**Droit social :**

Exam : commentaire d’arrêt et/ou cas pratique.

Introduction :

Droit social = droit du travail, relations individuelles et collectives naissant entre employeurs privés et ceux travaillant sous leur autorité : les salariés.

L’autre branche de la discipline est la protection sociale : corpus de règles destinés à protéger les personnes physiques contre la survenance de risques sociaux 🡪 maladie, invalidité, vieillesse, décès, maternité, charges familiales, accidents du travail, maladies professionnelles et risque chômage.

Le droit social est ambivalent : c’est à la fois l’action créatrice mais aussi une situation de contrainte (le travail). On évoque le droit du travail salarié : travail accompli sous la subordination juridique d’autrui moyennant rémunération : déséquilibre entre une partie forte (l’employeur) imposant ses conditions et de l’autre une partie faible (le salarié) placée dans une situation d’infériorité économique. C’est alors le droit du travail salarié qui nous intéresse. C’est un droit qui intéresse directement 17 millions de salariés du secteur privé : il a alors une place privilégiée dans notre société.

Enfin, le droit du travail est caractérisé par sa complexité et par son instabilité.

2011 🡪 Loi de simplification du droit : mise en œuvre du choc de simplification avec une ordonnance de 2014 simplifiant le champ social des entreprises. La loi Macron du 6 août 2015 et Rebsamen du 17 août 2015 ont été deux textes attendus : devaient donner de la vigueur aux entreprises étouffées par le droit des entreprises trop complexe : raté.

La loi travail du 8 août 2016 pour sécurisation des parcours professionnels (JO 9 août) censée simplifier les lois précédentes n’y arrive pas non plus, rajoutant aux articles 125 décrets d’application. Malgré la recodification, ce droit reste complexe et instable. Question de savoir si la simplicité serait possible à réaliser. L’instabilité est jurisprudentielle (aller voir les liaisons sociales quotidiens et la semaine sociale Lamy et le JCPS).

Introduction :

1. **Les caractéristiques du droit du travail**

**Paragraphe 1 : les domaines du droit du travail**

Il s’agit de droit qui organise les rapports nés d’un travail subordonné. Ce travail subordonné peut concerner des personnes travaillant pour le compte d’une autre personne qu’un employeur privé : Etat, CP, EP : en général, ces personnes relèvent des statuts de la fonction publique : ces personnes sont exclues de l’application du droit du travail. Cette simplicité d’exclusion n’est qu’apparente et illusoire : une clarification est souhaitée par la plupart des praticiens 🡪 2 catégories posent problème et relèvent en tout ou partie du régime du droit du travail : agents contractuels de droit public et agents des entreprises à statut (RATP, SNCF) : cependant, ne bénéficie pas toujours de l’application du code du travail et des prud’hommes.

**Paragraphe 2 : les facteurs de développement du droit du travail :**

1. **Une soumission aux évolutions idéologiques et comportementales :**

**Logique de lutte et de consensus**. Le droit du travail a pris racine dans l’action collective de la classe ouvrière. Le droit du travail s’est très largement développé par des rapports de force pour obtenir des avantages du patronat : c’est ce que l’on nomme des conflits collectifs ou grèves.

Cela a perdu du terrain aux vues d’une logique de dialogue et consensus. La conflictualité dans le secteur privé a largement baissé après un pic de nervosité en 2009. Le nombre de journée de grève par salarié baisse dans ce secteur privé. Cela baisse surtout dans des secteurs d’activité tels que l’industrie et même s’il y a encore mobilisations, elles sont plus courtes et concernent moins de salariés. La France n’est plus un pays de gréviculteurs : battue par la Grèce, l’Italie et l’Espagne.

Raisons de la baisse : chômage, effet de la crise économique, effet de la précarité (CDD ne l’envisage pas par peur de perte de l’emploi). Enfin, les manifestations ont changées : le mécontentement en tant que salarié ne se fait pas par la grève mais par l’absentéisme par exemple : les DRH ne comptent plus les journées de grève mais d’arrêt maladie, le désengagement.

Aujourd'hui, grand nombre d’instrument également de régulation : dispositif d’alerte sociale.

**Logique du tout collectif à l’individualisme** : temps de travail à la carte, modulation du temps de travail en fonction des besoins de l’entreprise

**Logique de rigidité et flexibilité** : instrument d’extériorisation de l’emploi : Ex : intérim : ajustement pour le chef d’entreprise, de même pour le prêt de main d’œuvre, le CDD.

1. **Une soumission aux évolutions politiques et économiques**

Le droit du travail est ultrasensible à la **conjoncture politique** : progression selon l’orientation politique du gouvernement. Il existe un sentiment que les gouvernements utilisent des moyens différents au service de la résolution de problèmes identiques : les problèmes concrets persistent et mènent à des tentatives de politiques différentes.

Aujourd'hui, obsession de la recherche de la rentabilité et de la lutte contre le chômage. Tout ce qui est prévu par le pouvoir législatif correspond à ces deux obsessions.

Egalement sensible à l’évolution économique : la discipline fluctue avec la **conjoncture économique**: loi Macron 6 août 2015 pour la croissance. Les pouvoirs du chef d’entreprise sont encadrés par la conjoncture économique : réduction du temps de travail, le chômage partiel devenu l’activité partielle, les fusions avec plans de sauvegarde de l’emploi (PSE)… Du côté salarié, même constat 🡪 restriction de l’immigration, répression du travail illégal, dissimulé, régime de l’exonération des charges sociales : volonté de corriger la situation de l’emploi.

Certains auteurs considèrent même que le droit du travail remplit un quotient économique et qu’il est soumis aux règles du marché.

1. **Une soumission aux évolutions technologiques :**

Le droit du travail a dû s’adapter aux progressions techniques et technologiques. Ex : techniques d’aide au recrutement avec logiciels (psychomorphologie 🡪 droit des TIC). Utilisation de la biométrie : il faut une autorisation, télétravail, droit des réseaux sociaux (critique du supérieur hiérarchique par réseau). Dans la loi El Khomri : droit à la déconnexion numérique.

1. **Les sources du droit du travail :**

Il existe des sources nationales, internationales, constitutionnelles mais également professionnelles émanant des parties : usage, contrat de travail. Ces sources sont hiérarchisées : sources internationales, européennes, loi, règlement, décret, conventions collective, usage professionnels, règlement intérieur, contrat (il en manque).

**Paragraphe 1 : Les sources internes**

1. **Les sources étatiques :**

* La Constitution et le bloc de constitutionnalité forment une source importante du droit du travail et se forme suite à la jurisprudence du CC°L. Cette jurisprudence a dégagé la notion de PGD du droit du travail en se référant à la C° : droit au travail, d’obtenir un emploi, liberté du travail, droit à la formation professionnel, liberté syndical, droit de grève.

Depuis mars 2010 existe la QPC : elle participe au dynamisme du droit C°L du travail : dans toutes juridictions peut être invoqué une inconstitutionnalité : QPC 2010 sur les maladies professionnelles, investigation sur le travail dissimulé.

* La loi et le règlement : constitue le cœur du droit du travail. Principe de clarté de la loi et de son intelligibilité. Jeu important des circulaires ministérielles jouant un rôle considérable : il y a parfois des lois sans décret d’application. Après le décret d’application, la circulaire a son importance pour expliquer et détailler la législation : elles ne sont qu’interprétative

1. **Les sources professionnelles :**

* Les conventions et accords collectifs de travail :
  + Convention collective : actes normatifs négociés entre d’une part une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés et d’autre part les organisations ou regroupement d’employeurs ou un ou plusieurs employeurs pris isolément en vue de fixer en commun un ensemble de règles relatives aux conditions d’emploi, de travail et aux garanties sociales : art L2231-1.
  + Accord collectif de travail : a un objet plus restreint, ne concerne qu’un sujet particulier ou ne s’adresse qu’à une catégorie professionnelle particulière. Régime juridique identique à celui des conventions collectives (CColl).

Ils produisent un effet obligatoire entre les parties signataires. Les conventions et accords dérogent au principe de l’effet relatif civil (art 1165) : l’effet normatif de la convention ou de l’accord concernera du côté patronal les signataires mais aussi les adhérents des signataires et en cas d’arrêtés ministériel d’extension, tous les employeurs de la branche d’activité. De la même manière du côté salarié, qu’il soit ou non signataire ou syndiqué, il bénéficiera des avantages conventionnels. Quant à son application, la convention et l’accord sont assimilés à la loi et au règlement : les inspecteurs du travail doivent veiller à l’application de l’accord comme à celle de la loi elle-même.

Si les négociations collectives échouent ou si un conflit collectif survient, il se peut qu’une organisation patronal/professionnelle recommande à ses adhérents d’appliquer telle ou telle mesure en faveur de ses salariés : octroi d’une prime, indemnité de déplacement, revalorisation des salaires minimum… Se pose alors la question de la force obligatoire de cette recommandation 🡪 recommandation patronale : substitut de l’accord collectif : en effet, cette recommandation a un effet obligatoire : CK, 1999 confirmé le 6 janvier 2011 : obligatoire pour les employeurs de l’organisation professionnelle dont la recommandation émane.

N’a pas la valeur d’un accord collectif ou d’une convention car une recommandation peut améliorer uniquement la situation des salariés et non pas réduire leurs avantages. La recommandation ne joue qu’en faveur des salariés. Si l’employeur refuse la recommandation, la seule dérogation est de dire qu’ils ne sont plus adhérents à l’organisation patronale.

* Les usages : de 2 types :
  + L’usage professionnel ou régional : c’est une coutume générale et permanente suivie dans certaines professions ou localités : Ex : préavis suit coutume lorsque rien n’est mentionné dans la loi ou le règlement. De même, temps d’habillage et de déshabillage. Aujourd'hui, l’usage tombe en désuétude, sans intérêt car aujourd'hui repris dans les conventions et accords.
  + L’usage d’entreprise : très important : c’est une pratique instituée de façon constance dans une entreprise déterminée par l’employeur ou par l’acquiescement tacite de celui-ci à une pratique des salariés : prime de fin d’année, 13ème mois, pause. Enjeux : *à quelles conditions reconnait-on un usage ?* La CK pose comme principe une pratique générale, constante et fixe
    - Généralité de l’usage : que l’avantage concerne l’ensemble du personnel ou une catégorie et non un avantage individuel.
    - Constance de l’usage : preuve d’un phénomène de répétition. En jurisprudence, répétition est souveraine des juges du fond.
    - Fixe : critères d’octroi de l’avantage doivent être objectifs (clairement identifiés). Ne doit pas relevé d’une appréciation discrétionnaire de l’employeur.

*A quel moment s’intéresse-t-on à la reconnaissance de l’usage ?*

Au moment de l’éventuel révocation ou dénonciation de celui-ci. Les conditions de révocations régulières :

* L’usage peut être dénoncé par la volonté commune de l’employeur et des salariés.
* La conclusion d’un accord mettant fin à l’usage et reprenant l’usage dans le texte d’accord : la qualification genre alors d’usage à accord collectif : dans l’intérêt des organisations syndicales.
* L’usage peut être révoqué par volonté unilatérale de l’employeur. En l’occurrence, la jurisprudence en définit le régime :
  + L’employeur n’est pas tenu de motiver la dénonciation : elle pourrait alors devenir abusive mais le cas échéant, il y aurait nullité : ex : repose sur un motif discriminatoire, sur une riposte patronale. Pour autant, il existe d’autres conditions de régularité de la dénonciation d’usage avec le respect de 3 conditions :
    - Information des représentants du personnel
    - Information individuelle des salariés : il s’agit d’informer tous les salarié impliqués (CK, 3 mars 2011), ou alors d’informer les salariés ayant bénéficié de l’usage ou susceptible d’en bénéficier par ancienneté (ch.soc., 13 octobre 2010).
    - Délai de prévenance suffisant permettant d’initier une négociation : Ces dernières ne sont pas obligatoires. Appréciation du délai de prévenance suffisant (aller voir jpce) : relève d’appréciation des juges du fonds donc flou : ch.soc. 3 mai 2012 pourvoi 10/20.638 : dénonciation le 9 mars avec dernier paiement le 31 mars 🡪 au moins 1 mois
* L’engagement unilatéral de l’employeur : acte selon lequel l’employeur prend, vis-à-vis d’u salarié, d’une catégorie de salariés ou de l’ensemble des salariés de l’entreprise, l’engagement d’accorder un avantage déterminé : engagement de verser prime pour les obligations de faire. Obligation de ne pas faire : ne pas rompre contrat pendant un certain délai.

*Comment reconnaitre engagement ?*

Décision CE ou autre formation réunissant des représentants du personnel, pris en protocole de fin de conflit (avec un comité de grève par exemple).

Il existe également des engagements unilatéraux concernant les notes de service.

Enfin, lorsque l’entreprise applique volontairement une convention collective qui ne lui est pas normalement applicable, cela relate d’un engagement unilatéral 🡪 donne force obligatoire à un acte pris par l’employeur : il y a une volonté claire de donner un avantage.

En pratique, difficulté : si l’engagement unilatéral est à durée indéterminée, question de la remise en cause de l’engagement 🡪 jurisprudence transpose le mécanisme de la révocation de l’usage. Cependant, si l’engagement unilatéral est à durée déterminée, la révocation semble difficile : envisager l’entrée en vigueur d’une nouvelle convention ou accord collectif de travail reprenant le même engagement ? Ou bien, appliquer l’engagement unilatéral jusqu’à la fin de ce dernier.

* Règlement intérieur : acte règlementaire de droit privé expression du pouvoir du chef d’entreprise, soumis à un seuil effectif : obligatoire dans les entreprise ayant atteint le seuil d’effectif de 20 salariés. Ce dernier contient des dispositions relatives à la sécurité et à la santé dans l’entreprise, à la discipline, aux droits de la défense du salarié et aux harcèlements morals et sexuels 🡪 contenu impératif. Son nom peut être celui de charte d’éthique, de déontologie, code interne… c’est un code élaboré par la direction de l’entreprise et soumettant les salariés à un ensemble d’instructions précises (conflits d’intérêts, infractions pénales. Il existe même des dispositions concernant les relations de l’entreprise avec l’extérieur (concurrents, clients).

Ces codes prolifèrent dans les entreprises mais posent problèmes : ils se développent sans que leur régime juridique soit clairement précisé 🡪 Ce code de bonne conduite peut être un détournement du règlement intérieur : Ex : bonne utilisation des ressources informatiques et numériques : si utilisation abusives avec un outil mis à disposition par l’employeur : peut-on faire valoir le code de bonne conduite et non le règlement intérieur ? 3 analyses :

* + Examiner le contenu même du texte (code) et voir qu’il relève intégralement du règlement intérieur : général et permanent, devant avoir leur place dans le règlement intérieur. Ce document est une adjonction au règlement intérieur et constitue une note de service au sens du code du travail (art L1321-5).
  + Si le document n’est qu’un outil de communication, interne ou externe à l’entreprise : est alors étranger au règlement intérieur
  + Le document présente un contenu hybride/mixte : certaines dispositions relèvent d’un règlement intérieur et d’autres lui sont totalement étrangères.

Si dans la charte éthique, l’employeur prend des engagements en faveur des salariés dépassant les obligations légales et règlementaires : pour qu’il ait une force obligatoire, il faut retenir la qualification d’engagement unilatéral de l’employeur.

**Paragraphe 2 : les sources internationales :**

1. **Le droit international du travail :**

Il existe une organisation rattachée à l’ONU dédiée au travail : c’est l’OIT (organisation internationale du travail) : institue une justice sociale à l’échelle mondiale et le concept de travail décent. Cependant, difficile de concrétiser ces objectifs dans la mesure où l’activité de l’OIT se passe par convention : l’OIT souffre alors d’une faible force contraignante car les Etats ont toute liberté pour ratifier ou non la convention. Une autre direction est alors préférable : c’est le cas de la RSE (Responsabilité Sociale des Entreprises) 🡪subordonne le commerce avec les pays n’ayant pas ratifié ou leurs entreprises au respect des droits fondamentaux reconnus par l’OIT : insertion d’une clause sociale qui inciterait certaines entreprises à changer de politiques dans le contrat commercial.

Directive RSE octobre 2014 : institue le **devoir de vigilance des sociétés mère et des entreprises donneuses d’ordre** 🡪 amène la société mère à faire preuve de prévention dans la violation des droits humains fondamentaux dans les Etats les plus pauvres.

1. **Le droit social européen**

Deux distinctions : un droit social non communautaire et un communautaire :

* Non communautaire : dans la CEDH et dans la charte sociale européenne.
  + CEDH : peu d’art concernant le droit du travail (art 4 interdit travail forcé). Cependant, la majeure partie des arts est utilisé à l’occasion de litiges relatifs aux relations du travail : art 6 droit à un procès équitable, art 8 protection vie familiale, privée… Egalement art 10 sur la liberté d’expression : peut être une liberté dans l’entreprise, de même art 14 avec l’absence de discriminations.
* Droit communautaire : on envisage les différents traités et le droit communautaire dérivé : repose sur règlements, directives, avis et recommandations 🡪 Directives sont des instruments privilégiés d’une intervention européenne dans le droit du travail avec son obligation de transposition. De plus, jurisprudence de la CJUE

**Paragraphe 3 : la combinaison des sources en droit du travail :**

1. **L’ordre public absolu**

Certaines dispositions légales voire règlementaires sont réputées d’ordre public (art 6 CC) : indisponibilité ou indérogabilité : il n’est jamais possible de déroger, même dans un sens plus favorable aux intérêts des salariés à un une norme d’ordre public (art L2251-1). L’ordre public peut être reconnu par texte mais également par jurisprudence 🡪 compétence de l’inspecteur du travail, du conseil de prud’hommes : en matière de litiges individuelles, le conseil de prud’hommes ne peut faire l’objet d’aucunes dérogations : Ex : ordre public absolu donc peu de dispositions : plus compliqué et fréquent avec la deuxième catégorie d’ordre public🡪 l’ordre public social.

1. **L’ordre public social**

Hiérarchie des normes en droit du travail mais parfois conflit de normes : sauf si l’une des normes est d’ordre public absolu, l’application de la norme favorable au salarié prédominera : en cas de conflit, primauté au « principe de faveur » qui se rapproche de l’ordre public social 🡪 une norme inférieur peut déroger à une norme hiérarchiquement supérieur si son application est plus favorable au salarié : assure au salarié un minimum de protection : le contrat de travail ne peut contenir de dispositions moins favorables que celles prévues par la loi. En l’occurrence, il s’agit de mettre en place un plancher minimum menant à ne pouvoir y déroger que dans un sens favorable au salarié : art L2251-1 : une convention ou un accord peut comporter des dispositions plus favorables à celles prévues par la loi. Principe de faveur consacré par la CK, elle considère même qu’il s’agit d’un principe fondamental en droit du travail en cas de conflit de norme (PGD depuis 17 juillet 1996, ch.soc). CE le considère également comme PGD, et le CC°L, même s’il ne lui reconnait pas valeur C°L, reconnait que le principe de faveur devait recevoir application sauf dans l’hypothèse où la loi permettrait à une convention collective de déroger à une norme légale dans un sens moins favorable au salarié

1. **L’ordre public dérogatoire :**

Depuis 1982, pour l’aménagement du temps de travail, la loi autorise les accords dérogatoires (convention dans un sens moins favorable au salarié). Cette possibilité de déroger conventionnellement a été étendu par la loi du 4 mai 2004 : étend les possibilités offertes aux accords collectifs, notamment d’entreprise, de déroger dans un sens qui n’est pas obligatoirement plus favorable au salarié à des dispositions conventionnelles de niveau supérieur ou même à des dispositions légales. Ces accords interviennent dans deux cas précis :

* Un accord d’entreprise prévoit des dispositions moins favorables pour le salarié que l’accord de branche ou interprofessionnel. Toutefois, cette possibilité de dérogation peut être interdite par l’accord de niveau supérieur (accord de branche, interprofessionnel) : on parle de clauses de fermeture, d’indérogabilité. De plus, la dérogation est strictement interdite dans 4 domaines :
  + Salaires minimums
  + Classifications
  + Garanties collectives en matière de protection sociales complémentaire
  + Formation professionnelle
* La loi permet à la convention de branche ou à l’accord professionnel, voir à la convention d’entreprise de déroger dans un sens moins favorable au salarié au code du travail : durée de travail, temps partiel. Il est possible de prévoir que l’accord de branche interdise cette dérogation.

Depuis, le phénomène s’est amplifié avec la loi du 20 août 2008 : souhaite adapter ces différentes règles au plus près des préoccupations concrètes des entreprises : amplifie la loi de 2004. En matière de temps de travail, la loi de 2008 renverse la hiérarchie des normes : ce n’est qu’à défaut d’accord d’entreprise ou d’établissement abordant le sujet du temps de travail que les règles fixés par l’accord collectif de branche s’applique : CC°L en août 2008 : il est possible de fixer par accord d’entreprise des dispositions différentes (moins avantageuses) que celles fixées par la convention collective de branche, même si ces dispositions l’interdisent expressément (déroge à clause de fermeture). Principe de faveur anéanti.

Actualité sociale 2016 : question de la hiérarchie des normes en droit : rapport Barthélémy… Renforcer portée de l’accord d’entreprise : la loi travail du 8 août 2016 a renforcé la portée de l’accord d’entreprise en généralisant le principe d’accord majoritaire : revoit tout l’ordonnancement des normes conventionnelles entre elles : la loi travail a accentué le mouvement de 2004 et 2008 : c’est ce qui préfigure le nouveau code du travail : le nouveau triptyque de la loi travail :

* Négociation collective avec primauté accordée à l’accord collectif sur l’accord de branche
* Détermination de l’ordre public persistant (indisponibilité)
* Loi qui deviendrait supplétive (possibilité d’y déroger).

1. **Les instances de contrôle en droit du travail :**

**Paragraphe 1 : l’inspection du travail :**

Autorité administrative pleinement dédiée au droit du travail. Elle est organisée en services déconcentrées, structurés depuis 2009 autour des **DIRECCT** : direction régionales des entreprises de la concurrence, de la consommation et du travail.

La DIRECCT a une mission de contrôle de l’application des dispositions du code du travail ainsi que des conventions collectives.

L’inspecteur du travail, concurremment à un OPJ est chargé de vérifier les infractions (mission de contrôle). Il y a également une mission d’assistance, tant à l’égard des salariés que des employeurs. Aujourd'hui, pas spécialement plus d’assistance pour les salariés que les employeurs : Ex : création de PSE.

Moyens d’action :

* Moyens de contrôle : pour mener à bien la mission de contrôle, l’inspecteur a un droit de visite et de procéder à des prélèvements, droit de se faire communiquer tout document ou élément d’information détenu par l’employeur, quel que soit son support : Ex : décompte des heures de travail accomplies par les salariés. A l’occasion de cette mission, possibilité de prendre des décisions administratives : Ex : examen d’un règlement intérieur et exiger le retrait d’une clause illicite, de même pour licenciement d’un salarié protégé, il faut l’autorisation préalable de l’inspecteur du travail.
* Moyens de contrainte : Si infraction, inspecteur peut notifier à l’employeur une observation, notifier une med ou encore dresser un procès-verbal d’infraction. En pratique, dans la majorité des cas, l’inspecteur négociera le respect du code du travail. Question de savoir su les inspecteurs du travail n’ont pas un certain sentiment d’abandon : crise d’identité de la profession d’inspecteur du travail suite à la preuve de l’ineffectivité du droit pénal du travail : contentieux de l’amiante et CEVESO où l’inspecteur nécessite aide.

Depuis 2013, la modernisation de l’inspection du travail est en marche : plus de contrôleurs. De plus, avec une loi du 6 août 2015, réforme des missions et moyens des inspecteurs du travail : renforcement des pouvoirs d’enquête, du rôle de prévention, contre la fraude de service international.

**Paragraphe 2 : les juridictions du travail :**

Juridiction spécialisée : le conseil **DE** prud’hommes : rend autour de 200 000 décisions par ans, ce sont souvent les salariés qui saisissent la juridiction qui ont gain de cause dans 70% des cas. Les juges prud’homaux sont critiqués. Le taux de conciliation est faible (5,5%) et le taux d’appel est très élevé (62%).

