**Droit Social**

Elodie Cohen-Morvan : [elodie.cohen-morvan@numericable.fr](mailto:elodie.cohen-morvan@numericable.fr)

Examen : 4 q° de cours OU cas pratique/commentaire d’arrêt.

Cette année 🡺 Relations individuelles.

**Introduction.**

**Chapitre 1 : Déf° et domaine du travail.**

Discipline qui a le **travail** comme **objet**. Elle va réglementer des activités de nature professionnelle MAIS ne concerne pas toutes les activités pro 🡪 Plus restreint = il s’agit du **travail des salariés** accompli dans un **rapport d’inégalité** ⬄ Travail subordonné = Le salarié travaille pour l’employeur, il travaille pour le compte d’autrui. DONC, par ex on ne va pas étudier le travail réalisé par des artisans, des commerçants, des professionnels libéraux CAR ces derniers = Travaux non-salariés. Ces derniers travaillent pour eux et pas pour quelqu’un d’autre.

Droit du travail = Ne concerne que le travailleur juridiquement dépendant = **Subordination juridique** qui va caractériser le droit du travail. Il y a donc un lien de subordination qui existe.

Déf° donnée par la CC° du lien de subordination : Le salarié exécute un travail sous l’**autorité** de son employeur qui lui donne des ordres et des directives, contrôle l’exécution du travail et sanctionne en cas de manquement dans l’exécution du travail.

**Chapitre 2 : Les caractéristiques du droit du travail.**

Le droit du travail s’est construit = C’est une longue histoire. C’est de + en + un droit collectif + *Ne devient-il pas un droit inadapté ?*

**Section 1 : Un droit historiquement progressiste et protecteur.**

Dans la **relation**, c’est **inégal** CAR dans l’esprit des juges, l’employeur a tout le pouvoir économique et le salarié ne l’a pas ⬄ **Situation inférieure**. Cette inégalité va être contre-établie par le droit 🡪 Il faut rétablir l’équilibre pour protéger le salarié. Pendant très longtemps, le droit du travail a été progressiste = Construction qui va faire que son évolution va vers le progrès social 🡪 Idée = viser à la protection des intérêts des salariés.

Années 70 : Crise 🡪 Nécessité d’une plus grande flexibilité. Dans certains domaines, il fallait prévaloir l’économie sur le social. Idée = Droit du travail qui n’est + que la protection du salarié mais c’est aussi confronter les contraintes des entreprises aux intérêts des salariés.

**Section 2 : Un droit à dominante collective.**

Au départ, c’est l’aspect individuel des relations du travail qui retenait l’attention du législateur. Puis, progressivement à ces rapports individuels vont se substituer des **rapports collectifs** et notamment le développement de la **négociation collective** (Accords concluent avec des délégués syndicaux) ainsi que du **droit de la représentation du personnel** = Présence des délégués du personnel, présence de délégués syndicaux, …etc. On va noter une **collectivisation des rapports individuels du travail** ⬄ Les rapports entre employeur et salariés vont être de moins en moins déterminés par le contrat de travail MAIS de + en + par l’accord collectif, les conventions collectives.

**Section 3 : *Un droit inadapté ?***

Il a du mal à répondre de + en + aux mutations naissantes et à venir de la société.

Le droit du travail repose sur un **principe hiérarchique** 🡺 Autorité de l’employeur sur le salarié DONC ne serait + adapté aux exigences du secteur quaternaire (nouveaux secteurs de l’économie, nouvelles technologies) CAR secteur basé sur la distance, la communication. Sanction disciplinaire, lieu de travail, …etc 🡪 Difficile à mettre en œuvre.

De plus, les salariés font de moins en moins leur carrière dans la même entreprise et sur le même poste de travail. La vie professionnelle est faite de beaucoup plus de **ruptures professionnelles et géographiques** = Carrières professionnelles qui ne sont plus les mêmes. Ex : CDI parfois inadapté à l’évolution de carrière des salariés.

**Droit du travail** qui n’a **pas** encore fait sa **révolution** tant dans la **JP** que dans la **Loi** CAR résonne pour l’essentiel dans la norme salariale. La permanence des relations salariales n’est plus d’actualité. En effet, il y a de + en + de CDD, des contrats à temps partiel. Or, il y a des résistances inévitables qui font que le droit du travail n’a pas bougé. La cristallisation = nouvelles façon de travailler.

**Chapitre 3 : La spécificité du droit du travail.**

Un bon travailliste est un bon civiliste. Droit du travail qui est très imprégné du **droit civil** = Il y a du droit civil dans le droit du travail.

**Spécificité** qui se manifeste dans 2 domaines :

* Les sources du droit du travail.
* Les organes.

**Section 1 : La spécificité des règles - Les sources du droit du travail.**

1. **Sources internes du droit du travail.**

Droit du travail qui s’est développé au niveau national & la plupart des règles trouvent leur origine dans un particularisme national, culturel et historique. Droit du travail qui est extrêmement spécifique. Progressivement, phénomène d’internationalisation qui s’est produit, complété par une R° européenne sans cesse + importante.

Il y a des sources communes à toutes les matières juridiques : Les règles de valeur constitutionnelle, la Loi, les R. Mais il y en a des spécifiques : Conventions collectives, les accords d’entreprises, les règlements d’intérieurs, les usages d’entreprises.

1. **Sources classiques.**

* *Les règles de valeurs constitutionnelles :* 
  + Les textes constitutionnels : Se trouvent pour l’essentiel dans le préambule de la C° de 46 auxquels renvoie la C° de 58 = **Bloc de constitutionnalité**. Préambule qui précise un certain nombre de droits sociaux fondamentaux particulièrement nécessaires à notre temps. Ex : Le droit au travail ; le droit de grève ; le principe de non-discrimination ; la liberté syndicale ; le droit à négociation collective ; le droit de participer à la gestion de l’entreprise. Il est de la Compétence et du devoir du CC de vérifier que les lois sont conformes à ces différents principes constitutionnels. CC qui va chercher à concilier ces droits sociaux avec d’autres libertés de valeurs identiques mais d’inspiration différente, notamment extraites de la DDHC. Ex : Le droit de propriété, la liberté du travail, la liberté d’entreprendre, la liberté de croyance.
  + Les principes fondamentaux du droit du travail : Que l’on retrouve notamment dans la DDHC de 1789 et dans la JP du CC. Le CC a parfois fait œuvre de création alors que le principe n’était pas inscrit dans la déclaration. Ex : Le droit pour le chef d’entreprise de choisir ses collaborateurs.
* *Les lois et les R* : Aux termes de l’article 34 de la C°, le législateur a reçu compétence afin de fixer les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale. Les autres matières ressortissant du droit du travail relèvent quand à elles de la compétence du pouvoir réglementaire. Pb : Ligne de démarcation (pouvoir du législateur/ pouvoir réglementaire) qui n’est pas toujours respectée. Législateur qui tend à empiéter sur le pouvoir règlementaire⬄ On a donc des lois de + en + longues et qui vont au-delà des principes fondamentaux.

Le **1er mai 2008** : Refonte du droit du travail suite à un travail de recodification. Implique une nouvelle numérotation. Idée : Rendre le code plus clair. Les parties ont été entièrement revues, certaines supprimées. AJD 🡪 8 parties : Relations individuelles, relations collectives, la durée du travail (intéressement/participation), la santé et la sécurité, l’emploi, la formation professionnelle, dispositions particulières pour certains salariés et le contrôle de l’application de la législation du travail.

1. **Les sources coutumières et unilatérales d’origine professionnelle (usages et règlements intérieurs).**
2. **Les usages d’entreprise.**

Ils sont la conséquence d’une décision unilatérale de l’employeur qui devient **coutume** ⬄ L’employeur prend une décision tout seul et, à partir du moment où elle va avoir **certains caractères**, elle va être **source de droit**.

Conditions pour que la décision devienne une source de droit, un usage :

* **La constance** : La mesure va s’appliquer plusieurs fois de suite sans interruption. Si l’employeur prend une mesure et ne le fait qu’une fois, ce ne sera pas un usage.
* **La généralité**: Il faut que ça concerne, ou l’ensemble des salariés, ou une catégorie de salariés identifiables.
* **La fixité**: On peut identifier les conditions de détermination de l’avantage. Ex : Je verse une prime, chaque mois je la verse MAIS son montant va varier = Aléatoire DONC ce n’est pas un usage.

Si pratique qualifiée d’**usage** 🡪 Va devenir un **élément du statut des salariés** et va être **opposable à l’employeur**. **L’usage doit conférer un avantage financier**. Il est précaire CAR l’employeur pourra toujours le dénoncer MAIS il y aura une procédure à respecter.   
Procédure :

* Doit consulter les institutions représentatives du personnel (IRP).
* Information individuelle écrite de chaque salarié.
* Respect d’un délai de prévenance.

Quand l’accord d’entreprise est conclu avec un délégué syndical qui a le même objet que l’usage, ce dernier met fin à l’usage.

1. **Le règlement intérieur de l’entreprise.**

La **loi du 4 août 1982** relative aux libertés des travailleurs dans l’entreprise fait O° à l’employeur d’élaborer un règlement intérieur et ce à partir du moment où l’entreprise ou ses établissements occupe au moins 20 salariés. Sinon, ce n’est pas obligatoire.

Le règlement intérieur est un **acte unilatéral** = Seul l’employeur l’établi. Il n’est donc pas négocié collectivement, ni individuellement. Le salarié n’a pas à donner son avis sur le règlement intérieur. Le salarié doit s’y soumettre.

1. *Son contenu.*

Le règlement intérieur comprend des domaines bien précis. La loi délimite les matières devant faire exclusivement l’objet du règlement intérieur :

* *Tout ce qui concerne les mesures d’application de la réglementation en matière d’hygiène et de sécurité :* Le règlement doit notamment spécifier les conditions d’utilisation des équipements de travail et de protection individuelle. Ex : Le règlement va parfois dire que pour aller travailler sur le toit d’un bâtiment, le salarié doit porter un casque et un harnais de sécurité. Règles qui permettront à l’employeur de montrer que ce dernier à fixer des règles de sécurité.

De plus, l’interdiction de fumer doit impérativement être visée dans le règlement intérieur ET cette dernière dépasse en réalité le domaine du règlement intérieur.

L’enjeu a été outre la cigarette 🡪 L’utilisation de boisson alcoolisée. *Une clause du règlement peut-elle interdire complètement l’usage de boissons alcoolisées au sein de l’entreprise ?* **CE 12/11/2012** : A énoncé que lorsque des impératifs de sécurité le justifient, l’employeur peut insérer dans le règlement intérieur des dispositions qui limitent l’utilisation de boissons alcoolisées de manière plus stricte que l’interdiction légale MAIS que de telles dispositions doivent être **proportionnées au but de sécurité recherchée**. *Art R 4248-20 du code du Travail* : SAUF vin, bière et l’alcool de poiré. DONC *un règlement peut-il l’interdire complètement alors que la Loi le tolère pour 3 types d’alcool*? La CAA a dit qu’une telle interdiction absolue n’était pas possible. Le CE a dit que si l’employeur pouvait justifier une telle interdiction il pourra imposer une telle clause d’interdiction CAD si impératifs de sécurité. Ex : Entreprises qui ont des impératifs de sécurité dus à leur activité telles que les usines à feu, usines nucléaire, ...etc. En revanche, si l’employeur ne justifie pas de tels impératifs de sécurité, il ne pourra pas imposer une telle clause ⬄ La mesure doit être proportionnée au but recherché.

* *Tout ce qui concerne les règles générales et permanentes relatives à la discipline = Règles de bonne conduite, de discipline*: Il faut prévoir la nature et l’échelle des sanctions disciplinaires ainsi que les règles relatives au droit de la défense des salariés dans l’exercice du droit disciplinaire.

Le règlement intérieur doit viser les dispositions du code du Travail qui interdissent le harcèlement sexuel et moral au sein de l’entreprise. La **loi Travail du 8 août 2016** a ajouté que le règlement intérieur doit à présent comporter en plus des dispositions relatives à l’interdiction des agissements sexistes au sein de l’entreprise. Déf° des agissements sexistes = Agissements liés au sexe d’une personne ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité ou ayant pour effet de créer un environnement dégradant ou humiliant.

Q° sur le fait que le contrat de travail va se référer à des dispositions du règlement intérieur qui peuvent prévoir certains avantages pécuniaires. *Est-ce que cela va* ***contractualiser le contrat****?* *Cela va-t-il devenir un avantage contractuel ?* 🡺 Ne contractualise pas le contrat = **Le règlement intérieur reste un acte unilatéral de l’employeur** ⬄ L’employeur peut y renoncer.

Quand l’employeur va fixer le contenu du règlement intérieur, il va devoir **respecter un certains nombre de matières autorisées** + va devoir **respecter un certain nombre de principes** ⬄ A propos de son pouvoir règlementaire, la Loi a fixé des limites. 3 principes à respecter :

* *La hiérarchie des normes* = L’employeur ne pourra pas insérer des clauses contraires aux normes supérieures SAUF si elles sont + favorables au salarié.
* *Le principe de non-discrimination*.
* *Le principe de proportionnalité* = L’employeur ne doit pas apporter aux droits et libertés individuelles ou collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature des taches à effectuer ni proportionnées au but recherché CAD que si l’employeur impose une restriction = Atteinte à la vie privée DONC impératifs qui doivent être justifiés. Impératifs justifiés par l’employeur : Impératifs de sécurité ; impératifs économiques (contact clientèle). Ex : A propos de **la vidéosurveillance** : *Peut-on filmer un lieu de travail alors que c’est une atteinte à certaines libertés des salariés ?* Il faut que cela soit justifié et qu’il y ait un intérêt légitime. OK si par exemple : Risque de vol de marchandise.

Ex : A propos des **courriers électroniques**. Secret de correspondance des emails : Quand emails qualifiés de personnels, employeur pas autorisé à les ouvrir SAUF si motifs légitimes. Globalement, la JP s’est progressivement construite. Arrêt phare : **NIKON, 2001** : Quand fichier qualifié de personnel, l’employeur ne saurait ouvrir le dossier personnel sans l’accord du salarié. Depuis, la JP a évolué : Elle va naturellement considérer, hormis le cas où le dossier est qualifié de personnel, que le dossier est obtenu grâce à l’outil personnel produit par l’employeur. Ainsi, elle va considérer que le fichier est professionnel et que donc l’employeur n’a pas à obtenir l’accord et la présence du salarié pour l’ouvrir.

Les SMS envoyés aux moyens du téléphone professionnel mis à la disposition par l’employeur aura un caractère professionnel. De même, l’email non qualifié de personnel qui émane de la messagerie professionnel du salarié est également qualifié de professionnel : **Arrêt du 15/12/2010**.

Arrêt récent venant apporter une nuance : **Arrêt du 26 janvier 2016** : Si l’email provient de la messagerie personnelle du salarié, ce dernier est qualifié de personnel, l’employeur ne peut donc pas l’ouvrir sans la présence du salarié et ce bien qu’il utilise un outil professionnel.

Ex : **Alcootest**. L’employeur va pouvoir intégrer dans le règlement intérieur la possibilité d’utiliser l’alcootest sur un salarié.

JP très évolutive concernant l’alcootest. AJD, elle admet que le règlement intérieur puisse permettre sur le lieu de travail d’établir l’Etat d’ébriété du salarié et donc d’établir une faute à l’encontre de ce dernier MAIS deux conditions :

* Doit permettre des garanties au salarié:
  + Un témoin doit être présent au moment de l’alcootest
  + Le salarié doit être en mesure de demander une contre-expertise.
* Possible que si cela est justifié :
  + Si la nature du travail du salarié le justifie.
  + Si l’Etat d’ébriété est susceptible d’exposer des personnes ou des biens à un danger).

Tests salivaires peuvent être pratiqués MAIS selon le CE, cela doit être pratiqué par un médecin = Compliqué.

1. *La procédure d’élaboration du règlement intérieur.*

Procédure d’élaboration du règlement intérieur : Si procédure pas respecter, ne pourra pas être soumis au salarié :

* 1ère étape : *La consultation* = Préalablement, l’employeur devra consulter les IRP ⬄ Devra recueillir l’avis du comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) PUIS soumettre l’avis au comité d’entreprise ET, s’il n’y en a pas, devra le soumettre aux délégués du personnel (DP).

🡺 Simple avis. Si l’employeur ne respecte pas cette procédure de consultation du Comité d’entreprise et du CHSCT, il ne pourra pas se prévaloir du règlement intérieur. **Cass soc, 9 mai 2012**: Règlement qui ne sera donc pas opposable aux salariés, c’est comme s’il n’existait pas.

* 2ème étape : *Le dépôt et affichage* : Règlement qui doit être déposé au greffe du conseil des prud’hommes & doit être affiché à une place convenable et aisément accessible dans les locaux de travail ainsi que dans les locaux et à la porte des locaux où se fait l’embauche.

Quand formalités effectuées, le règlement intérieur entre en vigueur qu’après un mois après l’accomplissement de ces deux formalités. Précision : En matière d’hygiène et de sécurité, pour tout ce qui touche à l’urgence, le règlement intérieur pourra toujours directement entrer en vigueur.

SI pas de respect de ces formalités : Cela n’est pas opposable aux salariés et le licenciement qui reposerait sur une disposition du règlement intérieur ne serait pas jugé valable : **Cass. sociale, 4 novembre 2015**. Règlement intérieur qui serait sans cause sérieuse et réelle.

