le salarié des allocations Pôle emploi

C'est une croyance très répandue mais totalement fausse. Selon le règlement de Pôle emploi, le salarié doit être involontairement privé d'emploi (ou avoir signé une rupture conventionnelle) et avoir bien sûr suffisamment cotisé pour bénéficier d'une indemnisation. La qualification de la faute n'a aucune influence sur son droit à percevoir les allocations.

Il existe une autre idée reçue selon laquelle un licenciement prononcé en raison d'un abandon de poste priverait également le salarié des allocations. L'abandon de poste est en fait une pseudo-démission et la personne qui commet une telle faute ne rompt pas son contrat de travail. De fait, s'il ne veut pas laisser cette situation perdurer, son employeur sera contraint de la licencier. Le salarié est alors involontairement privé d'emploi et peut bénéficier des allocations chômage. Les règles d'indemnisation de Pôle emploi ne peuvent pas tenir compte du motif du licenciement. Dans le cas contraire, Pôle emploi se ferait juge du

licenciement en décidant si le salarié est victime d'une injustice ou bien s'il a tout fait pour se faire licencier.

DANS CE CHAPITRE

Ce qu'il faut savoir à propos de l'entretien préalable au licenciement

•

Comment bien s'y préparer et se faire assister

•

Connaître ses droits

Chapitre 28
Dix conseils pour survivre à un entretien préalable au licenciement

Certains employeurs essaient de banaliser l'entretien préalable au licenciement, en affirmant qu'ils ne peuvent se soustraire à cette entrevue formalisée par la loi, que ce n'est pas, en définitive, un moment aussi terrible qu'il y paraît. Or, un tel entretien est annonciateur – neuf fois sur dix – pour le salarié concerné d'un proche départ de

l'entreprise. Voici dix conseils pour bien gérer ce rendez-vous particulièrement délicat.

Cela n'arrive pas qu'aux autres

Dans nos sociétés modernes où l'individualisme est roi, nous sommes souvent tentés de nous dire que les « tuiles » n'arrivent qu'aux autres. Grossière erreur ! D'autant qu'en règle générale, des signes avant-coureurs se manifestent… Votre supérieur hiérarchique vous semble de plus en plus défiant à votre égard ou contrôle votre travail d'une manière pointilleuse ? Vous en êtes à votre troisième avertissement de l'année ? Il est peut-être temps de prendre les choses en main en devançant votre chef. Prenez rendez-vous et posez-lui franchement la question : a-t-il quelque chose à vous reprocher ? Il faut savoir que de nombreux managers, ayant le conflit en horreur, hésitent à convoquer et réprimander leurs subordonnés pour des fautes qui leur paraissent vénielles. Or, un DRH n'aura peut-être pas la même approche managériale et sanctionnera plus durement le salarié. Enfin, il ne faut guère s'illusionner ; aussi brillant soit-il, un employé n'est jamais indispensable…

Un entretien préalable n'est pas une simple formalité !

Comme nous le disions en préambule, certains managers essaient de banaliser l'entretien préalable de licenciement, en arguant notamment du fait que celui-ci est très encadré par la loi et la jurisprudence sur le plan formel. Ils n'ont pas tort ; en effet, la lettre de convocation à un tel entretien doit stipuler que la mesure envisagée à l'encontre de son destinataire peut aller jusqu'au licenciement. Cela ne veut donc pas dire que la personne convoquée sera obligatoirement licenciée. En revanche, cela laisse supposer qu'elle sera peut-être sanctionnée. Or, une sanction n'a rien de banal. Cela signifie que le salarié a commis une ou plusieurs faute(s) dans le cadre de son activité professionnelle et qu'il en a résulté un préjudice pour l'employeur.

Qu'ai-je donc pu faire pour mériter cette convocation ?

Vous savez désormais que votre patron vous reproche quelque chose. Malheureusement, comme il n'est pas obligé de mentionner, dans la lettre de

convocation, les éventuels griefs qu'il aurait à votre encontre, vous demeurez dans l'expectative. Vous avez beau vous triturer le cerveau, vous n'avez pas souvenir d'avoir commis un acte fautif dans le cadre de vos fonctions : vos résultats ne sont pas inférieurs à ceux de vos collègues, aucun supérieur hiérarchique ne vous a récemment fait de remarque particulière, aucun client ne s'est plaint de vous… Et parfois, effectivement, la société n'a rien d'objectif à reprocher au salarié convoqué ! Malheureusement, pour des raisons qui demeurent obscures, elle a décidé de se séparer de lui. Et ne croyez pas que ce type d'agissement soit rare. En effet, nombreux sont les licenciements qui se terminent par une transaction destinée à réparer le préjudice subi par un salarié victime d'un licenciement « à la gueule du client » !