Composé essentiellement de juges élus, conseillers employeurs et salarié 🡪 c’est une juridiction professionnelle, paritaire avec nombre égal de salarié et d’employeur. La loi du 18 décembre 2014 a acté le principe de l’abandon des élections prud’homal : désormais établit par l’ordonnance du 31 mars 2016 🡪 relative à la désignation des conseillers au prud’homme : l’élection directe est abandon au profit d’une désignation sur audience des organisations syndicales et professionnelles 🡪 cette ordonnance acquière valeur de loi car ratifiée par la loi travail (8 août 2016). L’ensemble des dispositions de l’ordonnance entrent en vigueur le 1er février 2017.

Pour l’instant, les conseillers prud’hommes ont été prorogés jusqu’au 31 décembre 2017 : voient doubler la durée de leur mandat.

Organisation : Au moins un conseil dans le ressort de chaque TGI : chaque conseil est divisé en 5 sections : encadrement, industrie, commerce et services, agriculture et activités diverses. Chaque sections est divisée en chambre (pas toujours le même nombre).

Compétence : d’ordre public donc les parties au contrat de travail ne peuvent confier leur litige à une autre juridiction : clauses compromissoires (arbitrage) inopposables. Au niveau territorial : art R1412-1 : le conseil de prud’hommes compétent est celui dans le ressort duquel est situé l’établissement où le travail est accompli : si travail en dehors d’entreprise/à domicile : ressort où est domicilié le salarié. Il existe en la matière une option au salarié : il peut dans tous les cas choisir le ressort où l’employeur est établit, soit celui du lieu où l’engagement a été contracté.

Compétence d’attribution : art L1411-1 : compétence exclusive pour tous les différends individuels nés à l’occasion du contrat de travail : quel que soit la profession et le chiffre de la demande. En jurisprudence, la notion est encore plus largement appréhendée : la CK n’hésite pas à faire d’un différend collectif plusieurs différends individuels. Ex : Lock out : fermeture de l’entreprise décidé par l’employeur en prolongement d’un conflit collectif des salariés : si la fermeture touche de nombreux non-grévistes : jurisprudence estime que chaque différend peut être traité de manière individuelle et peut alors être traité par le conseil des prud’hommes.

Procédure : en 2 phases : en plus de ces 2 phases : référé prud’homal en cas d’urgence

* Conciliation : Il faut s’adresser au bureau de conciliation et orientation : A pour objet d’entendre les parties et de tenter de les concilier avant jugement. Question de savoir si l’audience de conciliation joue pleinement un rôle (moins de 10 % de réussite). Le contentieux prud’homal s’identifie au contentieux du licenciement : complexe puisque contrat de travail déjà rompu.
* Jugement : procédure orale et contradictoire 🡪 orale en dépit du dépôt de conclusion. Décision à la majorité des voies (2 employeurs et 2 salariés) : risque de partage des voies. Avant la loi du 6 août 2015 (Macron) le juge répartiteur était le juge d’instance, depuis la loi, c’est un juge du TGI. Possibilité d’appel dans un délai d’un mois à compter de la décision de jugement (15 jours en référé) : appel devant la chambre sociale.

Depuis le décret du 20 mai 2016 : représentation obligatoire devant les chambres sociales de la CA : appel régit avec représentation obligatoire : les parties sont obligées de recourir à l’avocat ou au défenseur syndical. Appel suspensif à moins qu’il y ait application provisoire du jugement. Enfin, un pourvoi en cassation peut être fait contre l’appel : délai de 2 mois à compter de la notification du jugement : depuis 2004, ministère d’avocat obligatoire.

En moyenne, 10 mois pour obtenir un arrêt prud’homal, 15 mois pour appel, 17 pour CK : en moyenne, 2 ans pour décision définitive.

Décret 20 mai 2016 : bouleversera les pratiques prud’homales : fin de l’unicité de l’instance : abroge l’art R1452-6 : depuis ce décret, plusieurs instances prud’homales pourront être engagées avec plusieurs demandes différentes issues d’un même contrat de travail alors qu’avant, toutes les demandes dérivant d’un même contrat de travail devait faire l’objet d’une même instance. Ce décret ne va pas dans le sens du désengorgement du conseil des prud’hommes.

Autres juridictions car contentieux éclaté : un litige peut être attribué à une autre juridiction de l’ordre judiciaire ou administratif :

* TI : peut connaitre litige de droit du travail concernant le contentieux électoral (délégués syndicaux)
* TGI : inventions de salariés, interprétation convention collective, réparation contre un syndicat, contentieux de l’expulsion contre les salariés grévistes
* Tribunal de commerce : procédure de traitement et difficultés des entreprises
* Contentieux pénal : en pratique, le dépôt de plainte (pénal) relève souvent d’une stratégie judiciaire : menace de poursuite pénale peut devenir une arme dans un rapport de force
* JA : contentieux administratif des PSE (loi 14 juin 2013 : transfert de compétence à l’autorité administrative).

**Titre 1 : La naissance de la relation de travail**

**Chapitre 1 : les aspects juridiques du recrutement :**

Le recrutement d’un salarié est une opération juridique dans la mesure où le recrutement se termine normalement par une embauche. Le CC°L a régulièrement affirmé la liberté de choix des collaborateurs : principe à valeur C°L. Cependant, limites : liberté de contracter et modalités même de recrutement.

1. **Les limites relatives à la liberté de contracter**

En principe, un cher d’entreprise est libre de conclure ou non un contrat de travail. De plus, le salarié est libre de conclure le contrat de travail. Pour autant, cette liberté contient de nombreuses limites : interdictions d’emploi (selon l’âge), à l’inverse il existe des priorités d’emplois (travailleurs handicapés).

1. **Les règles de loyale concurrence :**

Le marché du travail est un marché où il existe une offre et une demande : employeur censé s’entourer des meilleures compétences : ne va pas se contenter d’embaucher des salariés sans emploi : il va devoir aller chercher des salariés qui exercent déjà dans d’autres entreprises : se pose alors la question du débauchage : en soit, une tentative de débauchage n’est pas illégale : si CDI : peut être rompu à tout moment pour aller ailleurs. Dans ce domaine, il paie cependant sur l’employeur une obligation de loyale concurrence 🡪 une tentative de débauchage n’est pas en soit illégale mais il ne doit pas être abusif et le débauchage illicite d’un ou de plusieurs salariés peut conduire à l’engagement de la responsabilité civile et pénale de ceux qui y ont participé.

En pratique, difficulté pour trouver des indices de débauchages abusifs : appropriation de savoir-faire (secret de fabrication), appropriation d’une liste de clients, caractère massif du débauchage de salarié, propositions faites au salarié de conditions d’emploi anormalement favorables, versement de primes substantiels en cas de non-accomplissement du préavis (5 cas).

Pour non accomplissement du préavis : art L1237-3 : lorsqu’un salarié a rompu abusivement son contrat de travail et que celui-ci est embauché par un nouvel employeur, le nouvel employeur est solidairement responsable du dommage causé à l’ancien employeur dans 3 hypothèses :

* S’il est démontré que le nouvel employeur est intervenu dans la rupture
* S’il a embauché un travailleur qu’il savait déjà lié par un contrat de travail
* Quand il a continué à occuper un travailleur après avoir appris que ce travailleur était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail.
* La responsabilité du nouvel employeur suppose une chose : que le salarié ait rompu abusivement son contrat de travail (rupture anticipée et abusive d’un CDD, démission sans respect du préavis).

La preuve du débauchage est complexe et les actions sont en réalité rares.

**Cas pratique : Rupture abusive par le salarié du contrat de travail !!!**

A côté de la clause de concurrence existe la clause de non concurrence : ne peut embaucher un salarié qu’il sait lié par une clause de non concurrence lorsqu’il est démontré que l’emploi proposé entre directement en conflit avec le champ de la clause. Il est en réalité possible de lever ce principe par des faculté de rachat et des dérogations.

La clause de non concurrence a un objet déterminer : interdire au salarié après son contrat de travail l’exercice de certaines activités professionnels susceptible de nuire à l’activité de l’ancien employeur. Sur ce point, jurisprudence rigoureuse : Le nouvel employeur engage sa responsabilité délictuelle s’il emploie sciemment un salarié en violation de la clause de non-concurrence : arrêts précisent que la seule connaissance de la clause implique automatiquement la complicité du nouvel employeur et d’autres arrêts disent que le fait pour le salarié de dissimuler lors de son embauche à son nouvel employeur l’existence de la clause constitue une faute grave.

1. **Les règles dues au principe de non-discrimination**

Art L1132-1 interdit les discriminations : aucune personne ne peut être écartée d’une procédure de recrutement ou de l’accès à un stage en raison de son origine, sexe, mœurs, orientation sexuelle, activité syndicale, religion…

La loi de programmation pour la ville et la cohésion urbaine du 21 avril 2014 prévoit le lieu de résidence comme motif discriminatoire. Loi 24 juin 2016 prévoit comme motif discriminatoire la précarité sociale.

* Constitue désormais une discrimination pour toute distinction faite en vue de la particulière vulnérabilité de la personne résultant de sa situation économique 🡪 nouveau motif.

En pratique, le candidat à l’emploi victime d’une discrimination a du mal à l’établir : art 1132-1, même enrichit reste complexe à faire valoir. Un employeur adopte rarement un comportement ouvertement discriminatoire. Le législateur complète régulièrement les dispositions du code du travail : art L1134-1 : mécanisme probatoire : si s’estime victime de discrimination : doit présenter des éléments de fait laissant supposer l’existence de la discrimination. Aux vues de ses éléments, la partie défenderesse (l’employeur) devra prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Dans le prolongement, le code du travail prévoit un droit d’action en faveur des organisation syndicales et associations ayant pour objet la lutte contre les discriminations.

* La pratique du testing autorisée : permet à toute personne de se porter candidate à l’emploi pour démontrer la discrimination
* La pratique du CV anonyme : cependant, aucun décret d’application : Loi Rebsamen du 17 août 2015 abandonne la pratique du CV anonyme.

Ce principe de non-discrimination à l’embauche connait quelques exceptions :

* Exception selon la nature de la tâche à accomplir : égalité femme/homme, possibilité de ne recruter des candidats que de l’un ou l’autre sexe (mannequins, artistes…). Certains critères physiques sont également mis en avant : pilote de chasse, Jockey, Danseuses de cabarets.
* Exceptions fondées sur l’âge : justifié par des objectifs de politique de l’emploi.
* Entreprises de tendance : prône la défense d’une idéologie, d’une conviction particulière : organisations syndicales, enseignement religieux. La jurisprudence considère qu’il est possible pour l’employeur de ne recruter que des candidats qui adhère aux idéologies de l’entreprise. (**Partiel**)

1. **Les modalités de recrutement**

Si un employeur souhaite embaucher un salarié zéro défauts, plusieurs questions : recrutement de manière directe ou par un intermédiaire ? Par quelle méthode de recrutement ? Faut-il rédiger une promesse d’embauche ?

1. **Recrutement direct et/ou par un intermédiaire :**

L’employeur peut recruter directement, de manière interne par promotion ou de manière externe par le biais de contact privé, offres d’emplois, notamment par support numérique. Peut même recruter par l’intermédiaire du service public (pôle emploi). Pôle emploi peut être mis en concurrence : des opérateurs privés peuvent concourir : aujourd'hui opérateur privés néerlandais entre en concurrence directe avec Pôle Emploi.

Enfin, il est possible de recruter par l’intermédiaire d’un cabinet de recrutement (chasseurs de tête) : pratique d’autant plus fréquente que connait des personnes de haut potentiel : il s’agit d’un contrat de mandat : les obligations sont celles du mandataire rémunéré : se pose la question de l’étendue des compétences du cabinet de conseil, le cabinet de conseil est-il soumis à des principes d’une charte professionnel. Enfin, quel est la nature de la responsabilité du cabinet de conseil : question se tranche par la distinction d’obligation de moyen et de résultat : jurisprudence en faveur d’une obligation de moyen.

1. **Les modalités et pratiques de recrutement :**

Tout repose sur l’obligation de contextualisation : art L1221-6 : principe de finalité des informations demandées. Les informations demandées, sous quelle que forme que ce soit, au candidat ne peuvent avoir pour finalité uniquement d’évaluer sa capacité à exercer l’emploi proposé ou ses aptitudes professionnels 🡪 l’information doit présenter un lien direct et nécessaire avec l’emploi. Le législateur a souhaité objectiver les pratiques de recrutement. Cependant en pratique, ne peut s’en tenir à une simple vérification de diplôme et à la réalisation de quelques tests : une certaine immixtion dans la vie personnelle peut parfois sembler nécessaire : Ex : cadre de haut niveau candidat à l’expatriation : questions sur sa relation de famille envisageables. De même, des questions sur le dynamisme ou la tolérance peuvent être nécessaires : plus on monte dans la hiérarchie de l’entreprise, plus la contextualisation est nécessaire.

De plus, il existe toujours cette obligation de non-discrimination : question ne peuvent être contraire à ce principe : santé du candidat, convictions politiques etc… De même pour les entreprises de tendance.

Etat de grossesse art L1225-1.

La contrepartie de cette obligation de non contextualisation : candidat doit répondre de bonne foi aux informations en lien direct avec l’emploi proposé. Si la question n’était pas justifiée, le salarié pourrait ne pas répondre mais serait peut-être même autorisé à mentir : l’employeur ne pourrait alors lui reprocher ultérieurement le mensonge. Dans le prolongement, si mensonge dans le CV ou exagérations, que faire ? Exceptionnellement, pour la jurisprudence, le fait de fournir des renseignements inexacts entrainera la nullité du contrat de travail pour dol : il suppose des manœuvres frauduleuses déterminantes du consentement. Cependant, la simple fourniture de renseignement inexact n’est pas constitutive de dol : ch.soc., 16 février 1999. Sinon pas de dol, la faute commise par le candidat à l’emploi ne peut être pas justifier un licenciement en cas de préjudice de l’employeur : il faut démontrer que le candidat à l’emploi n’a pas les compétences professionnelles effective pour exercer les fonctions : il se peut que la faute soit alors qualifiée de faute grave. Il faut alors se poser la question de savoir si ce mensonge est déterminant du consentement de l’employeur : ch.soc, 25 novembre 2015.

Transparence et pertinence des moyens utilisés (2 principes) :

* Transparence :
  + Information au comité d’entreprise préalablement à l’utilisation des méthodes et techniques d’aide au recrutement
  + Candidat à l’emploi doit être informé préalablement à leur utilisation des techniques d’aides au recrutement
* Principe de pertinence : l’employeur est libre d’utiliser la méthode d’évaluation et de sélection qui lui parait la plus fiable : entretien, test, essai, mise en situation… Pour autant, la méthode doit être pertinente au regard de la finalité poursuivie : appréciation professionnelle du candidat : Ex : logiciels de psycho morphologie, analyse graphologique ne semblent pas pertinent
  + L’épreuve d’essai : flou juridique

1. **La promesse d’embauche**

Au cours des pourparlers (avant la conclusion définitive du contrat), les parties peuvent s’engager en rédigeant une promesse d’embauche. On peut envisager une promesse synallagmatique ou unilatérale.

Jurisprudence de la ch.soc de la CK : la promesse d’embauche n’engage les parties que si elle est ferme et qu’elle précise les éléments essentiels du contrat de travail : nature de l’emploi, date et lieu d’entrée en fonction, rémunération ou fourchette : Ch.soc, 15 décembre 2010 : affirme « constitue une promesse d’embauche valant contrat de travail l’écrit qui précise l’emploi proposé et la date d’entrée en fonction » encore faut-il que l’engagement soit ferme dont la réalisation n’est pas soumise à une condition (suspensive) 🡪 condition de réussite à un examen, d’accord du supérieur hiérarchique ou de la direction, de l’obtention d’un marché. Arrêt 12 juin 2014 et 19 novembre 2014 : changement de motivation : la CK ne reprend pas sa motivation habituelle selon laquelle la promesse d’embauche vaut contrat de travail : il est permis de penser qu’entre l’offre d’emploi et la promesse synallagmatique valant contrat de travail, reste la promesse unilatérale de contrat : le bénéficiaire de cette promesse se considère comme étant engagé : 6 juillet 2016 : indique que le formalisme contractuel du CDI ne s’applique pas à une promesse d’embauche en CDD.

Question de la violation de la promesse d’embauche : engagement de l’employeur de la responsabilité et DI et indemnité de préavis : salarié bénéficie d’un volet indemnitaire relativement conséquent.

Si à l’inverse le salarié ne respecte par la promesse d’embauche : peut être condamné au paiement de DI pour préjudice causé à l’employeur.

Si salarié ne vient pas, indemnisation de :

* Vacance du poste
* Coût de recrutement
* Coût de campagne de recrutement passé (et futur)
* Préjudice morale
* Atteinte à la réputation de l’entreprise.

Arrêt 25 novembre 2015 (14-21521) : la CK indique « la faute retenue peut être qualifiée de faute grave si la fausse expérience professionnelle a été déterminante pour l’employeur »

**Chapitre 2 : La conclusion du contrat de travail**

1. **La notion de contrat de travail**

Contrat de droit privé : art L1221-10 prévoit que le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun 🡪 il y a lieu de respecter la réglementation du travail et de tenir compte des caractéristiques de ce contrat au regard du droit des obligations.

Le contrat de travail est un contrat synallagmatique, à titre onéreux et à exécution successives, conclu en considération de la personne : intuitu personae

1. **La qualification de contrat de travail**

Enjeu juridique important : Ex : si je reconnais l’existence du contrat de travail, cela entrainera l’obligation pour l’employeur de respecter la règlementation du travail : cela conditionnera la compétence de la juridiction prud’homale et l’affiliation au régime général de la SS.

De plus, s’il est constaté une mauvaise dénomination du contrat de travail, les conséquences pécuniaires seront redoutables : mène à une requalification par le juge : Ex : action de l’URSAF et des assedic pour des cotisations non-perçues. De plus, il existe un risque pénal du travail illégal/dissimulé. Cependant, ces critères ne figurent pas dans le code du travail : la définition se trouve dans le code civil : contrat de travail (ou louage de service). Jurisprudence donne également définition : le contrat de travail peut être défini comme l’exécution de la **prestation de travail** en situation de **subordination** moyennant **rémunération.** Il faut considérer une interdépendance entre les trois éléments : cependant, ils n’ont pas la même importance même s’ils sont cumulatifs. Le critère d’identification principal est la subordination. Les deux autres critères sont au second plan.

1. **La prestation de travail :**

Est indispensable mais non suffisante : l’objet d’un contrat de travail est la mise à disposition de la force de travail du salarié. Cette notion de prestation de travail doit être selon la CK entendue très largement : jurisprudence en matière d’émission de téléréalité : reconnu comme une prestation de travail : consiste pour des participants pendant un temps donné et dans un lieu donné à prendre part à des activités imposées et à exprimer des expressions attendues.

Un salarié qui demande que soit reconnu un contrat de travail doit de toute façon établir qu’il exécute effectivement une prestation pour le compte d’un employeur. S’il n’y a pas de prestation effective, le contrat de travail est considéré comme fictif ou dissimulant un autre contrat. Ex : délit d’abus de biens sociaux, cumul de contrat.

La qualification de contrat de travail est écartée lorsqu’il ne s’agit plus de l’objet principal du contrat : Ex : stage 🡪 moyen au service de la formation. Question délicate : travail carcéral : 25 décembre 2015 et 25 septembre 2015, le CC°L se prononce pour la deuxième fois sur le sujet : valide le régime dérogatoire au contrat de travail sur fondement d’une loi pénitentiaire de 2009 : le travail carcéral s’exerce d’après lui en dehors de tout contrat de travail sur la base d’un simple acte d’engagement établi unilatéralement par l’administration pénitentiaire qui fixe elle-même les conditions du détenu : n’ont même pas SMIC.

1. **La rémunération**

Est un élément essentiel du contrat de travail : si prestation gratuite, il n’y a pas contrat de travail : contrat de bienfaisance. Il existe des régimes spécifiques : volontariat civil, action humanitaire à l’étranger : le législateur autorise cependant le versement d’une somme d’argent (un pécule) sans que pour autant la qualification de salarié soit retenue. De même dans les associations humanitaires. Cette jurisprudence qui ne retient pas la qualification de salariat est une jurisprudence de pure opportunité 🡪 il importe d’éviter à ces organismes et associations de subir les contraintes imposées par le salariat (cotisations sociales)

Technique du wwoofing : accueillir sur des exploitations agricoles ou biologiques des personnes majeures qui bénéficient d’un logement et de nourriture en contrepartie d’une participation aux activités de l’exploitation : JCP social 2016 n°1012.

1. La subordination :

Deux conceptions :

* Economique : qualification de contrat de travail chaque fois que le travailleur sera matériellement et financièrement dépendant de son travail : jurisprudence sous-traitance et travailleurs à domicile.
* Subordination juridique : la qualification de contrat de travail sera cantonné aux hypothèses où la personne du travailleur exécute son travail en obéissant aux instructions, ordres, directives données par l’employeur : soumission hiérarchique : arrêt Bardou, 1931. Egalement arrêt société générale, 1996, ch.soc : est accompli dans le cadre d’un contrat de travail l’activité exercée pour le compte et sous l’autorité d’une personne qui a le pouvoir de donner ordres et directives aux salariés et d’en contrôler l’exécution et d’en sanctionner les manquements. Lien résulte de 3 soumission : au pouvoir règlementaire, disciplinaire, de direction. Arrêt Labbane, 2000, ch.soc : principe majeur exposé et consacré : principe de l’indisponibilité de la qualification de contrat de travail : l’existence d’une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu’elles ont donné à leur convention mais des conditions de faits dans lesquels est exercé l’activité du travail. Le juge analyse alors les conditions objectives d’exercice de l’activité et au besoin, il requalifie : contrat irrégulièrement dénommé par une partie

La jurisprudence applique la méthode du faisceau d’indice permettant de retenir deux grandes catégories d’éléments :

* L’autorité et le contrôle de l’employeur
* Les conditions matérielles d’exercice de l’activité : soumission à un horaire de travail ; à un lieu de travail, l’existence ou l’absence de personnel dépendant du travailleur, la fourniture des instruments de travail par l’employeur, l’exclusivité du travail au profit de l’employeur et la stipulation d’une rémunération : 25 juin 2013, élection mister France. 1ère reprend ch.soc.

Reconnaissance de travail dissimulé : ch.soc. 18 février 2016 : affirme que s’agissant d’affaires relatives aux émissions de téléréalité, le producteur peut être condamné pour travail dissimulé

Question de l’intégration dans un service organisé : conçu pour travail posté mais aujourd'hui dépassé : CK fini par admettre que la subordination juridique ne dépendait pas d’une indépendance technique au profit du travailleur : autre forme : subordination administrative dans un service organisé par autrui. Ce postage est inadapté à certaines activités : chercheurs : il a donc fallu à la CK créer un critère plus adapté : élaboration du critère de l’intégration d’un service organisé par autrui sur faisceaux d’indice : fourniture de matériel, aménagement de locaux, clientèle rattachée à l’entreprise, maitrise de l’organisation du service (horaires, lieux…). Tous ces éléments constituent une démonstration de l’intégration dans un service organisé.

Mise en œuvre de ce critère en 2 lignes directrices :

* Tout dépend de la maitrise ou de l’absence de maitrise que le travailleur possède quant à l’organisation générale de son travail et dans l’organisation technique de ce travail (mode d’exécution
* Maitrise de l’exécution technique du travail n’est pas exclusive de la qualité de salarié à condition que le donneur d’ordre maitrise l’organisation générale de la structure à laquelle participe le travailleur avec une obligation de rendre compte. En revanche, selon la CK, la maitrise de l’organisation générale du travail est exclusive de tout lien de subordination juridique : Sté générale, 1996 : le travail au sein d’un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination à une condition : lorsque l’employeur détermine unilatéralement les conditions d’exécution du travail. Egalement Labbane 2000 : rappelle que dans certains cas il importe d’apporter une importance particulière à des indices de très forte dépendance économiques 🡪 opère la qualification de salariés.

Question actuellement revisité sous l’angle de l’économie numérique : existence ou non d’un lien de subordination juridique entre un chauffeur VTC et un service numérique type Uber : Question posée au TASS (tribunal d’action de la SS) : requalification : considéré comme des travailleurs indépendant mais peut-être demain requalifiés en salariés : Semaine sociale Lamy, 30 mais 2016, n°1725, « la notion de subordination face à l’activité numérique ».