* 3ème étape : *Contrôle a priori du règlement intérieur de l’inspection du travail*. L’employeur va devoir adresser le règlement intérieur à l’inspecteur du travail qui va exercer un contrôle direct et pertinent sur le contenu du règlement : Il en vérifie le contenu dans le cadre d’un contrôle de légalité. Légalité externe où l’inspecteur du travail vérifie la régularité de la procédure d’élaboration et la légalité interne où il va apprécier le contenu de la norme juridique. Quand il va vérifier cela, l’inspecteur du travail pourra demander à l’employeur qu’il retire ou modifie une clause qui serait contraire à l’ordre public, aux normes supérieures. Il n’y a pas de délai : Il peut donc le contrôler à tout moment.

Dernière source particulière : **Les engagements unilatéraux de l’employeur** = Engagements pris par l’employeur à l’égard des salariés sans que soit respecter le droit de la négociation collective CAD que l’employeur va s’engager de manière informelle.

Ex : Il va s’engager au cours d’une réunion du comité d’entreprise. Ex 2 : Dans le cadre d’une note de service.

Engagement généralement écrit MAIS ne respecte pas le formalisme de la négociation collective. A partir du moment où c’est écrit, manifestation explicite, il s’oblige donc à respecter l’engagement. Les salariés peuvent donc opposer l’engagement à l’employeur afin d’en exiger l’application. Même force que l’usage |=> Il pourra être dénoncé dans les mêmes conditions que ce dernier : Consultations des IRP, information individuelle des salariés, respect d’un délai de prévenance.

1. **Les sources négociées d’origine professionnelle.**

Les règles négociées sont la grande particularité du droit du travail = **Conventions ou accords collectifs qui sont conclus entre un et ou plusieurs syndicats représentatifs de salariés et un employeur ou un groupement d’employeur qui ont pour objet de réglementer tout ou parti des conditions d’emploi de travail et des garanties sociales d’une collectivité professionnelle**.

Cette négociation collective a été profondément modifiée par la **loi de mai 2004** : Dans certains domaines, elle faisait primer l’accord d’entreprise sur l’accord de branche. L’idée des gouvernements successifs est de donner une part croissante de la négociation collective dans la source du droit CAR, dès lors, que c’est négocié c’est beaucoup plus accepté par la communauté des travailleurs. Loi qui parachève la collectivisation des rapports de travail. Le développement de cette négociation collective va faire que pour déterminer le statut applicable à un salarié il ne suffira pas de connaitre les lois et les règlements MAIS il faudra également déterminer les normes collectives. Le contrat de travail renvoie souvent aux négociations collectives.

Dans cette loi du 4 mai 2004 : Engagement du gouvernement de renvoyer systématiquement à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail.

L’engagement a force contraignante depuis la loi du 31 janvier 2007.

La **Loi travail de 2016** consacre la négociation collective au niveau de l’entreprise qui occupera à présent une place centrale. Elle confie à une commission d’experts pendant deux ans la réécriture du code du travail ayant pour fil conducteur la primauté de l’**accord d’entreprise** (Se conclue au sein de l’entreprise) sur l’**accord de branche**. (Se conclue au niveau d’une branche d’activité). Ces experts devront, pour chaque subdivision législative du code, déterminer 3 domaines :

* Telle matière relève de l’ordre public : On ne peut pas y déroger de manière absolue ;
* On pourra décider que la disposition législative est ouverte à la négociation collective ;
* On pourra décider qu’il s’agit de dispositions supplétives (S’appliquent faute d’accord collectif).

La loi travail : En matière de durée du travail, il y a primauté de l’accord d’entreprise sur l’accord de branche.

*Pourquoi favoriser l’accord d’entreprise ?*

* Idée que chaque entreprise a son organisation ET la négociation collective offre une plus grande souplesse, va s’adapter à l’entreprise, à ses besoins, au plus près du lieu de travail.
* Idée que PRAu contrat de travail, la négociation collective est beaucoup plus égalitaire, elle s’applique à tous les salariés, alors que le contrat de travail : Avantages individuels. La négociation collective permet de rééquilibrer la situation respective de l’employeur et du salarié.

En période de crise, la négociation joue fréquemment un rôle d’adaptation des acquis légaux conventionnels, l’avantage égalitaire va souvent reculer sous la pression économique ET donc des décisions draconiennes vont être prises dans l’idée de sauver l’entreprise, dans son intérêt. On parle non plus d’une négociation d’acquisition mais d’une **négociation de concession**. Négociation collective qui, en temps de crise, peut aussi être un danger.

1. **Les différents niveaux de négociation.**

3 niveaux :

* **Niveau national interprofessionnel :**

Généralement, ils s‘agit de sujets assez larges mais déterminés avec précision. Les accords nationaux interprofessionnels sont susceptibles d’extension et d’élargissement. Le gouvernement va décider de son extension ou de son élargissement par arrêté ministériel. Dès lors qu’ils sont étendus ou élargis, ils deviennent alors d’appl° générale, obligatoire.

Ce type de négociation a un rôle particulier CAR, préalablement, il y aura une concertation entre l’Etat et les partenaires sociaux quant aux grands objectifs de la politique sociale. CAD que l’accord collectif national interprofessionnel fraye un chemin de la Loi ou la complète. D’où une articulation de la réglementation étatique et de la convention. Idée : Accord interprofessionnel qui doit être négocié préalablement et va être amené à la Loi.

* **Le niveau de branche :**

La convention de branche va s’appliquer à toutes les entreprises du secteur d’activité. Les entreprises font parti d’un même secteur d’activité. Il y a une O° de mentionner la convention collective applicable dans le bulletin de salaire.

Concrètement, la loi travail, en dernière lecture, a renforcé le rôle des branches. En effet, le texte prévoit que chaque branche, à travers des commissions permanentes de négociations qui vont être créées par la Loi, devra définir, dans un délai de 2 ans, un socle social conventionnel applicable à tous les salariés de la branche et auxquels il ne sera pas possible d’y déroger par accord d’entreprise SAUF dans les cas où la Loi prévoit une primauté de l’accord d’entreprise. Ex : En durée du travail.

Ces branches devront effectuer un bilan annuel sur les nouveaux accords d’entreprise en matière de durée du travail, de congé, de repos, …etc ++ Recommandations. Autre objectif : Réduire le nombre de branche (actuellement : 750 branches).

* **Le niveau de l’entreprise :**

Accord qui s’applique au niveau de l’entreprise = Conclue au plus près des lieux de travail = Négociation de proximité. Parfois conclue au niveau de l’entreprise mais également de l’établissement ou au niveau du groupe. Accord d’entreprise qui fixera le domaine d’intervention.

1. **Les parties signataires.**

2 parties :

* **Patronales :** La loi précise que cette partie peut être, soit un groupement d’employeurs, soit une ou plusieurs organisations syndicales d’employeurs ou, soit un ou des employeurs pris individuellement.
* **Salariales :** Organisations syndicales des salariés. Le syndicat a un véritable monopole = **Monopole syndical** : il est conditionné : il doit être représentatif, depuis la loi de 2008, pour pouvoir signer l’accord. Parfois, il n’y a pas de présence syndicale au sein de l’entreprise : Carence syndicale. La Loi permet alors, à titre dérogatoire, que l’accord collectif pourra être conclu par un représentant élu du personnel ou un salarié mandaté par l’organisation syndicale, pour signer l’accord collectif.

1. **Les effets des accords collectifs.**

Les accords collectifs produisent un effet normatif : Article L22 54-1 du Code du travail. Ils priment sur un contrat de travail.

Effets :

* *Erga omnes* : Effets de la convention collective à l’égard de tous les salariés de l’entreprise. Même si un syndicat n’a pas signé l’accord, il s’appliquera à l’ensemble de tous les salariés. Peu importe que le salarié ne fasse pas parti d’un syndicat parti signataire. Si le champ d’appl° vise tous les salariés de l’entreprise, s’appliquera à tous les salariés de l’entreprise.
* *Effet impératif et autonomique* : S’impose aux parties au contrat de travail sans qu’ils puissent y renoncer, ni d’un commun accord = En aucun cas, un salarié ne saurait renoncer à un droit qui figure dans la convention collective.

Les clauses de contrat de travail doivent se conformer à l’accord collectif MAIS, si le contrat de travail prévoit des dispositions plus favorables aux salariés que dans la convention collective, ce dernier pourra invoquer les dispositions du contrat de travail. Suppose une comparaison automatique entre les deux types de dispositions. Il n’y a aucun formalisme requis : Dès lors que les clauses ont été conclues, elles vont s’appliquer automatiquement et vont remplacer celles du contrat de travail. Les clauses du contrat de travail vont donc ne plus être applicables. MAIS, il n’y a pas incorporation de ces dispositions dans le contrat de travail = A partir du moment où l’accord collectif (dénoncé, révisé) cesse ses effets, il ne saura s’incorporer au contrat de travail. Le contrat de travail reprend donc tous ses effets.

1. **La JP en droit du travail.**

Elle a une grande importance : JP fluctuante, il y a beaucoup de revirements. Elle va être source de droit mais une q° se pose surtout : *Comment devons-nous interpréter la règle de droit ?*

Toutes les décisions de justice ne font pas toutes JP, elles n’ont pas toutes la même valeur. En Chambre Sociale, quand un arrêt est important, elle commente l’arrêt sur son site internet.

Rien n’interdit les revirements de JP. JP qui crée parfois du droit : Il y a eu des arrêts qui sont venus anticiper la Loi. Ex : Quand elle est venue créer la notion de changement des conditions de travail et la notion de la modification d’un contrat de travail. Ex 2 : Le Code du travail dit qu’un employeur peut licencier pour un motif économique puis, il liste ces motifs en employant le terme « *notamment* ». Ce terme « *notamment*» a permis à la JP de créer de nouvelles causes économiques que le Code est ensuite venu intégrer.

Avant la loi de 2008, période d’essai créée par la JP. La Loi est seulement venue consacrer cette période d’essai.

L’usage et la définition de la grève sont des créations jurisprudentielles.

**II- Les sources internationales.**

1. **Les règles internationales stricto sensu.**

Il y a un travail fondateur de l’organisation internationale du travail (OIT) qui a été institué en 1899. Souvent, les arrêts de la cass° visent les conventions de l’OIT.

Miss° : Recommandations aux Etats (incitatives) et conclusion des conventions internationales du travail directement applicables aux Etats membres, sous réserve de ratification. Généralement 🡪 Règles générales dont la mise en œuvre effective est parfois rendue délicate.

Il y a des contrats internationaux conclus, souvent bilatéraux qui portent souvent sur la situation des travailleurs migrants. Droit = Mobilité du salarié.

1. **Les règles européennes.**

2 textes fondamentaux concernant les règles européennes :

* **La convention européenne des droits de l’Homme : 1950**.
* **La charte européenne de 1961**.

Textes fondateurs. Droit communautaire originaire qui vise à l’harmonisation a priori des législations des pays membres. Pour cela, il utilise des directives (normes obligatoires) invitant les pays à mettre leur législation en conformité avec les normes communautaires & les règlements qui sont des règles G et impersonnelles directement applicables.

1. **Les directives.**

Pas directement applicables : Pour leur mise en œuvre, il faut une transposition interne par voie législative. Ex : La grande directive, la plus connue = Directive du 10 février 1975 relative à l’égalité homme/femme ; Directive du 14 février 1977 sur le transfert des contrats de travail en cas de transfert d’entreprise ; …etc.

1. **Les règlements.**

D’appl° directe, ils font partis du patrimoine juridique des particuliers qu’ils peuvent faire valoir devant les J° nationales. Règlements qui peuvent être invoqués devant un Conseil des prud’hommes. Ex : Règlement du 16 décembre 1968 relative à la libre circulation des travailleurs au sein de la communauté européenne ; Règlement du 14 juin 1971 qui prévoit un régime social commun aux salariés de la communauté européenne.

**Article 55 de la C°** : précise que les traités ou les accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle du droit, sous réserve pour chaque accord de son appl° par l’autre partie. Consacre un principe de supériorité des traités internationaux sur les lois internes. Normalement, le respect de ce principe est assuré par les tribunaux quand ils sont amenés à trancher un litige. C’est ainsi quand les juges ont appliqué un traité international qui a primé sur une loi.

Ex : Sur le fondement de la convention EIT 158, les salariés ont attaqué la Loi en disant qu’elle portait atteinte à ce texte. Convention qui disait que tout licenciement devait être motivé et reposer sur un motif juste. Sur ce motif, employeurs condamnés.

Ex 2 : Le travail de nuit des femmes. Le Code du travail disposait que les femmes ne pouvaient en principe pas travailler de nuit. La CJCE a déclaré ce texte contraire au principe d’égalité de traitement homme/femme mis en œuvre par la directive de 1976. Directive qui disait que pour deux raisons on pouvait limiter cela : Grossesse ou maternité. La France a été condamnée en manquant à la CJCE sur le fondement de cette directive et a dû prendre une loi de transposition de 2011 (pas bon chiffre).

Normes susceptibles de s’appliquer au sein de l’entreprise. Ne peuvent pas toutes s’appliquer, il faut donc les coordonner.

**III\_ La Hiérarchie des sources.**

Hiérarchie des normes :

* Textes internationaux ;
* La C° ;
* La Loi ;
* Les R ;
* Les conventions collectives ;
* Accords d’entreprise ; (sauf dérogation, pyramide inversée en durée du travail pour les CC et AE).
* Usages et engagements unilatéraux ;
* Le règlement intérieur ;
* Le contrat de travail.

Hiérarchie qui fixe un ordre.

Articulation des sources internes nationales : 3 hypothèses :

* + Hypothèse rapport Loi/sources négociées (Convention collective ; accord d’entreprise) ;
  + Hypothèse rapport sources négociées (Convention collective ; accord d’entreprise)/Contrat de travail ;
  + Hypothèse rapports entre sources négociées (conventions collectives de branche/accord d’entreprise).

Avant la loi d’aout 2016, la loi du 4 mai 2004 avait déjà prévu qu’un accord d’entreprise pouvait déroger à la branche MAIS la branche devait autoriser l’accord dérogatoire. AJD avec la loi El Khomri, chaque branche devra définir le socle conventionnel permettant de déroger à l’accord de branche.

* Rapport entre la Loi et les accords d’entreprise/conventions collectives : **3 ordres publics :** L’ordre public absolu, l’ordre public social et l’ordre public dérogatoire :
  + **L’ordre public absolu** : La Loi présente un caractère impératif et d’appl° G. = La loi, en vertu de la Hiérarchie des normes, va s’imposer aux normes qui lui sont inférieures. CPDT, l’article 22 51-1 dispose que la convention collective ou l’accord d’entreprise peuvent déroger à la Loi si elles comportent des dispositions plus favorables pour le salarié = **Le principe de faveur**. La Loi ajoute que ces dispositions ne peuvent déroger aux dispositions publiques de ces lois et règlements = Règles qui relèvent de l’ordre public absolu.

Ex : La Loi instaure le droit de grève DONC on ne peut pas y déroger.

Ex 2 : Interdiction d’indexer les salaires.

Ex 3 : La prohibition des engagements perpétuels. La loi el Khomri ne remet pas en cause l’ordre public absolu.

* + **L’ordre public social**: Parfois, les règles légales ou réglementaires vont être des règles d’ordre public MAIS relatives CAD qu’on va pouvoir y déroger à condition que la dérogation se fasse dans un sens plus favorable aux salariés = Doivent leur garantir des avantages = Principe de faveur 🡪 Et ce pour empêcher les régressions sociales.
  + **L’ordre public dérogatoire**: Ordre public particulier = Supplétif à l’expression des parties = Ordre public dérogatoire qui permet, dans certains domaines limitées, notamment la durée du travail, la conclusion d’accords dérogatoires aux lois et règlements, autrement dit, des accords qui vont parfois être des dispositions qui ne vont pas être nécessairement plus favorables aux salariés. La loi du 4 mai 2004 avait vraiment consacré cet ordre, elle avait même ouvert des domaines. Elle avait définie les domaines qui vont permettre de déroger à la Loi avec les accords d’entreprises ou de branche) :
    - Tout ce qui concerne les contrats précaires. Ex : Indemnité de précarité versée à un salarié à l’issu de son CDD ; on pourra dire que c’est de 6% et non de 10%. Ex 2 : période d’essai.
    - Le temps de travail (Grand domaine ajouté). La loi de 2016 permet la possibilité de déroger à la Loi même dans un sens défavorable en l’élargissant à tout ce qui touche à la durée du travail et aux congés.
* Rapport convention collective et accords d’entreprise/ contrat de travail :

Principe de faveur = Pour l’articulation entre ces deux sources, on doit appliquer ce principe. = Si le contrat de travail prévoit des dispositions plus favorables que la convention collective ou l’accord d’entreprise, c’est le contrat de travail qui s’appliquera. C’est l’ordre social qui s’applique.

**Principe de non incorporation** : Substitutions des normes collectives MAIS pas d’incorporation au contrat de travail.

Ex : Indemnité de licenciement : Le code du travail donne le montant d’une indemnité en fonction du Code. MAIS, l’employeur doit aller voir dans la convention collective si le montant n’est pas supérieur.

* Rapport entre les sources négociées : Rapports entre l’accord d’entreprise et la convention de branche. Loi du 4 mai 2004 qui a modifié cela. Avant cette loi 🡺 Principe de faveur. Idée = Emanciper l’accord d’entreprise, permettre qu’il déroge en toute hypothèse (mm si conditions) à l’accord de branche.