Faites-vous assister lors de l'entretien

La lettre de convocation doit mentionner que le salarié peut être assisté lors de l'entretien préalable de licenciement. Si des représentants du personnel sont présents, il peut choisir toute personne faisant partie de l'entreprise, qu'elle ait un mandat

(membre du comité social et économique, délégué syndical) ou non. En cas d'absence d'IRP, le salarié peut se faire assister par une personne appartenant au personnel de la société, mais également par un conseiller du salarié. Cette personne extérieure à l'entreprise doit figurer sur des listes dressées par le préfet du département pour une durée de trois ans. Il est possible de consulter ces listes dans les préfectures (vous les trouverez généralement sur leur site web) et les mairies.

Lors du choix de la personne, le premier critère à prendre en compte est la confiance que vous lui accordez. L'entretien préalable étant une affaire très sérieuse (vous risquez de perdre votre emploi), vous devez être certain(e) de pouvoir compter sur elle tout au long d'une discussion qui s'annonce stressante, voire orageuse. Deuxième critère dont vous devez tenir compte : les connaissances de votre assistant en matière de droit du travail. Il existe en effet de fortes probabilités pour que l'employeur, en cas de difficulté, essaie de vous entraîner sur le terrain juridique, où il est normalement censé être à son avantage. Par conséquent, plus votre assistant est compétent dans ce domaine, mieux c'est. Enfin, dernier critère

important : sa capacité à supporter la pression. Assister quelqu'un lors d'un entretien préalable n'est pas un acte anodin, certains patrons ayant vite fait de cataloguer la personne dans la catégorie des empêcheurs de *virer* en rond. De fait, il est préférable de faire appel, en priorité, à un représentant du personnel protégé par son mandat. Et si vous n'avez pas confiance dans vos élus ou délégués syndicaux, sollicitez l'aide d'une personne dont vous savez pertinemment qu'elle ne s'en laissera pas conter…

Assistant ou défenseur ?

Le Code du travail indique simplement que la personne convoquée peut se faire assister, sans plus de précisions. Le mot « défenseur » n'est absolument pas cité ; pourtant, le salarié qui accepte d'en assister un autre a véritablement pour tâche de le défendre (d'autant que la présence d'un avocat pendant un entretien préalable est strictement interdite). Par conséquent, remettez si possible votre destin entre les mains d'une personne faisant preuve d'empathie et de pugnacité.

Vous n'avez le droit de faire appel qu'à un seul assistant. Il en va de même pour la direction : le représentant de l'employeur ne peut se faire assister que par une personne appartenant au personnel de l'entreprise (Cass. soc., 30 mars 2011, pourvoi nº 09-71412). Dans un arrêt en date du 12 décembre 2013 (pourvoi nº 12-21046), la chambre sociale de la Cour de cassation rappelle cette jurisprudence constante, en affirmant que la présence de trois cogérants d'une société civile professionnelle avait eu pour effet de détourner la procédure d'entretien préalable de son objet. En d'autres termes, la Haute Juridiction estime que l'entretien préalable ne doit pas se transformer en enquête ou en procès. Malheureusement, il suffit d'interroger des personnes convoquées ou ayant assisté à un tel entretien pour se rendre compte que l'employeur se transforme souvent en inquisiteur, qu'il soit seul ou assisté.

Préparer l'entretien

Un entretien préalable, cela se prépare avec minutie et certainement pas cinq minutes avant l'heure du rendez-vous. Si la personne qui vous assiste ne le fait pas d'elle-même, proposez-lui une première

rencontre deux ou trois jours avant la funeste convocation. Si vous avez une petite idée de ce qui pourrait vous être reproché (votre chef de service ayant peut-être tout simplement abordé le sujet avec vous – généralement au grand dam des DRH qui préféreraient conserver l'effet de surprise), vous devez impérativement le signaler à votre défenseur. En effet, si celui-ci a l'habitude d'assister des personnes convoquées à un entretien préalable, il se rendra rapidement compte – au fil de votre discussion – que vous lui cachez quelque chose… La confiance qu'il vous accordera sera alors certainement remise en cause et, surtout, il ne sera pas en mesure de vous aider de son mieux au cours de l'entretien préalable. En effet, il n'y a rien de plus désagréable, dans ce face-à-face tendu, que de voir un DRH sortir de son chapeau un argument massue qui anéantira toute votre stratégie défensive.

Si vous disposez d'éléments tangibles susceptibles de plaider en votre faveur (courriels, fax, lettres, témoignages…), vous devez les présenter à votre défenseur afin qu'il puisse les analyser et apporter un regard extérieur sur le problème. Étant donné que vous êtes au cœur de la confrontation, vous

n’êtes pas le ou la mieux placé(e) pour faire preuve d’objectivité.

Quelle stratégie adopter ?