1. **La détermination légale du contrat de travail :**

Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour affirmer la reconnaissance d’un contrat de travail soit pour exclure toute subordination juridique

1. **L’affirmation de l’existence d’un contrat de travail**

Le législateur, dans certaines hypothèses, va considérer que tel ou tel contrat va être qualifié de contrat de travail selon la subordination juridique : Ex : VRP, journalistes professionnels, mannequins… Egalement, parfois, certains travailleurs vont bénéficier du statut. C’est la situation parfois de subordination économique ou de para-subordination qui l’emporte et conduit à la reconnaissance du salarié : gérant de succursale, travailleurs à domicile (télétravail), bénéficiaire de portage salarial (ordonnance 2 avril 2015) : accorde primauté à la subordination économique.

1. **La présomption de non salariat :**

En 1994, intervention du législateur pour instaurer une présomption d’absence de contrat de travail : pour exclure notion de subordination. Aujourd'hui, cette présomption d’absence ou de contrat de travail figure dans le code du travail art L.8221-6 : *« Toute personne immatriculée en qualité de non-salarié est présumé ne pas être lié par un contrat de travail dans l’exécution de l’activité donnant lieu à cette immatriculation »* 🡪 élargi aux personnes morales et à leurs salariés.

Une présomption d’activité indépendante qui résulte d’un critère formel : l’immatriculation. Cette présomption a pour objectif d’avouer la promotion de l’entreprise individuelle. Cependant, cette présomption est simple, peut être renversée par la preuve de l’existence d’un lien de subordination juridique permanent : peut être renversé à partir des conditions réelles de l’activité : par méthode faisceau d’indice : trouver conditions propices à reconnaissance de lien de subordination : requalification en contrat de travail dans ce cas.

2ème, 7 juillet 2016 : concerne l’art L8220-6 : présomption de non salariat pour les activités professionnelles indépendantes et action en requalification de la prestation de service de l’autoentrepreneur en contrat de travail car les prestations étaient effectuées dans un lien de subordination juridique permanent. La présomption de non salariat n’est pas irréfragable.

1. **Le choix du contrat de travail :**

Le CDI est considéré comme la norme juridique car le droit du travail s’est construit autour de lui. Cependant, à côté de lui, dans stratégies de gestions de l’emploi ont cherché à développer ce qu’on appelle les contrats atypiques ou parfois précaire : ce sont des emplois sous statut différencié. Il est possible d’externaliser l’emploi : confier une activité ou un emploi à une entreprise ou personne extérieur : une entreprise peut alors être sans salariés.

3 idées directrices : une norme juridique d’emploi, l’emploi sous statut différencie et externalisation

1. **Le CDI, norme juridique d’emploi**

Art L1221-2 : Le CDI est la forme normale et générale de la relation de travail. Le contrat de travail de droit commun est le CDI donc lorsqu’il s’agit de requalifier à titre de sanction un contrat atypique : consiste en une requalification en CDI. Le CDI est un gage de fidélisation est de stabilité : il importe alors d’inscrire la relation de travail dans la durée. Il sera mentionné une pratique très connue dans les RH : la GPEC : gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : basé sur stabilité. Il peut y avoir restructuration avec ou sans GPEC mais si avec, stabilisation est alors relative.

Cette notion de durée indéterminée ne signifie pas engagement perpétuel : cela signifie concrètement que chacune des parties peut mettre fin à la relation de travail à tout moment. En l’occurrence, le licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse, étroitement contrôlé par le juge.

Pour une bonne organisation du futur de la relation de travail, il importe de favoriser la mobilité géographique et fonctionnelle du salarié. La loi Rebsamen expérimente le CDI intérimaire jusqu’au 31 décembre 2018.

1. **L’emploi sous statut différencié**

S’éloigne du modèle du CDI à temps plein.

* Contrat d’insertion et de formation : contrat d’insertion mis en place par les politiques de l’emploi : ils ont pour objectif avoué de favoriser l’insertion professionnel : pour certaines catégories de personnes particulièrement en difficultés : jeune sans qualification et les chômeurs de longue durée. 🡪 Trop grande diversité contractuelle donc le législateur a en 2010 tenté de simplifier les dispositifs en opérant des regroupement et fusion de contrat : regroupé dans un seul contrat 🡪 Le contrat unique d’insertion.
* Contrat de formation en alternance : associer l’exercice d’une activité professionnel au suivi d’une formation : il existe 2 types de contrats connus :
  + Contrat d’apprentissage
  + Contrat de professionnalisation.
* Le CDD : La conclusion du CDD. 4 types de situations :
  + Remplacement d’un salarié absent, en congés…
  + Variation d’activité de l’entreprise (accroissement temporaire, travaux urgents, commande exceptionnelle)
  + Emploi à caractère saisonnier : les CDD d’usage : destiner à pourvoir des emplois dont il est d’usage constant de ne pas conclure de CDI en raison de la nature de l’activité, du caractère temporaire de l’emploi
  + La réalisation d’un objet défini : CDD particulier pour la réalisation d’un projet définit : contrat de projet : d’abord expérimental puis intégré dans le code du travail en 2014 : pour une catégorie professionnelle particulière : de niveau élevé : cadres, ingénieurs : le CDD a alors pour échéance la réalisation du projet en question : fourchette de 18 à 36 mois

Ces situations s’accompagnent d’une formulation d’interdiction : selon le code du travail art L1242-1, quel que soit son motif, le CDD ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l’activité normale et permanente de l’entreprise : seulement pour l’exécution d’une tâche précise et temporaire : d’après CK, est un principe d’interprétation.

En principe, un CDD comporte un terme fixé dès sa conclusion. Il se peut que le CDD ait un terme imprécis 🡪 c’est le cas pour le remplacement d’un salarié absent pour maladie. Pour le CDD comportant un terme certain, une clause du contrat (un avenant) pourra prévoir une clause de renouvellement qui nécessitera l’accord de l’employeur et du salarié. Depuis le 19 août 2015, un CDD à terme précis peut être renouvelé 2 fois dans la limite d’une durée totale maximale de 18 mois, renouvellement inclus. Le renouvellement du CDD se différencie de la succession de CDD qui correspond à la conclusion de plusieurs CDD, si renouvellement, toujours le même contrat. 2 hypothèses :

* Succession de plusieurs CDD sur le même poste avec le même salarié ou avec des salariés différents : il faut respecter délai de carence art L.1244-3. Il faut alors apprécier la notion de poste identique : s’apprécie selon la CK en fonction de la nature des tâches confiées au salarié, peu importe le lieu géographique d’exécution. Il convient de se référer, dans l’hypothèse où le poste ne pourrait être isolé, à l’ensemble de postes nécessitant la même qualification professionnelle dans l’unité de travail considéré
* Succession de CDD avec un même salarié sur des postes différents : possible en cas de remplacement, travail saisonnier etc. Le risque est que l’employeur en abuse : il ne faut pas que l’employeur pourvoi durablement à un emploi lié à l’activité normale et permanente de l’entreprise.

Formalisme substantiel du CDD : Contrat obligatoirement établit par écrit, à défaut, réputé conclu à durée indéterminé : irréfragable. Dans le prolongement, ce contrat doit être remis au salarié au plus tard dans les deux jours ouvrables suivant l’embauche : la transmission tardive du contrat au salarié pour signature équivaut à une absence d’écrit et cela entraine la requalification en CDI.

Mentions obligatoires : irrégularités parfois de fond ou de formes.

Lorsque l’on évoque l’exécution du CDD, point important du statut du salarié : égalité de traitement : art L.1242-14 prévoit le principe de l’égalité de traitement entre les salariés en CDD et ceux en CDI. Cela concerne tous les droits : légaux, conventionnels, résultant d’usage professionnels… Les droits individuels et collectifs du salarié en CDD doivent être identiques aux droits du salarié en CDI. Ex : rémunération : en CDD, ne peut être inférieur que ce que percevrait dans l’entreprise un salarié embauché en CDI (de qualification équivalente, occupant les mêmes fonctions. Respect des règles d’hygiènes et de sécurité sont les mêmes : doit comme tout salarié recruter bénéficier d’une formation pratique et appropriée en matière de sécurité au travail.

La portée pratique de ce principe d’égalité de traitement est fortement limitée, restreinte dans la mesure où bon nombre de droit et d’avantage sont liés à l’ancienneté du salarié dans l’entreprise.

CJUE 14 septembre 2016 : le recours à des CDD successifs pour couvrir des besoins permanents est contraire au droit de l’union (en l’espèce besoins médicaux). L’utilisation de CDD ne peut être justifié que par la nécessité de couvrir des besoins provisoires.

1. **Le contrat de travail à temps partiel**

Depuis les eux dernières décennies, le travail à temps partiel fait l’objet d’une très important (trop ?) instrumentalisation : trop complexe. Le législateur est venu faciliter le recours au travail à temps partiel : aujourd'hui, le législateur préfère encadrer strictement ce type de contrat : constaté que ce contrat était source de précarité.

1. **Définition du travail à temps partiel**

Cette définition conditionne la réglementation de ses règles. Art L.3123-1 : « est considéré comme salarié à temps partiel le salarié dont la durée du travail est inférieure à la durée légale ou lorsque ces durées sont inférieures à la durée légale, à la durée du travail fixé conventionnellement pour la branche ou l’entreprise ou aux durées du travail applicable dans l’établissement ». En pratique,

* Si l’entreprise applique la durée légale du travail : temps partiel dès que travaille soit :
  + Moins de 35h par semaine
  + Moins de 151,67h par mois
  + Moins de 1607h sur l’année

Un contrat qui prévoit un temps de travail de 34,3h par semaine est alors considéré comme à temps partiel. Modification depuis 2014 : la durée minimale de travail à temps partielle est de 24h hebdomadaire : temps partiel = si inférieur à durée légale ou conventionnelle du travail et au minimum égal à 24h de travail sauf dérogation.

Mise en place du travail à temps partiel par accord de branche ou convention collective, accord d’entreprise ou d’établissement. Il se peut qu’en l’absence d’accord, l’employeur souhaite introduire des horaires de travail à temps partiel : consultation Ce ou délégués du personnel (DP). La consultation portera sur le principe même du temps de travail dans l’entreprise et sur les modalités de son organisation. On peut alors se demander si le temps partiel correspondrait plus à du temps de travail choisi et non subi.

1. **Formalisme du contrat**

Contrat établit par écrit : absence laisse présumer que le contrat de travail a été conclu à temps plein (présomption simple). On peut penser que pour renverser cette présomption, l’employeur cherche à établir la durée exacte du travail consenti.

Il se peut également que l’employeur que l’employeur cherche à établir que le salarié n’était pas placé dans l’impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et dans le prolongement qu’il n’avait pas à se tenir constamment à la disposition de l’employeur.

Stipulations relatives aux modifications éventuelles de la répartition : de l’horaire de travail dans la semaine, le mois ou tout ou partie de l’année. Devrait préciser également la nature même de la modification et le délai de prévenance nécessaire pour une mise en œuvre de la nouvelle répartition de l’horaire de travail.

Stipulation éventuelle d’une clause d’exclusivité : contrat temps partiel ne peut en stipuler une. La CK considère qu’une telle clause d’exclusivité n’est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. A l’origine interdit car contrat précaire : mènerai à interdire le cumul d’activités. CK dispose que la clause n’est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise et si justifiée par nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

Pour la CK, pas de requalification en contrat de travail à temps complet si nullité de la clause : permet seulement d’obtenir des DI.

Cumul des activités subordonné à l’autorisation préalable de l’employeur : dans clause du contrat. CK considère que c’est le principe fondamental du libre exercice d’une activité professionnelle qui serait méconnu 🡪 ce type de clause ne devrait pas exister dans un contrat de travail à temps partiel pour la CK.

1. **Le statut du salarié à temps partiel**

Egalité de traitement : même droits que ceux reconnus aux salariés à temps complet. Si les droits relèvent d’une convention collective et qu’en l’occurrence, le bénéfice des conventions collectives prévoit l’exclusion éventuelle de salariés à temps partiel, on peut considérer que l’égalité de traitement n’est pas totalement assurée. Parfois, proratisassions des avantages selon la durée de travail.

1. **Le recours à la main d’œuvre extérieure : l’externalisation de l’emploi :**

Imaginons entreprise sans salariés : autorisé par code du travail et même encouragé : confier des activités et emplois à des entreprises ou personnes physiques extérieures à l’entreprise : permet d’adapter le niveau de la main d’œuvre aux besoins fluctuants de l’activité (travail temporaire). On concède notamment les activités stratégiques à des sous-traitants : on peut ne conserver dans une entreprise que le cœur des métiers à forte VA et y ajouter l’intérim, l’externalisation.

Formes de l’externalisation :

1. **La fourniture à but non-lucratif :**

* Fourniture de main d’œuvre à but non-lucratif : code du travail prohibe la fourniture de main d’œuvre à but lucratif. Les contrats de fourniture de main d’œuvre à but non-lucratif autorisé. Comment déterminer ce qui est lucratif ou non ?
  + Opérations à but lucratifs sont à titre onéreux
  + Seules les opérations réalisées pour poursuivre un bénéfice sont des opérations à but lucratif

Le but lucratif ou non se recherche chez quel partenaire de l’opération ? 2 interprétations : recherche du caractère lucratif chez l’entreprise qui prête du personnel ou recherche chez celui qui utilise le personnel (peut réaliser économie sur charge sociale). La CK considère (18 mai 2011) que l’interdiction de fourniture de main d’œuvre à but lucratif concerne également l’entreprise utilisatrice : le prêt de main d’œuvre peut être déclaré illicite alors même que l’entreprise prêteuse n’a réalisé aucun profit : prêt de main d’œuvre peut se réduire à une simple économique pour le bénéficiaire du personnel 🡪 le prêt de main d’œuvre est alors lucratif pour l’entreprise bénéficiaire dès lors qu’elle n’a payé que les rémunérations et les charges sociales afférents aux différents travailleurs sans participer aux frais de gestion du personnel. Tout repose sur la rémunération, les charges sociales et l’éventuelle économie.

Si cette jurisprudence avait été maintenu, aurait porté coût au prêt de main d’œuvre. Le législateur est revenu sur la jurisprudence de la ch.soc. 🡪 loi 28 juillet 2011 : une opération de main d’œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l’entreprise prêteuse ne facture à l’entreprise utilisatrice que les salaires versées aux salariés, les charges sociales et les frais professionnels. Si l’entreprise prêteuse ne réalise pas de marge, qualification beaucoup plus difficile. IL convient alors de vérifier les salaires, les charges sociales, les frais professionnels et la participation éventuelle de l’entreprise utilisatrice aux frais de gestion du personnel. Dans le prolongement, le législateur autorise plusieurs dispositifs de prêt de main d’œuvre à but non lucratifs : services aux personnes.

Classiquement, la fourniture à but lucratif est interdite mais exceptions : travail temporaire, le partage salarial, entreprises de travail à temps partagé

Différence CDD travail temporaire : relation à 3 personne pour travail temporaire. Le contrat de mission lie l’entreprise de TT au salarié intérimaire : enchevêtrement de droits et obligations : croisement des pouvoirs de direction et disciplinaire : direction par entreprise utilisatrice et discipline par l’employeur donc l’entreprise de TT.

Santé et sécurité dans l’entreprise : qui contracte ?

Régime spécifique notamment entre salarié intérimaire et de l’entreprise utilisatrice, de même concernant la rupture de la relation de travail.

1. **Le portage salarial**

Portage salarial : ensemble de relation entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clients : relations triangles.

* La personne portée : confie à une société de portage la facturation et la gestion administrative de ses missions, auprès d’une entreprise cliente, moyennant le paiement par la société de portage d’un salaire.
* Le porté et la société de portage est un rapport et le second est la société de portage avec l’entreprise cliente 🡪 contrat de prestation de service : la société de portage est employeur : c’est elle qui conclut le contrat avec le porté, CDD (durée plafonnée à 3 ans) et CDI. Distinction TT 🡪 société de portage embauche le porté suite à un démarchage de celui-ci (le porteur démarche la société de portage) alors que dans le TT, tout se déroule à la demande e l’entreprise cliente.

Depuis 2010 (juin), n’est plus considéré comme une pratique frauduleuse : est légalisé mais est encore méconnue des praticiens. Cependant, la loi travail a cherché à sécuriser cette technique de portage. Depuis janvier 2015, l’accord conclu par les partenaires sociaux de juin 2010, le portage n’avait plus aucun fondement légal. Loi travail fixe alors un cadre juridique : redonne un fondement légal au portage salarial. La loi travail prévoit une longue liste d’infractions pénales en matière de portage salarial : cherche à pénaliser les comportements abusifs. On peut penser que dans les mois à venir, la jurisprudence se développera.

Il existe également le détachement, la mobilisation, la mobilité au sein d’un groupe de société

1. **Les clauses du contrat de travail : PARTIEL**
2. **La clause d’essai (période d’essai)**

Il est possible qu’au lieu de s’engager définitivement, les parties conviennent de procéder à un essai. La période d’essai ainsi que sa faculté de renouvellement ne se présume pas. La période d’essai et sa faculté de renouvellement doivent être expressément stipulé dans la lettre d’engagement ou le contrat. A défaut d’une telle mention, les parties sont dans l’impossibilité d’invoquer l’existence d’une période d’essai, il fut un temps où il était possible de se fonder sur la convention collective et pour le contrat de travail de renvoyer à cette convention

La période d’essai se situe au commencement de l’exécution du contrat : a pour objectif d’évaluer les compétences du salarié et apprécier l’adaptation du salarié à son poste de travail. Cela permet aussi au salarié d’apprécier si les fonctions qui lui sont attribuées lui conviennent.

Distinction période d’essai/période probatoire :

* Si la clause d’essai est introduite en cours d’exécution du contrat à l’occasion d’une promotion, d’un changement d’affectation, d’une mutation, cette période d’essai doit être requalifiée en période probatoire : si période non concluante, la jurisprudence considère que le salarié doit être réintégré dans ses fonction antérieures. Si l’employeur rompt néanmoins le contrat de travail, cette rupture est alors un licenciement sans cause réelle et sérieuse : doit être réintégré dans ses fonctions antérieures

Durée de la période d’essai : correspond s’il s’agit d’un CDD à un jour par semaine dans la limite de deux semaines si le contrat est inférieur ou égal à 6 mois. S’il est supérieur à 6 mois, la durée maximale de la période d’essai sera d’un mois. S’il s’agit d’un CDI, il faut examiner ce qui figure dans le code du travail : la durée maximale varie selon la qualification du salarié :

* Ouvriers et employé : période ne peut dépasser 2 mois
* Agents de maitrise : Ne peut dépasser 3 mois
* Cadres : Ne peut dépasser 4 mois

Cette période d’essai peut être renouvelée une fois à condition qu’un accord de branche étendue le prévoit et à condition que le contrat de travail ou la lettre d’engagement précise expressément cette possibilité. Dans ce cas, ne peut dépasser 4 mois pour les ouvriers et employé, 6 mois pour les agents de maitrise et 8 mois pour les cadres. Auparavant, moins protecteurs : périodes probatoires de 10 mois étaient possible

La période d’essai présente une originalité : confère à chaque partie : employeur et salarié, la faculté de rompre le contrat de travail à tout moment. Pendant la période d’essai, les règles relatives à la rupture du contrat de travail ne sont pas applicables. Si les règles relatives à la rupture du contrat ne sont pas applicables, cela signifie que les autres règles n’ont besoin du respect d’aucune autre procédure que le délai de prévenance (code du travail)

La CK a posé en la matière de nombreuses limites : la rupture en cours de période d’essai ne doit pas être discriminatoire. Cette rupture ne doit pas être abusive et il est indiqué que l’une ou l’autre des parties ne peuvent pas rompre le contrat de travail pendant la période d’essai avec légèreté blâmable. S’il s’avère que la rupture de la période d’essai repose sur un motif disciplinaire, il est nécessaire que l’employeur respecte la procédure disciplinaire. Il faut enfin vérifier que le salarié soit ou non un salarié protégé : s’il en est un, il convient d’obtenir préalablement l’autorisation de l’inspecteur du travail

1. **Les clauses relatives à l’exécution du contrat de travail**
2. **La clause d’objectif :**

Question de l’implication d’un salarié dans l’exécution de sa mission, comment entretenir sa motivation et assurer de la transparence dans la relation du travail : fixation d’objectif

CK considère que les objectifs peuvent être définis unilatéralement dans le cadre de l’exercice du pouvoir de direction de l’employeur : fixation peut également être contractuelle. Ces objectifs doivent être réalistes ou raisonnable et l’employeur doit donner les moyens humains matériels et financiers de réaliser ces objectifs. De plus, l’employeur ne peut faire supporter au salarié le risque entreprise. A l’inverse, peut prouver que le salarié n’est pas capable d’assurer la mission confiée : vérifier que correspondent bien à sa qualification ou s’il faut une formation complémentaire.

CK considère depuis de nombreuses années (2000) que le nom respect d’une clause d’objectifs ne peut pas constituer systématiquement une cause réelle et sérieuse de licenciement : pas de pré-constitution de cause réelle et sérieuse par la stipulation d’une clause d’objectif. CK 2010 : l’insuffisance de résultats ne peut pas constituer en soit une cause de licenciement : il appartient au juge de rechercher si les objectifs, fussent-ils définis au contrat de travail, étaient réalistes et si les mauvais résultats procédaient d’une insuffisance professionnelle non fautive soit d’une faute imputable au salarié.

1. **La clause de mobilité géographique :**

Permet à l’employeur d’imposer au salarié une modification de son lieu de travail, et ce, au-delà d’un même secteur géographique. Il est possible que cette clause soit imposée par la convention collective : ce qui signifie que l’employeur ne pourra se prévaloir de la clause de mobilité géographique de la convention collective que si l’employé a été informé de l’existence de la convention collective au moment de son engagement. Il sera également nécessaire de vérifier si ce salarié a été mis en mesure d’en prendre connaissance

Distinction clause de mobilité/clause de mission : si l’employeur impose au salarié des missions temporaires de manière occasionnels menant le salarié à se déplacer géographiquement, il se peut que ce type de mission soit proposé en dehors de toute prévision contractuelle.

Si une stipulation prévoit ces missions temporaires, question de savoir s’il s’agit d’une clause de mobilité ou de mission : question de la mobilité géographique dans le champ contractuel fait l’objet d’un important contrôle. La CK précise largement les conditions de validité de la clause de mobilité :

* Doit définir de façon claire et précise sa zone géographique d’application : précisions de tous les établissements de l’entreprise : cependant, si d’autre établissements à venir sont stipulés, zone géographique n’est plus précise.

Concernant la mobilité intragroupe : jurisprudence considère que la clause de mobilité selon laquelle le salarié, lié à un contrat de travail à une société s’est engagé à accepter toute mutation dans une autre société du groupe est nulle : arrêt 23 septembre 2009, 13 mars 2013, 19 mai 2016, n°14-26.556 🡪 la clause de mobilité prévoyant que le salarié peut être muté dans toutes les filiales du groupe est une clause nulle 🡪 cependant, reste discuté en doctrine et en pratique.

Il importe de vérifier si la clause de mobilité est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché : art L1121-1 : sur ce fondement, l’atteinte aux droits du salarié à une vie personnelle et familiale consécutive à la stricte application d’une clause de mobilité doit être justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché : il faut alors chercher répercussion sur la vie personnelle ou familiale.

**5 novembre 13h30-15h30 : galop d’essai, intro+plan détaillé**

La clause de mobilité doit être mise en œuvre de bonne foi : le salarié refusant la mutation, même en présence d’une clause de mobilité car celle si n’a pas été mise en œuvre de bonne foi : possible. Il faut vérifier que la mutation du salarié repose sur un motif objectif lié au bon fonctionnement de l’entreprise. La jurisprudence considère que la bonne fois contractuelle est présumée : les juges n’ont pas à rechercher si la décision de l’employeur repose bien sur un motif lié à l’intérêt de l’entreprise : c’est au salarié de montrer que la clause de mobilité n’est pas dictée par le bon fonctionnement de l’entreprise.