Conditions de l’émancipation de l’accord d’entreprise :

* + **La loi de 2004** : Idée : Situer les accords de branche dans une logique de supplétivité PRAux accords d’entreprise. Article 22 53-3 : Dispose que la convention collective ou l’accord d’entreprise peut comporter des dispositions dérogeant en tout ou partie à celles qui lui sont applicables en vertu d’une convention collective ou d’un accord de branche couvrant un champ territorial professionnel plus large SAUF si cette conv° ou accord en disposent autrement = La loi généralise la concurrence entre les niveaux de négociations SAUF si volonté contraire exprimée au plus haut niveau = L’accord d’entreprise peut contenir des dispositions moins favorables aux salariés, ET, au niveaux de l’entreprise, on peut négocier de façon autonome, et cela, même sur des sujets sur lesquels la branche prévoit déjà des règles. Condition : L’accord de branche ne doit pas en disposer autrement : Elle doit l’autoriser + Ne doit concerner que des matières autorisées : Les salaires minima, les classifications, les garanties collectives en matière de prévoyance et tout ce qui concerne la mutualisation des fonds recueillis au titre de la formation professionnelle.
  + **La loi travail de 2016**: Elle a créé de nouveaux domaines réservés : L’égalité professionnelle entre homme et femme, la pénibilité. En plus de ces domaines, la loi donne à la branche un délai de deux ans en plus de ces domaines, les domaines qu’elles estiment que l’accord d’entreprise ne pourra pas déroger. Accord d’entreprise qui pourra d’hors et déjà primer sur la convention collectives = Durée du travail & congés. La loi travail vient préciser une autre chose : Domaines dans lesquels la branche continuera à primer : Tout ce qui concerne la durée minimale du temps partiel.

**Section 2 : La spécificité des organes de contrôle.**

X2 : Le contrôle judiciaire et le contrôle administratif.

1. **Le contrôle judiciaire.**

Plusieurs J° sont susceptibles d’être saisies pour connaitre de l’appl° des règles du droit du T :

* La J° de droit commun : Le Conseil des prud’hommes.
* Puis, les J° non spécialisées en droit du T : TGI, tribunal correctionnel.

1. **Le Conseil des prud’hommes.**
2. **Sa compétence.**

Il est exclusivement compétent pour connaitre des **différends à caractère individuel du travail** = Pouvant s’élever entre un employeur et un salarié à l’occasion de la formation, de l’exécution et de la rupture du contrat de travail = Compétence naturelle du Conseil des Prud’hommes.

A contrario, un litige de nature collective ne concernera pas le Conseil des Prud’hommes. Ex : Une grève.

1. **Sa composition.**

La grande caractéristique = J° paritaire et élective :

* *J°paritaire* : Le Conseil des Prud’hommes est composé en nombre égal de juges, à la fois représentant employeur et à la fois représentant salarié : Il y a 4 conseillers prud’homaux, 2 représentants employeur, 2 représentants salarié. Ce ne sont pas des juges professionnels, pas des magistrats MAIS des personnes de la vie civile ayant une activité professionnelle et qui, en plus, vont venir siéger aux audiences du CDP. Pas de connaissance très approfondie du droit du travail = Rend un peu compliquée la pratique.
* *J° élective* : A partir de 2017, ils ne seront plus élus. AJD, élus au suffrage direct par l’ensemble des employeurs et l’ensemble des salariés, leur mandat est de 5 ans. Election qui remportait peu de succès. Peu d’efficacité + Coût important |=> De le remplacer par une désignation, **ordonnance du 31 mars 2016** qui met en place les modalités des conseillers des Prud’hommes : Ils seront désignés par les organisations syndicales représentatives employé et salarié en f° de leur audience. Désignés pendant 4 ans. Ordonnance qui instaure une parité homme/femme au niveau des élections : Il faudra que les syndicats qui désignent les conseillers prud’homaux s’assurent de la parité homme/femme et d’une parfaite égalité. S’appliquera aussi au sein de l’entreprise.

Il y a 5 sections, en f° de l’activité de l’entreprise : La section industrie, la section commerce, la section agriculture, la section activités diverses et la section encadrement.

1. **La procédure devant cette J°.**

*Qui peut le saisir ?* Un salarié OU, dans certains cas, un syndicat qui va exercer l’action personnelle du salarié, l’employeur (assez rare).

*La saisine du CDP ?* On reste dans une saisine qui a peu de formalisme : Saisine par lettre recommandée avec accusé de réception OU par simple déclaration au greffe. Le CDP convoque ensuite les parties.

Le CDP compétent est celui de l’établissement où travaille le salarié. Si ce dernier ne travaille pas dans un établissement (Ex : Itinérant), le salarié pourra assigner le CDP de son domicile ou celui-ci du lieu de son engagement ou enfin le siège de son entreprise.

Procédure : 2 phases :

* *Phase de conciliation préalable et obligatoire* : Parties entendues devant le bureau des conciliations. CDP qui va voir si un accord entre les parties est possible. Si conciliation qui peut se faire, il y a un PV de conciliation qui sera établie et l’affaire s’arrêtera donc.
* Si aucune conciliation possible, l’affaire est renvoyée devant les *bureaux de jugement*. 4 conseilleurs prud’homaux, parties qui développent leurs moyens de fait et de droit et le CDP tranchera leur différend.

Conciliation qui fonctionne mal : 16% des dossiers aboutissent en conciliation.

Parfois, décision qui n’arrive pas à se faire CAR employeurs et salariés qui n’arrivent pas à se mettre d’accord : Affaire mise en départage et affaire rejugée devant un juge départiteur (juge pro) qui réétudie le dossier et rendra sa décision.

Les décisions du CDP sont rendues en dernier ressort quand l’enjeu du litige est inférieur à 4 000€ DONC ils ne peuvent pas faire appel MAIS seulement un PEC°. A contrario, quand l’enjeu du litige excède de 4 000€, appel du jugement possible, affaire examinée par la CA : Magistrats (juges pro).

1. **Les J° non spécialisées en droit du travail.**

* **Le TI**.

Il a une compétence exclusive pour tout ce qui concerne le contentieux des élections des I° représentatives du personnel : membres du CE, …etc. En matière syndicale, le TI s’occupe aussi du contentieux de la désignation des délégués syndicaux.

* **Le TGI**.

Il est compétent pour tout ce qui ne va pas au CDP ou au TI : Grèves, l’intéressement à la participation, …etc = Litiges collectifs et litiges ne relevant pas du CDP ou du TI.

* **Les J° pénales et les J° administratives**.

Vont aussi juger des affaires du droit du travail.

* Les J° pénales vont être saisies quand violation d’une règle du droit du travail qui constitue une infraction pénale, prévue dans le Code du travail ou dans le CP. 3 types d’infraction : Contraventions (Tribunaux de Police), délits (Tribunaux correctionnels), crimes (Cour d’assise). Ex : Le délit d’obstacle à l’inspecteur du travail, le délit d’entrave aux I° représentatives du personnel, le délit de travail dissimulé, le délit d’harcèlement sexuel ou moral.
* Les J° administratives : Saisies de + en + : TA, CAA, CE. Les cas où il y a un gros contentieux : Refus ou autorisation de licenciement par l’inspecteur du travail. Si c’est le cas, les parties ont la possibilité de contester OU contestation du PSE.

1. **Le contrôle administratif = L’inspection du travail.**

Les inspecteurs du travail dépendent de la DIRECCTE CAD la direction des entreprises de la concurrence, de la consommation du travail et de l’emploi.

Composée d’inspecteurs du travail ; en-dessous, de contrôleurs du travail (sous l’autorité des inspecteurs du travail), les ingénieurs de prévention, les médecins inspecteurs du travail qui veillent à la protection de la santé des salariés sur leur lieu de travail.

Rôle :

* Rôle de conseil aux employeurs et aux salariés pour l’appl° du droit du travail. Permanence instaurée.
* Rôle de conciliation à l’occasion de la négociation des accords collectifs.
* Rôle de contrôle dans les entreprises des appl° légales, réglementaires et des conventions ou accords collectifs de travail.
* Rôle d’arbitrage de certaines difficultés pouvant apparaître à l’occasion du licenciement d’un salarié par exemple.

La **loi Macron du 7 août 2015** : A étendu les pouvoirs de l’inspection du travail. Volonté du législateur de constater que, parfois, l’inspecteur du travail manquait de moyens.

Après cette loi, l’**ordonnance du 7 avril 2016**, assortie d’un **décret du 25 avril 2016** relatif au contrôle de l’appl° du droit du travail a renforcé les prérogatives de contrôle de l’Inspection du travail et les modes de sanctions (en cas de manquement à la réglementation du droit du T).

A ce jour, prérogatives de l’inspection du travail : x4 :

* *Un droit de visite* : Pénétrer dans les entreprises (sans autorisation, à tout moment (jour/nuit ; de manière improviste)) = Prérogative exorbitante. Souvent, quand ils viennent, ils détectent la présence de travail dissimulé DONC ne préviennent pas de leur venu. Ils ciblent des entreprises : Logiciel qui se charge de cela ; travaillent aussi sur dénonciation. Ils peuvent procéder à des enquêtes, entendre des témoins/salariés, sont en droit de demander le justificatif de l’identité et l’adresse des personnes travaillant dans l’entreprise.
* *Un droit de communication*: Ils peuvent solliciter, de la part de l’employeur, toutes pièces ou documents dont la tenue est obligatoire. Depuis la loi Macron, ordonnance et décret, à compter du 1er juillet 2016, le droit de communication est étendu CAR l’IDT pourra demander à ce que l’employeur remette tout document ou info°, qq en soit le support, dans deux domaines, dès lors que l’appl° des dispositions est en jeu : Dispositions relatives au harcèlement morale et sexuelle et celles relatives à la santé et sécurité au travail.
* *Un droit de prélèvement*: Dans certaines activité, les salariés vont travailler avec des produits dangereux ou nocifs : Droit de prélèvement sur ces matières, produits afin de s’assurer de l’absence de nocivité de ces produits.

Le fait pour un chef d’entreprise d’entraver l’IDT dans ses principaux droits = Infraction pénale = Délit d’obstacle à l’inspection du travail et c’est sévèrement puni : Amende de 3750€ et/ou un emprisonnement de 1 an ou plus.

A propos du droit de sanction : Il va constater les infractions du Code du travail et, ensuite, jusqu’à la réforme, il ne pouvait pas véritablement sanctionner lui-même. Avant le 1er juillet 2016, les IDP, soit notifiaient un avertissement, soit dressait un PV d’infraction PUIS ils transmettaient cela au Parquet. Il y avait souvent classement sans suite après : Employeur jamais poursuivi pénalement.

Demande de réforme par les IDP sur ce point : Depuis, l’IDP pourra, soit continuer à adresser au Parquet, soit à la DIRECCTE qui pourra alors prononcer une sanction administrative. Valable pour tout type d’infraction. DIRECCTE qui pourra sanctionner elle-même par une **amende administrative**. Manquements : Pour l’essentiel, concernant la durée du travail, le salaire minimum, l’hygiène et sécurité.

Loi qui instaure aussi un dispositif de **transaction pénale** : Permettra pour certaines infractions une minoration de l’amende, sous condition de mise en conformité : Pour les infractions les moins graves.

Dans le cadre de son pouvoir d’arbitrage, l’IDP a un pouvoir d’autorisation ou de refus, notamment en cas du licenciement des salariés protégés CAR mandat de représentant du personnel par exemple.

En matière de règlement intérieur, IDP qui intervient aussi : Peut exiger des modifications si pas conformes avec le CDT.

Peut interrompre un chantier si mise en danger de la sécurité des travailleurs ; rôle d’arbitre quand un salarié déclaré inapte ou apte par un médecin : L’IDP devait dire si le salarié devait être déclaré inapte ou apte. La loi travail d’août 2016 a modifié cela : Il faudra saisir en référé le CDP qui désignera un médecin expert.

**Première partie : La naissance de la relation de travail.**

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

Pas de déf° légale dans le CDT du contrat de travail. C’est la JP qui a donné une déf° à ce dernier : *Convention (accord des parties) par laquelle une personne, le salarié s’engage, moyennant rémunération, à fournir à une autre personne, l’employeur, une prestation de travail en se soumettant aux ordres et directives de cette dernière.*

= Nécessité d’un **consentement**, d’une **prestation de travail**, d’une **rémunération** et d’un **lien de subordination**.

Le contrat de travail = Contrat de droit commun MAIS il a un particularisme dû au lien de subordination. Droit du travail inspiré du Code civil.

**Section 1 : Les caractères de droit commun du contrat de travail.**

* **Contrat synallagmatique** :

Réciprocité entre les O° mises à la charge de chacune des parties : Les O° de chacune d’entre elles sont dans la dépendance l’une de l’autre. Le salarié doit une prestation de travail, et en échange, l’employeur doit fournir une rémunération au salarié.

Parfois, il y a des « *exceptions* » à ce caractère synallagmatique : Parfois, en cas de suspension du contrat de travail par le salarié, quand pas de motif légitime (exception d’inexécution), employeur qui n’est pas tenu de verser la rémunération.

Même si le salarié a un motif légitime : Appl° de l’exception d’inexécution 🡪 Employeur pas tenu de rémunérer le salarié. C’est un organisme tiers qui versera les indemnités journalières.

En période de grève, les salariés qui ne fournissent pas de prestation de travail ne seront pas sanctionnés MAIS l’employeur ne leur versera pas leur salaire.

* **Contrat à titre onéreux**:

Rémunération = Elément nécessaire à tout contrat de travail. Les parties doivent se mettre d’accord sur la rémunération. Peu importe le mode de rémunération (en espèce ou en nature) = Appréciation assez large.

* **Contrat *intuitu personae*** :

Conclusion du contrat en considération de la personne de l’autre contractant. Caractère personnel plus important pour l’employeur CAR il a été affirmé un grand principe : **Liberté pour l’employeur de choisir son cocontractant, collaborateur**. Il le choisi en f° de la personnalité du candidat, de ses compétences professionnelles,…etc.

En raison de ce caractère personnel, cela justifie que l’employeur puisse recourir au licenciement lorsque le salarié ne répond plus aux attentes placées en lui.

* **Contrat à exécution successive**:

Il ne s’exécute pas en une seule fois. Il va être échelonné dans le temps et il y a répétition des prestations de chacune des parties. Travail qui pourra évoluer dans le temps : Modifications, évolutions possibles du contrat de travail. Parfois, l’employeur pourra procéder à des changements aux conditions de travail sans avoir à obtenir l’accord du salarié.

Il ne peut pas, en principe, être anéanti rétroactivement = On ne peut pas prononcer de résolution CAR comme il est échelonné dans le temps, la remise en l’état ou la reconstitution n’est pas envisageable.

**Section 2 : Le lien de subordination.**

= Grand particularisme qui va faire qu’on est dans un contrat de travail = Caractère distinctif.

= Le salarié se soumet aux ordres et directives de l’employeur.

1. **La nature de la subordination.**

Initialement, beaucoup d’auteurs se sont demandé de quel type de dépendance il devait s’agir pour que le contrat soit qualifié de contrat de travail. Q° essentielle pour savoir si on doit appliquer le Code du travail.

2 tendances :

* Certains auteurs se montraient favorables à une conception élargie du lien de subordination = Contrat de travail qui devait se déduire d’une **dépendance économique** dans laquelle se trouvait le travailleur VAV du donneur d’ouvrage. Situation d’un employeur d’une entreprise qui tire l’essentiel de ses revenus d’un même contractant |=> Si on avait retenu cette conception élargie, beaucoup de situations auraient été concernées.
* La JP refuse depuis de nombreuses années de faire acceptation de cette conception : Retient la **notion de dépendance juridique** : La condition juridique d’un travail, à l’égard de la personne pour laquelle il travaille, ne saurait résulter que par la faiblesse, la dépendance du travailleur. Il est exigé un lien juridique, de subordination. **CC° 5 juillet 1931** = Arrêt fondateur venu consacrer la dépendance juridique.

1. **Le contenu de cette subordination.**

De façon G, la subordination est le droit de l’employeur de donner des ordres et des directives, et, l’O° pour le salarié de les exécuter = Pouvoir de direction de l’employeur + contrôle de l’exécution des directions. Ex : Taxi = pas un salarié.

Si la personne qui travaille a une totale liberté quant à l’organisation de son travail, il ne peut être qualifié de salarié, et ce, qq soit la qualification juridique (volonté et dénomination des parties) donnée par les parties, CAR, la notion du lien de subordination est une **appréciation de fait** : On va voir en réalité comment le salarié travaille : Appréciation des juges *in concreto* (des faits, en pratique). **CC° sociale, 17 avril 1991** = Appréciation *in concreto*.

**CC°, 20 janvier 2010** : La CC° a énoncé que l’engagement religieux n’est pas de nature à exclure l’existence d’un contrat de travail.

L’autorité reconnue au chef d’entreprise est souvent reconnue comme la contre partie de l’absence de tout risque économique supporté par le salarié dans cette activité. Va l’autoriser à adresser des directives à son salarié.

La Loi, parfois, assimile **certaines catégories de professionnels** à des salariés alors même qu’il n’y a pas à caractériser un lien de subordination. Idée : Les protéger compte tenu des conditions de travail. Ex : Les journalistes, les mannequins, les VRP, les artistes du spectacle, les travailleurs à domicile, …etc.