Si la faute qui vous est imputée est bien réelle, inutile de vous enfermer dans le déni. Mentir est non seulement contre-productif (votre direction estimera que vous êtes incapable de vous remettre en question), mais c’est également épuisant nerveusement. Le mensonge nécessite un vrai talent qui n’est pas à la portée de tout le monde. Par ailleurs, l’adage « Faute avouée, faute à demi pardonnée » se vérifie en règle générale, y compris sur le plan professionnel. Malheureusement, certaines fautes sont difficilement défendables, même avec la meilleure volonté. Par conséquent, dans une telle situation, il est préférable de faire profil bas et de n’intervenir que s’il existe des circonstances atténuantes. À titre d’exemple, une journaliste avait commis plusieurs plagiats en recopiant des extraits de textes publiés sur Internet. Le supérieur hiérarchique de la jeune femme s’en était aperçu et une procédure de licenciement avait alors été enclenchée à son encontre. Au cours de l’entretien préalable, elle

avait reconnu les faits, mais avait argué d'une trop lourde charge de travail (ce qui était vrai). Bien que le plagiat soit une faute grave (sur le plan déontologique) pour un journaliste, la fautive fut finalement licenciée pour cause réelle et sérieuse, ce qui lui permit de percevoir des indemnités de licenciement.

Si vous estimez que la faute qui vous est reprochée n'est pas avérée, vous devez absolument vous défendre. Première raison, certainement la plus essentielle, afin de conserver votre dignité ! Nous avons rencontré au cours de notre carrière des salariés psychologiquement dévastés par leur licenciement. Conscients que les reproches qui leur étaient adressés n'avaient pas de fondement réel, ils n'avaient pourtant pas réussi à trouver les ressources morales et physiques pour se défendre lors de l'entretien préalable. Certains diront que cela n'a pas grande importance puisque, neuf fois sur dix, le sort de la personne est scellé, la procédure débouchant sur un licenciement, ce qui est vrai et faux à la fois… L'article L1232-3 du Code du travail stipule qu'« au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du

salarié ». Par conséquent, c'est bien à cet instant précis qu'il faut faire preuve de combativité, d'autant que l'employeur ne dispose pas forcément de tous les éléments pour se faire une opinion objective de la situation (il n'a entendu que la version de l'une des parties). N'oublions pas qu'en théorie, l'employeur doit prendre le temps de la réflexion, avant d'opter ou non pour le licenciement. En tout état de cause, il ne peut pas prendre de décision tant que l'entretien préalable n'a pas eu lieu…

Comment se comporter pendant l'entretien ?

Le moment fatidique est arrivé. En premier lieu, ne soyez surtout pas en retard, une telle désinvolture serait particulièrement mal vue ! Pire, ne songez même pas à manquer ce rendez-vous, en espérant repousser l'échéance. La procédure se poursuivrait tout simplement sans vous et avec l'issue que vous pouvez aisément imaginer…

Étant donné que l'employeur vous a convoqué(e), c'est à lui de prendre la parole en premier afin d'exposer les faits qui vous sont reprochés. Il lira

certainement un texte, prémices du contenu de la lettre de licenciement. Ne vous en offusquez pas, cette façon de procéder a au moins le mérite de présenter en détail les griefs à votre encontre. À noter que, dans les petites entreprises sans DRH, la présentation des faits risque d'être beaucoup moins rigoureuse… Nous vous conseillons de ne pas interrompre l'employeur pendant le temps de la lecture. Deux raisons à cela :

- Notez par écrit les éléments qui vous semblent ne pas refléter la réalité de la situation. Cela vous évitera de vous éparpiller dans votre future rhétorique ;
- Dans le feu de l'action, vous risqueriez de tenir des propos dépassant votre pensée.

D'une manière générale, vous devez conserver votre calme. Même si la jurisprudence considère que les paroles prononcées par un salarié pour se défendre ne peuvent être une cause de licenciement (certains mouvements d'humeur ou réactions émotives étant tolérés), les abus manifestes – menaces, propos diffamatoires ou outrageants envers l'employeur – peuvent être sanctionnés.

Une fois la lecture des griefs terminée, exposez votre point de vue. Étant donné que l'entretien préalable n'a pas de durée minimale ou maximale, prenez le temps qu'il faut pour vous défendre. La procédure vous conférant une relative immunité dans vos propos, n'hésitez pas à faire preuve d'une totale liberté de parole. Vous êtes là pour vous expliquer, profitez-en !

Votre assistant a bien évidemment son rôle à jouer. Il n'est pas qu'un simple témoin s'assurant du bon déroulement de l'entretien. Il doit aussi intervenir lorsque vous vous trouvez en difficulté (pour temporiser ou atténuer la réalité des faits fautifs) ou, à l'inverse, lorsqu'il est en mesure de contredire l'employeur. Si votre défenseur est un représentant du personnel, il a – normalement – une bonne connaissance de l'entreprise. Il sera donc apte, éventuellement, à mettre votre cas en perspective par rapport à la situation globale de la société.