* La portée d’une clause de mobilité varie toujours en fonction de la qualification du salarié, du secteur d’activité et de la situation individuelle et personnelle du salarié. Il sera toujours examiné la compatibilité entre la clause de mobilité et le respect d’un cadre de vie personnel et familial librement choisi. C’est bien au salarié de démontrer que la décision est étrangère à l’intérêt de l’entreprise. En jurisprudence, les arguments les plus classiques sont la précipitation suspecte de l’employeur dans l’exécution de la clause, la situation familiale critique du salarié, les difficultés matérielles du salarié et enfin, l’intention de nuire au salarié.

Si la clause de mobilité est valable, le refus par le salarié d’une mutation est un manquement à ses obligations contractuelles. Pour autant, cela ne caractérise pas nécessairement une faute grave. Rechercher accord de mobilité interne et sécurisation de l’emploi de 2013. Concernant les accords de mobilité interne, il est indiqué que, une fois défini de manière conventionnelle la zone de mobilité, les clauses du contrat de travail sont suspendues lorsqu’elles sont contraires à l’accord de mobilité interne.

1. **Les clauses liées à la rupture du contrat de travail**

La clause d’exclusivité : a pour objet d’interdire aux salariés, pendant l’exécution du contrat de travail, l’exercice d’une autre activité professionnelle : la clause d’exclusivité n’est valable que si elle est nécessaire à la protection des intérêts de l’entreprise et qu’elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplie, proportionnée au but recherché. Pendant l’exécution du contrat, c’est la clause d’exclusivité qui s’applique et à la rupture du contrat, la clause de non-concurrence prend le relai.

1. **La clause de garantie d’emploi**

Fidélise le salarié : l’employeur s’engage à ne pas licencier le salarié pendant une certaine période (sauf à verser des DI). Pendant cette période de garantie d’emploi, le contrat ne peut pas être rompu, du moins à l’initiative de l’employeur, sauf hypothèses dans lesquelles la rupture peut tout de même avoir lieu :

* Faute du salarié
* Inaptitude physique
* Motif économique

Ce type de clause est rencontrée dans les contrats de travail des salariés hautement qualifiés bientôt à la retraite. L’autre secteur où se trouve la clause de garantie d’emploi est le sport professionnel. Si rupture de la clause, l’employeur engage sa responsabilité contractuelle et doit des DI au salarié bénéficiaire de la clause. Ces DI sont équivalents aux rémunérations que le salarié aurait perçu jusqu’au terme de la période de garantie.

1. **La clause de dédit formation :**

Objectif : même objectif que la clause de garantie d’emploi : fidéliser le salarié : en cas de rupture du contrat de travail à l’initiative du salarié, cette clause oblige le salarié à rembourser à l’employeur les frais engagés à l’occasion de la formation : retour sur investissement formation.

Première pour les pilotes d’Air France : encadré par la CK : pour que la clause de dédit formation soit licite,

* Il importe qu’elle soit la contrepartie d’un engagement pris par l’employeur d’assurer une formation entrainant des frais réels au-delà des dépenses de formation imposés par la loi ou par la convention collective.
* Le montant de l’indemnité de dédit doit être proportionnée aux frais de formation engagés par l’employeur : le montant de l’indemnité sera fixé en fonction du coût réel de la formation.
* Cette clause ne doit pas avoir pour conséquence de priver le salarié de sa faculté de démissionner : durée d’engagement du salarié à rester dans l’entreprise ne doit alors pas être excessive au regard de la du rée de la formation et des sommes engagées par l’employeur
* Doit faire l’objet d’une convention particulière conclue avant le début de la formation qui précisera la date, la nature, la durée de la formation, son coût réel pour l’employeur et le montant et les modalités de remboursement à la charge du salarié 🡪 auparavant, clause de dédit formation ne pouvait être dite au salarié qu’à la suite de sa formation.

En jurisprudence, il est parfaitement établit que la clause de dédit n’a vocation à être exécuté que lorsque le salarié est à l’origine de la rupture du contrat de travail : démission, prise d’acte de la rupture. De toute façon, cette clause de dédit n’est pas applicable en cas de rupture du contrat à l’initiative de l’employeur ou en cas de licenciement pour faute grave ou lourde.

Le juge peut réduire le montant de l’indemnité forfaitaire s’il est considéré que ce montant est excessif ou encore réduire la durée d’application de la clause si celle-ci est disproportionnée par rapport au montant des frais engagées pour la formation. Enfin, il est toujours possible pour le juge de déclarer nulle la clause de dédit formation. Certains juges déclarent même nul la clause car il en a été fait un usage abusif.

1. **La clause de non-concurrence :**

Objectif d’interdire au salarié, après la rupture de son contrat l’exercice d’une activité professionnelle qui porterait préjudice à son ancien employeur. Cette clause doit être prévue dans le contrat de travail. Elle peut être mentionnée dans une convention collective : il faut alors vérifier si la clause de non-concurrence est proposée ou imposée : si elle est stipulée dans la convention collective, elle s’imposera au salarié même si elle n’est pas mentionnée au contrat de travail dès lors que le salarié a été informé de son existence et qu’il a été mis en mesure d’en prendre connaissance.   
La CK encadre strictement les conditions de validité de cette clause : ch.soc. 10 juillet 2002 : la CK a encadré si strictement les conditions de validité que la pratique professionnelle a imaginé bien d’autres terminologie : question de savoir s’il faut assimiler ces clauses à la clause de non-concurrence :

* La clause de clientèle
* La clause de non-sollicitation
* La clause de non-captation de clientèle

Depuis 2009, assimilé à la clause de non-concurrence. Depuis 2002, les conditions de validités de la clause de non-concurrence sont au nombre de 5 :

* Protection des intérêts légitimes de l’entreprise : Clause de non-concurrence si indispensable à la protection des intérêts de l’entreprise : nature de l’emploi, qualification professionnelle, fonction exercée par le salarié.
* Limitation dans le temps : en conformité avec les conventions collectives applicables à l’entreprise
* La limitation dans l’espace : Selon le poste occupé par le salarié : Ex : expert-comptable : clause de non concurrence dans un rayon kilométrique de 120km, pour infirmière, 10km.
* La spécificité de l’emploi proposé : la clause de non-concurrence doit permettre au salarié d’exercer une activité en adéquation avec sa formation professionnelle initiale et avec son expérience professionnelle : le respect de la clause de non concurrence ne doit pas conduire le salarié à se réorienter professionnellement.
* La stipulation d’une contrepartie pécuniaire : doit contenir une contrepartie : juillet 2002. La contrepartie doit prévoir un montant fixé par la convention collective. Si les dispositions conventionnelles ne prévoient rien : on peut penser que les parties prévoient ce qu’elles veulent : sous réserve que la contrepartie pécuniaire ne soit pas dérisoire. Si dérisoire : qui vaut à une absence de contrepartie : entraine la nullité de la clause.

En cas de non-paiement : le salarié peut ne pas respecter la clause de non-concurrence, saisir le CPH et obtenir des DI.

* Conditions cumulatives et si non respect, clause peut être annulée : en dehors de l’annulation, le salarié peut demander des DI évalués souverainement par les juges du fond en fonction du préjudice subi : seul le salarié peut demander la nullité (nullité relative). Lorsque cette clause est illicite, le salarié peut ne pas la respecter et exercer pour une entreprise concurrence : l’ancien employeur ne peut demander à être indemnisé de la violation d’une clause qui n’est pas valable.

Il est même envisageable que le salarié exerce la clause illicite et demande par la suite des DI : pendant un temps, le respect de la clause illicite causait nécessairement un préjudice au salarié : Ch.soc. 12 janvier 2011, JCP soc 2011 n°1042. Cette jurisprudence discutable est remise en cause récemment : ch.soc. 25 mai 2016 : n°14-20.578  **PARTIEL**: « l’existence d’un préjudice et l’évaluation de celui-ci relève du pouvoir souverain d’appréciation des juges du fond » :

* La réparation du préjudice nécessairement causé est alors remis en question
* Retour au principe classique au droit civil
* Grande jurisprudence va apparaitre : liste des préjudices nécessairement causé s’est allongé sans aucune cohérence, va rebasculer dans l’appréciation des juges du fond : communication tardive d’un bulletin de paie, violation de l’employeur du repos de 11h, empêchement pour le salarié de prendre ses congés…

En cas d’illicéité de la cause, le salarié peut saisir le juge des référés : peut déclarer la clause inopposable dans se déclarer sur sa nullité.

Enfin, l’employeur peut renoncer à sa clause de non concurrence : le salarié retrouve alors sa liberté chez des concurrents ou pour s’installer à son propre compte. Il est possible que l’employeur renonce au jeu de cette clause : : il faut que convention collective ou contrat fixe délai de renonciation : peut être la date de notification de la rupture par l’une ou l’autre des parties : ce délai de renonciation conventionnel ou contractuel est le plus souvent fixé à 8 ou 15j après la rupture du contrat de travail : il n’est pas souhaitable de laisser le salarié dans l’incertitude pendant plusieurs semaine quant à l’étendu de sa liberté de travailler, d’où faculté de renonciation. En jurisprudence, la renonciation tardive ne dispense par l’employeur d’avoir à verser la contrepartie pécuniaire : ch.soc, 9 juin 2015 n° 13-27.899.

En cas de licenciement, on retient la date d’envoi de la lettre de licenciement. Si rupture conventionnelle homologué : délai est date de rupture fixée par les parties dans la convention de rupture. Si résiliation judiciaire du contrat de travail : date de jugement prononçant la résiliation du contrat. Enfin, dans l’hypothèse d’une prise d’acte de la rupture par le salarié aux torts exclusifs de l’employeur : date de réception par l’employeur de la notification de la prise d’acte.

**Titre 2 : l’exécution de la relation de travail**

**Chapitre 1 : les pouvoirs du chef d’entreprise et les droits du salarié :**

*Edition liaison, Philippe…*

Le pouvoir patronal se manifeste par un pouvoir de commandement (de direction) un pouvoir normatif (règlementaire) et disciplinaire.

1. **Le pouvoir de direction du chef d’entreprise**
2. **Le contenu du pouvoir de direction**

Selon les auteurs, l’expression la plus affirmé du pouvoir patronal, se manifeste de 2 manières :

* Exercice d’un pouvoir de gestion de l’entreprise : il convient de s’appuyer sur deux libertés fondamentales : liberté d’entreprendre et de choix des collaborateurs. Tout repose sur une idée simple : il appartient à l’employeur d’effectuer les choix de gestion : cela concerne notamment la matière économique, c’est ce que l’on appelle depuis 1956 la théorie de l’employeur seul juge : consacré par la CK (ch.soc, 31 mai 1956, Brinon) et le CC°L : cette théorie signifie que l’employeur est seul juge de ses choix de gestion : juge ne peut substituer sa propre appréciation à celle de l’employeur dans la conduite de l’entreprise.

Ex : Si licenciement pour motif économique pour ass plénière, 8 décembre 2000, Sat : il n’appartient pas au juge de contrôler les choix effectués par l’employeur entre les différentes solutions possibles de réorganisation de l’entreprise afin de sauvegarder la compétitivité de celle-ci. Question de savoir si en réalité, le juge ne remet pas en cause les choix de gestion lorsqu’il conteste un licenciement pour cause économique

* Exercice d’un pouvoir de direction de personnes, des salariés : ce pouvoir se concrétise par plusieurs attributs : capacité de donner des ordres, instructions et directives, la capacité de fixer les objectifs au salarié, de surveiller et contrôler le salarié et enfin capacité de sanctionner le salarié mais aussi d’évaluer le salarié (à des fins de promotions) ou encore lors d’un éventuel licenciement. Ce pouvoir de direction des personnes se caractérise également par la capacité de faire des choix de nature à affecter la carrière du salarié. Ch soc 10 juillet 2002 pose problème de l’évaluation du salarié. Question de l’évaluation d’un représentant du personnel, conséquence de l’évaluation mis en œuvre dans l’entreprise. EVALUATION EST POINT IMPORTANT. Contentieux très abondant

1. **Limites du pouvoir de direction :**

A la lumière de la jurisprudence de la chambre sociale : l’exercice du pouvoir de direction est restreint, cantonné à de nombreuses limites :

* Respect du principe de non-discrimination : très bon salarié mais subitement affecté à un poste pénible. Représentant du personnel élu puis soudainement à évaluation, mal noté.
* Respect des libertés individuelles : jurisprudence CK en matière de géolocalisation du salarié
* L’information et la consultation des institutions représentatives du personnel : quand restructuration, obligation d’informer IRP et CE
* Obligation de sécurité pesant sur l’employeur : sur fondement de la jurisprudence SNECMA, 5 mars 2008, le pouvoir de direction s’arrête là ou commence la santé du salarié : à la lumière de l’attendu de principe de cet arrêt : dans l’exercice de son pouvoir de direction, il est interdit à l’employeur de prendre des mesures qui aurait pour objet ou effet de compromettre la santé (physique et mentale) et la sécurité des salariés. Dans SNECMA, ne concerne qu’un salarié
* Egalité de traitement des salariés d’un même employeur : constitue une limite au pouvoir de direction
* Objectivation des décisions de l’employeur : décisions de l’employeur au fil des ans : satisfait aux exigences de motivation et de transparence : c’est tout ce qui tourne autour du détournement de pouvoir
* Concept de l’intérêt de l’entreprise : aujourd'hui en jurisprudence, le bon fonctionnement de l’entreprise : contrôle du détournement de pouvoir de l’employeur s’effectue par un contrôle des mobiles des décision de l’employeur : doit être prise dans l’intérêt de l’entreprise. Si réorganisation du service avec intention malveillante : discrimination antisyndicale : détournement de pouvoir. Egalement pour clause de mobilité : démontrer que la décision de l’employeur a été prise pour une raison étrangère à l’intérêt de l’entreprise : note Pr.Teyssié sur l’intérêt de l’entreprise, aspect du droit de travail, recueil Dalloz 2004, chronique p.1680.
* Le contrat de travail est une limite au pouvoir de direction de l’employeur : devenu le dernier rempart à l’exercice du pouvoir de direction de l’employeur : la CK n’hésite pas à affirmer, même à consacrer le droit au respect du statu quo contractuel : consécration de l’intégrité du contrat de travail face à l’exercice du pouvoir de direction de l’emploi : Pr Doquez et Radé, revue droit social 2001, la figure du contrat dans le rapport de travail p.802.
* 8 limites.

1. **Le pouvoir règlementaire du chef d’entreprise**
2. **Le contenu du règlement intérieur.**

Contenu prévu par le code du travail : contenu est impératif : *« le règlement intérieur est un document écrit par lequel l’employeur fixe exclusivement les mesures relatives à la réglementation en matière d’hygiène et de sécurité de l’entreprise, les règles générales permanentes relatives à la discipline dans l’entreprise, notamment la nature et l’échelle des sanction. Il fixe également les droits de la défense des salarié, le harcèlement moral et sexuel ».*

Cependant n’est pas aussi simple : question des notes de services, circulaires, chartes, code d’éthiques… 🡪 Il s’agit d’adjonction au règlement intérieur : art L.3021-5. L’énumération prévue par le code du travail des matières à intégrer dans un règlement intérieur est limitative : tout autre sujet en est exclu : tout ce qui relève de la négociation collective et du contrat : J-E Ray : « le règlement intérieur doit être purgé du négociable ». Les clauses d’essai, de non, concurrence, mobilité etc n’ont alors rien à faire dans un règlement intérieur. En revanche, tout ce qui relève du pouvoir organisationnel de l’employeur peut figurer et même doit figurer dans le règlement intérieur.

* Le contenu du règlement intérieur est obligatoire : à l’occasion d’un contrôle de légalité, l’inspecteur du travail peut exiger le retrait de certaine clause mais également l’ajout de dispositions manquantes

Il convient d’indiquer que le règlement intérieur ne peut pas contenir de disposition contraire aux lois, règlements et conventions collectives. Même si ces dispositions interviendraient de près ou de loin dans le domaine prévu par le code du travail : Ex : exercice du droit de retrait en cas de danger grave et imminent : impossible dans règlement intérieur d’organisation de la mise en œuvre du droit de retrait. Il est évident que le règlement intérieur ne peut contenir de dispositions contraires aux droits des personnes, libertés individuelles et collectives sauf s’il est démontré que la restriction est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché. Une disposition du règlement ne peut restreindre un droit fondamental sauf si cette restriction est justifiée : hygiène et sécurité, alcootest, recours au test de dépistage dans l’entreprise pour salariés à risque. Clauses illicites en jurisprudence : interdisant mariages entre salariés d’une même entreprise, d’épouser une personne divorcé, sourire, chanter, siffler et parler aux collègues.

Le principe de non-discrimination s’applique également à l’élaboration du règlement intérieur : ne peut prévoir de dispositions discriminatoires à l’encontre du salarié

1. **Régime du règlement intérieur :**

Obligatoire dans les entreprises ou établissement où sont employés habituellement au moins 20 salariés : l’inspection du travail peut exiger un règlement même sans ce seuil pour des raisons liées à la dangerosité des travaux et des postes occupés par le salarié. Règlement applicable à toutes les personnes qui travaillent, même provisoirement dans l’entreprise : salariés d’entreprises extérieurs sont concernés, de même que les prestataires de services, les salariés intérimaires ou les stagiaires.

L’exercice du pouvoir normatif ne se confond pas avec le pouvoir disciplinaire : ne peut sanctionner que ses propres salariés : les éventuelles fautes et manquements commis par des salariés extérieurs ne pourront être sanctionnés que par leur propre employeur : l’employeur est également assujetti à ce règlement : Ex : consultation des courriels des salariés, arrêt 26 juin 2012 n° 11-15.310. En l’occurrence, le règlement intérieur contenait des dispositions qui restreignait son pouvoir de consultation des courriels professionnels : pour CK, possibilité de consulter mais en l’occurrence, doit respecter son propre règlement intérieur limitant ses droits de consultation 🡪 placé sous haute surveillance du règlement : avant son entrée en vigueur, il faut avis du CE ou délégué du personnel et avec du comité d’hygiène : cette consultation est une formalité substantielle donc irrégularité de fond : le défaut de consultation affecte le règlement intérieur de nullité. Doit être porté à connaissance de salarié par voie d’affichage, qui doit le parapher à son arriver. De plus, doit être transféré à l’inspection du travail et au greffe du CPH de son ressort.

* Conditions obligatoires au moment de la formation du RI mais également obligatoire en cas de modification. Inspection peut à tout moment exiger suppression, adjonction ou modification d’une clause. Si employeur ne modifie pas, sanctions pénales. Décision d’inspecteur peut faire l’objet d’un recours hiérarchique : REP sur légalité d’un AA. En plus, il existe un contrôle judiciaire : CPH compétent donc question de la licéité d’une clause du RI se pose souvent pendant un contentieux disciplinaire. Arrêt 1989 : RI est un acte règlementaire de droit privé : le contrôle administratif ne fait donc pas obstacle à un contrôle judiciaire : recevable au TGI, peut être introduite par CE ou organisation syndicale

1. **Le pouvoir disciplinaire du chef d’entreprise :**

La terminologie est contestable. Depuis 1982, réforme où le pouvoir disciplinaire s’est transformé en droit disciplinaire.

1. **Le domaine du pouvoir disciplinaire**
2. **La surveillance des salariés :**

L’employeur a le droit de contrôler et de surveiller ses salariés de leur activité pendant leur temps de travail à condition de ne pas le faire de manière dissimulée et de respecter la vie privée. Lorsqu’il s’agit de mettre en place un dispositif de surveillance dans l’entreprise, il faudra informer les salarié et les institutions représentatives du personnel : Ce et comme mène à stress pour salarié, également comité d’hygiène. Ne sera licite que si information à salarié, Ce et comité d’hygiène. Très important en pratique : résultat des contrôles suite aux surveillances ne pourront être utilisés comme moyen de preuve contre le salarié à des fins disciplinaire que si cette information a été régulière. Le juge prud’homal considèrera que la preuve est illicite parce que le moyen de surveillance est clandestin et mène alors à un licenciement sans cause réelle et sérieuse même si les preuves sont accablantes pour le salarié.

Valable quel que soit le moyen de surveillance mis en place dans l’entreprise : enregistrement vidéo et sonore, géolocalisation, traçage de connexion informatique… La surveillance doit avoir lieu pendant le temps de travail et doit être transparente : si détective privé, seulement pendant le temps de travail. De plus, ce contrôle doit être proportionné : le moyen de contrôle ou de surveillance doit être justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Le moyen de surveillance doit répondre à un besoin précis lié à l’activité de l’entreprise. La surveillance doit être adaptée. 🡪 jurisprudence en matière de dispositif d’alerte professionnel : permet au salarié de signaler les comportements fautifs des autres salariés : pouvant affecter l’activité de l’entreprise : prévient le harcèlement, la discrimination, les divulgations de secrets… Auteur de l’alerte doit être identifié et l’alerte doit être traitée de manière confidentielle sans que l’identité de son auteur ne soit communiqué : celui chargé de recueillir et traiter l’information est soumis à une certaine confidentialité : ch.soc. 8 décembre 2009, Dassault système n°08-17.191.

1. **Le comportement fautif du salarié :**

Selon le code du travail (art L.1331-1), il s’agit de tout agissement du salarié que l’employeur considère comme fautif : l’appréciation de la faute disciplinaire relève alors de l’employeur. L’employeur a bien le choix de se placer ou non sur le terrain disciplinaire : il n’appartient pas au CPH de se substituer le cas échéant à l’employeur.

Autre principe directeur : en dehors du temps de travail, le salarié n’est pas soumis au pouvoir de direction de l’employeur : il n’est alors pas soumis à son pouvoir disciplinaire donc on peut en déduire la règle suivant : la faute commise par le salarié en dehors de sa vie professionnelle et en dehors de son contrat de travail peut être grave, même pénalement répréhensible. Pour autant, ne peut fonder une sanction disciplinaire prononcée par l’employeur.

Une sanction disciplinaire prise par l’employeur ne serait trouver son origine dans un comportement extraprofessionnel du salarié : un fait de vie personnel ne peut donner lieu à sanction disciplinaire.

Art L.1331-1 : est un comportement fautif tout comportement que l’employeur considère comme fautif.

Tout repose sur cloisonnement vie personnelle/professionnelle mais n’est pas étanche : en effet, certains faits relevant de la vie personnelle peuvent s’avérer accessoirement une violation d’instruction, consigne, ordre, donnée par l’employeur. Dans ce cas, il se peut qu’une faute disciplinaire soit caractérisée. Ex : utilisation pendant le temps de travail d’une messagerie électronique mis à disposition par l’employeur pour un usage extraprofessionnel qu’il a interdit. Egalement, utilisation du véhicule de fonction pour transporter des amis en dehors des heures de travail est interdit.

S’il est difficile de séparer vie professionnelle et personnelle, certains faits de la vie personnelle révèle de véritables dangers pour la santé et la sécurité dans l’entreprise : Ex : salarié d’une crèche qui commet des coups et blessures sur un enfant mineur en dehors du temps de travail. Mène à deux questions classiques : la conduite en état d’ivresse en dehors des heures de travail d’un routier itinérant. De même, retrait du permis pour des faits en dehors des temps et lieu de travail. En principe, la faute extraprofessionnelle commise hors des temps et lieux de travail échappe au pouvoir disciplinaire de l’employeur. En la matière : CK juillet 2013 et février 2014 : refus de la qualification de faute disciplinaire. Cependant, si constitue un manquement du salarié à une obligation découlant de son contrat de travail : faute disciplinaire. De plus, le fait pour un salarié d’utiliser un véhicule dans l’exercice de ses fonctions et le fait pour ce salarié de commettre dans le cadre de sa vie personnelle une infraction entrainant suspension ou retrait du permis de conduire ne saurait être regardé comme une violation par l’intéressé de ses obligations découlant du contrat de travail. Pour autant, il est possible de retenir un trouble objectif causé au bon fonctionnement de l’entreprise qui justifiera un licenciement pour motif personnel non disciplinaire. En tout état de cause, il est toujours possible que certains faits relevant de la vie personnelle soient considérés comme fautifs et soient sanctionnés disciplinairement. Ces faits se rattachent d’une manière ou d’une autre à la vie de l’entreprise : faits commis durant un séjour touristique pour récompenser des commerciaux peuvent être considérés comme fautifs. Si ces faits se rattache même de manière ténue à la vie de l’entreprise : permet à l’employeur de les sanctionner : ch.soc. 8 octobre 2014 n°13-16.797.