Arrêt fondateur venu ajouter et déterminer cette déf° : **Société G c/ l’URCAF, 1996** : Vient véritablement redonner la déf° CAR à un moment, la JP est venue donner une notion plus élargie au contrat de travail : « *services organisés* ». Compte tenu de la complexité des relations contractuelles, la notion de subordination est parfois délicate et elle a dégagé, pendant un certain temps, une notion dérivée qui est celle de « *services organisés* ». Notion = Idée qu’il existe un cadre de travail organisé dans l’intérêt du travail et que le salarié va s’intégrer dans la structure de l’entreprise, dans cette organisation du travail ET va donc en faire partie et donc sera présent dans les liens d’un contrat de travail 🡪 Développé pour les médecins, les profs : Parfois difficile de caractériser la dépendance juridique. Dès lors que le salarié pouvait intégrer cette organisation du travail, il y avait un contrat de travail.

La CC° a abandonné cette déf° de « *services organisés* » en disant que ce n’était pas un critère suffisant pour caractériser le lien de subordination : **Société G c/ l’URCAF, 13 novembre 1996**: C’était un simple indice MAIS cela ne saurait suffire. Il appartient au salarié de démontrer un lien de subordination : « *Le lien de subordination est caractérisé par l’exécution d’un travail, sous l’autorité du travailleur qui a l’autorisation de donner des ordres et des directives, d’en contrôler l’exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* » = Réaffirmation de la subordination juridique.

Illustrations récentes : La CC° est venue apporter une méthodologie pour caractériser le lien de subordination, il fallait établir un faisceau d’indices de ces trois éléments :

* **CC° sociale, Ile de la tentation, 3 juin 2009** : Candidats qui signaient un contrat de participant nommé « *contrat de jeu* ». Pas de volonté de salarier ses salariés MAIS en réalité lien de subordination existant : Toutes les caractéristiques étaient caractérisées.
* **CC° sociale, Kholanta, 25 juin 2013**.
* **CC° sociale, Pékin express, 2015** : Il y avait un règlement candidat qui précisait qu’ils étaient placés sous l’autorité d’un directeur de course qui disposait d’un pouvoir de sanction ; nombreuses contraintes : Défrayer de frais d’hébergement, pas d’appel téléphonique, …etc ; rémunération = Présence d’un lien de S.
* Joueur d’un club de foot, pas de contrat de travail mais devait participer aux activités sportives : Vu ses conditions de travail, contrat de travail retenu.

CC° qui retient le lien de subordination dans ces arrêts récents.

Affaire UBER = Procès aux USA et en France CAR auto entrepreneurs ayant des directives, lien de travail. Volonté de requalifier cette situation.

**Cass. Soc., 6mai 2015** : premier arrêt venu requalifier un statut d’auto entrepreneur. Qualifie le contrat de travail compte tenu des caractéristiques des conditions d’intervention de l’AE ; **Chambre criminelle, 15 décembre 2015**: Sur le plan pénal, employeur qui n’avait pas déclaré l’employé = travail dissimulé ; **Civ. 2ème, 7 juillet 2016** : Chambre sociale et chambre civile qui ont la même déf° du contrat de travail = unification de la définition.

La **loi travail** prévoit que s’agissant de l’exercice d’une activité pro dans le cadre d’une plateforme de mise en relation par voie électronique une responsabilité sociale pour la plateforme qui a des relations d’ordre commercial avec ses travailleurs indépendants. Resp sociale = le travailleur indépendant va ê assuré par le moyen d’une cotisation qui va ê réglée par la société, notamment en matière d’accident du travail. Contribution versée au titre de la formation professionnelle.

Q° = *Une personne travaillant en prison a-t-il un contrat de T et est-il soumis au contrat de T ?* AJD, un prisonnier travaillant n’est pas soumis au CDT. L’acte juridique liant l’employeur et le prisonnier est un **acte d’engagement** établi unilatéralement par l’adm° pénitentiaire et qui fixe elle-même les droits et O° professionnelles des détenus : Article 33 de la loi pénitentiaire de 2009. = Droit dérogatoire s’agissant des personnes travaillant en prison.

Certains sont venus dire que ce n’était pas normal.

Le CC a été saisi de cette q° sur QPC : **DC 25 septembre 2015** : *Ce droit dérogatoire était-il entouré de garanties suffisantes pour la personne emprisonnée ?* Savoir si le respect de la dignité de ces droits, l’égalité de traitement était respecté ? Pour le CC : Encadrement légal minimal jugé suffisant compte tenu des limites inhérentes à la détention qui peuvent être apportées au droits et libertés découlant du préambule de la C°.

Depuis, nouvelle pétition des professeurs de droit. Le CC invite, in fine, le législateur a éventuellement modifier la loi pénitentiaire pour leur apporter une protection supplémentaire.

**Chapitre 2 : Le cadre juridique de la formation du contrat de travail.**

**Section 1: L’encadrement du recrutement.**

En fonction de ses besoins effectifs, employeur qui dispose d’une liberté : embaucher du personnel, recruter. Il peut retenir la candidature qui correspond le + au profil pro recherché et ce sans qu’il ait à se justifier.

Employeur qui a un libre pouvoir de gestion, de direction. Quand il recrute, il exerce ce pouvoir de direction de choisir qui il veut. Légitime car **contrat de T conclu *intuitu personae***. Pour le CC : Au titre de la liberté d’entreprendre : il doit lui permettre en csqce de lui choisir son candidat.

**4 types de restriction pour l’employeur:**

**§1 : Le principe de non discrimination.**

Principe qui est transversal en droit du T, ne concerne pas uniquement au moment de la formation du contrat de T mais va s’imposer tout au long de la relation salariale. Article L 11 32-1 : vise le recrutement, l’accès à un stage, période de formation de l’entreprise, pouvoir disciplinaire, licenciement, …etc.

1. **La notion de discrimination.**

L’OIT défini la D° = toute distinction, exclusion, préférence fondées sur un motif illégal qui a pour effet de détruire ou d’altérer l’égale de chance ou de traitement en matière d’emploi ou de profession. Le CDT ne donne pas à proprement parlé de déf° MAIS il vise tant la discrimination directe que la discrimination indirecte et ce depuis l’adoption de la **loi du 27 mai 2008** visant à adapter une législation communautaire dans la lutte contre la discrimination.

* *La D directe* = La + simple, la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable qu’une autre ne l’est, dans une situation comparable et ce sur le fondement d’un motif discriminatoire (x21). Ex : Sexe, origine.
* *La D indirecte* = Une disposition, un critère ou à une pratique de l’employeur neutre en apparence MAIS susceptible d’entrainer pour un motif discriminatoire un désavantage particulier pour des personnes PRA d’autres personnes, à moins que cette disposition ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés = Désavantage beaucoup moins visible, indirect MAIS crée un désavantage particulier pour une population PRA une autre. Ex : Dans le service reprographie, je ne verse pas la prime bonus alors que oui dans le service scolarité a cette prime. Le service qui n’a pas le bonus compose que des femmes alors que dans l’autre, il n’y a que des hommes = Volonté de favoriser les hommes.

1. **La liste de D interdites.**

(Cf ENT pour la liste complète).

Article L 21 41-5 du CDT : vise les motifs D. L’employeur ne peut éliminer d’un emploi une personne à raison de : Ex :

* Appartenance ou activité syndicale ;
* De son origine ;
* De son sexe ;
* De ses mœurs ;
* Orientation sexuelle ;
* L’âge ;
* La situation de famille ;
* La grossesse ;
* L’appartenance à une ethnie, nation, race ;
* Opinion politique ;
* Conviction religieuse ;
* L’apparence physique ;
* Le nom de famille ;
* L’état de santé ;
* Le handicap.

= Motifs qui ont toujours existé.

2 autres motifs récents ajoutés dans la loi :

* **Loi du 21 février 2014** de programmation pour la ville et la cohésion urbaine qui a intégré le **lieu de résidence**.
* **Loi du 24 juin 2016** : La particulière vulnérabilité résultant de la **situation économique** apparente ou connue de son auteur : personnes défavorisées sur le plan économique ou sociale.

Le 22ème critère, promis par F. Hollande pour 2018 : Le taux d’imposition réel ou supposé.

Le principe de non D ne va pas faire obstacle à certaines différences de traitement par l’employeur. Il pourra justifier des **différences de traitement** MAIS doit répondre à une exigence professionnelle, essentielle et déterminante. L’objectif doit être légitime et l’exigence proportionnée : Article L 11 33-1 du CDT.

Les **organisations syndicales et les associations constituées depuis 5 ans au moins pour la lutte contre les D** peuvent directement agir en justice. La D constitue également une **infraction pénale** : Article 225-2 du CP : Infraction pénale passible de 3 ans d’emprisonnement et/ou d’une amende de 45 000€ d’amende.

L’article L 11 32-1 du CDT vise tous les motifs D : Le salarié devra motiver un fait D pour fonder sa demande.

1. **Le régime de la preuve.**

Régime dérogatoire CAR difficile pour le salarié de démontrer l’existence d’un fait D. Avant, souvent, les salariés se trouvaient face à de grandes difficultés de preuves CAR il y a un grand déséquilibre contractuel avec l’employeur qui a le pouvoir économique, le salarié se trouve donc dans une situation d’infériorité. La charge de la preuve reposant uniquement sur le salarié est jugée excessive.

**Souvent**, la **preuve** est **partagée** CAD qu’on décharge un peu le salarié de la preuve : Appartiendra à la fois au salarié et à l’employeur. On modifie la répartition de la charge de la preuve. Article 11 34-1 du CDT : Si le salarié établi des faits qui laissent supposer l’existence d’une D directe ou indirecte, l’employeur devra démontrer qu’il n’a pas pris de mesures D : Il devra justifier d’éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Souvent, les juges de fait vont considérer, qu’au fond, l’employeur n’apporte pas d’éléments objectifs et qu’au contraire cela laisse supposer l’existence d’une D : Par exemple : Quand absence d’évaluation ou d’avancement alors que d’autres salariés ont été promus ; la perception d’un salaire, pour un salarié, inférieur aux salaires de ses collègues relevant de la même catégorie professionnelle.

La CC° estime qu’un rapport établi par l’IDT peut constituer un élément de fait laissant supposer une D : **Cass. Soc., 15 janvier 2014**.

**§2 : L’O° d’emploi des personnes handicapées.**

Le CDT prévoit que, pour les entreprises ou les établissements comportant **plus de 20 salariés**, ces dernières ont l’O° d’embaucher des **travailleurs handicapés** ou **bénéficiaires d’une pension d’invalidité** : Doivent embaucher **à hauteur de 6% de l’effectif total** de l’entreprise 🡺 Pour remplir une partie de l’O°.

**§3 : Certaines priorités d’emploi.**

2 types :

* *Priorité de réembauchage* : Quand un salarié a fait l’objet d’un **licenciement pour motif économique**, il va pouvoir demander à son employeur à bénéficier d’une **priorité de réembauchage valable une année**. Dès lors, l’employeur sera tenu de lui proposer tous les postes devenus vacants dans son entreprise. Salarié qui doit demander à en bénéficier. Ces **postes** devront être **libres et compatibles avec la qualification de l’ancien salarié**. Quand l’employeur viole une priorité de réembauchage, le salarié pourra prétendra à des **DI**, minimum fixé : 2 mois de salaire si le salarié justifie de 2 ans d’ancienneté et que l’entreprise possède au moins 11 salariés. A défaut de remplir cette condition, le salarié devra démontrer un préjudice subi. Priorité sur 12 mois.
* *Priorité liée au temps de travail* : Très peu appliquée : Les salariés à **temps partiel** qui souhaitent occuper un emploi à **temps plein**, et inversement, dans le même établissement, ont une priorité pour l’attribution d’un emploi ressortissant de leur catégorie professionnelle.

**§4 : Les interdictions d’emploi.**

* Celles ayant une finalité de protection des travailleurs pour certains :
  + **Age à l’accès au travail** : 16 ans SAUF stage ou apprentissage : 15 ans ;
  + **Femme pendant la période qui précède et suit son accouchement**.
* Les travailleurs étrangers : réglementation restrictive qui requière une autorisation de travail.
* Limite aux cumuls d’emploi : Aucun salarié ne peut accomplir des travaux rémunérés au-delà de la durée maximal du travail : **48 H par semaine** : Article L 31 21-35 et Article L 31 21-36 du CDT OU **44 H sur 12 semaines consécutives**. Parfois, certains salariés cumulent plusieurs emplois : Ils vont parfois dépasser ces durées maximales. Un employeur apprenant qu’un de ses salariés se trouvent dans une situation de cumul d’emploi doit le mettre en demeure de choisir l’emploi qu’il entend conserver SI dépassement de la durée de travail maximal. **Cass. Soc., 10 mars 2009.** Si le salarié ne vérifie pas le cumul et ne prend pas de mesures pour arrêter la situation, il est **pénalement responsable**.
* Contrat précaires : CDD et contrat de travail temporaire (intérimaire) : Il est interdit pour les employeurs de recourir à un CDD ou à un contrat de T temporaire pour **remplacer des grévistes**, pour faire effectuer des **travaux dangereux** ou, in fine, pour **pourvoir un poste ayant fait l’objet d’un licenciement pour motif économique**. Interdiction limitée à 6 mois.

**Section 2 : Les modalités de CCL du contrat du T.**

Le grand principe du consensualisme et notion de promesse d’embauche.

Le contrat de T est soumis à des conditions de validité, de fond ne relevant pas du CDT mais du CC CAR contrat de T qui est avant tout un contrat. JP abondante.

Article 1108 du CC : fixe les conditions de validité pour qu’un contrat soit CCL : **consentement**, **capacité**, **objet et cause (n’existe plus)**. Article 1128 nouveau du CC : Il modifie une chose fondamentale : Il supprime la notion de cause. Consentement qui doit être libre, exempt de vice ; capacité de contracter ; le contrat doit prévoir un **contenu certain et licite** (conforme à l’ordre public et aux bonnes mœurs).

JP abondante où la CC° est venue appliquer l’ancien article 1108 du CC : Q° de savoir quels sont les **vices de consentement** pouvant être invoqués dans le contrat de T : Violence morale ou physique, l’erreur ou le dol. Jusqu’ici la JP considérait que l’employeur ne pouvait que très rarement invoquer l’erreur CAR pas excusable et qu’il lui appartenait de vérifier tous les éléments conduisant à la CCL du contrat de T. Appl° d’erreur excusable qu’on trouve souvent dans la notion de diplôme : Le salarié va, généralement, inscrire l’obtention de diplôme dans son CV. **Cass. Soc., 17 octobre 1995** : Le fait de se prévaloir faussement d’un diplôme est de nature à annuler un contrat. La JP considère, qu’en réalité, pour que le vice du consentement soit reconnu, il faut qu’il y ait **dol** : L’erreur provoquée par le mensonge du salarié doit être déterminante du consentement de l’employeur, il doit avoir un comportement volontaire : **Cass. Soc., 28 novembre 2007** : L’employeur doit avoir, dans l’annonce, exigé le diplôme. Il en fait donc un élément déterminant. Il doit montrer que le candidat a voulu, délibérément, tromper l’employeur.

Petite tolérance : Enjoliver son CV 🡪 Pas de vice du consentement. Idée des juges : Retenir le dol commis par le salarié : volonté de tromper.

Certains auteurs disent que le nouvel article du CC ne saurait maintenant exiger que pour qu’il y ait erreur, il faudrait qu’elle résulte d’un dol. Prof pas d’accord. (JCPS septembre 2016, p727 : Y. Panière : analyse le nouveau CC et décrit l’impact).

**§1 : Le principe du consensualisme et ses limites.**

Principe du consensualisme qui va régir le contrat de T. Résulte de l’article 12 21-1 du CDT : Le contrat de T peut être constaté dans les formes qu’il convient aux parties contractantes d’adopter : **Pas de formalisme exigé**.

Un contrat de travail peut donc être verbal. Pas d’exigence d’écrit par la Loi. Certaines dérogations où le CDT va exiger un écrit à peine de validité : CDD, contrat à temps partiel, stage, …etc. Le CDI à temps plein n’a donc pas à être écrit.

Dans les contrats où il faut un écrit, s’il n’y en n’a pas, il y a une requalification du contrat : Contrats qui deviennent des CDI : **Présomption**.

Certaines conventions collectives exigent **parfois** la confirmation écrite de l’engagement du salarié ou la confirmation de certains éléments du contrat de T. Ne s’apparente **pas à une condition de validité du contrat de T** MAIS crée une O° d’information de l’employeur quant aux éléments du contrat de T.

Il y a CPDT des O° :

* L’employeur devra, au préalable, déclarer l’embauche **auprès de l’URCAF** = *La déclaration préalable à l’embauche (DPAE)*, va bientôt changer de dénomination : DSN. L’URCAF transmet la déclaration à tous les organismes sociaux. L’employeur qui n’a pas cette déclaration est passible de travail dissimulé = Délit de travail dissimulé. Si l’employeur n’a pas fait la DPAE : infraction pénale + ouvre le droit au salarié à demander des DI à l’employeur pour travail dissimulé devant le CDP = Indemnité forfaitaire égale à 6 mois de salaire. Indemnité qui pourra se cumuler avec toutes autres indemnités : **Arrêt du 12 janvier 2006**. Indemnité forfaitaire très pénalisante pour l’employeur.
* L’employeur doit tenir un *registre personnel* : Il doit indiquer tous les salariés embauchés au fur et à mesure : date d’embauche, nom et prénom, titre de séjour ou pas, autorisation de travail ou pas, type de contrat, …etc. L’IDP pourra exiger la consultation du registre. Registre conservé pendant 5 ans à compter de la date de départ du salarié.
* **Jusqu’au 1er janvier 2017**, l’employeur reste tenu à la *visite médicale d’embauche*. La loi travail de 2016 la remplace par une autre visite. Tous salariés devaient faire, avant l’embauche et au plus tard jusqu’à la période d’essai, l’objet d’un examen médical : Visite médiale d’embauche, réalisée par le médecin du T exclusivement, concluait à l’aptitude du salarié à occuper le poste pour lequel il était engagé. En pratique, visite médicale qui était difficile à organiser : Pas assez de médecins du travail (à la retraite, à temps partiel). Puis, le législateur a fini par réduire le nombre de visite. Enfin, la loi de 2016 remplace cette visite par une **visite d’information et de prévention** effectuée après l’arrivée du salarié. Il n’y aura plus forcément le médecin du travail : Ce pourra être un interne en médecine, un collaborateur, un infirmier, …etc. Ce sera une attestation qui sera délivrée au salarié : Ne va pas délivrer une aptitude au poste. Attestation qui dira seulement que la visite a été effectuée.