Si l'employeur évoque un document appuyant ses dires, il peut vous en refuser la communication (Cass. soc., 18 février 2014, pourvoi n° 12-17557). Enfin, s'il se borne uniquement à prendre note de vos arguments (réfutant les griefs exposés) sans

procéder à des vérifications, il ne s'acquitte pas de ses obligations légales.

Faut-il établir un procès-verbal ?

Votre assistant a la possibilité de retranscrire par écrit le déroulement de l'entretien préalable, voire d'établir le *verbatim* de certains propos. Dans l'idéal, il faudrait que l'employeur et vous-même acceptiez de signer ce procès-verbal à l'issue de la réunion, afin qu'il n'y ait aucune ambiguïté sur l'échange qui a eu lieu. Malheureusement, la plupart des employeurs refusent de valider un tel écrit, car cela les engagerait sur le plan juridique. La jurisprudence précise, par exemple, que les faits fautifs mentionnés dans la lettre de licenciement ne peuvent être différents de ceux énoncés lors de l'entretien préalable. Or, certains patrons n'hésitent pas à transgresser ce principe pour diverses raisons (volonté de nuire au salarié, méconnaissance de la législation du travail, etc.). Aux prud'hommes, le salarié victime de cette pratique aura les plus grandes peines du monde à en apporter la preuve, sauf… à disposer d'un procès-verbal !

Enfin, si vous songez à enregistrer l'entretien préalable sur un support numérique ou magnétique à l'insu de votre employeur, sachez que ce document audio sera tout simplement irrecevable en justice et qu'en outre, vous risquez d'être sanctionné(e) pour cela. En revanche, si l'enregistrement est réalisé avec l'accord des deux parties, il pourra être produit devant une juridiction.

Les suites de l'entretien

Ce conseil est destiné aux représentants du personnel sollicités pour assurer la défense de salariés lors d'entretiens préalables. Contrairement à certaines croyances, les relations entre les directions des ressources humaines et les élus du personnel ne sont pas toujours conflictuelles. Il existe bien évidemment des sujets sur lesquels les uns et les autres ne sont pas d'accord et ne le seront jamais, mais cela n'empêche pas l'instauration de relations cordiales et empreintes de respect mutuel.

Si vous vous entendez bien avec le DRH ou le représentant de l'employeur en charge des licenciements, nous vous conseillons de poursuivre

le dialogue à l'issue de l'entretien préalable. Dans certains cas litigieux (les faits ne sont pas très clairs ou particulièrement subjectifs), l'avis d'un membre du comité social et économique peut être utile à l'employeur pour se forger une opinion définitive. Il ne s'agit nullement de collusion entre direction et élus, mais d'une gestion humaine qui s'appuie avant tout sur le dialogue et fait appel à l'intelligence de chacun.

Partie 7
Annexes

Dans cette partie…

Vous pourrez consulter un glossaire – non exhaustif – de termes juridiques que vous rencontrerez au fil de votre lecture. Vous découvrirez également deux arrêts de la Cour de cassation, que nous vous présenterons en détail afin que vous puissiez appréhender la syntaxe très particulière des juristes.

Annexe A
Glossaire

Arrêt : décision de justice rendue par une cour d'appel, la Cour de Cassation ou le Conseil d'État.

Article 700 du Code de procédure civile : cet article autorise le juge à condamner la partie perdante à un procès à verser une certaine somme d'argent à l'autre partie. Ce dédommagement sert à couvrir l'ensemble des frais qui ne sont pas pris en charge dans les dépens (honoraires d'avocats, frais de correspondances, etc.). La décision du juge est souveraine en ce qui concerne l'acceptation ou le rejet de la demande ainsi que le montant accordé.

Chambre : « subdivision » d'une juridiction. La Cour de cassation est composée de six chambres, la cinquième étant spécialisée en matière sociale.

Circulaire ministérielle : acte par lequel un ministre ou ses services donne notamment son interprétation d'un texte législatif.

Clause potestative : obligation prévue par un contrat dont l'exécution est subordonnée à la

volonté de l'une des parties. Elle est nulle lorsqu'elle dépend de la volonté de celui qui doit l'exécuter.

Conclusions : document écrit dans lequel les parties à un procès énoncent leur argumentation et leurs prétentions pour fonder leur demande en justice. Les conclusions sont remises au juge et communiquées aux autres parties au procès.

Conseil d'État : juridiction au sommet de l'ordre des juridictions administratives. Sa fonction est à la fois de juger et de rendre des avis. Elle remplit notamment la même mission que la Cour de cassation, mais vis-à-vis des arrêts rendus par la cour administrative d'appel.

Conseil de prud'hommes : juridiction paritaire composée de conseillers prud'homaux nommés par un arrêté conjoint des ministères de la Justice et du Travail, sur proposition des organisations syndicales d'employeurs et de salariés. Elle a pour rôle de trancher les litiges concernant la conclusion, l'exécution ou la rupture du contrat de travail.