Pour qualifier le comportement de fautif, il est nécessaire de voir si le législateur n’est pas intervenu lui-même dans la faute : dans la sphère professionnelle, il est possible que certains comportements ne puissent pas être sanctionnés : exercice régulier d’un droit par le salarié : droit de grève : aucune matière à sanctionner, de même que le droit de retrait en cas de danger grave et imminent. De même, en matière de harcèlement moral et sexuel, la dénonciation peut mener à une sorte d’immunité disciplinaire.

Art L1332-4 : jeu de la prescription des fautes disciplinaire : aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l’engagement de poursuites disciplinaires au-delà d’un délai de 2 mois à compter du jour où l’employeur en a eu connaissance

1. **Les sanctions disciplinaires**

Art L.1331-1 : constitue une sanction toute mesure autre que les observations verbales prises par l’employeur à la suite d’un agissement du salarié, que cette mesure soit de nature à affecter, immédiatement ou non, la présence du salarié dans l’entreprises, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. Echelle des sanctions

* Avertissement : inscrit au dossier
* Blâme : deux sortes de blâmes : celui non inscrit au dossier qui donnera lieu à une procédure simplifié : au même rang que l’avertissement. Ce premier serait même plus doux qu’un avertissement car non inscrit au dossier. Si inscrit au dossier, supérieur au blâme.
* Mise à pied qui doit être prévu par le règlement intérieur : jurisprudence récente considère que le règlement intérieur doit fixer sa durée maximale : Ch.soc. 11 spetembre 2015 n°14-19.954
* Mutation
* Rétrogradation
* Licenciement pour faute : si CDD, rupture anticipée du CDD pour faute grave : ne pas utiliser terminologie de licenciement

Cependant, parfois différente technique menant la jurisprudence à se positionner bizarrement : Ex : observation écrite, différente d’oral donc peut être sanction mais n’en constitue par toujours une. Si l’employeur énumère par oral les griefs qu’il impute au salarié et qu’il rédige un compte-rendu de l’entretien : ce compte rendu est-il une sanction disciplinaire 🡪 Ch.soc, 12 novembre 2015 **n° 14-17.615 JCPS 2016 n°1002** : le compte-rendu ne constitue pas une sanction disciplinaire s’il n’y a pas de manifestation de l’intention de l’employeur de prononcer une sanction contre le salarié. Il pourrait s’agir alors d’un simple rappel à l’ordre mais si manifestation de l’intention de sanctionner : terrain disciplinaire. Deux arrêts posent cependant problèmes : ch.soc. 9 avril 2014 n°13-10.939 : l’employeur a rédigé un courriel de reproche informel : il s’agissait d’un avertissement donc l’exercice d’un pouvoir disciplinaire de l’employeur. Si réitération de grief donc licenciement : le courriel de reproche aurait purger l’exercice du pouvoir disciplinaire. Enfin, CK 19 mai 2015 : n° 13-26.916 pour demande d’explication écrite suite à des faits considérés comme fautifs par l’employeur, CK considère qu’en la matière, la demande d’explication valait sanction disciplinaire car la procédure est intégrée au règlement intérieur de l’entreprise.

* L’enjeu de la qualification est essentiel : tout repose sur le respect de la procédure disciplinaire et sur le régime spécifique de certaines sanctions disciplinaires : question de savoir si l’employeur ne pourrait pas se placer en dehors du champ disciplinaire : il se peut que l’employeur prenne des mesures de gestions (pouvoir de direction) et que ces mesures soient ressentis par le salarié comme des sanctions : suppression de la ligne direct du collaborateur, suppression de sa place de parking, suppression du téléphone portable, descendre le salarié d’un étage, retrait de tâche (modification du contrat de travail ou exercice du pouvoir de direction ?)

En pratique, le contentieux se cristallise sur des mesures susceptibles d’affecter objectivement la carrière du salarié, sa rémunération (question de la promotion pour écarter un autre gênant, que penser du refus d’avancement, du non versement d’une prime). Il se peut que l’employeur se place alors sur le terrain de l’exercice du pouvoir de direction. N’est-il pas possible de penser que l’employeur se place lui-même sur le terrain disciplinaire (si agissement fautif du salarié) 🡪 frontière délicate.

En l’occurrence, il existe dans le code du travail art L.1331-2 🡪 les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Cependant, la jurisprudence autorise les sanctions pécuniaires indirectes mais condamne les sanctions pécuniaires déguisées : Ex : rétrogradation d’un salarié est une sanction licite : en jurisprudence, on considère que la réduction du salaire est l’effet pécuniaire de la rétrogradation qui est elle-même une sanction licite. De même, la mise à pieds disciplinaire prive le salarié de travail pendant le temps de la mise à pieds : en l’occurrence, a pour conséquence une réduction de salaire. La réduction dans ce cas n’est pas une sanction pécuniaire : elle est l’application du principe « par de travail, pas de salaire ». En jurisprudence, les sanction pécuniaires déguisées sont régulièrement condamnées par la CK : création d’une prime qui sera supprimée si tel ou tel comportement du salarié est constaté : dans ce cas, l’employeur prétend alors qu’il ne s’agit que du jeu d’une condition de la rémunération et non pas d’une sanction disciplinaire : Ex : absence non justifiées : dès lors que la réduction de la prime est une mesure prise à la suite d’un comportement considéré par l’employeur comme fautif : elle est une sanction pécuniaire.

1. **La procédure disciplinaire :**
2. **La mise en œuvre des poursuites disciplinaires :**

Le pouvoir disciplinaire appartient au chef d’entreprise/ à l’employeur : il est possible qu’il y ait une délégation de pouvoir : peut être délégué à un subordonné à condition que celui-ci dispose de l’autorité, de la compétence et des moyens nécessaire à l’exercice de la délégation de pouvoir. Il est également indiqué que l’employeur peut exercer son pouvoir disciplinaire en toute opportunité : il existe (depuis loi 1982) des garde-fous, restriction à cet exercice d’opportunité :

* Prescription des faits fautifs
* Interdiction de toute discrimination : délicat en pratique : un employeur conserve la faculté d’individualiser ses sanctions dans l’intérêt de l’entreprise : concrètement, l’employeur peut sanctionner différemment des salariés qui ont participé aux mêmes faits fautifs : pour jurisprudence, l’employeur n’est pas obligé de sanctionner les auteurs d’une même faute de la même manière : possibilité de tenir comptes des différentes situations : ancienneté, expérience. **Seul motif licite de distinction**.
* Art L. : interdiction du cumul de sanctions disciplinaires et l’amnistie des sanctions disciplinaires : un salarié ne peut pas être sanctionné deux fois pour la même faute : si sanction, épuise par la même son pouvoir de sanctionner : si faute motive un avertissement, elle ne peut plus motiver un licenciement ultérieur. Mais, il est possible qu’une première sanction disciplinaire constitue finalement un élément aggravant lorsque le salarié persiste dans son comportement fautif : récidive disciplinaire. Dans ce cas, l’employeur peut tenir compte des fautes commises antérieurement pour sanctionner plus sévèrement le comportement le plus récemment commis par le salarié. C’est à ce stade que joue amnistie permanente art L.1332-5 🡪 aucune sanction de plus de 3 ans à l’engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoqué à l’appui d’une nouvelle sanction : permet de purger les dossiers disciplinaires
* Principe de proportionnalité : il importe de vérifier la proportionnalité de la sanction à la gravité de la faute : le juge prud’homal peut annuler la sanction disproportionnée à la faute commise : vérifier dans le RI l’existence éventuelle de l’échelle des sanctions.

1. **Le déroulement de la procédure disciplinaire :**

Deux procédures légales : procédure simplifiée et normale : il existe des garanties conventionnelles et des procédures conventionnelles qu’il importera de respecter en plus de la procédure légale : s’il est indiqué que devra être respecter la saisine d’un conseil de discipline : il faut combiner cette saisine à la procédure normale.

* La procédure simplifiée : destinée aux sanctions légères, mineurs (avertissement, sanction de même nature que l’avertissement qui n’aura pas d’incidence sur la présence du salarié dans l’entreprise). Il suffit dans cette procédure pour l’employeur de notifier par écrit la sanction en l’accompagnant de la formulation des griefs. Pour la CK, distinction en 2011 du simple avertissement et l’avertissement menace (avertissement présenté comme une condition d’un possible licenciement ultérieur) : il se peut que le règlement intérieur subordonne le licenciement disciplinaire à l’existence de quelques sanctions antérieures. L’avertissement menace doit être prononcé après respect de la procédure normale et non de la procédure simplifiée : ch.soc. 3 mai 2011, JCPS 2011, n° 1400.
* Procédure normale : pour toutes les autres sanctions ayant une incidence sur la présence du salarié, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération : figure dans le code du travail art L1332-2. Lorsqu’envisage de prendre sanction : convocation à un entretien, entretien au cours duquel l’employeur précise le motif de la sanction envisagée pendant lequel il recueille les explications de l’employé qui peut être assisté de la personne de son choix dans l’entreprise puis notification de la sanction écrite, motivée 🡪 délais : la sanction ne peut intervenir moins de deux jours ouvrables ni plus d’un mois après le jours fixé pour l’entretien : au-delà d’un mois, il n’y a plus lieu de sanctionner le salarié.

S’il s’agit d’un licenciement disciplinaire, il importe de combiner la procédure disciplinaire normale et la procédure de licenciement 🡪 respect du délai de 5 jours ouvrable entre la convocation à l’entretien et l’entretien. Respect ensuite de 2 jours ouvrables pour la notification de la sanction : le délai d’un mois maximum reste valable. Ne pas oublier existence éventuelle d’une disposition conventionnelle 🡪 conseil de discipline.

1. **Le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire de l’employeur :**

Le salarié sanctionné peut saisir le CPH d’une demande d’annulation de la sanction disciplinaire et ou d’allocation de DI. Si saisie CPH, office sur 3 points :

* Existence des faits reprochés
* Régularité de la procédure
* Licéité de la sanction disciplinaire

Le juge ne peut qu’annuler la sanction et non la modifier lui-même en la réduisant ou l’augmentant. Le juge peut annuler, il n’est cependant pas tenu de le faire : il n’apporterait alors que des DI 🡪 distinction en matière de licenciement disciplinaire :

* L’annulation de la sanction ne concerne pas le licenciement disciplinaire : les irrégularités de procédés et l’absence d’une cause réelle et sérieuse de licenciement n’entraine que des conséquences indemnitaires : ce n’est qu’exceptionnellement que le juge prononcera la nullité du licenciement disciplinaire : dans l’hypothèse où le licenciement pour faute est discriminatoire

S’il y a annulation du licenciement, rétabli le salarié dans ses droits : on fait comme si la sanction disciplinaire n’avait jamais été prononcé : remise en l’état ordonné sous astreinte. S’il s’agit d’un avertissement : annulation de l’avertissement, si mise à pieds, rétablissement dans les droits pécuniaires. Plus compliqué dans l’hypothèse où il doit y avoir réintégration d’un salarié rétrogradé. Selon le motif de la sanction, l’employeur peut prononcer une autre sanction moindre 🡪 **à condition de ne pas être hors délai**. Autrement dit, si le juge admet la faute et que l’annulation laisse subsister la procédure antérieur, sanction de l’employeur plus légère si le fait dans le mois suivant la notification du jugement.

**Chapitre 2 : Les obligations des parties au contrat de travail :**

1. **Les obligations contractuelles à la charge de l’employeur**
2. **L’obligation principale de fourniture du travail et de versement du salaire**

L’employeur doit fournir un travail au salarié correspondant à l’emploi proposé et il doit lui verser une rémunération correspondante : CK considère de manière constante qu’il pèse sur l’employeur une obligation de fourniture du travail convenu 🡪 obligation essentielle. En jurisprudence : arrêt de principe de la CK : 17 février 2010 confirmé par arrêt 3 novembre 2010 : *« le contrat de travail comporte pour l’employeur l’obligation de fournir du travail au salarié »*: permet de considérer que si l’employeur ne lui donne pas le travail convenu à accomplir, le salarié peut prendre acte de la rupture aux torts exclusifs de l’employeur 🡪 prise d’acte : produire alors les effets d’un licenciement sans cause réelle et sérieuse

De plus, obligation de rémunérer le travail accomplit : sinon, prise d’acte aux torts de l’employeur également. Dans le prolongement ces obligations, obligation d’exécuter le contrat de travail de bonne foi

1. **L’obligation d’exécution de bonne foi du contrat :**

Art L.1222-1 : *« le contrat de travail est exécuté de bonne foi ».* Cette obligation se décline en jurisprudence de manière étendue :

* Obligation d’adaptation du salarié à l’évolution de son emploi : obligation de maintien de la capacité professionnelle du salarié : l’employeur a l’obligation d’adapter les salariés à l’évolution de leur emploi par le biais de formation. Bien plus que cette obligation d’adaptation, également obligation de s’adapter à l’évolution de son emploi 🡪 salarié acteur d’évolution de sa compétence. De même, un licenciement pour motif économique ne peut intervenir que si tous les effets de formation et adaptation ont été réalisées : sécurisation des parcours professionnel des salariés : GPEC (Gestion prévisionnel des emplois et des compétences). Ex : licenciement pour insuffisance professionnelle : impossible de licencier le salarié pour insuffisance professionnelle si l’obligation d’adaptation n’a pas été respecté par le biais d’action formation

Plus il y a d’importance donné à l’obligation d’adaptation, moins il y a de possibilité de licenciement pour insuffisance professionnelle : si la CK continue dans le sens emprunté, il ne sera bientôt plus possible de licencier pour insuffisance professionnelle

* Obligation de mise en œuvre contractuelle de bonne foi : Ex : clause de mobilité : la bonne foi contractuelle est présumée.

1. **Les obligations contractuelles à la charge du salarié :**
2. **La détermination des obligations contractuelles pesant sur le salarié**

Obligation d’exécuter le travail convenu de manière consciencieuse en échange d’une rémunération. Le salarié doit exécuter loyalement le contrat de travail : art L1222-1 : obligation sur le salarié de bonne foi. En jurisprudence, obligation de bonne foi avec multiples illustrations :

* Obligation de loyauté pendant les périodes d’exécution du contrat de travail : ne peut faire de concurrence déloyale. Cette obligation existe en dehors du temps de travail : pour maladie, congés payés, congés sabbatiques, obligation déloyauté déconnecté de l’exécution du contrat de travail. Lorsque CK indique que salarié en arrêt maladie ne doit pas faire d’activité rémunérée, il peut cependant faire une activité bénévole.

De plus, CK impose au salarié de communiquer à l’employeur tous les éléments nécessaires à la continuité du service de l’entreprise. En revanche, cela ne justifie pas l’existence d’une véritable collaboration avec le salarié

* Obligation de discrétion/confidentialité : devoir de réserve susceptible d’entrer en conflit avec le droit d’expression du salarié : en dehors de l’entreprise, le salarié bénéficie d’une liberté d’expression qui, d’après la jurisprudence, ne peut être cantonné que si la nature de la tâche à accomplir le justifie et sous réserve que ces limites soient proportionnées au but recherché (art 1121). Ce devoir de réserve peut se trouve renforcé selon les fonctions exercées par la salarié : la liberté d’expression se réduit alors : permet alors de comprendre qu’il y aura licenciement en cas de critique excessive devenant du dénigrement qui deviennent de véritables divergences avec la direction : d’autant plus contestable que proféré devant des salariés, clients, fournisseurs… Il faut vérifier si ces critiques démontrent un comportement qui n’est plus en adéquation avec les exigences attachées aux fonctions exercées : si manquement à obligation de bonne foi : ch.soc. 23 septembre 2015, n°14-14.021 : affirmation de la liberté d’expression or de l’entreprise de l’entreprise à l’intérieur de l’entreprise, comportement, qui n’est pas en adéquations. Pour d’autres illustrations : jurisprudence sur les critiques excessives sur les réseaux sociaux

1. **Le manquement aux obligations contractuelles :**

Manquement aux obligations contractuelles peut mettre en jeu sa responsabilité disciplinaire : prononcé de sanctions disciplinaires : 29 novembre 1990 : exécution défectueuse d’une obligation contractuelle n’engage la responsabilité contractuelle du salarié (pécuniaire) qu’en cas de faute personnelle lourde assimilable au dol. La faute lourde peut être un fait générateur justifiant la réparation du dommage : il faut faute lourde donc intentionnel : intention du salarié de nuire à l’employeur ou à l’entreprise : jurisprudence constante. Seulement dans le cas de rapport individuel de travail.

**Chapitre 3 : le statut professionnel**

1. **La santé au travail**
2. **Les grandes tendances du droit de la santé au travail :**

La protection de la santé du travailleur a constitué pendant de nombreuses années un des plus grands chantiers du droit social européen et du droit du travail français. Certains considèrent que ce souci de protéger la santé et la sécurité au travail est à l’origine de la législation du travail : c’est ce qu’on appelle la législation ouvrière. Aujourd'hui, sous l’influence d’un droit international et communautaire toujours plus présent, l’intervention législative et règlementaire est toujours plus dense et plus sophistiquée : 2 directions :

* Réparation des atteintes à l’intégrité physique et psychique du salarié
* La prévention des risques professionnels : amélioration des conditions de travail, c’est-à-dire fin de la souffrance au travail mais aussi réduction de sa pénibilité.

La loi travail modifie en la matière des pans entier du code du travail : un titre entier de la loi est consacré à la modernisation de la médecine du travail et dans le prolongement, aux règles relatives à l’inaptitude.

La santé au travail est une matière complexe car elle se situe au point de contact/d’articulation entre des normes techniques et des normes juridiques. Plusieurs champs disciplinaires sont régulièrement sollicités : droit civil, pénal, de la protection sociale, du travail…

Plusieurs grandes tendances :

* L’exigence de prévention des risques professionnels : depuis la directive du 12 juin 1989 🡪 pèse sur l’employeur l’obligation d’assurer la santé et la sécurité du salarié dans tous les aspects liés au travail. Complété par des directives particulières qui réaffirme l’exigence de prévention et d’évaluation des risques professionnels. Directive transposée en droit interne : titre II « principes généraux de préventions » avec chapitre 1 : « les obligations de l’employeur ». Concrétisé par les arts 4121-1 : l’employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et pour protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures prises par l’employeur comprennent des actions de prévention des risques professionnels, …, la mise en place d’organisation et de moyen adaptés 🡪 c’est le principe de sécurité intégré : principes généraux de prévention : ces principes doivent être intégrés dans les choix économiques et techniques de l’employeur qui relève de la gestion de l’entreprise. Ce principe de sécurité intégrée se trouve renforcé par un décret du 5 novembre 2001 portant création du document unique d’évaluation des risques professionnels qui peut ou qui doit constituer le fondement d’une démarche stratégique en matière de prévention des risques professionnels. Ce document se révèle peu adapté à la prise en compte des risques psycho-sociaux. Document concerne tous les postes de l’entreprise.

Dans le prolongement du document unique d’évaluation, conception élargie de la santé au travail : depuis 2002 : l’expression santé des salariés est complétée par les qualificatifs de santé physique et mentale : il faut appréhender les souffrances au travail : stress, épuisement professionnel : appréhendé à travers des notions telles que l’accident du travail, la maladie professionnelle, le harcèlement, la pénibilité… Pour les spécialistes, c’est la fin de la souffrance au travail et sa pénibilité qui sont l’objectif à atteindre : art L4121-1. Il est possible d’avoir une conception plus élargi de la santé au travail : pour le droit positif, la notion de condition de travail a une consistance nouvelle : ch.soc : condition de travail à partir de la charge de travail et de son intensification : accord sur les risques psycho-sociaux (RPS), sur la violence au travail et même des accords conclus sur la qualité de vie au travail. Une fois la santé trouvée, il faut une nouvelle étape : reconnaissance de bien-être au travail

Santé = défini par l’OMS 🡪 état de complet bien-être physique, mental, social. Il ne s’agit pas d’une simple absence de maladie ou d’infirmité : l’employeur doit-il garantir le bien-être de ses salariés : pour certains auteurs, cette notion est illusoire : dépend de toutes les personnes entrant en contact avec le travailleur (clients, fournisseurs…). D’autres pensent que l’employeur doit garantir le bien-être : ils regardent alors les différents accords : le bien-être des salariés serait lié à l’environnement de travail : il est alors possible d’envisager une démarche de reconnaissance du bien-être professionnel : accord interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail mentionne le bien-être. L’accord interprofessionnel de 2013 sur la qualité de vie au travail mentionne également le bien-être au travail : il y a parfois même une rubrique « bien-être »

* Le rôle du droit pénal : De nombreuses dispositions du code du travail sont sanctionnées pénalement. De plus, la responsabilité pénale est encourue chaque fois qu’il y aura une méconnaissance de la règlementation, qu’il sera démontré des actions ou omission ayant concouru à la survenance d’un accident du travail ou d’une maladie professionnelle : il existe une responsabilité pénale de principe pesant sur l’employeur mais aussi sur son délégataire (on ne dit plus représentant) : art L.4741-1. De plus, les infractions de droit commun peuvent être constatées : relatives aux homicides, coups et blessures involontaires, mise en danger délibéré de la vie d’autrui. Cela est un manquement à l’obligation de prudence. Art 225-14 CP : incrimine le fait de soumettre une personne dont la vulnérabilité ou l’état de dépendance sont apparent à des conditions de travail incompatible avec la dignité humaine : humiliation, injures, exploitation 🡪 c’est ce qu’on appelle les conditions de travail indigne. Art L.4741-1 sur la responsabilité pénale de principe : mécanisme de la délégation de pouvoir : l’employeur a la possibilité sous certaines conditions de déléguer ses pouvoirs : cette délégation entraine sur le plan pénal un transfert de la responsabilité conduisant à l’exonération de principe de l’employeur : il s’agit alors de donner la responsabilité à un préposé investit par l’employeur et pourvu de la compétence et des moyens nécessaire pour veiller au respect des dispositions en vigueur : les conditions de validité de la délégation sont cumulatives : il importe que le délégataire ait l’autorité, la compétence et les moyens nécessaires à l’accomplissement de sa mission :
  + Autorité : au moins agent de maitrise, également possible pour les cadres.
  + Compétence : qualités professionnelles et formation professionnelle et son expérience dans l’entreprise doivent conduire à la reconnaissance de cette compétence
  + Moyens nécessaires à l’accomplissement de la mission : moyens matériels, humains et financiers
* Permet le transfert de la responsabilité pénale mais il faudra alors apporter la preuve de la délégation de pouvoir : il faut l’accord du salarié (un accord implicite est douteux pour constituer une preuve) qui peut résulter d’une clause du contrat de travail, de l’organisation même du travail : il va s’agir de vérifier l’organigramme de l’entreprise. Quid de la charte de poste ? Quid du pilotage technique des travaux ? 🡪 Pas de réponses.