Le texte maintient la visite médicale d’embauche pour les salariés exposés à des risques particuliers pour leur santé : bénéficiant d’un suivi médical régulier.

**§2 : La promesse d’embauche.**

Il s’agit d’un engagement précontractuel des parties CAD qu’au cours du processus de recrutement, avant la ccl° ferme et définitive du contrat de T, des discussions vont avoir lieu entre l’employeur et le candidat. Généralement, une promesse d’embauche va être signée CAR le contrat de T ne peut pas être signé immédiatement et qu’il n’a pas encore commencé à être exécuté.

C’est une offre ferme et définitive d’emploi adressée par l’employeur, au candidat. Si le candidat l’accepte, la promesse d’embauche constitue une sorte d’assurance réciproque que le contrat de T sera signé comme convenu et le moment venu.

Cela permet à un employeur de s’assurer que le candidat qu’il veut recruter ne lui fera pas faux bond. En retour, l’employeur s’engage à embaucher le candidat dès que le contrat de T peut être signé. Assure une garantie au salarié.

L’engagement de l’employeur ne va pas, dans tous les cas, constituer une promesse d’embauche CAR elle doit contenir **un certain nombre d’éléments, constitutifs** : Jusqu’ici, les 3 éléments étaient que l’offre précise l’**emploi** qui sera occupé, la **rémunération** proposée et la **date d’entrée en fonction** envisagée. Si les 3 éléments n’étaient pas constitués : Pas de promesse d’embauche MAIS une simple offre d’emploi qui n’engageait pas l’entreprise en cas de rétractation. L’employeur pouvait se rétracter. La CC° est moins exigeante depuis 2 arrêts : **Cass. Soc. 15 novembre 2010 ; Cass. Soc., 19 novembre 2014** : Ils considèrent qu’à partir du moment où l’offre précise l’**intitulé** du poste à pourvoir, la **date d’entrée en fonction** et le **nom du candidat** à qui elle s’adresse, cette dernière est considérée comme une promesse d’embauche.

**Cass. Soc., 6 juillet 2016** : Précise que quand la PE concerne un CDD, il faut ces deux éléments (date d’engagement et poste occupé) MAIS pas nécessaire qu’il y ait les autres éléments nécessaires à un CDD (durée du contrat, …etc).

En cas de doute, il revient au juge de préciser si l’engagement de l’employeur constitue une promesse d’embauche ou une offre d’emploi. Juges qui doivent apprécier l’intention de l’employeur.

Si l’employeur ne respecte pas la promesse d’embauche, le salarié ne peut pas obliger ce dernier à l’exécuter. Le salarié sera donc licencié sans cause réelle et sérieuse DONC demande d’indemnité de préavis et le paiement de DI possible. Si le candidat refuse l’emploi, il ne pourra pas forcer l’employeur à l’intégrer dans l’entreprise MAIS demande de DI possible pour l’employeur.

Certains auteurs voient une évolution de la JP : CC° qui serait influencé par l’article 1113 du CC.

**Chapitre 3 : Le choix du contrat de travail.**

L’employeur, quand il conclue un contrat de T, aura plusieurs options 🡪 Forme du contrat & le contenu.

**Section 1 : La nature du contrat de travail.**

Il existe de nombreux outils à disposition des employeurs. Quand il va choisir un contrat d’une nature ou d’une autre, les conséquences juridiques ne seront pas les mêmes. Ce paramètre juridique ne doit pas être négligé CAR régime particulier qu’on voit en CDD, CDI, …etc. Impacte les modes de ruptures des contrats de T.

+ Clauses parfois nécessaires.

**§1 : Le CDI = Le contrat de droit commun.**

A défaut de dispositions contraires, le contrat de T est réputé conclue pour une durée indéterminée. La **loi du 12 juillet 1990** visant à assurer la stabilité de l’emploi rappelle que le **CDI** est la forme **« *normale* » du contrat de T**. A contrario, tout ce qui n’est pas à durée indéterminée est anormal.

Article L 12 21-2 alinéa 1er du CDT précise cela.

Le contrat n’est pas limité dans le temps MAIS ce n’est pas un contrat perpétuel. Chacune des parties dispose de la possibilité de rompre de manière unilatérale. Parfois, l’employeur va tout de même instaurer une clause de garantie d’emploi CAD que l’employeur, s’il rompt avant un certain délai, devra des DI ou une indemnité supra conventionnelle au salarié.

**§2 : Le CDD = Le contrat d’exception.**

Contrat de travail précaire conclue pour une durée déterminée. La Loi va limiter le recours à ce type de contrat afin de limiter une trop grande précarité des salariés. La réglementation réglemente des conditions de recours très strictes.

**Projet de loi du 28 septembre 2016** : prévoit la ccl° d’un CDD particulier = CDD dérogatoire pour les joueurs de jeux vidéo.

1. **Le recours des CDD.**

Conditions de recours négatif ou positif.

1. **Les cas de recours interdits.**

* De manière G, le premier cas de recours interdits fixé par le CDT : Article 12 42-1 du CDT : 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 : dès lors qu’il a pour objet de pourvoir un emploi stable, on ne peut pas le pourvoir par un CDD. Ex : **Cass. Soc., 7 avril 1998** : La CC° constate la conclusion successive de CDD pour la fonction de Stewarts et d’hôtesses de l’air. Contrats requalifiés en CDI CAR l’emploi des salariés était effectué tout au long de l’année pour des durées irrégulières et imprévisibles mais lié à l’activité normale et permanente de l’entreprise ; Arrêts Carrefour.
* La grève : Ne pas faire appel à un salarié en CDD pour remplacer un salarié en CDI qui est en grève. Atteinte au droit de grève qui est un principe constitutionnel.
* Les travaux dangereux : Ne peut pas faire appel à des CDD dont la mission consisterait en des travaux particulièrement dangereux CAR nécessite une **formation à la sécurité** et un **savoir-faire**. Idée : Protéger le salarié, sa santé et éviter les risques d’accident. Article D 41 54-1 du CDT : Enumère ces travaux dangereux.
* Licenciement économique : Ne peut pas recourir aux CDD sur les postes supprimés (CDD pour accroissement temporaire d’activité et pendant 6 mois et que sur les postes qui ont été supprimés, CDD conclue pour une durée supérieure à 3 mois).

1. **Les recours autorisés.**

Article L 12 42 du CDT dispose que le CDD ne peut être conclue que pour **l’exécution d’une tâche précise et temporaire** CAD qu’il ne doit pas être lié à un emploi qui correspond à un emploi durable.

Si l’employeur ne motive pas un **motif** de recours au CDD, le contrat n’est pas un CDD, il est alors réputé à durée indéterminée.

Cas de recours au CDD :

* *Remplacement d’un salarié absent dont le contrat est suspendu* : Absence temporaire : Maladie ; congé payé, sabbatique, parental ; …etc. En revanche, la JP considère que si le salarié est embauché pour remplacer l’ensemble du personnel et cela régulièrement 🡪 C’est une politique de l’emploi visant à créer un emploi stable. **Cass. Soc., 11 juillet 2016**: Il faut conclure autant de contrat qu’il y a de remplacement ; A mis fin à la pratique du CDD globale. La JP admet les remplacements en cascade, pour les CDD à temps partiel.
* *La situation d’andante* : La phase de transition où peut être fait appel à un CDD dans l’attente de l’entrée effective du salarié qui n’est pas encore entré en poste ; va être recruté bientôt mais ne peut pas être recruté immédiatement. **Doit avoir été recruté en CDI et nom retenu**.
* *Accroissement temporaire d’activité* : Exécution d’une tache temporaire et précise : Le recrutement du salarié intervient véritablement pour faire face à un accroissement T exceptionnel = caractère fondamental. Ex : Lié à des commandes supplémentaires. Si pas de caractère exceptionnel 🡪 Pas d’accroissement temporaire.
* *Les emplois à caractère saisonnier*: **Variations d’activités régulières, prévisible et cycliques indépendantes de la volonté du salarié et de l’employeur** CAR ce rythme cyclique va être lié et va se répéter chaque année à des dates à peu près fixe, en fonction des rythmes de saison ou de mode de vie collectif, effectués pour le compte d’une entreprise dont l’activité obéie aux mêmes variations. Ex : Ski. CC° qui a posé des **limites** à ces contrats : **CC° 2011** : Salarié qui a demeuré 16 ans au sein de l’entreprise et avait eu des contrats successifs pendant ces années. Peu importe, CC° qui a estimé que l’emploi correspondait bien à des taches saisonnières.   
  Ex 2 : Idem : entreprise qui fabriquait des pizzas et des glaces : davantage de production l’été. Pour le CC° : requalification du contrat saisonnier en CDI CAR production de ces aliments toute l’année. ((Loi travail : accord de branche qui pourra, au niveau des partenaires sociaux, être tenu de reconduire un CDD saisonnier)).
* *Le CDD d’usage :* Article L 12 42-2 du CDT : Des emplois pour lesquels, dans certains secteurs d’activité, il est d’usage de ne pas recourir au CDI en raison de la **nature** de l’activité exercée et du **caractère temporaire** de ces emplois. **Secteurs d’activités soit, visés dans le CDT** : Article D 12 42-1 du CDT : Ex : Hôtels café/restaurant, agriculture, enseignement, industrie du spectacle, …etc ; **soit, prévu par un accord de branche étendu**. Jusqu’à présent, la JP réservait les CDD d’usage aux secteurs d’activité visés par la Loi au titre des emplois correspondant à une tache déterminée et temporaire : dans ces secteurs, seuls les emplois temporaires par nature pouvaient donner lieu à la conclusion d’un CDD. Ex : **CC° 1992** : Cours d’allemand. CC° qui a pu juger que la nature temporaire de l’emploi n’était pas établie car cours donné toute l’année. **Revirement** : **4 arrêts en date du 26 novembre 2003** : CC° qui donne une méthodologie : il suffit de rechercher si au niveau du secteur d’activité et pour l’emploi concerné s’il est effectivement d’usage constant de ne pas recourir à un CDI. Si tel est le cas, il n’est plus besoin de rechercher si l’emploi en cause est par nature temporaire. **CC° 23 janvier 2008** : Venu **réintroduire** le critère de l’emploi par nature **temporaire**. Depuis cet arrêt, il n’est plus suffisant que l’emploi soit exercé dans un secteur d’activité mentionné dans la Loi ou dans la conv° collective ni constant : CC° qui consacre l’exigence d’un emploi par nature **temporaire**. **CC° 2010 (x2)** : Recours à l’utilisation de CDD successifs qui doit être justifié par des raisons objectives qui s’entendent de l’existence d’éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l’emploi. Si emploi permanant, relève du CDI.

**(Galop d’essai : Intro + plan détaillé : Samedi 5 novembre (13h/15h))**

En matière de remplacement, le CDD pourrait être conclu pour le remplacement du chef d’entreprise momentanément absent : Chef d’entreprise commerciale, artisanale, …. + **Décret du 28 août 2006** : CDD sénior : conditions drastiques : La personne qui va être embauchée doit avoir + de 57 ans et être inscrite depuis plus de 3 mois comme demandeur d’emploi.

1. **Le régime du CDD.**
2. **Les conditions de fond.**

* *La fixation d’un terme et d’une durée (date de fin)*: Article L 12 42-7 du CDT. Conditions essentielles pour que le contrat soit qualifié de CDD. Quand contrat de date à date, il ne peut excéder **18 mois**, renouvellement compris. Exception : Peut être porté à **24 mois** : contrats exécutés à l’étranger OU commandes exceptionnelles à l’exportation. Dans certains cas, termes pas précis mais certains = **Les termes imprécis**. La fin du contrat pas connu à l’avance et le terme du contrat imprécis va être le retour du salarié remplacé. Quand termes imprécis : contrat qui doit prévoir une durée minimale.
* *La période d’essai* : pas obligatoire mais peut être prévue par le CDD. Durée de période d’essai : Article L 12 42-bis : Varie selon que le contrat excède ou pas 6 mois. S’il n’excède pas 6 mois : période d’essai calculé à hauteur d’un jour/ semaine dans la limite de 2 semaines. Si excède 6 mois : à hauteur d’un mois.
* *Renouvellement du CDD* : Ne pouvait être renouvelé qu’1 fois dans la limite de 18 mois. Loi (X) qui prévoit qu’il peut être renouvelé 2 fois à la condition qu’il n’excède pas 18 mois. Renouvellement du CDD : Conclu pour un motif qui perdure.
* *Succession des CDD*: Si 2 CDD successifs : motifs différents ⬄ 2 CDD différents. Règle = **Délai de carence**. L’employeur, quand il fait 2 CDD qui se succèdent, doit respecter cette règle qui veut, qu’aux termes du premier contrat, qu’on impose un délai d’attente. Pas de succession de deux CDD, au même poste, nouveau salarié ou même salarié, si pas de respect de carence, d’interruption : Délai qui varie selon la durée du CDD : Si le CDD est inférieur à 4 jours, le délai d’attente doit correspondre à la moitié de la durée du CDD ; si CDD supérieur ou égal à 14 jours, le délai d’attente = 1/3 de la durée du CDD. Ne s’applique pas en cas de contrat saisonnier, en cas de CDD d’usage et en cas de remplacement dans certaines conditions. Respect à peine de requalification du CDD en CDI.

CDD = contrat précaire qui met le salarié dans une situation de précarité d’où les complications pour l’employeur.

1. **Les conditions de forme.**

CDD qui doit être passé par **écrit**. Le respect de ce formalisme conditionne la validité même du contrat en tant que CDD. Le contrat doit être remis dans les **2 jours** suivant le début du travail.

Sinon 🡪 Requalification en CDI. Cette requalification en CDI est une **présomption irréfragable** : En raison du défaut d’écrit, l’employeur ne peut pas démontrer qu’en réalité le contrat a été conclu à l’écrit : **CC° 12 décembre 2012**. Seul le salarié peut se prévaloir de l’inobservation de la condition tenant à l’exigence de l’écrit CAR règle édictée en raison de la protection du salarié. Un salarié pourra démontrer au soutient d’une demande de requalification en CDD que les parties avaient entendus conclure un CDD.

Pour l’employeur, il fera valoir qu’il a remis le CDD mais que le salarié s’est refusé de le signer. Or la **CC°, dans un arrêt de principe du 7 mars 2012** est venue préciser que l’employeur devra démontrer que le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de travail, de mauvaise foi ou dans une intention frauduleuse. Difficile à démontrer.

**CC° 8 juin 2016** : Précise que l’employeur qui a procédé à la DPAE, pas suffisant pour prouver qu’il a transmis le contrat dans le délai de 2 jours.

Parfois, l’employeur va établir un contrat écrit mais va omettre de **préciser le motif dans le contrat**. Le défaut de précision du motif équivaut à l’absence d’écrit **|=>** La requalification du contrat en CDI. **CC° 7 mars 2012**.

En cas de **remplacement**, si pas de précision du nom de la personne remplacée, de l’emploi occupé et de sa qualification 🡪 Emploi réputé à durée indéterminée.

**CC°, 3 mai 2016** : Quand plusieurs CDD sont requalifiés en CDI pour calculer certains droits, il faut retenir l’ancienneté : Celle du premier jour du premier jour, et ce, même en l’absence de relations contractuelles continues.

1. **Les sanctions.**

Sanctions civiles et sanctions pénales.

*Sanctions civiles* = L’action en requalification en CDI :

* Ouverte sur la demande du salarié quand sont méconnues les règles quant à la formation du CDD.
* L’indemnité en requalification = au minimum égale à un mois du dernier salaire mensuel perçu avant la saisine du Conseil des Prud’hommes. == Pour toute la requalification contractuelle : **CC° 2005**, même si plusieurs CDD.
* Pourra au surplus demander des DI qui s’ajouteront à cette indemnité.

*Sanctions pénales* :

* La méconnaissance des règles qui gouvernent les CDD l’exposent à une peine d’amende et, en cas de récidive, à une peine d’emprisonnement.
* Peine encouru quand CDD conclu en violation des cas de recours, sans termes précis, omet de transmettre dans un délai de 2 jours le CDD = quand règles pas respectées en gros 🡺 Devant le Tribunal de Police.

1. **Le contrat de travail temporaire = L’intérim.**

= forme de CDD = contrat d’exception.

C’est un utilisateur qui va faire appel, pour l’exécution d’une **tache précise et temporaire (mission)**, à une entreprise de travail temporaire et ce, seulement dans des cas prévus par la Loi.