Contradictoire (principe du) : chaque partie à une procédure judiciaire doit être à même de pouvoir

discuter l'ensemble des arguments et moyens de preuve présentés par l'autre partie.

Cour d'appel : juridiction devant laquelle sont portées les affaires jugées notamment par le tribunal de grande instance, le tribunal de commerce, le conseil de prud'hommes, en vue d'être rejugées. Elle peut confirmer ou infirmer le jugement (en totalité ou partiellement) en rendant un arrêt.

Cour de cassation : juridiction placée au sommet de l'ordre judiciaire. Sa mission est de contrôler la bonne application de la loi et la motivation retenue par le juge du fond. Elle ne peut juger de l'existence des faits. Elle peut décider de casser (c'est-à-dire annuler) un arrêt rendu par la cour d'appel ou, au contraire, de le confirmer en rejetant le pourvoi en cassation.

Dol : manœuvre visant à tromper une personne avant la signature d'un contrat, afin de l'inciter à signer.

Dommages-intérêts : somme d'argent allouée à la victime d'un préjudice afin de le réparer.

Ester en justice : fait « d'exercer ou introduire une action en justice ».

Exception d'incompétence : moyen de défense d'une partie à un procès par laquelle celle-ci demande au juge de renvoyer l'affaire à une autre juridiction en raison d'une incompétence géographique ou matérielle. Par exemple, le gérant d'une SARL révoqué par ses associés demande une indemnisation au conseil de prud'hommes. Celui-ci devrait se déclarer incompétent au profit du tribunal de commerce. Cette exception doit être soulevée « *in limine litis* », c'est-à-dire avant la contestation du bien-fondé de la demande.

Exploit d'huissier : acte rédigé par un huissier de justice pour constater un fait (qui servira par exemple de preuve à l'occasion d'un éventuel litige), pour accomplir une formalité de procédure (citation, signification) ou des procédures civiles d'exécution (consignation de sommes d'argent, saisie conservatoire…).

Extrait Kbis : document officiel délivré par le greffe du tribunal de commerce qui constitue une sorte de carte d'identité d'une société. Y sont notamment mentionnés sa dénomination, sa forme sociale (SA, SARL, SAS, etc), son capital social, son domaine d'activité ainsi que l'identité de ses dirigeants et les modifications publiées depuis sa création.

Greffe : service administratif d'un tribunal chargé de délivrer les jugements et de tenir le rôle (voir ce mot).

Instance : procédure judiciaire.

Intimé : partie à un procès qui se trouve en position de défendeur en appel (elle n'a pas exercé cette voie de recours).

Juge des référés : magistrat – en principe le président de la juridiction – ayant le pouvoir de se prononcer en cas d'urgence. La décision rendue est certes provisoire (dans l'attente d'un jugement sur le fond), mais elle est directement applicable.

Juge du fond : magistrat qui juge à la fois les faits et le droit, par opposition à celui de la Cour de cassation.

Jugement : décision de justice rendue par un tribunal de premier ressort (tribunal d'instance, tribunal de grande instance, conseil de prud'hommes, etc).

Jurisprudence : ensemble des décisions de justice. L'étude de ces décisions peut par exemple montrer qu'une question est toujours tranchée dans le même sens, la jurisprudence étant alors qualifiée de constante. Lorsqu'une jurisprudence constante

change, on parle de revirement de jurisprudence. Une jurisprudence constante ne préjuge pas des futurs jugements, les juges du fond n'étant pas obligés de se conformer aux décisions de la Cour de cassation ou à d'autres décisions antérieures.

Libéralité : don d'un bien ou transfert d'un droit d'une personne au profit d'une autre.

Loi : règle juridique contraignante et impersonnelle qui s'applique à tous. Elle est votée par le Parlement, par opposition aux règlements pris par le gouvernement. Dans le Code du travail, les textes issus de la loi sont précédés de la lettre L, ceux issus de décrets pris en Conseil d'État de la lettre R et ceux issus de décrets « simples » de la lettre D.

Ordonnance : décision de justice rendue par le président d'une juridiction en référé ou sur requête, ou par un juge unique.

Pourvoi : acte par lequel un justiciable exerce une voie de recours contre un arrêt rendu par une cour d'appel ou un jugement rendu en dernier ressort (c'est-à-dire sans possibilité d'appel), en portant l'affaire devant la Cour de cassation. Le pourvoi en cassation doit être présenté obligatoirement par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Rôle : registre sur lequel sont inscrites les affaires en cours dans un tribunal. À chaque affaire est attribué un numéro dit de « rôle général ». Au conseil de prud'hommes, le rôle d'audience est affiché devant la salle accueillant les audiences.

Saisine : formalité par laquelle une personne initie une procédure judiciaire.