Une fois que la délégation de pouvoir est consacrée, les effets sont redoutables : la délégation a pour effet de transférer la responsabilité pénale de l’employeur au titulaire de la délégation : l’employeur est censé avoir exécuté toutes les obligations mises à sa charge : c’est seul le délégataire qui peut être condamné pénalement : en principe, ces responsabilités ne sont pas cumulative : cependant, exception : la responsabilité pénale perd son caractère alternatif si l’infraction d’homicide ou de blessure involontaire peut être retenu : la délégation, pourtant valable, n’exonère pas l’employeur de sa responsabilité pénale : le droit pénal joue alors un rôle important en terme de droit de la santé et de la sécurité en droit du travail. Certains considèrent même que le droit pénal et le point d’appui d’une politique de prévention

* Obligation de sécurité pesant sur l’employeur : imposée par le code du travail art L.4121-1 : il prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. En 2002, arrêt amiante (22 février) posant le principe de l’obligation de sécurité de résultat pesant sur l’employeur : « en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l’employeur est tenu d’une obligation de sécurité de résultat ». Aujourd'hui, n’est pas une obligation contractuelle : c’est une obligation désormais légale (art L4121-1). Cependant exagération de l’obligation : maximise les chances du salarié d’exercer la prestation de travail : question de savoir si le texte ne se contente pas d’une simple obligation de moyen. Cependant, obligation de sécurité jamais démentie depuis 2002. Même avec la mise en place d’une nouvelle organisation du travail, on se fonde toujours sur l’obligation de sécurité. Arrêt SNECMA 5 mars 2008 : le pouvoir de direction s’arrête là où commence la santé du salarié. La chambre sociale dans cet arrêt considère que dans l’exercice du pouvoir de direction, il n’y a pas de nouvelle organisation du travail qui compromettrait la santé et la sécurité des salariés : si c’est le cas, le juge peut suspendre et limiter le pouvoir de direction de l’employeur. Cela rend effectif le respect de l’obligation de sécurité. Dans cet arrêt, il s’agissait d’une nouvelle organisation du travail menant à l’isolement d’une seule personne : un technicien isolé menant au risque d’accident du travail : mène à refus de la réorganisation de la part du CHSCT. Sur cette jurisprudence 🡪 de 2008 à 2015, les juges vise sur une protection de haut niveau de la santé physique et mentale des salariés. La CK dans l’arrêt du 22 octobre 2015 apporte des précisions sur le sens de l’interdiction posée par l’arrêt SNECMA : l’arrêt Areva de 2015 précise la portée de l’arrêt SNECMA : dans l’arrêt Areva, la ch.soc indique qu’en présence de RPS, l’obligation de sécurité est respectée lorsque l’employeur a pris des mesures de prévention suffisante : dispositif d’écoute, d’accompagnement et d’évolution des conditions de vie au travail : Areva se situe dans la ligne du 5 mars 2015 : arrêt FNAC relai.

Dans l’arrêt air France, la chambre sociale considère que l’employeur ne méconnait pas l’obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l’employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les arts L.4121-1 et -2 (sécurité intégrée, document unique…). Se pose alors la question de la portée de l’arrêt Air France : s’agit-il d’un assouplissement du contenu de sécurité pesant sur l’employeur ? Certaines y voient même un revirement de jurisprudence. Faut-il considérer que l’obligation de sécurité de résultat sera considérée comme exécutée lorsque l’employeur sera en situation de prouver qu’il a adopté les mesures de prévention, d’information, organisation… et qui les a adopté et mises en place en respectant les exigences posées par le code du travail.

Dans le prolongement de l’arrêt Air France : chambre sociale fait revirement de jurisprudence en permettant à l’employeur de s’exonérer de sa responsabilité lorsqu’une situation de harcèlement moral se produit dans l’entreprise : arrêt 1er juin 2016 (n°14-19.702). Avant, responsabilité de plein droit de l’employeur. Désormais, l’employeur peut s’exonérer de sa responsabilité lorsqu’il est démontré 2 conditions cumulatives :

* + Prouver qu’il a fait cessé immédiatement des agissements de harcèlement
  + Prouver qu’il a préalablement mis en œuvre des actions de formation et information propre à prévenir la survenance des agissements de harcèlement moral.

Dans le prolongement, la chambre sociale refait un revirement sur la nature du contrôle exercé sur les arrêts de CA reconnaissant un harcèlement moral : arrêt 8 juin 2016 : n°14-13.418 : logique dans la nouvelle approche de l’obligation de sécurité. Désormais, la CK s’en remet à l’appréciation souveraine des juges du fond pour déterminer si le salarié établit les faits laissant présumer le harcèlement moral et si l’employeur justifie des éléments étrangers à tout harcèlement

* Obligation de sécurité pesant sur le salarié : figure dans le code du travail art L.4122-1. Il incombe à chaque travailleur de prendre soin en fonction de sa formation et selon ses possibilités de prendre soin de sa santé et de sa sécurité ainsi que celle des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail : obligation de sécurité. Le salarié doit exécuter cette obligation conformément aux instructions qui lui sont données et qui sont énoncées par le RI. CK a rappelé récemment dans un arrêt du 10 février 2016 que cette obligation de sécurité pesant sur le salarié n’affectait pas le principe de la responsabilité de l’employeur : ne rejaillit pas sur le principe de responsabilité de l’employeur (n°14-24.350). En cas de manquement volontaire du travailleur à son obligation de sécurité : il y a sanction disciplinaire qui peut aller jusqu’à la qualification de faute grave : peut être un licenciement : ch.soc 28 février 2002 : de même en 2010.

Contrepartie à cela : droit essentiel : droit de retrait en cas de danger grave et imminent : donne au salarié une certaine maitrise sur sa propre sécurité : ce droit de retrait lui permet de se soustraire temporairement à l’autorité de l’employeur. Encore faut-il que ce salarié ait un motif raisonnable de penser que la situation présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé : art 4131-1. Si retrait abusif car aucun motif raisonnable de penser qu’il y avait danger grave et imminent : le salarié qui s’est retiré de la situation de travail n’a ni plus ni moins commis un abandon de poste : constitue une faute disciplinaire pouvant conduire à une sanction : en matière d’exercice abusif du droit de retrait : abandon de poste = aucune rémunération pour ces journées non travaillées 🡪 incidence pécuniaire.

* Diversité des intervenant en matière de santé au travail : la santé au travail est l’affaire de tous. Les spécialistes de la santé au travail constatent les efforts conjugués de l’employeur, des salariés, des coordinateurs de sécurité, du médecin du travail et des représentants du personnel. La question de la santé au travail mobilise de très nombreux acteurs/organismes 🡪 C’est la démonstration d’une approche pluridisciplinaire de la santé au travail.
  + L’employeur est débiteur d’une obligation de sécurité
  + Le salarié est débiteur d’une obligation de sécurité également
  + Les IRP jouent un rôle essentiel : les délégués du personnel donnent leur avis en matière de recherche de reclassement d’un salarié victime d’un accident du travail. Ces délégués ont un droit d’alerte en cas d’atteinte à la santé physique et mentale des salariés. De plus, ils surveillent au quotidien la qualité des conditions de travail dans l’entreprise.
  + Comité d’entreprise : a vocation à intervenir dans le cadre de sa mission générale d’expression collective des salariés et dans l’organisation du travail
  + CHSCT : sa mission est de contribuer à la préservation de la santé des salariés. Son rôle augmente au fil des ans : « montée en puissance », « omniprésence ». Est incontournable en matière de santé. Ex : introduction d’un entretien d’évaluation annuel en entreprise : il convient de consulter le comité d’hygiène dans la mesure où la jurisprudence considère que l’entretien peut avoir des incidences sur la rémunération du salarié : mène à pression psychologique sur les salariés entrainant des répercutions sur leurs conditions de travail : en la matière, la jurisprudence adopte une vision étendue de la santé au travail : cela justifie la consultation du CHSCT. De même, les restructurations ne peuvent se faire sans informer et consulter le comité d’hygiène.
  + Les services de santé au travail : médecin du travail : la loi travail souhaite en la matière désengorger les services de santé au travail et promouvoir un suivi plus adapté de chacun des salariés. Les organismes extérieurs à l’entreprise sont susceptibles de participer à la démarche, de la santé des salariés. Ex : CPAM, APACT, agence régionale, organisme professionnel de santé, dans le BTP c’est l’ODTBTP, DIRECCTE
* Rôle essentiel de la négociation collective : santé au travail est devenu un thème de négociation. Les premières discussions ont porté sur le stress au travail : accord national interprofessionnel de 2008 relatif à la présence de stress au travail. Notamment violence au travail menant à la qualité de vie au travail dans l’accord de 2013.

Déclinaison en matière d’accord de branche : 1er accord sont modestes, reprenant les dispositions du code du travail. En la matière, c’est par la matière des RPS que les accords de branches sont devenus plus ambitieux : accord du 12 février 2010 : accord des industries électriques et gazière : va jusqu’à déterminer le concept de bien-être : tout ce qui participe à l’obtention d’un haut niveau de santé du salarié. Avec une prise en compte de l’environnement de travail avec la nécessité d’aller au-delà d’une simple évaluation des risques professionnels.

Les accords d’entreprise ne sont pas en reste : nombreux accords d’entreprises en 2010 sur la prévention du stress et des RPS : accord Danone France du 11 mars 2010 : bien-être envisagé, santé physique et mentale, organisation du travail mentionnée. Il y a même la volonté d’une étude d’impact humain dans toute démarche de changement organisationnel. Transpose l’accord national interprofessionnel

1. **L’incidence de la santé sur la relation au travail :**

Sur maladie et inaptitude médicale. Tout repose sur un principe directeur 🡪 règles relatives à l’incidence de la santé sur le travail repose sur le principe art L.1132-1 du code du travail : interdiction des discriminations fondées sur l’état de santé ou le handicap : si en violation de cet art : droit à réintégration : sauf inaptitude médicalement constatée : le licenciement motivé par l’état de santé du salarié est nul. En principe, une cause de suspension de travail existe pendant le temps de l’arrêt de travail. Pendant cette période, les obligations contractuelles du salarié sont suspendues : le salarié n’est plus placé sous l’autorité de l’employeur : cependant il demeure tenu d’une obligation de loyauté : non tenu de poursuivre la collaboration mais garde obligation de loyauté. Il est recommandé que certains aménagements conventionnels s’appliquent : il faut regarder le contenu de la convention collective applicable : elle peut fixer une période de garantie d’emploi : le salarié ne pourra pas être licencié pendant cette période de garantie. Il y a également des conventions qui assurent pendant un certain temps le maintien de la rémunération du salarié. Ensuite, vient le régime de l’inaptitude médicale : en la matière, la loi travail réforme en profondeur le régime de l’inaptitude : modification de la constatation de l’inaptitude (il y a dans la loi travail la suppression du double examen médical, nouvelles modalités de contestation de l’avis du médecin : devant le CPH).

L’état de santé ne peut être une cause légitime de rupture du contrat de travail. Les conséquences de l’accident ou de la maladie peuvent cependant justifier le licenciement : 2 cas :

* Absences répétées
* Absences prolongées

Les conséquences de l’accident sur le bon fonctionnement de l’entreprise peuvent constituer un motif de rupture : depuis 2001, les absences répétées ou prolongées peuvent justifier le licenciement du salarié à condition qu’elle perturbe le bon fonctionnement de l’entreprise et à condition qu’elle rende nécessaire le remplacement définitif du salarié. En pratique : doit figurer dans la lettre de licenciement. Sinon, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. Examen des conditions par les juges : dépend du poste occupé : un salarié peu qualifié sera considéré comme étant facile à remplacer. On regarde également la fréquence des absences, la taille de l’entreprise (se ressent plus dans TPE que dans multinationale). Le remplacement définitif du salarié : quand la CK exige le remplacement définitif, elle exige que l’employeur puisse démontrer la conclusion d’un CDI : il faut pouvoir faire état d’un recrutement en CDI : Ass plen. 22 avril 2011 : signifie pas de recrutement en CDD, ni d’un intérimaire, ni d’un stagiaire. Le salarié doit être engagé pour une durée de travail au moins équivalence à celle du salarié. Le recrutement du remplacement doit être effectif au moment du licenciement : pour certains arrêts, recrutement du remplaçant doit intervenir dans un délai raisonnable après le licenciement. Il est préférable d’indiquer que l’embauche du remplaçant doit être au moment du licenciement : en jurisprudence, discuté : plus de souplesse : délai raisonnable avec la notification du licenciement : appréciation revient alors aux juges du fond.

1. **Le temps de travail**

La réduction du temps de travail par lois Aubry 1 et 2 présentent 2 sources d’inspiration : volonté de protéger la santé et la sécurité des salarié et la lutte contre le chômage. La réduction du temps de travail à 35h fait l’objet de nombreuses polémiques : quant à son coût. Ce sujet est abordé régulièrement au fil des alternances politiques. La loi travail du 8 août 2016 consacre également un très large volet à la réforme de la durée du travail : mène à de nombreuses polémiques.

1. **Les notions fondamentales :**

Le temps de travail et le temps de repos. Il n’existe pas un temps de travail mais des temps de travail de plusieurs types.

1. **Les différents types de temps de travail**

Détermination du temps de travail : tout repose sur une définition, celle du temps de travail effectif : depuis plan européen depuis directive de 1993, est un temps durant lequel le travailleur est au travail, à la disposition de l’employeur et dans l’exercice de son activité ou de ses fonctions. Sur un plan national 🡪 Art L. 3121-1 code du travail : temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l’employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles.

La définition de travail, relevant de l’ordre public, n’est pas modifié par cette loi : il s’agit du temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l’employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des obligations personnelles. Frontières du temps de travail effectif sont imprécises. La jurisprudence considère estime que seul un travail commandé par l’employeur est susceptible d’être qualifié de travail effectif : la jurisprudence de la chambre sociale considère qu’il y a une présomption de temps de travail effectif pour le temps passé par le salarié à l’intérieur de l’entreprise. Sauf quelques exceptions, il est sous la subordination juridique de l’employeur et ce temps est présumée alors consacré à l’activité professionnelle.

Lorsque le salarié ne se trouve plus dans les locaux de l’entreprise, il est compliqué de qualifier le temps considéré. Concernant le temps d’attente (chargement, déchargement du camion pour un routier) : selon la qualification de travail effectif, la rémunération doit aller avec. CK : ce temps d’attente ne constitue pas un temps de travail effectif lorsque le salarié n’est plus à la disposition de l’employeur et lorsqu’il n’était plus tenu de se conformer à ses instructions et directives.

De même, le temps de pause et de restauration ne constitue pas un temps de travail effectif : le salarié dispose pendant sa pause de toute sa liberté : cependant d’après la jurisprudence, il ne s’agit plus d’une pause mais d’un temps de travail effectif lorsque le salarié doit exercer une surveillance permanente sur son poste de travail ou lorsqu’il ne peut pas s’éloigner de son poste de travail pendant la pause ou le repas : loi travail ne modifie pas son raisonnement. Dès que les critères du temps de travail sont réunis : il s’agit bien de temps de travail.

Le temps nécessaire à l’habillage et au déshabillage : avant comme après la loi travail, les temps d’habillage et de déshabillage doivent faire l’objet de contrepartie sous forme de repos ou sous forme financière lorsque le port d’une tenue de travail est imposé par la loi, la convention collective, le RI ou encore le contrat de travail. Enfin, valable seulement si l’habillage ou le déshabillage est réalisé dans l’entreprise ou sur le lieu de travail

Temps d’équivalence : distingué du temps de travail effectif. L’idée est de prendre en compte la présence du salarié dans l’entreprise et cette présence du salarié sera considéré comme équivalente à la durée du travail donné bien que finalement elle soit en réalité supérieure : prend en compte les temps d’attente, d’inaction 🡪 restauration, hôtellerie, gardiennage… Ce temps doit être rémunéré en cas de mise en place de convention, d’accord ou par référence à un décret.

Cas périphériques : alimente un abondant contentieux :

Astreinte : A mi-chemin entre temps de travail et de repos : période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l’employeur, a l’obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d’être en mesure d’intervenir pour effectuer son travail à l’encontre de l’entreprise : art L.3121-5 🡪 aujourd'hui obsolète : la plupart des astreintes sont informatiques : rendues possible pas les techniques de

* l’information et de la communication (TIC). Aujourd'hui adapté : art L.3121-9 (nouvelle rédaction) : période pendant laquelle le salarié, sans être sur le lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l’employeur doit être en mesure d’intervenir pour accomplir un travail au service de l’entreprise : n’exige plus que le salarié demeure à son domicile ou à proximité. Continue à être mis en place par accord collectif : aujourd'hui, la primauté est accordée à la convention ou accord d’entreprise par rapport à l’accord de branche. La mise en place peut relever d’une décision unilatérale de l’employeur en cas d’absence d’accord d’entreprise ou de branche.

Mode de mise en place de l’astreinte : si l’accord collectif prévoit l’astreinte s’impose aux salariés sans que celui-ci puisse invoquer la modification de son contrat de travail. Si mise en place de manière unilatéral, salarié ne peut imposer l’astreinte sans son accord : il s’agit alors d’une modification de son contrat de travail : si le salarié accepte, la conclusion d’un avenant au contrat de travail est exigée. Se pose alors la question de la suppression de l’astreinte : pour la CK, le salarié ne dispose pas de droit acquis à l’exécution d’astreinte sauf engagement de l’employeur de lui en faire exécuter un nombre garanti : en cas d’abus dans ce cas, DI (ch.soc, 10 octobre 2012, n°11-10.454) : il n’existe pas de droit acquis à l’exécution d’astreinte sans engagement de l’employeur. Les salariés concernés par les périodes d’astreinte doivent être informé de leur programmation individuelle : avant la loi travail, information 15 jours à l’avance, aujourd'hui, information dans un délai raisonnable.

Aucun salaire en astreinte car n’est pas l’objet de travail effectif mais doit faire l’objet d’une contrepartie : repos ou contrepartie financière : quid du temps d’intervention : cette durée est du temps de travail effectif et sera rémunéré comme tel. Pour autant, la durée d’intervention n’est pas prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien et hebdomadaire. Le temps d’intervention peut comprendre un temps de déplacement : il constitue un temps de travail effectif.

Ch.soc 8 septembre 2016 : pour la 1ère fois, considère que la mise en place d’un système d’astreinte ne peut résulter de la seule initiative des salariés. Lorsque les salariés ont décidé de mettre en place un système d’appel téléphonique leur permettant de rester joignable en dehors de leurs heures de travail, il créer une situation de fait qui selon la CK ne peut être transformé en astreinte au seul motif que l’employeur en a eu connaissance.

Liaisons sociales quotidien 24 août 2016, dossier pratique n°151, n°17145.

* Temps de déplacement professionnel : temps pour se rendre sur le lieu d’exécution du contrat de travail n’est pas considéré comme un temps de travail effectif (art L.3121-4) Ce temps de déplacement doit faire l’objet d’une contrepartie : sous forme de repos ou sous forme financière : objet d’une contrepartie fixée par convention ou accord collectif lorsqu’il dépasse le temps normal de trajet domicile/travail.

Cas où l’employeur demande à un salarié de se rendre directement chez un client ou fournisseur 🡪 si lieu plus éloigné que lieu de travail habituel : temps anormal de trajet (contrepartie alors possible). De même, le salarié qui effectue régulièrement sa prestation de travail chez des clients de l’entreprise : sont géographiquement dispersés donc temps de trajet différents. Quid de déplacement entre deux lieux de travail sur une même journée : qualifié de temps de travail effectif si pendant ce temps, le salarié se tient à la disposition de l’employeur et si pendant ce temps, il doit se conformer à ces directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles.

1. **La diversité des durées de travail**

Durée légale de 35h hebdomadaire, 151,67 par mois, 1607/an, au forfait, 218j. Art L.3121-27. Il existe des déclinaisons :

* Durée maximale quotidienne : 10h. La loi travail ne revient pas dessus mais prévoit plusieurs possibilités d’y déroger : art 3121-18 si autorisation de l’inspecteur du travail, par convention ou accord collectif d’entreprise ou d’établissement pour à défaut ou accord de branche. Dérogation située dans la limite de 12h. Existait déjà avant la loi travail mais il y a une différence : l’accord de branche devait être un accord étendu et l’accord d’entreprise ne primait pas sur l’accord de branche.
* Durée hebdomadaire maximale : ne peut dépasser 48h sur une semaine et 44h sur une période de 12 semaines consécutives. Loi travail ne change rien. L’employeur peut toujours adresser une demande à l’inspecteur du travail pour dépasser en cas de circonstances exceptionnelles le plafond de 48h dans la limite de 60h par semaine. Durée légale peut faire l’objet d’un dépassement suite aux heures supplémentaires.

Heures supplémentaires et cadre de décompte inchangé avec la loi travail : toute heure effectuée au-delà de la durée légale hebdomadaire ou considéré comme équivalente est une heure supplémentaire (art L.3121-28). Distinction des heures supplémentaires et des heures de récupérations :

* + Heure récupérée : heure perdue collectivement en raison de certains évènements : force majeur, intempérie… N’est pas une heure supplémentaire mais récupérée. Non rémunérée au tarif de l’heure supplémentaire.
  + Heures supplémentaires : contingent annuel tacitement, par convention ou accord collectif d’entreprise ou de branche. A défaut d’accord, le contingent est celui fixé par décret : 220h. Mène à des contreparties : une heure supplémentaire donne droit à une majoration salariale et à un repos compensateur équivalent

Majoration des heures supplémentaires : fixé en prioritaire par convention ou accord d’entreprise : l’accord n’a alors plus à respecter le taux fixé par la branche : ne peut être inférieur à 10%. A défaut d’accord collectif, on se fixe sur le taux légal : 25% pour les 8 premières heures supplémentaires et 50% pour les suivantes.

Accomplissement de durée légal ou conventionnelle à temps complet. Cette durée de référence dépassé, heures supplémentaires ? Attention, parfois, conventions de forfait globalisant la durée du travail : convention de forfait : heures supplémentaires non majorée. 3 types de forfait :

* En heures sur une base hebdomadaire ou mensuelle : non considéré comme dangereuse, simple avenant au CT suffit
* En heure sur une base annuelle : dangereux : nécessite un accord collectif et l’accord écrit du salarié est requis. Comité d’entreprise devra être consulté dans le cadre de consultation sur la politique sociale de l’entreprise, sur le principe de la convention de forfait, leur contenu et surtout sur les modalités de suivi de la charge de travail des salariés au forfait.
* En jour sur base annuelle : Contentieux entre 2011 et 2016 : les conventions et accord collective accordant les forfaits jours doivent apporter des dispositions de nature à assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés : doivent prévoir un suivi spécifique de la charge de travail qui doit être raisonnable. Cette exigence, posée par la CK : arrêt 29 juin 2011 : a permis d’invalider les dispositions conventionnelles qui se révèles insuffisamment protectrices : commerce de détail, hôtellerie… GARANTIE INSUFFISANTE POUR LA PROTECTION DE LA SANTE DES SALARIES.

La loi travail comporte des dispositions encadrant la pratique des forfaits jours en encadrant plus rigoureusement à la fois la mise en place de la convention de forfait et le contenu des accords collectifs. Il faut que l’accord collectif détermine les catégories de salariés, le nombre d’heure et le nombre de jour compris dans le forfait et surtout les clauses obligatoires tenant comptes des exigences posées par la CK depuis 2011 : modalités d’évaluations, modalités de suivi régulier de la charge de travail. Modalités selon lesquels le salarié peut exercer son droit à la déconnexion.

Si la loi travail sécurise les accords collectifs prévoyant les conventions de forfait jour, elle érige également en disposition d’ordre public l’obligation pour l’employeur de s’assurer régulièrement que la charge de travail est raisonnable

1. **La répartition du temps de travail**

Traditionnellement la répartition du temps de travail se fait sur 5 jours ou 6 jours, parfois 5,5 jours selon un horaire collectif applicable à l’ensemble du personnel. La référence hebdomadaire correspond classiquement à l’horaire fixé par l’employeur. On constate un recul de l’horaire collectif et un développement des horaires individualisées ou décalées. La loi travail prévoit certaines dispositions relatives aux horaires individualisées. L’employeur conserve la possibilité de mettre en œuvre en faveur d’un ou plusieurs salariés des horaires individualisés. 🡪 Distinction horaires collectif/individuel

Aménagement du temps de travail : Référence hebdomadaire recule au profit de l’annualisation du temps de travail. Loi 20 août 2008 a considérablement simplifié les règles en la matière. On a eu plusieurs dispositifs d’aménagement du temps de travail. Mène à un mode unique d’aménagement négocié du temps de travail 🡪 c’est la modulation : tantôt au-dessus de 35h, tantôt en dessous, dans que les heures au-dessus soient considérés comme des heures supplémentaires. La loi travail a maintenu ce dispositif et l’a même considérablement assoupli : elle porte la durée maximale de la période de référence à 3 ans. Encore faut-il qu’un accord de branche l’autorise. Aménagement possible mais ne peut excéder 4 semaines. Pour les entreprises de moins de 50 salarié, possible d’aller jusqu’à 9 semaines.