Le CDT prévoit un des cas de mise à disposition d’un salarié à titre onéreux : CDT qui interdit cela en principe = Prohibition du prêt de main d’œuvre. La seule position de le faire c’est de le faire **à titre gratuit**. Exceptions :

* Autorisé quand **travail temporaire** = un des cas autorisés.
* Autre cas : Le portage salarial : autorisé par le CDT.

Société = fournir de la main d’œuvre à des sociétés utilisatrices. Va se former une **relation triangulaire** : 3 partenaires dans le contrat de W temporaire : L’entreprise de W temporaire qui fait commerce de cette mise à disposition ; l’intérimaire et la société utilisatrice.

**|=>** Deux relations de W contractuel :

* **Contrat de mission = contrat de travail** : Entre l’intérimaire et l’entreprise utilisatrice.
* **Contrat de prestation de service = contrat de mise à disposition** : Entre l’entreprise utilisatrice et l’entreprise de W temporaire.
* **Pas de contrat mais relation «*inavouée* »** : Entre l’entreprise utilisatrice et l’intérimaire.

En matière d’hygiène et de sécurité, c’est la société utilisatrice qui sera responsable.

Motifs de recours aux CDD qui doivent être prévus par le CDD : Il appartient à la société de W temporaire de rémunérer l’intérimaire. CC° : le salarié intérimaire devra bénéficier des mêmes avantages que les salariés de la société utilisatrice, au titre de l’égalité de traitement.

Tendance Jurisprudentielle : progressivement, admet la requalification des CDD intérimaires en CDI, notamment en **2009** : CC° qui a énoncé pour la première fois que le salarié intérimaire qui s’est tenu à la disposition de l’entreprise utilisatrice entre les missions doit être rémunéré 🡪 Doit exprimer la volonté d’être à la disposition de l’entreprise et doit démontrer cela. **CC° 2016 (x2)** : Indemnité de requalification : sur le salaire de base + les accessoires du salaire.

Relation triangulaire qui mène souvent à ce que le salarié s’adresse à la société utilisatrice et non pas à l’entreprise de W temporaire.

**CC° 2015** : si intérimaire qui a, pendant des années, été embauché, il pourra demander la requalification de son contrat.

Idem si CDD entaché d’irrégularité.

**Section 2 : Le contenu du contrat du W : Les clauses contractuelles particulières.**

Le contenu contractuel représente un enjeu stratégique pour l’employeur. Le contrat de W est un véritable instrument de gestion et une bonne utilisation de l’outil contractuel va entraîner des effets substantiels entre les parties à la relation salariale.

Une contractualisation réfléchie permet de dépasser les O° synallagmatiques essentielles du contrat de W : Prestation de W et rémunération. Insérer des clauses particulières va permettre de dépasser ces O° essentielles. Insérer des clauses particulières supposera l’acceptation par le salarié des clauses et va l’obliger, O° en adéquation avec les exigences de l’entreprise. Si pas de respect des engagements : faute contractuelle. En donnant son accord, le salarié doit exécuter le contrat et les clauses.

Ex : La clause de mobilité : permet de muter le salarié au gré de ses besoins ; clause de résultat qui va stimuler le salarié avec des objectifs ; la clause de dédis-formation : cherche à fidéliser le salarié en faveur desquels des efforts de formation ont été consentis ; …

Clauses qui permettent également certains aménagements contractuels : outils de résistance pour le salarié ; …

Le salarié doit se situer dans un **rapport offre-demande** : dispose d’un pouvoir individuel de négociation fort + connaissance suffisante du régime juridique applicable aux modifications contractuelles. Pour supprimer un avantage salarial, l’employeur devra obtenir son accord exprès. Permettra de se mettre à l’abri d’une décision unilatérale de l’employeur. Deux parties qui doivent donner accord à la contractualisation de l’avantage.

La contractualisation d’un avantage va faire reculer le pouvoir de direction de l’employeur. Contrat qui va être utilisé comme un moyen de déplacer les limites normales du pouvoir de direction de l’employeur.

Pour un salarié à temps complet, fixer les horaires de W, répartition du temps de W relève du pouvoir de direction. Si les parties contractualisent ces horaires CAD volonté claire que ces horaires soient fixés par les parties, pour les modifier ultérieurement, l’employeur devra obtenir l’accord exprès des salariés.

Contrat de W = négociation. Stratégie de l’insertion des clauses = limite la marge de manœuvre du salarié ou de l’employeur.

1. **La clause d’essai.**

Le contrat de W peut prévoir une clause de période d’essai. Objet = permettre à l’employeur de juger des aptitudes professionnelles du salarié et au salarié d’apprécier les conditions de W qui lui ont été proposés. Soucie = période marquée pour le salarié par une grande précarité CAR la rupture du contrat de W est grandement facilité.

Jusqu’à la **loi de modernisation du marché du W du 25 juin 2008**, la Loi ne fixait pas de durée de période d’essai dans le cadre du CDI. Les périodes d’essai : soit, fixée par les conventions collectives, soit, stipulation contractuelle ou soit, les usages dans la profession. Article 12 21-19 du CDT : Instaure un cadre légal.

L’existence d’une période d’essai ne se présume pas : pas juridiquement obligatoire. Depuis la **loi du 25 juin 2008**, grande innovation : elle doit faire **l’objet d’une clause contractuelle**, doit être insérée dans le contrat de W. Nouvelle disposition légale qui rend inopérante la JP antérieure qui permettait à l’employeur de se prévaloir de la convention collective qui prévoyait une période d’essai à la condition que le salarié soit tenu au courant.

A cette période d’essai, il conviendra de distinguer la **période probatoire**. Elle s’applique en présence de deux contrats de W successifs, entre les mêmes parties. La période d’essai stipulée dans le 2nd contrat conclu à l’occasion d’un changement de f° du salarié = La période probatoire. Ex : X embauché en tant qu’hôtesse d’accueil : au bout de 4 ans 🡪 Poste de manager, change de f°. L’employeur va vouloir savoir si X est apte à occuper le poste 🡪 Mise en place d’une nouvelle période |=> insertion d’une période probatoire. Si celle-ci pas concluante, elle cessera d’être manager et retournera dans son emploi initial.

CC° venue dire que la période probatoire met nécessairement fin à la période d’essai = En cas de chevauchement, période probatoire qui met fin à la période d’essai.

Période probatoire qui doit être accordée par un écrit du salarié = **CC° 16 mai 2012**. Période probatoire qui n’autorise pas la rupture du contrat de W, permet simplement à l’employeur de réaffecter le salarié à son ancien poste **SANS** que cela ne constitue une modification du contrat de W, sans obtenir l’accord du salarié et de l’employeur (?) : **CC°, 2005**.

**CC°, octobre 2013** : Précision : Quand le salarié est engagé au moyen d’un CDI après un CDD, la durée de ce dernier est déduite de la période d’essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat et ce, même si le salarié n’a pas occupé le même emploi en exécution de son CDI. Ex : J’ai eu un CDD, après j’ai eu un CDI et période d’essai de 3 mois dans ce CDI. Et j’ai fait 1 mois de CDD : période d’essai = 2 mois.

Toute période d’essai se découpe en **jours calendaires** (du lundi au dimanche, même les jours fériés) : début de la conclusion du contrat, dernier jour à 00h. Le contrat doit prévoir la durée de l’essai et éventuellement le renouvellement si ce dernier est possible. Si la Loi prévoit la durée des périodes d’essai, pour le renouvellement, la Loi dispose que le renouvellement doit être prévu par accord de branche étendu et ce dernier doit prévoir la durée de ce renouvellement ainsi que ses conditions MAIS dans les durées maximales fixées par la Loi.

Quant à la période d’essai prévu par la Loi : Varie selon la catégorie pro du salarié : Article L 12 21-19 du CDT :

* Pour les ouvriers/employés = durée max = 2 mois
* Agents de maitrises et techniciens = 3 mois.
* Cadres = 4 mois.

Un seul renouvellement peut être mis en œuvre à la condition que le contrat le prévoit + accord de branche étendu (conditions cumulatives) le prévoit dans la limite des durées max : 4, 6, 8 mois : Article L 12 21-21 du CDT.

**CC°, 25 février 2009** : Si l’accord de branche ne prévoit pas le renouvellement de la période d’essai, la clause qui prévoirait un tel renouvellement est nul.

**CC°, 8 juillet 2015** : Précise que pour que le renouvellement de la période d’essai soit valable il ne suffit pas que le salarié mentionne « *lu et approuvé* » MAIS il faut qu’il manifeste sa volonté CAD qu’il faut qu’il mentionne « *bon pour accord* ».

Loi qui prévoit des durées légales depuis 2008 MAIS le soucie est que ces lois sont venues se superposer à des règles préexistantes : celles des conventions collectives. Il faut impérativement qu’on puisse concrètement superposer les règles préalables avant 2008 et celle après 2008.

Les règles légales (durées légales) ne s’appliqueront pas dans les cas suivants :

* Quand il y avait des durées plus longues fixées par les accords de branche ccl avant 2008.
* Durées plus courtes des accords de branche qui s’appliqueront quand accords collectifs ccl après 2008. A défaut 🡪 règles légales qui s’appliqueront.
* Durées + courtes fixées dans la lettre d’engagement ou dans le contrat de W. ppe de faveur = durée + courte qui est + favorable au salarié.

Pour identifier les conditions de validité de la durée de période d’essai : S’apprécie à la date de sa ccl° et en se référant à la conv° collective mentionnée dan le contrat de W, peu importe par la suite que ce n’était pas la bonne conv° coll : **CC° 2002**.

* *La fin de la période d’essai.*

Essai qui peut être rompu à tout moment sous réserve d’un motif valable et d’un préavis :

* Le seul motif valable est l’**insuffisance professionnelle**.
* Si l’employeur invoque un autre motif tel que le **motif disciplinaire**, l’employeur devra respecter la procédure disciplinaire == Doit convoquer le salarié à un entretien et doit lui notifier la cause exacte de la rupture.
* Si le salarié est en mesure de démontrer que l’employeur a rompu la période d’essai de **manière abusive** ou preuve de malveillance ou de légèreté blâmable ou un **motif discriminatoire** ou motif non inhérent à la personne employé, employeur qui n’est tenu à aucune forme quant à la rupture de la période d’essai.
* **Loi du 25 juin 2008** : Employeur qui doit respecter un délai de prévenance avant la période d’essai : Si c’est l’employeur qui met fin à la période d’essai, va dépendre de la durée d’essai : 24h à 1 mois. Si pas de respect de prévenance, cela ne rend pas le contrat définitif : **CC° 23 janvier 2013** : Le salarié a seulement le droit à une indemnité compensatrice.
* Si le salarié rompt la période d’essai: Délai de prévenance qui est de 24 à 48H.
* **CC° 15 avril 2016** : A précisé récemment que l’employeur doit respecter le délai de prévenance prévu par le contrat de W si celui-ci est plus favorable que le délai de prévenance légal.

**II – La clause de mobilité.**

Elle présente un intérêt quasi unique pour l’employeur dès lors que la clause a été accepté par le salarié, l’employeur peut lui imposer une mutation, y compris dans un autre secteur géographique que son emploi initial, et ce, en vertu de son pouvoir de direction.

Le salarié doit se conformer à cette mutation. S’il refuse cela, le refus du salarié va constituer un motif de licenciement = Faute du salarié. Ce refus de mobilité ne constituera pas une faute grave : **CC° 23 janvier 2008**. MAIS cela pourra l’être si les juges caractérisent un refus successif de mobilité, sans justification légitime et caractérisé par un abandon de poste permettant de caractériser la faute grave.

**CC° 12 janvier 2016**.

Limites à l’exercice de ce pouvoir de direction de l’employeur : La clause de mobilité doit prévoir certaines conditions :

* La mise en œuvre de cette clause de M doit être conforme à l’intérêt de l’entreprise. **CC° 2005** : La bonne foi contractuelle de l’employeur était présumée = décision de l’employeur qui est justifiée. MAIS preuve pas irréfragable : salarié qui pourra toujours tenter d’établir le détournement de pouvoir dans la prise de décision : mesure patronale prise pour des raisons étrangères à l’intérêt de l’entreprise et mise en œuvre dans des conditions exclusives de bonne foi. Indices : Ex : mise en œuvre dans des délais raisonnable : si mise en œuvre la veille pour le lendemain, la bonne foi n’est pas avérée.
* **CC° 7 juin 2006** : La clause doit être strictement délimitée, précise géographiquement = zone géographique CAD qu’il faut définir une région, un département. Les parties doivent se mettre OK sur la zone géographique. **CC° 9 juillet 2014** : Le T français constitue une zone géographiquement suffisamment précise. Il s’agissait d’un coordinateur ferroviaire France : Fonction sur toute la France. Ainsi, normal que sa clause de mobilité s’étende à tout le T français. Appréciation géographique qui dépend de la f° du salarié.
* Clause qui ne peut avoir pour effet de faire varier d’autres éléments du contrat du W.
* L’employeur a la possibilité d’affecter un employé en dehors des limites prévues par la loi MAIS cela doit être temporaire et motivé par l’intérêt de l’entreprise: **CC° 30 mars 2011**.

Certaines conv° collectives prévoient des clauses de M = ne seront opposables aux salariés que si plusieurs conditions sont réunies :

* Le salarié doit avoir été informé de l’existence de cette clause contractuelle au moment de l’engagement + en avoir connaissance.
* Clause qui doit prévoir une délimitation d’une zone géographique.

Clauses qui ne peuvent conférer un caractère contractuelle quand incorporés dans une conv° collective et ne créent donc pas un droit au refus à la mobilité du salarié : **Ass. Pl., 23 octobre 2015**. CAR les dispositions de la conv° coll ne s’incorporent pas au contrat de W.

**III \_ La clause de dédis-formation.**

L’employeur va financer une formation et, en échange, le salarié s’engage à demeurer un certain temps à son service. Si pas de respect de cet engagement : départ anticipé : la clause prévoit le remboursement par le salarié des frais relatifs à la formation dont il a bénéficié.

Ne s’applique qu’en cas de rupture par le salarié. Durée fixée par le salarié ( ?) et doit tenir compte du coût et de la durée de la formation. La somme qui doit être remboursée : ne doit pas être trop excessive sinon atteinte à la liberté de la rupture unilatérale par le salarié.

1. **La clause d’exclusivité.**

Permet à l’employeur de se réserver l’activité d’un salarié en lui interdisant d’exercer une activité professionnelle pour son propre compte ou pour qq d’autre pendant la durée du contrat = travaille exclusivement pour son employeur. Elle doit être prévue, sinon salarié qui peut aller travailler ailleurs.

Clause incompatible avec un travail à temps partiel : **CC° 11 juillet 2000**. Depuis cet arrêt, la CC° est venu dire que cette clause est incompatible avec un W à temps partiel CAR porte atteinte à la liberté de W et si insérée dans le contrat de W elle doit être justifiée par la nature du W accompli et proportionnée par le but recherché.

1. **La clause de non-concurrence.**

A l’issu de son contrat de W, le salarié va ê libre CAD qu’il retrouve sa liberté de W et sa liberté d’entreprendre.

CPDT, l’employeur pourra insérer une clause de non C dans son contrat de W, elle va avoir vocation à s’appliquer après la rupture du contrat de W. Elle va entraver la liberté du salarié et rendre plus délicate sa recherche d’emploi. Comme c’est une atteinte à la liberté du W, d’entreprendre, la JP a fixé des règles précises quant aux conditions de validité de cette clause et a prévu des sanctions en cas de méconnaissance de ces règles.

* **Les conditions de validité**.

Arrêt fondateur : **Cass. Soc., 10 juillet 2002** : Il est venu fixer les conditions et a énoncé que la clause de non C était valable si 4 conditions :

* *La clause est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise* : C’est le but que doit poursuivre ce type de clause. Il faut que la clause soit nécessaire et indispensable pour pouvoir s’imposer au salarié. Il y a des fonctions où elle n’est pas nécessaire. Ex : Une femme de ménage. CPDT, un commercial qui démarche des clients tous les jours peut justifier l’insertion d’une clause de non C dans son contrat de W.
* *La clause doit être limitée dans le temps et dans l’espace*: A propos du temps : ne saurait dépasser une durée de 2 ans maximum après la rupture du contrat de W ; à propos de l’espace : Il faut une délimitation géographique, la clause doit viser un espace géographique. Le juge pourra disposer d’un pouvoir de réfaction l’autorisant à ramener ces deux limites dans des proportions plus raisonnables. La CC° est venue dire, s’agissant de la zone géographique, qu’une clause s’exerçant sur tout le T français pouvait être trop vaste géographiquement dans la mesure où elle obligeait le salarié à s’expatrier et donc que cela portait atteinte à sa liberté de W. Arrêt récent : Corse qui pouvait être considérée comme une zone géographiquement valablement fixée.
* *La clause doit tenir compte des spécificités de l’emploi du salarié* : Une clause de non C ne peut pas priver le salarié à exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle. Il appartiendra au juge de vérifier que compte tenu du diplôme du salarié et de son expérience professionnelle, l’empêcher de travailler dans ce domaine là, ce serait inapproprié. Ex : Vendeur de matelas.
* *La clause doit impérativement comporter une contrepartie financière* : L’arrêt de 2002 qui l’a consacré, à peine de nullité de la clause. Prévue dans le contrat de W ou, si elle est prévue dans la convention collective, l’employeur doit s’y conformer. Objet = indemnité compensatrice de salaire et ne peut être versée qu’une fois les parties séparées. Elle a le régime d’un salaire (soumise à charges sociales et donne lieu à une indemnité compensatrice de congé payé). Si l’employeur verse l’indemnité pendant l’exécution du contrat de W, il ne pourrait prétendre au remboursement des sommes versées : **CC°, 17 novembre 2010**. Contrepartie financière qui est due qq soit la cause de la séparation des parties : démission, licenciement, …etc. Le seul cas où elle n’est pas due : Le décès du salarié. MAIS, quand le salarié part à la retraite, elle est due. L’employeur ne peut pas priver le salarié de cette contrepartie financière. Si une minoration de la contrepartie est prévue en cas de faute grave, elle ne sera pas nulle mais réputée non écrite sur les dispositions qui prévoient la minoration. Arrêt récent : Même si la convention collective le prévoit : **CC°, 14 avril 2016**.