Taux du ressort : montant au-dessus duquel les parties à un procès peuvent faire appel de ce jugement. C'est le montant des demandes et non celui des condamnations qui est apprécié demande par demande et non globalement. L'existence de demandes indéterminées (par exemple, l'application d'une convention collective) permet de faire appel du jugement. Lorsque l'appel n'est pas possible, le justiciable peut uniquement former un pourvoi en cassation.

Tribunal d'instance : ancienne juridiction civile en charge de traiter les litiges dont la somme en jeu est inférieure à 10000 euros, ainsi que ceux ayant trait notamment aux baux d'habitation, aux tutelles et aux crédits à la consommation. En droit du travail, cette juridiction statue sur la désignation des délégués syndicaux, la saisie des salaires et

rémunération, une partie du contentieux lié aux élections des représentants du personnel.

Tribunal de grande instance : ancienne juridiction dite de droit commun, à laquelle sont dévolus l'ensemble des litiges qui ne sont pas attribués à une autre juridiction. En droit du travail, le tribunal de grande instance est compétent pour les litiges collectifs (pour ordonner, par exemple, l'expulsion de grévistes ou pour juger de la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi).

Tribunal judiciaire : le 1er janvier 2020, le tribunal judiciaire est né de la fusion des tribunaux d'instance et de grande instance. Créé par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, le tribunal judiciaire est en charge des litiges civils opposant des personnes privées (physiques ou morales) et ne relevant pas d'une autre juridiction civile (conseil de prud'hommes par exemple).

Annexe B
Étude d'arrêts

En parcourant ce livre, certains de nos lecteurs pourront légitimement avoir envie de parcourir eux-mêmes les arrêts de la Cour de cassation, dont la plupart sont consultables sur le site www.legifrance.gouv.fr à la rubrique « Jurisprudence judiciaire ». L'analyse d'un arrêt de la Haute Juridiction est une affaire de professionnels ou une épreuve servant à évaluer les étudiants en droit tout au long de leurs études. Pour le commun des mortels, la lecture d'une telle décision de justice paraîtra absconse, voire même incompréhensible.

Dans cette annexe, nous avons choisi de vous présenter deux arrêts de la Cour de cassation relativement courts. En préambule, rappelons que cette juridiction juge l'application de la loi et non la réalité des faits. L'erreur fréquemment commise par les profanes est de confondre les moyens présentés par le demandeur (c'est-à-dire son argumentation) avec la solution retenue par la

Cour. Le premier arrêt rejette le pourvoi, tandis que le second casse et annule la décision rendue par la cour d'appel. Enfin, ne soyez pas décontenancé(e) au premier abord par la syntaxe et la structure particulières d'une décision de justice. N'hésitez pas à relire une ou deux fois l'arrêt de la Cour de cassation pour bien en percevoir le sens.

Arrêt de rejet, 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-67249

La Cour de cassation, chambre sociale, a rendu l'arrêt suivant :

L'arrêt résume les faits

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 22 avril 2009), que M^me^ X... a été engagée par la société Ambulance Caumes et Richard, selon contrat à durée indéterminée à temps partiel, à compter du 29 mars 2005, en qualité de chauffeur ambulancier pour une durée mensuelle fixée à 121 heures ; qu'ayant été licenciée le 10 décembre 2007, elle a saisi la juridiction prud'homale.

Les arguments invoqués par l'auteur du pourvoi pour en demander la cassation

Sur le second moyen du pourvoi :

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de dire son licenciement fondé sur une faute grave et de la débouter de ses demandes en paiement de dommages-intérêts et des indemnités de rupture, alors, selon le moyen, que si le salarié est tenu, même pendant les périodes de suspension de son contrat de travail, d'une obligation de loyauté envers son employeur ne commet aucun manquement à cette obligation le salarié qui ne participe pas personnellement et effectivement à l'activité du fonds de commerce de son conjoint ; que dès lors la cour d'appel ne pouvait décider qu'en sollicitant des clients de son employeur à leur domicile ou à l'hôpital, M^me^ X... avait manqué à son obligation de loyauté et commis une violation grave de ses obligations contractuelles sans constater que celle-ci avait effectivement participé à l'activité du fonds de commerce de taxi créé par son époux ; que dès lors, en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a entaché sa décision d'un

défaut de base légale au regard des articles L1234-1, L1234-5 et L1234-9 du Code du travail.

Les motifs retenus par la Cour de cassation

Mais attendu que la cour d'appel, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a retenu que la salariée avait manqué à son obligation de loyauté à l'égard de son employeur en démarchant, pendant son arrêt maladie, des clients de l'entreprise pour la société de taxi de son époux, ce dont elle a pu déduire que ces faits étaient constitutifs d'une faute grave ; que le moyen n'est pas fondé.

Le dispositif, c'est-à-dire la solution retenue par la Cour de cassation

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

Condamne M^me^ X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du Code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-trois novembre deux mille dix.