Travail de nuit : le travail de nuit est tout travail entre 21h et 6h : définition d’ordre public. Définition ensuite du travailleur de nuit : salarié qui accomplit au moins deux fois par semaine au moins 3h de son temps de travail durant la période de nuit : code du travail maintient le caractère exceptionnel du travail de nuit (casino). Le code du travail indique également que les impératifs de protection de la santé et de la sécurité doivent être respecté et le recours au travail de nuit doit être justifié par la nécessité d’assurer la continuité de l’activité économique ou justifier par des services d’utilité sociale.

* Depuis 2015, régime dérogatoire pour les salariés des commerces de ventes au détail dans les ZTI (zones touristiques internationales) 🡪 travail en soirée, possible jusqu’à minuit : le travail de nuit peut être transposé à minuit. Restructuration de la section relative au travail de nuit. Il est cependant fait référence à la primauté de l’accord d’entreprise sur la convention ou l’accord de branche.

1. **Repos et congés :**

Temps d’inactivité qui n’admettrait aucune intervention professionnelle. La loi travail a restructuré le titre III relatif au repos et jours fériés. Met en place triptyque : ordre public, champ de la négociation collective, loi supplétive.

* Repos quotidien : 11h consécutives : art L.3131-1. Possible d’y déroger par convention ou accord. La loi travail consacre la primauté de l’accord d’entreprise.
* Temps de pause : au moins 20 minutes dès 6 heures de travail : ces 20 minutes doivent être consécutives
* Repos hebdomadaire : pas plus de 6 jours par semaines, repos hebdomadaire de 24h minimum auquel s’ajoute le repos quotidien de 11h 🡪 35h consécutives. En principe donné le dimanche (repos hebdomadaire dominical) : est une règle d’ordre public : successives réaffirment le principe du repos dominical mais élargissent les possibilités d’y déroger (hôtel, restaurant), parfois nécessiter de ne pas perturber l’activité (hôpitaux). Parfois aucune autorisation administrative nécessaire. 3 types de dérogations :
  + Celles nécessitant autorisation administrative
  + Temporaires accordées par le préfet
  + Par le maire

Il existe des dérogations justifiées par l’urgence, la nature des travaux, des fonctions

Jours fériés : 11j : jour de l’an, lundi de Pâques, 1er mai, armistice, ascension, pentecôte… 1er mai est le seul jour férié et chômé par détermination de la loi

Les congés : payés ou spécifiques :

* Payé : Avant la loi travail : commence le 1er juin de l’année précédente de la prise des congés et se termine le 31 mai de l’année de prise des congés. Avec la loi travail, possible de prévoir le début de la période de référence pour l’acquisition des congés : possible de ramener sur l’année civile. 2,5 jours de congé par mois de travail accompli. La durée totale payé ne peut excéder 30 jours ouvrables. Indemnité au titre des congés qui n’ont pas été pris. Avant, plus d’indemnité si faute lourde du salarié : censuré par CC°L, 2 mars 2016 🡪 la faute lourde n’est plus privative de l’indemnité compensatrice de congés payés.
* Spécifiques : la loi travail a rendue beaucoup plus clair la partie du code relative aux congés spécifiques. 3 catégories distinctes :
  + De conciliation vie privée, vie familiale et vie professionnelle
  + Pour engagement associatif
  + Pour la création ou le reprise d’entreprise

**Chapitre 4 : Les changements affectant la relation de travail :**

1. **Les cause de suspension du contrat de travail**
2. **Les causes tenant à la personne du salarié**

Certaines causes de suspension relèvent de la vie privée du salarié : maladie, accident, maternité : temporairement dans l’impossibilité d’exercer la prestation de travail : son emploi est alors protégé, notamment contre le licenciement. De même, les congés sont des motifs de suspension du contrat, maladie professionnelle, accident du travail. Quid d’un éventuel concours de différents cas de suspension : gréviste tombant malade, salarié en congé payé victime d’un accident. De plus, les règles relatives au paiement du salarié. La cause de suspension intervenue en 1er l’emporte sur la cause seconde dans le temps (critère temporel, depuis 1962) : le salarié tombé malade pendant ses congés est considéré en congé, le salarié gréviste qui est malade est considéré comme gréviste : il ne profite alors pas des garanties de rémunération rattachés à la maladie.

La CK permet au salarié gréviste tombé malade de se désolidariser du mouvement de grève pour profiter des garanties de rémunérations. Un salarié malade peut reporter ses congés payés non pris une fois rétabli. Depuis 1962, chronologie s’applique avec des assouplissements ponctuels. Pour certains auteurs, primauté par nature de certaines causes de suspension par rapport à d’autres. Pour d’autre, il y aurait une influence des suspensions sur l’existence des autres : arrêts de travail pour grève de salarié qui tombe malade : n’est plus volontaire mais subi donc il faudrait faire prévaloir le régime de la maladie sur celui de la grève.

1. **Causes de suspension tenant à la personne de l’employeur.**

Il est possible de mentionner la procédure disciplinaire et le chômage partiel (aujourd'hui l’activité partielle depuis la loi de sécurisation de l’emploi de 2013).

**Paragraphe 2 : le régime de la suspension du contrat de travail**

1. **La dispense d’exécution du contrat de travail**

Pendant la suspension du contrat, les parties sont réciproquement dispenser d’effectuer leur obligation contractuelle. Le salarié n’a pas à fournir sa prestation de travail et l’employeur n’a alors pas à le rémunérer. Si pas rémunéré, il est possible que la loi voire la convention collective prévoit néanmoins une rémunération (maladie).

Cette dispense d’exécution ne concerne que les obligations principales : pour certaines obligations accessoires, il se peut que le salarié reste tenu de ses différentes obligations : obligation de discrétion, de non-concurrence, loyauté…

1. **Le maintien de la relation contractuelle :**

Maintien du contrat de travail : concrètement, le salarié continue de faire partie des effectifs de l’entreprise. Cependant, il ne peut plus être nommé à certaines fonctions (délégué syndical). Puisque ce salarié continue de faire partie des effectif, l’employeur conserve la faculté de le sanctionner.

Hypothèses des fautes commises pendant la suspension : le pouvoir disciplinaire demeure. Pour autant, il est possible qu’il se trouve atténué : faute commise à l’occasion d’un mouvement de grève (interrompant le contrat de travail) ne peut sanctionner le salarié que pour faute lourde.

Maintien des mandats : électifs et syndicaux : un salarié dont le contrat est suspendu peut aussi être représentant du personnel, membre du Ce, du CHSCT… Question : suspension de son contrat de travail entraine-t-il la suspension de ses mandats ? Inopportun dans les hypothèses de mouvement collectif car il joue un rôle modérateur 🡪 la suspension du contrat de travail n’empêche pas le salarié de poursuivre l’exercice de son mandat.

**Section 2 : la modification du contrat de travail :**

L’évolution économique de l’entreprise entraine toujours la modification des contrats de travail : il faut un équilibre entre grande flexibilité et rigidité absolue : compromis entre bon fonctionnement de l’entreprise et droits des salariés. Force obligatoire du contrat au cœur de la discussion : comment modifié ce qui avait été initialement convenu. Dans quelle mesure le salarié peut s’opposer à la révision du contrat de travail ?

**Paragraphe 1 : La notion de modification du contrat de travail**

Distinction auparavant des modifications substantielles et non substantielle : jusque 1996, jurisprudence Le Berre et Vanderdonckt. Désormais : modification du contrat et changement des conditions. La modification relève du socle contractuel : relève de la définition même du contrat de travail : pour les modifications les plus courantes :

* Rémunération : son chiffrage, la structure, le mode de rémunération… Attention, il peut exister des clauses de rémunération variable 🡪 présence d’élément objectif permettant à la rémunération d’être modifié indépendamment de la volonté de l’employeur.
* Qualification professionnelle ou les attributions et responsabilité confiées au salarié : modification est modification du contrat même si le changement de fonction ne s’accompagne pas d’une baisse de rémunération
* Durée du travail : produit des conséquences directes sur la rémunération. Cependant, exceptions : employeur peut augmenter la durée du travail par le biais d’heure supplémentaires ou complémentaires dans les limites légales et conventionnelles. Exception également en cas de diminution des heures de travail si stipulé au contrat en fonction de l’activité de l’entreprise.

Egalement des satellites :

* Horaires de travail : de prime abord, un changement des horaires de travail en journée sans modification de la durée et sans incidence sur la rémunération constitue un simple changement des conditions de travail. Cependant, passage d’un horaire fixe à un variable, passage d’un horaire de jour à un horaire de nuit ou inversement 🡪 CK depuis 2011 propose grille de lecture : notion d’atteinte excessive à la vie personnelle et familiale : ch.soc, 3 novembre 2011 : nouvelle répartition des horaires passe dans la modification du contrat, donc l’accord du salarié est exigé.
* Classiquement, le lieu de travail ne constitue pas toujours une modification du contrat de travail : ch.soc, 3 juin 2003 : la localisation du lieu de travail ne constitue pas en soit un élément du contrat : la mention n’a qu’une valeur informative à moins qu’il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu. Le changement de lieu de travail ne concerne que les conditions de travail lorsqu’elle intervient dans le même secteur géographique :
  + Depuis 1999 : accent sur cette notion de secteur : possible de muter le salarié au sein d’un même secteur géographique : si dans un autre secteur : modification du contrat donc accord du salarié. Problème est que CK construit raisonnement sur une notion qu’elle n’a jamais défini : Serait le bassin d’emploi. CK a régulièrement rendu des décisions glissant de l’objectif vers le subjectif car y est ajouté les considérations relatives aux répercussions sur la vie personnelle et familiale, contrainte de déménagement, modification de la vie du salarié, temps de trajet… ch.soc 7 juillet 2016 n°15-15.342 : met en lumières les différents éléments susceptibles d’être retenu pour conclure les critères :
    - Durée de trajet
    - Moyens de transport
    - Durée supplémentaire de trajet
    - Il peut être tenu compte de l’atteinte portée à la vie personnelle et familiale, encore faut-il en faire la démonstration

Il est possible que la modification du contrat de travail soit établie lorsque l’employeur modifie un élément contractualisé par les parties : ch.soc sur jurisprudence 2003 distinguant clause contractuelle et informative : lieu de travail informatif, contractuel en démontrant qu’il s’agit d’une clause claire et précise, déterminante du consentement du salarié

Point délicat 🡪 modification temporaire : deux hypothèses :

* Lorsqu’un salarié est amené à remplacer temporairement un autre salarié pour les besoins de l’entreprise : pour CK, modification du contrat en dépit du caractère provisoire du remplacement. Donc, le salarié peut refuser. La pratique professionnelle admet qu’une modification du contrat de très courte durée puisse s’imposer au salarié 🡪 changement des conditions de travail sans accord du salarié
* La mutation géographique temporaire ou occasionnelle en dehors du secteur géographique : hypothèse du dépassement exceptionnel des limites d’une clause de mobilité : exercice du pouvoir de direction de l’employeur ? Dans ce cas, possible de l’imposer au salarié : s’il refuse, sanction possible. D’après la CK, il peut s’agit d’un simple changement des conditions de travail à 3 conditions :
  + Affectation motivée par l’intérêt de l’entreprise
  + Justifié par des circonstances exceptionnelles
  + Information préalable du salarié : il faut alors vérifier le délai raisonnable : il importe d’informer salarié de la durée prévisible de l’affectation temporaire

**Paragraphe 2 : Le régime de la révision du contrat de travail**

1. **Régime application à la modification du contrat de travail**

Règles directrices : la modification du contrat de travail requière l’acceptation expresse du salarié : ch.soc, 8 octobre 1987, Raquin. L’accord du salarié ne peut pas résulter de la seule poursuite du contrat aux conditions modifiées. Un avenant au contrat de travail est recommandé, signé par les deux parties. Si le salarié refuse, l’employeur doit renoncer à son projet de modification et doit en tirer les conséquences et engager la procédure de licenciement : cependant, le licenciement ne peut pas être disciplinaire : le refus est légitime. L’employeur ne peut imposer la modification du contrat de travail, le salarié peut prendre acte de la rupture aux torts exclusifs de l’employeur 🡪 licenciement sans cause réelle et sérieuse. Même raisonnement avec un salarié protégé : s veut le licencier, il faut l’autorisation de l’inspecteur du travail.

Perspectives de licenciement : selon les formes prescrites pas le code du travail et il conviendra de faire état dans la lettre de licenciement des raisons de la modification : le licenciement aura pour cause le motif de la modification et non pas le refus de cette dernière : justification de réorganisation afin de préserver la compétitivité de la société.

Deux spécificités :

* Modification du contrat pour motif disciplinaire : l’employeur prononce à l’encontre du salarié une sanction disciplinaire entrainant la modification du contrat de travail : mutation, rétrogradation, déclassement : société hôtel Le Berry, 1998 : l’employeur ne peut pas modifier le contrat de travail du salarié à titre disciplinaire sans retenir son accord : salarié peut donc la refuser : peut alors proposer une autre sanction moindre mais également plus important : licenciement pour motif disciplinaire : comme refus, mène les employeurs à licencier directement car trop protecteur des intérêts des salarié mais ne l’est alors pas car licenciement direct.
* Modification du contrat pour motif économique : la modification du contrat pour motif économique nécessite l’accord du salarié : en cas de refus, l’employeur doit renoncer à son projet de modification du contrat pour motif économique soit mettre en œuvre de procédure de licenciement pour motif économique. La lettre de licenciement devra mentionner que le licenciement fait suite au refus d’une modification du contrat pour motif économique. Dans le cadre de cette modification, la lettre doit préciser ce motif et le salarié dispose d’un mois pour se prononcer et faire connaitre son refus. A défaut de réponse dans le mois : réputé avoir accepté la modification. Le silence du salarié vaut acceptation. Le délai est impératif.

Si le salarié refuse la modification avant l’expiration du délai, à partir de quand pour convocation à l’entretien préalable ? Après délai de réflexion

1. **Le régime applicable au changement des conditions de travail**

Le salarié qui refuse peut être sanctionné disciplinairement donc le refus d’un changement des conditions de travail est fautif : l’employeur peut alors mettre fin au contrat de travail par procédure de licenciement. Ce refus d’un changement des conditions de travail constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement : question de la faute grave : CK considère depuis 2005 que cela ne constitue pas nécessairement une faute grave : ch.soc 20 novembre 2013 n°12-30.100 🡪 absence de faute grave. Cependant, 12 janvier 2016 n°14-23.190 🡪 constitue une faute grave.

Examen d’une faute grave : appréciation subjective, situation personnelle et familiale, absence des modifications des conditions depuis longtemps, délai de prévenance raisonnable : selon ses critères, faute grave. Existence même d’une faute simple : le refus doit être sur motif légitime de refus du simple changement des conditions. Art L.1121-1 : filtre : il est possible de mobiliser des obligations familiales impérieuses

**Section 3 : Le transfert d’entreprise**

Ou modification dans la situation juridique de l’employeur. Situation courante concernant les restructurations d’entreprise. Ex : société exploitant un fdc, elle décide de céder le fdc : que deviennent les salariés ? Autre Ex : grande entreprise se recentrant sur un domaine : décide d’externaliser quelques services : le sous-traiter ou le céder : que deviennent les salariés ?

Art L.1224-1 : Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

**Paragraphe 1 : Le domaine d’application de l’art L.1224-1 code du travail**

1. **Conditions de fond**

Modification dans la situation juridique de l’employeur. Liste non exhaustive : restreint la règle du maintien des contrats de travail à des situations où il est démontré un lien de droit entre employeur successifs. Toutefois, la jurisprudence nationale et communautaire a interprété de manière extensive les règles employées : chambre sociale et assemblée plénière considèrent que le texte s’appliquait même en l’absence d’un lien de droit entre les employeurs successifs : ce texte s’applique à tout transfert d’une entité économique autonome conservant son identité et dont l’activité continue après transfert.

Ce qui déclenche de transfert et l’application du texte est le transfert d’une part d’activité suffisamment structurée. S’applique à des hypothèses dont le lien de droit avec les employeurs successifs n’est pas démontré, hypothèses de la reprise en gestion directe par le concédant.

Objet du transfert : ch.soc, 7 juillet 1998 : « le transfert doit porter sur une entité économique autonome » Entité = ensemble organisé de personnes et d’éléments corporels ou incorporels permettant l’exercice d’une activité économique qui poursuite un objectif propre. La modification dans la situation juridique de l’employeur ne peut résulter dans la seule perte d’un marché : il faut vérifier si les moyens nécessaires à l’exploitation du marché ont été ou non transmis.

Pour qu’il y ait une entité économique, encore faut-il qu’il y ait une activité économique : service de restauration, comptabilité etc… Transfert d’une entité économique autonome = objectif propre. L’entité doit être détachable en entreprise : cette exigence jurisprudentielle est primordiale depuis les arrêts Perrier, Vittel France (ch.soc, 18 juillet 2000) : exigence essentielle en cas d’externalisation d’un service accessoire. Il faut vérifier que l’activité est bien détachable : voir que le service extériorisé poursuit une finalité propre et possède concrètement des moyens particuliers en matériel et en personnel : organisation minimale et stable, personnel propre, comptabilité spécifique. Il faut alors vérifier si l’activité occupe ou non du personnel propre

Existence salarié polyvalent : si oui : incompatible avec reconnaissance d’une entité économique autonome. Définition salarié polyvalent : secrétaire comptable

L’organisation de l’activité économique doit faire preuve de stabilité : identification des éléments corporels : clientèle, savoir-faire. Organisation autonome signifie encadrement

Vérification enfin du transfert de l’entité conservant son identité dont l’activité est reprise : ass.plen, 16 mars 1990 : vérifier que l’entité conserve son identité : est le cas lorsque l’ensemble des moyens permettant de réaliser l’activité sont transféré. En l’occurrence, tout repose sur l’identification de l’objet du transfert. Tout repose même sur le moment du transfert. Jurisprudence n’exige le maintien de l’identité de l’identité de l’entité qu’à la date du transfert. Classiquement, ce qui importe c’est que l’entité reprise ait vocation à se maintenir sous une a nouvelle direction. Il conviendra de vérifier, à la date du transfert, s’il y a perspective ou non de démembrement de l’activité. Ex : projet dans le cadre d’une restructuration : fourniture bisness plan et perspectives d’évolution de l’entreprise.

Le transfert d’une entité conservant son identité dont l’activité est poursuivie ou reprise est seulement instantanée, peut ensuite bouger. Il importe de vérifier si l’activité est reprise en vue d’être profondément modifiée : dans ce cas, le transfert ne s’impose pas.

* L’entité économique perd son identité et ne répond plus à la condition de poursuite de l’activité lorsqu’elle est démembrée à l’occasion du transfert : Ex : Entreprise à établissements multiples : cession du service de 11 salariés (avec secrétaire comptable). De plus, cession à une entreprise qui éclate le service en répartissant les salariés dans d’autres entreprise (éclatement du service) 🡪 transfert d’une entité conservant son identité n’existe plus et dont l’activité est poursuivie ou reprise 🡪 non respecté non plus. Art L.1224-1 ne s’applique alors pas

1. **Condition de forme/procédure**

* Information et consultation du Ce ou des DP. Concerne des mesures de nature à affecter le volume et la structure des effectifs. Prévenir le Ce avant toute modification économique et juridique de l’entreprise (fusion, cession). Pour tout projet de restructuration intéressant l’organisation de l’entreprise en temps utile avant la décision définitive. Vérifier selon conséquence financière et à l’égard des salariés. Possible obligation d’informer le CHSCT avant toute décision d’aménagement important modifiant les conditions de santés, de sécurité et les conditions de travail. Pour les RPS, le consulter. Aujourd'hui, consultation CHSCT dans tous les cas. Si salarié protégé : en cas de transfert partiel d’activité, le transfert du contrat de travail d’un salarié protégé doit faire l’objet d’un contrôle de l’administration du travail qui donne alors son autorisation : doit vérifier que le salarié protégé ne fasse pas l’objet d’une mesure discriminatoire. Si refus : parfois obligation de garder le salarié protégé même si service décentralisé : doit le reclasser

1. **Application volontaire de l’art L.1224-1 :**

Application peut être conventionnelle : transfert peuvent résulter d’un accord collectif prévoyant que l’opération de cession entrainera le maintien des contrats de travail alors même que les conditions de l’art ne sont pas réunies. Si risque que conditions ne soit pas remplies, possibilité de convention de transfert : parties conviennent de se soumettre volontairement aux dispositions de l’art 1224-1 : si cession : cessionnaire et cédant décide que les contrats seront transféré : puisqu’il s’agit d’une convention, il s’agit d’une convention tripartite : accord du cédant, du cessionnaire et du cédé (salarié)

**Paragraphe 2 : Les effets de l’art L.1224-1code du travail**

1. **Effet principal : le sort des contrats de travail et son transfert :**

Si les conditions d’application sont réunies, le transfert du contrat de travail se réalise de manière automatique. Ce transfert est automatique et impératif : aucune partie ne peut y déroger dans la mesure où ce texte est un texte d’ordre public. Par conséquent, le transfert s’impose aux salariés mais également aux employeurs successifs. Concrètement, le salarié ne peut pas refuser le transfert, c’est pourquoi le salarié plaide souvent que les conditions d’application du texte ne sont pas réunies. 1930, Goupi : art L.122-12. Aujourd'hui, inverse, salarié demande la non-application.

Puisque le transfert s’impose au salarié, son refus constitue une cause de licenciement. Une fois le transfert opéré, poursuite du contrat de travail et le nouvel employeur est tenu de respecter l’ensemble des droits et obligations résultant du contrat de travail : rémunération, ancienneté, droit au congés payés, obligations accessoires (clause de non-concurrence). Il y a alors de fortes chances que soit modifié le contrat de travail. La CK rappelle arrêt ch.soc 1 juin 2016 n°14-21.143 et note semaine sociale Lamy 20 juin 2016 n°1728 p.8 que lorsqu’un transfert d’entreprise entraine par lui-même une modification du contrat de travail autre que le changement d’employeur, le salarié est en droit de s’y opposer mais l’employeur peut tirer toutes les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement qui reposera sur une cause réelle et sérieuse. ***Ne serait-ce pas l’esprit même du transfert d’entreprise qui est oublié*** ?

Dans cette perspective, il peut y avoir des garanties de paiement obligeant le nouvel employeur à payer les sommes dues au salarié avant transfert : art L.1224-2 : sort des dettes antérieures en cas de transfert. Ne s’applique cependant pas en cas de procédure de redressement et liquidation judiciaire. Il y a des licenciements avant et après transfert, pas pendant. Dans cession, il faut trouver repreneur, licencier avant ou laisser le repreneur s’en charger ?

* Licenciement avant transfert : peuvent être prononcé pour des raisons économiques à condition qu’ils ne trouvent pas leur justification dans la volonté de contourner l’art L.1224-1 car constituerai une fraude à la loi : licenciement suspect mais envisageable : le cédant réduit ses effectifs pour rendre son entreprise plus attrayante : ce qu’il monnaie ensuite dans le rachat de l’entité
* Licenciement à l’occasion du transfert : les licenciements ne sont pas valables si prononcés à l’occasion du transfert : arrêt Guermonprez, ch.soc, 20 janvier 1998 : licenciement privé d’effet : cela signifie-t-il qu’il est nul, réintégration du salarié, inopposabilité, question non résolu : si était ces termes, pourquoi dire « privé d’effet » ?

Si salarié tout de même licencié, alternative pour le salarié 🡪

* + Soit demande au repreneur de la poursuite du contrat de travail (droit au paiement des salaires dus entre le licenciement et la réintégration)
  + Réclamation à l’auteur du licenciement de la réparation du préjudice qui en résulte : jurisprudence Maldonado, ch.soc, 20 mars 2002 : CK précise que cet alternative cesse lorsque le cessionnaire accepte de poursuivre le contrat de travail du salarié illégalement licencié et qu’il l’informe de son intention de poursuivre le contrat de travail avant l’expiration du préavis. Le changement d’employeur s’impose alors au salarié : ch.soc, 11 mars 2003, arrêt Voisin.
* Art 94 loi travail visant à favoriser la recherche d’un repreneur et qui met en partie un terme à la jurisprudence Maldonado car l’art déroge à l’art L.1224-1 🡪 le transfert des emplois ne concernera que les salariés non licenciés : il y a alors possibilité de licencier avant le transfert d’entreprise se justifiant pour faciliter la recherche d’un repreneur. Cependant, en pratique, ne concerne que quelques hypothèses :
* Uniquement pour les grandes entreprises : soumises à l’obligation de proposer un congé de remplacement donc si au moins 1000 salarié
* Dans le cadre d’un PSE prévoyant le transfert pour éviter la fermeture

Licenciements postérieurs au transfert : cessionnaire fait face à une nouvelle organisation pour amortir le mieux possible les transferts des contrats de travail. Si le cessionnaire fat face à une nouvelle organisation, il va devoir modifier les contrat s de travail. Peut licencier pour motif économique. Cependant, les mesures ne doivent pas contourner le jeu de l’art L.1224-1. Les licenciements postérieurs au transfert sont possibles : pour motif économique ou personnel. Quid du cédant ? Si cédant licencie après transfert les salariés que le cessionnaire n’a pas repris 🡪 serait fraude à la loi : licenciement privé d’effet semble le plus logique

1. **Le sort de statut collectif :**

Si l’entreprise qui poursuit ou reprend l’activité est soumise à la même convention collective de l’entreprise à laquelle appartenait le salarié 🡪 pas de soucis : rare, plus probable pour les mêmes accords de branche, jamais pour les accords d’entreprise.