**Grand revirement de JP** concernant la clause de non C : Il était convenu qu’une clause qui était prévue dans le contrat et qui était nulle causait nécessairement un préjudice au salarié quand bien même il ne l’aurait pas respecté : **Cass. Soc., 12 janvier 2012**. **Revirement :** **Cass. Soc., 25 mai 2016, n°1420578**: Si le salarié souhaite être indemnisé, il doit dorénavant faire la démonstration du préjudice réellement subi du fait de cette stipulation illicite. Ex : Il a été empêché d’accepter une offre d’embauche d’un concurrent. En l’espèce, il n’apportait pas cette preuve CAR il avait débuté une activité concurrente qu’il avait constituée avec un collègue. L’évaluation et l’appréciation de ce préjudice relèvera des pouvoirs des JDF.

Conditions qui sont cumulatives. L’employeur va pouvoir renoncer au bénéfice de la clause de non C MAIS il y a une condition : Le contrat de W doit prévoir la possibilité pour l’employeur d’y renoncer. L’employeur doit dénoncer la clause de non C dans un délai. Glement, clause qui prévoit ce délai pour qu’elle soit dénoncée. Si aucun délai n’est fixé par la CC ou par le contrat, la JP estime que l’employeur doit exercer son droit de dénonciation dans un délai raisonnable. **CC° 2 décembre 2015** : Est illicite la clause qui prévoit que l’employeur pourra à tout moment dénoncer la clause, après la rupture du contrat. Cela entraîne la nullité entière de la clause. Les JDF exigent que ce soit au moment de la notification de la fin du contrat, licenciement. C’est à la date d’envoi de la lettre renonçant à la clause qui importe. ( ?)

La contrepartie est due au salarié dès son départ effectif du salarié et non à l’expiration théorique du préavis.

**CC°, 28 octobre 1997** ( ?) ; **CC°, 31 mars 2016** : Arrêt sur le fait que la zone géographique de la Corse n’était pas disproportionnée. **CC°, 14 septembre 2016** : Décide en dépit des dispositions réglementaires, supplétive de la volonté des parties, elles ne sont pas applicables et la clause de non C doit impérativement prévoir une contrepartie financière. Le code rural disait que c’était applicable à défaut de dispositions dans le contrat de W.

* **Les sanctions de la violation de la clause de non C.**

La violation de la clause de non C justifie la cessation du versement de la contrepartie financière par l’employeur.

En outre, si le salarié ne respecte pas la clause de non C, l’employeur est fondé à demander des DI en réparation du préjudice qu’il a subi par l’action concurrentielle de son ancien salarié. Une clause pénale pourra prévoir un montant forfaitaire de ces DI. Si les juges considèrent qu’elle est trop excessive, ils pourront la modifier, la limiter.

Le non respect de la clause de non C par l’employeur libère le salarié de ses obligations.

2ème partie : L’exécution de la relation de travail.

**Chapitre 1 : Les conditions d’exécution du contrat de W.**

**Section 1 : Le cadre du W.**

1. **Les obligations contractuelles.**

Article 1134 du CC : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de Loi à ceux qui les ont faites = les parties au contrat doivent respecter leurs engagements respectifs* » CAD ce qui a été voulu et négocié par elles. Le salarié et l’employeur doivent respecter les clauses du contrat de W.

1. **Les obligations essentielles.**

* *Occuper l’emploi accepté* : à la date convenue, le salarié doit occuper l’emploi qu’il a accepté de façon ferme et définitive. Si le salarié entend renoncer à son emploi, l’employeur pourra engager sa **responsabilité contractuelle** si la défection du salarié lui occasionne un préjudice dont il entend être indemnisé. L’employeur doit démontrer un préjudice. Ex : Si l’employeur a eu du mal à trouver ce candidat en raison des fonctions spécifiques nécessaires à l’emploi. Il doit donc démontrer un disfonctionnement, un trouble fortement préjudiciable à l’entreprise. Pour l’employeur, même si l’exécution du contrat de W n’avait pas encore commencé, la rupture à l’initiative de l’employeur caractérise un licenciement car la fourniture d’une prestation d’un contrat de W (…).
* *Exécuter le contrat de W*: Le salarié doit respecter les O° prévues par le contrat de W DONC exécuter les prestations de W tout en respectant les conditions spécifiées au contrat. De +, l’exécution de ce W doit se faire de façon consciencieuse : qualité minimale du W du salarié. Le doyen Cornu : « *Cela suppose célérité et efficacité dans l’accomplissement d’une tache* ». C’est à l’employeur d’apprécier la qualité du W fourni et des capacités professionnelles du salarié. Les juges sont très exigeants dans cette appréciation des qualités professionnelles : l’employeur doit être exigeant quand il veut embaucher des candidats, il doit bien apprécier leurs qualités…..

Si exécution défectueuse ou pas d’exécution :

Le salarié peut s’exposer à des **sanctions disciplinaires** : Il faut qu’il y ait la volonté de ne pas suivre les directives ; exécution qui doit être fautive. Peut entrainer le licenciement pour faute.

Au plan du droit des contrats, le salarié pourra voir sa resp contractuelle engagée, resp fi engagée que s’il commet une faute lourde CAD faute d’une particulière gravité imposant la démonstration de la volonté de nuire. Un salarié ne peut pas ê tenu resp à l’égard de son employeur des csqces pécuniaires en raison de fautes commises MAIS, possible qu’en cas de faute lourde.

Le salarié pourra être tenu à verser des DI en réparation du préjudice subi. Le pb = la démonstration d’une faute lourde est tellement dure à démontrer que la doctrine dit qu’il s’agit souvent d’écarter la resp fi du salarié et cela abouti à protéger le salarié, à lui conférer une véritable immunité.

L’employeur doit verser la rémunération = O° essentielle à la charge de l’employeur. Quand il ne le fait pas, sa responsabilité peut être engagée.

1. **Les O° contractuelles accessoires : L’O° de loyauté et l’O° de sécurité.**

Elles n’ont pas à être prévues dans le contrat de W, elles s’imposent. Elles ont été insérées dans le code du W mais, initialement, c’est une construction JPtielle. Création JPtielle qui résulte de l’article 1134 du CC. Le CC dit que les conventions doivent être exécutées de bonne foi (...) A permis de déduire que le salarié était tenu par une **O° G de fidélité ou de loyauté à l’égard de l’entreprise** et ce, pendant toute la durée du contrat de W.

Le salarié joue d’une **liberté d’expression individuelle** : article 1121 du CC. Liberté qui a une limite : **l’O° d’exécution du contrat de bonne foi**. Ainsi comme l’énonce la CC° : **CC°, 15 décembre 2009** : Le salarié qui jette le discrédit sur son entreprise en adressant des courriers à des tiers en des termes excessifs et injurieux excède sa liberté d’expression 🡪 Justifie son licenciement.

1. **L’O° de loyauté.**

O° de loyauté qui se décompose en 2 O° : O° de non C et O° de discrétion.

* *O° de non C.*

= O° implicite, n’a pas à ê écrite = elle s’impose même en l’absence de clause expresse insérée dans le contrat de W et ce, pendant toute la durée du contrat de W jusqu’à la rupture du contrat de W.

CC° tolérante face à cette O° : Ex. :

* Il ne peut pas être interdit au salarié de se porter acquéreur d’action futile (…).
* Le fait de créer une société concurrente par un salarié = pas contraire à l’O° de loyauté. Il n’y aura violation de l’O° que s’il y a une confusion entre les deux sociétés et que cette confusion est créée dans l’esprit de la clientèle des deux sociétés.
* Ne pas prendre un poste identique chez un concurrent ne signifie pas que le salarié doit être au service exclusif de l’employeur, cumul qui peut être possible.
* Pour les salariés à temps partiel : Ils ne sont pas tenus de respecter une telle clause, ils peuvent travailler chez un autre employeur : 2 conditions : respect de la durée maximale du temps de W ; activité qui ne doit pas être concurrente de l’employeur.

Pour les postes sensibles, l’employeur, dans le contrat de W, rappellera la clause de non C et imposera une clause d’exclusivité qui interdira toute activité.

Le manquement à l’O° de non C caractérise une faute grave de la part du salarié : Le manquement = **détournement de clientèle**. Faute retenue dès lors qu’il a été établi que le salarié à détourner la clientèle. Procédure de licenciement qui pourra être mise en œuvre 🡪 Dès lors qu’il y a qualification de faute grave, procédure de licenciement pour faute grave qui pourra être faite, privant le salarié de ses indemnités (de préavis et de licenciement). S’il démontre l’intention de nuire, il pourra le licencier pour faute lourde pouvant engager la responsabilité financière du salarié. Ex : cadre qui, usant de pressions et de promesses, et, faisant une présentation tendancieuse de la société, a incité les salariés à le suivre dans une nouvelle structure = Il a tenté de débaucher la personne. ⬄ Faute lourde qui peut être engagée.

* *O° de discrétion.*

Deux aspects : **l’O° G de confidentialité**; **le respect des secrets de fabrication**.

*L’O° G de confidentialité :* Même en l’absence de toutes clauses expresses, l’O° de confidentialité s’impose au salarié = corolaire implicite de l’O° de fidélité. Etendue qui est variable. O° qui s’impose VAV du personnel de l’entreprise et VAV des tiers. O° qui est renforcée s’agissant des cadres CAR ces derniers ont beaucoup de responsabilités : ils doivent s’abstenir de manifester publiquement leurs désaccords avec la façon dont l’entreprise est menée. O° qui est souvent caractérisée à l’égard du personnel d’encadrement.

La violation de cette O° va parfois justifier une procédure de licenciement. **CC°, 6 mars 2012** : A l’égard d’un salarié protégé qui avait révélé à la presse des info° ne devant pas être révélées = violation de l’O° de confidentialité.

Pas d’O° d’une contrepartie financière : **CC°, 15 octobre 2014**.

*Les secrets de fabrication* : Code du W qui réprime la divulgation des secrets de fabrication. Infraction pénale prévue par le CDT et qui suppose la démonstration d’un élément matériel et moral. Divulguer des secrets de fabrication est constitutive d’une faute grave |=> Licenciement qui pourra être engagé.

1. **O° de sécurité.**

O° qui pèse sur les deux parties. Article L 4121-1 du CDT : Article qui précise que l’employeur est tenu d’une O° de sécurité de résultat envers ses salariés et il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés. Il résulte de ce texte que c’est une O° de résultat et non pas de moyen. Cela concerne donc également tous les aspects psychosociaux : suicide, burn out, …etc. DONC **O° d’assurer des actions de prévention des risques professionnels, des actions d’info° et de formation et voire même des actions d’organisation de moyens adaptés**.

O° qui n’a pas à être stipulée dans le contrat.

O° qui résulte d’une JP fondatrice : **Arrêts amiante de 2002**. Si l’employeur ne respecte pas cette O°, il commet une **faute inexcusable** ouvrant le **droit à une indemnisation améliorée des préjudices du salarié par la sécurité sociale**.

**CC°, 25 novembre 2015** : arrêt Air France qui vient modifier la notion d’O° de sécurité. Avant, la CC° avait concrètement considéré qu’il y avait un caractère systématique engageant la resp de l’employeur dès lors que la santé du salarié était menacée = une condamnation quasi systématique. L’arrêt Air France vient un peu changer la donne : certains auteurs pensent que l’arrêt vient modifier l’O° de sécu : ce serait une O° de moyens renforcés. En l’espèce, au moment des attentats de 2001, Stewart en escale qui assiste à l’attentat de NYC. Air France ouvre une cellule psy pour le personnel ayant assisté à cela. 10 ans après cela, le Stewart est déclarée en dépression liée au W. Il fait état que sa dépression est liée à l’attentat de 2001 et invoque la faute inexcusable de l’employeur. Dépression avérée liée au W. AF faisait valoir qu’elle s’était efforcée de remplir ses f° : a permis un accompagnement, création d’une cellule = mesures de prévention prises par Air France. Selon les arrêts amiante, peu importe les mesures, employeur resp. En l’espèce, l’employeur avait réaliéé son O° de sécurité de résultat CAR avait pris toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécu et protéger la santé physique et mentale de ses salariés. La CC° constate que l’employeur a pris des mesures de prévention pour éviter le risque. Elle remet au cœur du débat l’O° de sécurité : O° qui demeure mais redonne toute sa pertinence aux politiques de prévention pour ne pas décourager les employeurs. Responsabilité de l’employeur qui n’est plus systématiquement engagée.

**Arrêt étendu aux cas de harcèlement moral** : pas de responsabilité de l’employeur quand ce dernier a pris les mesures de prévention immédiates propres à faire arrêter le harcèlement moral : **CC°, 1er juin 2016**. **CC°, 8 juin 2016** : faits de harcèlement morals appréciés souveraineté par les juges.

O° qui pèse aussi sur le salarié mais dans une moindre mesure : Elle doit être appréciée en fonction de la formation du salarié et de ses possibilités. A la différence de l’employeur, il s’agit d’une O° de moyen dont l’intensité varie selon le niveau d’attributions et de responsabilités de l’intéressé. Le non respect de cette O° va pouvoir justifier par l’employeur une sanction disciplinaire : **CC°, 6 juin 2007**.

Article L 4131-1 du CDT reconnait au salarié, s’estimant en danger grave éminent pour sa vie ou sa santé, **un droit d’alerte et de retrait** : Il peut quitter son poste de W sans perte de salaire ni risque de sanction. Ce n’est pas à l’employeur d’estimer le danger invoqué par le salarié MAIS c’est au juge de décider de la situation de danger ou pas.

Mise en place de la pénibilité et de la prévention en matière de risque psychosociaux au titre de cette O°.

1. **Le pouvoir de gestion et de direction de l’employeur.**

Pouvoir qui va se manifester : l’employeur se voit doter d’un *pouvoir de gestion* de l’entreprise, il dirige l’entreprise : **CC° BRINON, 31 mai 1956** : l’employeur qui porte la resp de l’entreprise est seul juge = a la resp éco de l’entreprise. Les choix de gestion restent le fait du chef d’entreprise. Pouvoir qui repose sur deux grands principes : la liberté d’entreprendre et la liberté pour le chef d’entreprise de choisir ses collaborateurs.

**Ass. Pl., 8 décembre 2000** : Dans le cadre d’un licenciement éco, la CC° rappelle qu’il n’appartient pas au juge de contrôler le choix de gestion effectué par l’employeur entre les solutions possibles de réorganisation de l’entreprise = Souvent, les salariés invoquent devant le CDP qu’ils n’auraient pas dû être licencié, employeur qui aurait pu éviter le licenciement. La CC° met un frein à cette argumentation en disant que c’est à l’employeur de choisir la gestion de son entreprise. Juge qui n’a pas à dire qu’il faut licencier ou pas.

*Pouvoir de direction* : Se manifeste de différentes manières : Ex :

* Evaluation de ses salariés ;
* La promotion des salariés ;
* Fixation des horaires ;
* Organisation et fixation du W ;
* Fixation des congés payés.

2 limites :

* *L’atteinte aux libertés individuelles du salarié* : doit ê proportionnée au but recherché et justifiée par la nature de la tache à accomplir ;
* *Le respect du principe de non D°*.
* Voire parfois *l’égalité de traitement qui contraint l’employeur à devoir justifier objectivement l’essentiel des décisions individuelles qu’il va prendre tout le long de la relation contractuelle*.

= *La théorie des justifications* qui bouleverse le schéma classique de l’exercice du pouvoir de direction de l’employeur.

Parfois, l’employeur est amené à évaluer le salarié et doit mettre en place les *entretiens d’évaluation* : chaque années la +part du temps. Entretien pro fixé par la loi tous les 2 ans qui se distingue de l’entretien d’évaluation. Permet à l’employeur d’exercer son pouvoir de direction : il est tenu à une certaine procédure, devra impérativement consulter les I° représentatives du personnel (comité d’hygiène et de sécurité, le comité d’entreprise et le comité…) et devra informer les salariés des méthodes techniques d’évaluation.

*Le salarié peut-il s’opposer à un entretien d’évaluation ?* : CC° : Il ne saurait s’opposer à cela CAR cela relève du pouvoir de direction de l’employeur d’évaluer ses salariés ⬄ Faute disciplinaire.

Le ranking : méthodologie particulière venant des USA : *ce type de méthodologie est-il licite ou pas ?* Son pb = elle vise à classer les salariés dans plusieurs catégories en f° de leur performance pro et fixer l’augmentation des salaires en relation avec ce classement. **CC°, 27 mars 2013** : elle précise que le ranking est licite dès lors qu’elle est fondée sur des critères préétablis, objectifs connus et contrôlables et qu’il n’y a pas un caractère disciplinaire. MAIS CC° qui a invalidé le fait de classer des salariés en différentes catégories en f° de leur performance pro et en imposant à l’évaluateur le respect d’un % prédéterminé de salariés affectés.