Arrêt de cassation, 19 mars 2008, pourvoi nº 06-45212

La Cour de cassation, chambre sociale, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Les textes législatifs sur lesquels est fondée la décision

Vu l'article L122-14-3 du Code du travail, ensemble l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile.

Le résumé des faits

Attendu que M. X..., engagé en qualité de voyageur-représentant-placier par la société Damien Technologie, a été licencié par lettre du 4 octobre 2004 en raison de la suspension de

son permis de conduire le 23 août 2004, pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique.

Les motifs et la solution retenus dans l'arrêt de cour d'appel

Attendu que, pour décider que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que la mesure de suspension de permis de conduire infligée au salarié, intervenue dans le cadre de sa vie personnelle et, de surcroît, pendant ses congés payés, n'avait eu aucun effet sur la relation contractuelle de travail.

Les motifs retenus par la Cour de cassation

Attendu cependant que le fait pour un salarié affecté en exécution de son contrat de travail à la conduite d'un véhicule automobile de se voir retirer son permis de conduire pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique, même commis en dehors de son temps de travail, se rattache à sa vie professionnelle.

D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Le dispositif retenu par la Cour de cassation

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 31 août 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble ;

Condamne M. X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du Code de procédure civile, rejette la demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du dix-neuf mars deux mille huit.

Sommaire

Couverture

Le droit du travail pour les Nuls, grand format, 5è éd

Copyright

À propos des auteurs

Introduction

- À propos de ce livre
- Les conventions utilisées dans ce livre
- Comment ce livre est organisé
- Les icônes utilisées dans ce livre
- Et maintenant, par où commencer ?

Partie 1. Les grands principes du droit du travail

- Chapitre 1. Le droit du travail, une branche du droit bien particulière
  - Un droit réglementant une relation inégalitaire

Un mille-feuille de règles aux origines diverses

Application de la norme la plus favorable au salarié

Les particularités du droit du travail

L'enjeu du contrat de travail

Principe de précaution

Un droit au carrefour des autres droits

La complexité du droit du travail

Chapitre 2. Les exclus du droit du travail

Les travailleurs indépendants

Autres catégories

Les dirigeants d'entreprise

Partie 2. L'embauche

Chapitre 3. Le recrutement d'un salarié

Liberté, je chéris ton nom

La publication d'une offre d'emploi

L'entretien d'embauche

La promesse d'embauche

Chapitre 4. L'entrée dans l'entreprise

Les formalités d'embauche

Le registre du personnel

La visite d’information et de prévention (Vip)

Informations diverses

Chapitre 5. Le contrat de travail

Les différents types de contrat de travail

Bien comprendre son contrat de travail

Partie 3. La vie dans l’entreprise

Chapitre 6. La durée du travail

Le travail effectif

Entre travail et repos, des situations intermédiaires

La durée légale du travail

Les heures supplémentaires

Les horaires de travail

Le repos hebdomadaire et dominical

Le travail de nuit

Les conventions de forfait

Droit à la déconnexion

Compte épargne temps

Aménagement du temps de travail

Sanctions en cas de non-respect de la durée du travail

Chapitre 7. Les congés

Congés payés

Les différentes formes de congés

Autres congés

Chapitre 8. La rémunération

Le montant du salaire

Le salaire, contrepartie du travail

La composition de la rémunération

Le paiement du salaire

Le bulletin de salaire

La saisie et la protection du salaire

L'épargne salariale

Chapitre 9. La formation

Formations à l'initiative de l'employeur

Plan de développement des compétences

Formations à l'initiative du salarié

Chapitre 10. Le travail, c'est la santé !

Protéger la santé du salarié

Le rôle du médecin du travail

La détérioration de la santé en raison du travail

L'absence du salarié pour raison de santé

La visite de reprise

L’obligation de rechercher un reclassement

Le licenciement d’un salarié non reclassable

Les suites du licenciement d’un salarié non reclassable

Chapitre 11. Droit du travail et nouvelles technologies

Le cadre juridique des nouvelles technologies dans l’entreprise

L’utilisation des nouvelles technologies à des fins personnelles

Nouvelles technologies et contrôle des salariés

L’expression des salariés sur les réseaux sociaux

Chapitre 12. Les sanctions disciplinaires

Les sources des obligations du salarié

Définition de la faute

Quelle sanction en cas de faute ?