Parfois, convention collectives différentes ou absence de convention : en droit, l’application de la convention collective dont relève le salarié est automatiquement mise en cause : art L.2261-14 s’applique. Préavis de 3 mois à compter de la mise en cause puis survie de l’accord collectif mis en cause pendant 12 mois 🡪 pendant 15 mois, survie de l’accord collectif mis en cause permettant à l’employeur de négocier avec les organisations syndicales un nouvel accord d’adaptation ou de substitution. Si au bout de 15 mois, nouvel accord n’est pas conclu :

* Avant la loi travail : maintien des avantages individuels acquis avec mécanisme de l’incorporation au contrat de travail.
* Après loi travail, rapport Cesaro : la mise en cause de l’accord collectif donne lieu à un régime modifié : nouvelle négociation, transition ne peut excéder 3 ans. Surtout, fin de notion des avantages individuels acquis et remplacement par le maintien de la rémunération perçue : rémunération dont le montant ne peut être inférieur à la rémunération versée dans les 12 derniers mois
* Usages en engagements unilatéraux : quid de leur sort ? Rien ne figure dans le code du travail : en cas de changement d’employeur, les usages et engagements unilatéraux sont classiquement transmis au nouvel employeur, libre à lieu de les dénoncer selon le droit commun de la dénonciation

**Titre 3 : La rupture de la relation de travail**

**Chapitre 1 : Le licenciement**

1. **Le droit de licencier, un droit « causé »**

Droit causé car il importe de vérifier l’existence d’une cause réelle et sérieuse : l’employeur comme le salarié peuvent prendre l’initiative de la rupture du contrat de travail à durée déterminée : si de l’employeur, est un licenciement. Il importe que ce licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse

**Paragraphe 1 : La cause réelle et sérieuse**

Art 1232-1 subordonne la légitimité du licenciement à l’existence du CRS : seule condition pour que le licenciement soit justifié. Si la CRS n’est pas démontrée, licenciement privé de CRS, injustifié et illégitime. Ne pas écrire que le licenciement est abusif, c’est faux.

* Cause réelle :
  + La cause doit être objective : en pratique, elle doit reposer sur des faits, des griefs matériellement vérifiables : Ex : Licenciement pour perte de confiance : ch.soc, 29 mai 2011 : perte de confiance ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même si sur éléments objectifs.
  + Cause doit exister : fait, motif de l’employeur doit être établi : si mauvais résultats, doivent être démontrés
  + Doit être exacte : les faits invoqués doivent être la véritable raison du licenciement : lorsque les faits ne sont qu’un prétexte pour des faits inavouable : licenciement illégitime
* Cause sérieuse : les griefs invoqués doivent être suffisamment pertinents pour justifier un licenciement : si indique que la mesure sera réformée à condition que le salarié redresse la situation avant la fin du préavis : pas suffisamment pertinent car l’employeur reconnait lui-même que la prestation de travail peut s’améliorer.

Il se peut que certaines qualification conventionnelles ou contractuelles perturbent quelque peu la qualification de cause réelle et sérieuse : Principe : l’ordre public est attaché à la notion de cause réelle et sérieuse : le juge doit apprécier la réalité et le sérieux de la cause de licenciement : le juge n’est pas lié par les qualifications données à certains faits par le règlement intérieur, la convention collective et même le contrat de travail. Il faut préciser dans le règlement intérieur que le retard dans la notification de l’arrêt de travail entraine une rupture du contrat de travail : le juge conserve le pouvoir d’apprécier si le retard du salarié caractérise réellement la cause sérieuse du licenciement. De même, un contrat de travail qui prévoit pour une catégorie de salarié que la suspension du permis de conduire constitue une CRS : perturbe la qualification de la CRS mais le juge n’est pas lié par la clause, peut décider que la CRS n’est pas constituée. Cependant, on ne peut prévoir une clause de pré-qualification de la cause réelle et sérieuse.

**Paragraphe 2 : Les motifs du licenciement**

1. **Le motif personnel**

Licenciement pour motif inhérent à la personne du salarié. Relève du pouvoir disciplinaire ou du pouvoir de direction de l’employeur. En dehors de toute faute, l’employeur peut décider de rompre le contrat de travail du salarié, et ce dans l’intérêt de l’entreprise : il lui importera de respecter la procédure de licenciement de droit commun et d’invoquer une CRS.

Dès lors que dans la lettre de licenciement, il utilise des termes conduisant à reprocher une faute au salarié, l’employeur se placera sur le terrain de la faute disciplinaire : le juge vérifie alors si la procédure disciplinaire est respectée.

Il est important pour l’employeur de ne pas se tromper de terrain, il risque de se heurter aux limites du pouvoir de requalification du juge. Le juge est tenu par les règles disciplinaires. Si le fait a un caractère fautif et que le juge écarte la faute grave, il peut retenir tout de même la faute simple. Ex : salarié licencié pour harcèlement sexuel : si les faits dénoncés dans la lettre de licenciement ne peuvent recevoir la qualification de harcèlement, le juge écarte la faute grave dans cette hypothèse mais recherche si ces faits constituent une faute justifiant le licenciement

Quant à la distinction personnel et économique, il se peut que l’employeur invoque ces deux motifs : dans ce cas, la cause du licenciement est la cause 1ère et déterminante c’est-à-dire le motif véritable ayant entrainé la mesure de licenciement.

Ex : si inaptitude physique et difficultés économique : licenciement du salarié pour motif économique : le juge pourra cependant retenir que c’est une cause inhérente au salarié.

En pratique, la frontière entre les deux motifs est délicate : si votre salarié est inapte et ne peut s’adapter aux mutations technologiques : cause personnelle pour manque d’adaptation (insuffisance professionnelle) ou mutation technologique relevant du motif économique ? 🡪 cause 1ère et déterminante.

Lorsque l’on évoque le motif personnel, 2 catégories : la faute du salarié et l’absence de faute

1. **La faute du salarié**

Tout repose sur l’appréciation de l’employeur et de la gravité de la faute : faute simple, grave, lourde. Aucun catalogue règlementaire ou législatif déterminant les fautes : tout repose sur une appréciation au cas par cas selon les circonstances : niveau de formation, fonctions… Ce licenciement pour faute doit faire l’objet d’une procédure de licenciement disciplinaire, à défaut, le licenciement est irrégulier.

* Faute grave : résultant d’un fat ou ensemble de fait imputable à un salarié rendant son maintien impossible dans l’entreprise : plus de durée de préavis : ch.soc, 27 septembre 2007.
* Faute lourde : commise par le salarié dans l’intention de nuire à l’employeur ou à l’entreprise :
  + Comportement déloyal
  + Critiques, accusation, dénigrement
  + Indiscrétion et divulgation
  + Vol, malversation, manœuvre et fraudes
  + Violences physiques et verbales
  + Absences, retards et abandons de poste

1. **L’absence de faute du salarié**

Licenciement sans faute : non disciplinaire 🡪 insuffisance de résultat et insuffisance professionnelle : CK depuis 2004 (3 novembre) : insuffisance de résultat ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement 🡪 pour que le licenciement soir reconnu comme ayant une CRS, il faut que les faits manifestant la non atteinte des objectifs résulte s’une insuffisance professionnelle ou d’une faute imputable au salarié. Vérifier si insuffisance caractérisée par des griefs matériellement vérifiables : il convient de vérifier si ces objectifs fixés par l’employeur présentent un caractère réaliste et raisonnable : n’est pas justifié si les objectifs fixés sont irréalisables. Il faut également vérifier si ne résulte pas d’une conjoncture étrangère à l’insuffisance professionnelle du salarié : si mauvaise politique commerciale de l’employeur, pas imputable au salarié

Insuffisance professionnelle est une cause légitime de licenciement. Pour tous les autres motifs : la lettre de licenciement doit être circonstanciée : depuis 1997, il suffit à l’employeur d’invoquer le grief d’insuffisance professionnelle pour que la lettre soit motivée. Ex : insuffisance professionnelle préjudiciable aux intérêts de l’entreprise 🡪 circonstance suffisante : il faut cependant toujours pouvoir prouver que ce motif est matériellement vérifiable.

Lorsqu’il s’agit d’apprécier les aptitudes professionnelles du salarié, son adaptation, cela relève classiquement du pouvoir du chef d’entreprise : par conséquent, le juge ne peut prétendre substituer son appréciation à celle de l’employeur, notamment dans l’appréciation des possibilités d’affectation des salariés à un autre poste 🡪 Ne peut reprocher à l’employeur d’avoir choisi la dernière solution : organisation du travail et du service libre. Si l’employeur invoque l’insuffisance du salarié, il faut éléments concret et non subjectif sans aller jusqu’à remettre en cause le fonctionnement du service.

Si considère que le salarié a un volume de travail insuffisant, il faut le démontrer. En tout état de cause, l’insuffisance professionnelle doit perturber le bon fonctionnement de l’entreprise. Ex : chauffeur-livreur faisant accidents : manque de maitrise récurent : sanction non disciplinaire mais sur l’insuffisance professionnelle car perturbe le bon fonctionnement du service. De plus, le salarié devait exécuter des tâches correspondant à sa qualification professionnelle : examen de la qualification contractuelle qui prouve que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse : si éventuel accroissement des responsabilités, il convient de vérifier qu’il y a eu formation complémentaire pour l’exécution de la prestation de travail.

Vérification adaptation 🡪

Ne pas oublier qu’entre en ligne de compte la qualification professionnelle et l’ancienneté de service, les circonstances de l’engagement, les relations antérieures, vérifier que n’a pas été notifié précédemment des avertissements.

Autre catégorie 🡪 motif personnel non disciplinaire : à cheval entre disciplinaire et non disciplinaire : critiques formulées à l’encontre de l’entreprise : se place sur le terrain d’un licenciement pour motif personnel non disciplinaire en raison du trouble causé au bon fonctionnement de l’entreprise.

Licenciement pour divergence de vue : orientation stratégique, méthodes de travail, politique commercial contesté : peut être un motif de complaisance pour éviter le motif de faute grave.

Protocole d’accord transactionnel : interdit de contester en justice le licenciement pour motif personnel non disciplinaire (trouble bon fonctionnement, critique, divergence de vue). Risque pour l’employeur si motif de complaisance.

Elément objectif à l’origine de la perte de confiance peut motiver un licenciement, pas la simple perte de confiance.

Avec divergence de vue 🡪 mésentente si sur grief matériellement vérifiable. Il faut que la mésentente soit imputable au salarié. Egalement incompatibilité d’humeur (comme perte de confiance

Art L.1132-1 : impossible de licencier un salarié à cause de son état de santé car serait discrimination. Cependant si mauvais état de santé se répercute sur l’entreprise🡪 constitue un motif de licenciement : si absence de répété : licenciement possible mais dans lettre : prouver atteinte à l’entreprise et remplacement du salarié indispensable de manière définitive : il faut démontrer que le remplacement du salarié est effectué par un recrutement en CDI.

1. **Le motif économique**

Tout repose sur art L.1233-3 : constitue un licenciement pour motif économique un licenciement prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié, résultant d’une suppression ou transformation, modification refusée par le salarié d’un élément essentiel du contrat de travail. Consécutive notamment à des difficultés économique ou mutations technologiques : la réorganisation de l’entreprise à des fins de sauvegarde de compétitivité.

Jurisprudence 🡪 cessation d’activité de l’entreprise mène à licenciement pour motif économique. Art 67 loi travail opère une réforme du motif économique réécrivant l’art L.1233-3 : applicable à partir du 1er décembre 2016. Sont intégrés dans le texte ceux qui relevait de motif jurisprudentiel : cessation d’activité, réorganisation de l’entreprise. De plus, est précisé l’élément causal et surtout, sont précisées les difficultés économiques caractérisées par l’évolution significative d’au moins un indicateur économique : baisse de commande, de chiffre d’affaire, perte d’exploitation, dégradation de la trésorerie.

Baisse significative constituée si en comparaison avec la période de l’année précédente : est au moins égal à un trimestre pour une entreprise de moins de 11 salariés, 2 trimestres pour les entreprises de 11 à moins de 50, 3 trimestres de 50 à moins de 300, 4 trimestres si plus de 300 salariés. Cependant, par le jeu de report de commande, possible de faire varier ces indicateurs pour contourner ou intégrer le champ d’application. Licenciement pour motif économique également possible par tout élément de nature à justifier les difficultés.

1. **La procédure de licenciement**
2. **Licenciement pour motif personnel :**

Pour licencier un salarié, l’employeur doit respecter une procédure déterminée par code L : art L.1232-2 et suiv. Lettre de convocation, entretien préalable, lettre de notification du licenciement. Il est impossible et dangereux de licencier verbalement le salarié : si lui interdit de venir travailler : sanctionné par les juridictions : il ne peut être régularisé postérieurement par l’employeur. SI tente de régulariser avec convocation 🡪 impossible.

En tout état de cause, quelle que soit la taille de l’entreprise ou l’ancienneté du salarié, entretien préalable obligatoire, convocation par LRAR, lettre mise en main propre contre décharge, par voie d’huissier, par chronopost. 5j plein à compter de la réception de la lettre, respect impératif. Peut être assisté par une personne de son choix de l’entreprise ou un conseiller de son choix extérieur à l’entreprise : préfecture, mairie… Au cours de l’entretien, l’employeur devra recevoir les explications du salarié et lui indiquer le ou les motifs du licenciement envisagé.

Lettre de notification de licenciement🡪 doit être expédié au moins deux jours ouvrables après la date de l’entretien préalable. Si motif disciplinaire, ne doit pas dépasser 1 mois après l’entretien et si non disciplinaire, le législateur n’impose aucun délai maximal.

Lettre de notification fixe les limites du litige donc importance de rédaction de la lettre de licenciement : si motif imprécis ou omet l’énonciation, prive le licenciement de cause réelle et sérieuse : impossible pour l’employeur de prévoir des motifs devant le juge différent de ceux dans la lettre. La qualification donnée par l’employeur s’impose à lui et au juge : le juge n’aura pas à examiner des griefs invoqués par l’employeur qui ne figurent pas dans la lettre 🡪 Il sera impossible de sauver un licenciement mal motivé.

Accord transactionnel : le salarié renonce à exercer ses droits en justice.

1. **Procédure de licenciement pour motif économique :**

Il existe des constantes :

* Obligation de reclassement : le licenciement économique ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation/adaptation ont été réalisés : ne peut intervenir que si le reclassement est impossible. Emploi proposé doit être sur même qualification professionnelle, avec même rémunération et à défaut, dans une catégorie inférieure si accord du salarié. Le salarié pourra proposer le reclassement dans le cadre de l’entreprise mais également dans les autres entreprises du groupe auquel elle appartient. Dans ce cas, doit être démontré que la permutation de tout ou partie du personnel est envisageable
* Ordre des licenciements : l’employeur arrête des critères pour délimiter l’ordre des licenciements : selon charges de familles, ancienneté, qualités professionnelles : pondération des critères : il vaut mieux être âgé, avoir de l’ancienneté et des charges de famille.
* PSE : dans les entreprises d’au moins 50 salariés, pourvu ou non d’IRP : PSE dès lors que le projet de licenciement porte sur 10 salariés ou plus sur une même période de 30 jours : disposition pour réduire les licenciements ou améliorer le reclassement éventuel des salariés ne pouvant être conservés. Un bon PSE contient des indemnités de licenciement dont le montant sera supérieur aux indemnités légales et conventionnelles 🡪 indemnités supra-légales

3 motifs de licenciement économique : licenciement individuel, petit licenciement collectif (de 2 à 9 salariés sur 30j) et le grand licenciement collectif (au moins 10 salariés sur 30j).

1. **Contestation et sanction en matière de licenciement**
2. **Licenciement pour motif personnel**

Liste licenciement pour motif personnel

* Licenciement irrégulier : lorsque le prononcé du licenciement est entaché d’irrégularité de procédure, de forme
* Licenciement sans cause réelle et sérieuse : entaché d’irrégularité de fond
* Licenciement nul : conduit à la violation d’un droit du salarié 🡪 censé n’avoir jamais exister donc remise en l’état antérieur : remise dans l’ancienne situation et paiement des salaires pendant le licenciement
* Licenciement abusif ou vexatoire : recours à des procédés vexatoires : circonstance qui entoure le licenciement qui permettent de dire que le licenciement est abusif. Tout licenciement injustifié n’est pas abusif : peut avoir cause réelle et sérieuse mais être abusif.

1. **Le licenciement pour motif économique : contestation et sanction**

Contrôle du licenciement vérifié par le CPH qui reste compétent pour l’examen du motif. Examen du contentieux PSE et des procédures de PSE par la JA. Depuis loi sécurisation de l’emploi, basculement vers JA : contentieux PSE et CPH conserve compétence résiduelle sur le motif économique.

Les sanctions sont identiques : irréguliers, sans cause réelle et sérieuse, nul. Lorsque le PSE est annulé, les mesures contenues par le PSE, les licenciements sont annulés.

**Chapitre 2 : les autres modes de rupture du contrat de travail**

1. **La rupture du CDD**
2. **Echéance du terme**

Contrat rompu de plein droit lorsqu’il arrive à son terme : le législateur a souhaité compenser les inconvénients de la précarité de ce type de contrat en prévoyant l’indemnité de fin de contrat : 10% de la rémunération totales brute, peut être réduit à 6% si accord d’entreprise offrant des contreparties en matière de formation professionnelle : le législateur a réduit progressivement le champ d’application de l’indemnité de fin de contrat. Par ex, en cas de rupture anticipée du contrat par initiative du salarié, en cas de faute, cfm, le salarié se voit privé du versement de l’indemnité de fin de contrat (indemnité de précarité). Pour intérim, doit aller au bout de sa mission et que l’entreprise de TT ne lui propose pas une nouvelle mission.

1. **Rupture avant terme**

Rupture anticipée :

* Faute grave du salarié
* Force majeure
* Accord des parties
* Recrutement du salarié en CDI
* Inaptitude médicalement constatée (…)

1. **Rupture du CDI**

Rupture en dehors du licenciement :

1. **La rupture unilatérale**

La démission 🡪 rupture du contrat de travail à l’initiative du salarié : pour la CK, il y a des missions lorsqu’il y a manifestation d’une volonté libre, claire, sérieuse et non équivoque de rompre le contrat.

* Libre : rupture doit émaner du salarié et doit être la conséquence d’une décision prise sans intervention de l’employeur : si l’employeur intervient dans la rupture pour une raison quelconque, on ne peut retenir la notion de démission. Ex :
  + Le salarié fait l’objet de pression, manœuvres étant une guerre psychologique menée par l’employeur de nature à contraindre le salarié à démissionner : mesures vexatoires, placardisation avec retrait de tâche en maintenant sa qualification 🡪 démission provoquée
  + Lorsque l’employeur contrait le salarié à démissionner en ne respectant pas lui-même les conditions essentielles du contrat : salarié décide de quitter son poste et son entreprise à la suite du non-paiement de son salaire ou de ses heures supplémentaires 🡪 ne s’appelle pas démission mais prise d’acte aux torts exclusifs de l’employeur
* Non équivoque : il convient de vérifier si le comportement du salarié ne laisse planer aucun doute sur ses intentions de rompre le contrat : si plus de nouvelles du salarié depuis plusieurs semaines même avec lettre de rappel : démission implicite ? Non, est abandon de poste qui est une faute : sur le terrain disciplinaire.

Décision dans un mouvement d’humeur : sous colère, démission pas toujours sérieuse. Limites par jurisprudence et contrat de travail : clause de dédit formation : vocation à restreindre la liberté de démissionner

Si démission et ne retrouve pas d’emploi, n’a pas le droit aux allocations chômage

Il se peut que certaines situations permettent au salarié démissionnaire de bénéficier des mêmes droits : Ex : Mutation du conjoint

La prise d’acte de la rupture : 2 hypothèses :

* Prise d’acte de la rupture par l’employeur : s’il est constaté des manquements suffisamment graves du salarié, l’employeur pourrait prendre acte de la rupture ? Non, sera forcément un licenciement
* Prise d’acte par le salarié aux torts exclusifs de l’employeur : CK depuis mars 2014 : établir des manquements suffisamment graves pour empêcher la poursuite de la relations de travail : soit la prise d’acte repose sur des griefs établis et justifié, produit les effets d’un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou dans le cas contraire, ne repose pas sur griefs établis et produit les effets d’une démission.

Autre mode de rupture unilatéral : cfm,

1. **L’accord des parties :**

RCH : rupture conventionnelle homologuée : forme particulière de rupture négociée : mode de rupture autonome distinct du licenciement et de la démission. Question des ruptures amiables en dehors du champ des RCH (art R.1237-11).

Après une évolution chaotique de la jurisprudence des juridictions du fond, il est admis que la rupture conventionnelle homologuée est la rupture négociée de droit commun. Le champs d’une éventuelle résiliation amiable est réduit à sa portion congrue : une seule hypothèse : en juin 2016 : la rupture amiable issue du CC demeure d’actualité : convention tripartite de transfert dans les mutations intragroupe. Rupture amiable issue du CC suffit.

RCH ne concerne que le CDI : pour le salarié ordinaire comme protégé.

Déroulement de la RCH : entretiens (2 ou 3) : se mettre d’accord sur le principe de la rupture, puis questions indemnitaires et parfois 3ème entretien pour les clauses et obligations accessoires. A compter de la date de signature de la RCH, chaque partie a 15j pour exercer son droit de rétractation. A l’issue du délai de rétractation, c’est la partie la plus diligente qui adresse la demande d’homologation à l’autorité administrative. La validité de la convention est subordonnée à homologation. L’autorité administrative a 15j pour s’assurer que les conditions de la rupture sont bien respectées. Nécessite une liberté de consentement du salarié. L’indemnité ne peut être inférieure à l’indemnité légale ou conventionnelle au licenciement

1. **La rupture judiciaire**

* A la demande de l’employeur 🡪 pas de résiliation du contrat du salarié ordinaire : l’employeur se situe-t-il dans les hypothèses légales de résiliation judiciaire autorisé par la jurisprudence ? Résiliation du contrat d’apprentissage. Pas important
* A la demande du salarié 🡪 Simple 🡪 lorsque l’employeur ne respecte pas ses obligations contractuelles (manque à ses obligations et rend impossible la poursuite du contrat de travail) : action en résiliation judiciaire possible aux torts de l’employeur : tant que le juge ne s’est pas prononcé, les relations de travail se poursuivent dans l’attente de la décision du juge : réaction souvent de la part de l’employeur par le licenciement. Une demande de résiliation rend alors sans objet la poursuite de la relation de travail puisque mène à licenciement du salarié. L’appréciation du bien-fondé du licenciement implique la prise en compte par le juge des griefs invoqués dans la demande de résiliation.

Autre hypothèses : action judiciaire et situation insoutenable dans l’entreprise donc prend acte de la rupture aux torts exclusifs de l’employeur 🡪 contrat de travail reconnu immédiatement rompu.

Si demande de résolution justifiée, produit les effets d’un licenciement sans cause réelle et sérieuse, soit la relation contractuelle se poursuite. Résolution par le salarié souvent une fois qu’il a quitté l’entreprise

Demande de résiliation quand a quitté l’entreprise : incertitude.