Du côté de l’employeur

Du côté du salarié

Partie 4. Le départ de l’entreprise

Chapitre 13. La démission

Définition

Formalisme

Effets de la démission

Rupture abusive du contrat

Démission et chômage

Démission pour raisons parentales

Chapitre 14. Prise d’acte de la rupture et résiliation judiciaire

La prise d’acte de la rupture

La résiliation judiciaire

L’effet d’un licenciement injustifié

Les précautions à prendre par les salariés

Des armes à l’usage exclusif du salarié

Les manquements de l’employeur

Chapitre 15. Le licenciement pour motif personnel

Cadre et limites

Les motifs de licenciement

Licencier ou non, telle est la question

La procédure de licenciement

La mise à pied conservatoire, l’antichambre du licenciement

La contestation du licenciement

La réparation d’un licenciement injustifié

Chapitre 16. Le licenciement économique

L’existence d’un motif économique

L’impact du motif économique sur l’emploi du salarié

Quand s’apprécie l’existence d’un motif économique ?

À quel niveau s’apprécie l’existence du motif économique ?

La motivation de la lettre de licenciement

L’ordre des licenciements

L’obligation de reclassement

La contestation d’un licenciement économique

La procédure de licenciement pour motif économique

Chapitre 17. La rupture conventionnelle : rompre le contrat de travail d’un commun accord

L’objet et la nature de la rupture conventionnelle

La procédure à respecter

Le formulaire de demande d’homologation

Les ruptures conventionnelles soumises à autorisation

La contestation de la rupture conventionnelle

Chapitre 18. La transaction : un contrat pour éviter un procès

Un contrat du Code civil

Un litige entre le salarié et l’employeur

Le mécanisme et l’objet de la transaction

Qui peut signer une transaction ?

Quand doit être signée la transaction ?

Le consentement

La transaction et le respect de la loi

L'effet de la transaction

L'annulation de la transaction

Indemnité transactionnelle et exonération fiscale

Chapitre 19. Le licenciement des salariés protégés

Une protection qui n'est pas une immunité

Une procédure incontournable

Les bénéficiaires de la protection

La procédure de licenciement

Les recours contre la décision de l'inspecteur du travail

L'absence ou l'annulation de l'autorisation de licenciement

Chapitre 20. Les formalités de départ

Le certificat de travail

Le reçu pour solde de tout compte

L'attestation d'assurance chômage

Le bordereau individuel d'accès à la formation (BIAF)

Chapitre 21. Les prud'hommes

Les procès portés devant les prud'hommes

Les procès en droit du travail qui échappent aux prud'hommes

Le fonctionnement du conseil de prud'hommes

La procédure devant le conseil de prud'hommes

Le juge des référés, juge de l'évidence et de l'urgence

Faire appel d'une décision prud'homale

L'exécution d'une décision de justice

Le pourvoi en cassation

Partie 5. Les relations collectives

Chapitre 22. Le comité social et économique

Le comité social et économique

La commission santé, sécurité et conditions de travail

Le conseil d'entreprise

Le représentant de proximité

Chapitre 23. Les syndicats dans l'entreprise

La représentativité

Syndicat, mode d'emploi

La liberté syndicale

La section syndicale

Le délégué syndical

Chapitre 24. L'élection du comité social et économique

Une élection (quasi) obligatoire

Le nombre de représentants à élire

Les collèges électoraux

Les conditions d'électorat et d'éligibilité

L'organisation des élections

La contestation des élections

Chapitre 25. Les conventions et accords collectifs

Règles communes

Conclusion d'une convention ou d'un accord collectif

Hiérarchie entre les différents niveaux d'accords

Négociations obligatoires

Chapitre 26. Le droit de grève

Un arrêt de travail collectif au service d'une revendication

La situation pendant la grève

Les limites au droit de grève

Les débordements de la grève

La fin de la grève

Partie 6. La partie des Dix

Chapitre 27. Dix idées reçues sur le droit du travail

L'inspection du travail ne sert à rien

Le salarié gagne toujours aux prud'hommes

L'employeur n'aime pas les représentants du personnel

Le conseil de prud'hommes est synonyme de jackpot

La rupture conventionnelle permet de remplacer le licenciement économique

L'employeur peut toujours licencier pour motif économique

Le médecin du travail n'a aucun pouvoir

Le salarié doit recevoir trois avertissements avant d'être licencié pour faute

Il est impossible de licencier une personne en arrêt maladie

Le licenciement pour faute grave ou lourde prive le salarié des allocations Pôle emploi

Chapitre 28. Dix conseils pour survivre à un entretien préalable au licenciement

Cela n'arrive pas qu'aux autres

Un entretien préalable n'est pas une simple formalité !

Qu'ai-je donc pu faire pour mériter cette convocation ?

Faites-vous assister lors de l'entretien

Assistant ou défenseur ?

Préparer l'entretien

Quelle stratégie adopter ?

Comment se comporter pendant l'entretien ?

Faut-il établir un procès-verbal ?

Les suites de l'entretien

Partie 7. Annexes

Annexe A. Glossaire

Annexe B. Étude d’arrêts

- Arrêt de rejet, 23 novembre 2010, pourvoi nº 09-67249
- Arrêt de cassation, 19 mars 2008, pourvoi nº 06-45212