Quand l’employeur va reprocher au salarié l’insuffisance pro, il se fondra sur ces entretiens. Si l’employeur n’a pas, à l’appui de cette démonstration, un rapport d’entretien, difficile pour lui de le démontrer. Salarié qui a le droit à un compte rendu de l’entretien pour que cela lui soit opposable.

1. **Le pouvoir disciplinaire de l’employeur.**

= Manifestation du pouvoir de direction de l’employeur.

1. **La faute.**

B. Tessier donne une déf° de la faute CAR pas de déf° dans le CDT = Tout manquement aux règles en vigueur dans l’entreprise y compris les règles non écrites qui imposent à chacun un comportement convenables dans ses rapports avec les autres membres du personnel et aux ordres donnés par l’employeur dans l’exercice normal de son pouvoir de direction.

Ex : Violation d’une O° contractuelle ou d’une règle de discipline intégrée dans le règlement intérieur. Si faute établie, employeur qui peut faire usage de son pouvoir de sanctionner.

La prescription des faits fautifs 🡪 il existe un délai de prescription pour l’engagement des poursuites disciplinaire = un comportement fautif donne lieu à des poursuites pendant 2 mois à compter du jour où l’employeur a eu connaissance des faits fautifs.

Exception : s’il y a eu des poursuites pénales : l’employeur peut, sans engager immédiatement une procédure de licenciement, prendre une mesure de mise à pied conservatoire : dispensé de travailler et pas payé. Si employeur qui n’est pas partie à la pcdre pénale, délai qui court à compter du jour où il a eu connaissance de l’issu définitive de la procédure pénale.

Autre exception : si faits d’une particulière complexité et amène à une procédure de vérification spécifique, l’employeur pourra attendre d’engager la procédure.

Passé ce délai de 2 mois, on considère que l’employeur a renoncé à sanctionner. Par csqt, la sanction reposant sur une faute prescrite est nulle. Si licenciement = sans cause réelle et sérieuse. D’où l’intérêt de savoir quand c’est passé. La maladie ne suspend pas le délai de prescription de la faute du salarié : **CC°, 25 octobre 2007**.

Quand on parle de prescription du délai de 2 mois, on considère que l’employeur ne peut pas tjrs prendre son temps. En effet, quand faute grave alléguée, la CC° décide que la mise en œuvre de la rupture du contrat de W doit intervenir dans un délai restreint. Dans ce cas, délai de 2 mois qui n’est plus applicable 🡪 Pour des faits très simples. **CC°, 24 novembre 2011** : un mois considéré comme excessif.

Il est acquis qu’un fait de la vie personnelle ne peut constituer une faute disciplinaire = commis en dehors du temps de W, en dehors du lieu de W, cela relève de la vie personnelle du salarié. Cela ne peut justifier un licenciement pour faute disciplinaire. En revanche, cela pourra éventuellement justifier un licenciement non fautif dès lors que le comportement du salarié, compte tenu de ses f° et des finalités de l’entreprise, a caractérisé un trouble caractérisé au sein de l’entreprise. Ex : **CC°, 29 septembre 2014** : en cas de condamnation pénale antérieure, les juges pourront considérer et devront vérifier que cette condamnation antérieure a un rapport avec l’emploi occupé et si la nature des infractions a gravement perturber l’entreprise.

== Un fait de la vie perso ne peut constituer une faute D. Faute non D quand cela apporte un trouble au sein de l’entreprise.

La voie disciplinaire, dans certaines circonstances, n’est pas fermée : même pour des faits commis en dehors de la vie pro, les juges pourront caractériser une faute disciplinaire == Cas isolés : s’il est caractérisé un manquement de l’intéressé à une O° contractuelle telle que l’O° de loyauté : Ex : **CC°, 21 septembre 2010** : En l’espèce, une responsable d’une agence de banque. Dans sa vie privée, elle a organisé un trafic de voiture volée. L’employeur l’avait licencié pour faute grave. La CC° a considéré qu’elle était tenu à une O° particulière en raison de ses f°.

Le fait qu’un salarié dont le permis a été suspendu ou retiré alors qu’il utilise un véhicule de f° dans sa vie privée, on considère qu’il ne s’agit pas d’une violation d’une O° contractuelle justifiant un licenciement pour faute : Ex : **CC°, 3 mai 2011** ; **CC°, 10 juillet 2013** ; **CC°, 12 février 2014**.

**CC°, 8 octobre 2014** : Bien que les faits soient commis pendant la vie pro, a retenu le licenciement pour faute D. Faute commise pendant un séjour touristique organisé et financé par l’employeur. La salarié était ivre et s’en est pris à une collègue en lui portant des coups : CC° qui caractérise la faute D CAR les faits commis en dehors du lieu du W se rattachait tout de même à la vie de l’entreprise CAR c’était un séjour T organisé par l’employeur et qu’elle s’était prise à des collègues de W.

**CC°, 3 février 2016** : La sanction D est nulle lorsque le salarié n’a usé que d’une liberté fondamentale qui avait été d’engager une action judiciaire à l’encontre de son employeur : il avait saisi le CDP pour contester la validité de son CDD, puis avait eu un CDI. Employeur qui l’a licencié CAR il avait saisi le juge. CDP : nullité de cette sanction D.

La preuve d’un fait fautif ne peut être obtenue par des moyens portant atteinte aux droits personnes, aux libertés individuelles et aux droits fondamentaux. Un employeur ne saurait utiliser des moyens de preuve au respect de la vie privée : Ex : utiliser le moyen d’une filature par un détective privé ; violer le domicile du salarié ; violer les correspondances 🡪 Employeur qui consulte un fichier ou un message qualifié de personnel du salarié, messagerie perso ; …

L’employeur mettant en place des moyens de contrôle de surveillance doivent être portés préalablement à la connaissance des salariés. Ex : Caméras, les enregistrements des conversations téléphoniques (consultation des IRP préalable, déclaration à la CNIL, et info° individuelle écrite des salarié). Les moyens de preuve obtenus à l’insu de son auteur ne peuvent être utilisés contre l’employeur ou le salarié. Ex : La conversation T enregistré sans que l’autre personne ne soit informée ne soit informé ne peut pas être utilisée = preuve illicite.

Preuve obtenue de manière déloyale qui doit être écartée. Si un personne a émis un sms, le destinataire peut utiliser ce dernier CAR envoyé en toute connaissance de cause.

1. **La sanction.**

En vertu de l’article L 1331-1 du CDT constitue une sanction toutes mesures, autres que les observations verbales, CAD que la sanction doit ê écrite, prise par l’employeur à la suite d’un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette faute soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l’entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

Concrètement, il faut rechercher si l’employeur a voulu sanctionner ou simplement inviter son salarié à modifier son comportement CAR parfois, l’employeur ne mentionne pas qu’il s’agit d’une f° et parfois, les juges pourront requalifier l’écrit de l’employeur comme une sanction. **CC°, 18 mars 2015** : Une lettre de mise en demeure de justification d’absence caractérisait un manquement avéré aux règles de D et avertissait qu’il ne pourrait plus tolérer une telle attitude = L’employeur n’avait pas mentionné qu’il s’agissait d’une sanction MAIS les juges l’ont caractérisé comme telle.

Inversement, **CC°, 12 novembre 2015** : le compte rendu d’un entretien au cours duquel l’employeur adresse diverses reproches et insuffisances du salarié sans volonté de le sanctionner ne constitue pas une sanction D.

La Loi n’occupe aucune précision quant à la forme des sanctions permises : employeur qui va disposer d’une certaine liberté en la matière MAIS la sanction ne doit pas être disproportionnée PRA la faute commise.

* **Les sanctions les moins graves qui sont purement morales :**
  + L’avertissement ;
  + Le blâme = ne vont pas affecter la situation du salarié.
* **Les sanctions purement matérielles :** 
  + La mise à pied D où le salarié serait écarté de l’entreprise sans rémunération, pour qu’elle soit valablement prononcée, sa durée maximale doit être prévue dans le règlement intérieur et ne doit pas être trop excessive (on conseille un délai maximum de 15 jours) ;
  + La mise à pied conservatoire dans l’attente du licenciement ;
  + La mutation ;
  + La rétrogradation : Affecter à titre de sanction un salarié à un emploi de classement H inférieur ;
  + Le licenciement.

Tenir compte des faits et du passé D pour choisir une fonction.

* **Les sanctions interdites :**
* *Les sanctions discriminatoires*;
* *Les sanctions disproportionnées* ;
* *Les amendes et autres sanctions pécuniaires :* La prohibition des sanctions P est une interdiction G d’ordre public qui vise toute forme de retenu de salaire à l’encontre d’un salarié. La CC° a considéré que la privation de la faculté de lever des options en cas de licenciement pour faute grave constitue une sanction P prohibée qui ne peut être prévue. Idem en cas de non réalisation de l’objectif commercial prévu. **CC°, 3 mars 2015** : Convention collective des transports routiers : suppression de prime de non accident en cas de resp du salarié dans l’accident = sanction pécuniaire. La baisse de rémunération n’est pas une sanction pécuniaire interdite si elle n’est que la conséquence d’une sanction D : Ex : Une rétrogradation qui va entrainer un déclassement pro et donc des f° de niveau inférieur pour le salarié donc entraine une rémunération inférieure. S’agissant de la rétrogradation, il y a une limite : quand elle entraine un déclassement du salarié, cela entraine une modification son contrat de W exigeant l’accord express du salarié. L’employeur devra respecter les dispositions du règlement intérieur sur les règles D : **CC°, 26 octobre 2010** : mise a pied D qui doit être obligatoirement prévue par le R intérieur qui doit prévoir sa durée maximale. Les prescriptions relatives à la D s’imposent à l’employeur. Ex : Une conv° collective qui prévoit une règle de D spécifique, l’employeur devra s’y soumettre, R intérieur. S’il ne respecte ces règles, la nullité de la sanction est encourue.
* **La prescription des sanctions :**

L’employeur qui applique immédiatement une rétrogradation épuise son pouvoir D de telle sorte qu’il ne peut prononcer ultérieurement une autre fonction tel que le licenciement pour les mêmes faits : **CC°, 17 juin 2009**. Il faudra de nouveaux faits pour prononcer une autre sanction.

L’employeur qui a été informé de l’ensemble des faits reprochés à un salarié et qui choisi de lui notifier un avertissement pour certains des faits seulement, il a épuisé son pouvoir D de sorte qu’il ne peut plus utiliser son pouvoir D pour des faits antérieurs : **CC°, 16 mars 2010** ; **CC°, 25 septembre 2013**. La seule façon pour l’employeur de le faire, il faut qu’il démontre qu’il n’a pas eu connaissance de l’ensemble des faits.

Une procédure de demande d’explication écrite mise en œuvre postérieurement aux faits reprochés s’analyse en une sanction D dans la mesure où ces demandes ainsi que les réponses du salarié sont conservées dans le dossier individuel DONC cela constitue une sanction D. Les juges du fond sont admis de supprimer la deuxième sanction prononcée. Dès lors que l’employeur invoquera de nouveaux faits OU que des faits de même nature se reproduisent, il pourra alors prononcer une nouvelle sanction.

Les salariés ont un droit à l’oubli CAR l’employeur ne peut pas remonter à plus de 3 ans en arrière CAD que les sanctions prises il y a plus de 3 ans sont prescrites, elles ne peuvent plus être utilisées ni même évoquées afin d’aggraver une sanction.

1. **La procédure disciplinaire.**

L’employeur doit respecter une procédure particulière. Il doit convoquer le salarié en vue d’un entretien, soit par lettre remise en main propre par des charges ou par lettre R avec accusé de réception. Délai de prescription des faits dans les deux mois qui suivent le jour où il a eu connaissance de la faute.

Lettre qui doit avoir un certain formalisme : La date ; l’heure ; le lieu de l’entretien ; l’objet et la possibilité de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l’entreprise ou un conseiller du salarié lorsqu’un licenciement D est envisagé.

**CC°, 6 avril 2006** : La lettre de convocation n’a pas à préciser les motifs ou les griefs reprochés au salarié.

L’entretien doit se réaliser au moins 5 jours ouvrables (on enlève les dimanches et les jours fériés) après le lendemain de l’envoi de la lettre. Au cour de l’entretien préalable, l’employeur doit indiquer les griefs qu’il a contre lui CAD les motifs de la sanction envisagée : quels sont les faits qui le motivent ; et l’employeur doit recueillir les explications du salarié = débat contradictoire.

Formalité de l’entretien préalable pas exigé s’agissant de toute sanction équivalente ou inférieure à l’avertissement 🡪 Seule la notification de la décision est nécessaire.

L’engagement d’une procédure D qui n’a pas été menée à son terme (employeur qui ne prononce pas de sanction) ne constitue pas un manquement de l’employeur à ses O° contractuelles dès lors que sa mise œuvre ne découle pas d’une légèreté blâmable ou d’une intention malveillante : **CC°, 25 décembre 2013**.

Parfois 🡪 Mise à pied conservatoire : au moment où l’employeur constate une faute d’une certaine gravité, il peut éloigner temporairement le salarié dans l’attente de sa décision définitive DONC pendant le déroulé de la procédure D. Quand l’employeur tarde à engager une procédure de licenciement, la mise à pied C se transforme alors en mise à pied D. La loi ne prévoit aucun délai entre la mise à pied C et la mise en œuvre de la procédure de licenciement (convoque en vue de l’entretien) MAIS délai qui doit être bref selon la JP : **CC°, 30 octobre 2013**. Souvent c’est dans la lettre de convocation préalable qu’il prononce cette mise à pied C. Bref CAR salarié qui est dans une situation d’incertitude et de précarité.

Le salarié pourra toujours contester la sanction qui lui a été infligée, auprès de l’employeur (en écrivant et contestant leur sanction) ; si l’employeur ne veut pas changer sa position, le salarié pourra contester la sanction devant le CDP et en demander le relevé. Hormis le cas du licenciement, juge qui aura un pouvoir d’annulation de la sanction. 3 cas :

* Si la sanction est irrégulière ;
* Si la sanction est disproportionnée ;
* Si la sanction est injustifiée.

**CC°, 27 mars 2007** : Si la sanction entraine une modification du contrat de W telle que la rétrogradation (=déclassement du salarié), le salarié peut refuser la sanction. CC° qui précise que : En cas de refus, l’employeur peut prendre une autre sanction (ex : le licenciement), il devra convoquer le salarié à un nouvel entretien.

L’employeur devra notifier sa décision au salarié (ex : un avertissement), cette notification ne peut pas intervenir avant 2 jours ouvrables avant l’entretien et dans un délai maximum d’un mois. Ce délai d’un mois laissé à l’employeur pour notifier cette sanction ne court qu’à compter du nouvel entretien et non pas du premier.

La CC° est venue préciser que si les faits ne donnent lieu à aucune vérification particulière (si les faits sont assez simples), l’employeur devra notifier et mener la procédure dans un délai restreint. Un délai d’un mois a été jugé comme excessif == faits qui doivent être d’une grande simplicité. Cette JP du délai restreint est de + en + appliquée par les JDF.

**Section 2 : La rémunération du W.**

1. **Le salaire.**

Le CDT ne donne pas véritablement de déf° du salaire. Souvent, on se reporte au droit de la sécurité sociale qui précise que sont considérées comme rémunération toutes les sommes versées au salaire en contrepartie ou à l’occasion du W.

On va parfois avoir des appellations différentes du salaire : Parfois on parle d’appointement, …. = prend de multiples formes : salaire au rendement (salarié payé à la tache réalisé ou à la pièce produite) ; salaire horaire (salarié payé au temps passé) ; salaire au pourcentage = salariés qui perçoivent des commissions en f° du chiffre d’affaire qu’ils ont réalisé ou que l’entreprise a réalisé = les commissions ; pourboires versées par les tiers ; …

Il ne faut pas confondre le salaire aux dividendes au W qui comprennent la participation à l’intéressement qui doivent ê mise en œuvre dans les entreprises de + de 50 salariés et qui n’ont pas à ê une contrepartie directe du salarié == ce n’est pas du salaire.

Le salaire est généralement brut (première ligne sur le bulletin de salaire) auquel on impute des charges sociales salariales ou patronales. In fine, salaire net (en bas à droite). Souvent, il comprend la rémunération de base = salaire de base, assorti de compléments et accessoires de salaire. Ex : Les primes qui pourront être prévues par le contrat de W, dans la conv° collective, résultent d’un usage (pas écrit) 🡪 Devront être obligatoirement versées par l’employeur SINON primes bénévoles ou de caractère exceptionnel donc ne créent aucune O° pour l’employeur : Ex : Prime d’ancienneté, prime d’assiduité, prime d’outillage, de salissure, …etc ; les gratifications : prime de vacance, 13ème mois, …etc ; les avantages en nature : Prestations de bien ou service telle que nourriture, logement, les avantages annexes, l’habillement, le véhicule, …etc = fournies gratuitement par l’employeur et qui vont conférer à l’employé un avantage personnel dans sa vie personnelle.

Parfois le salaire est composé uniquement d’avantage en nature à la condition que leur valeur assure au salarié au moins une rémunération ⬄te au SMIC ou au salaire minimum prévu par la convention collective.

1. **Le montant du salaire.**

Le grand principe qui régis le salaire = la liberté de fixation du salaire, après négociation des parties. 3 limites :

* **L’interdiction de verser une rémunération inférieure au SMIC** (salaire minimum interprofessionnel de croissance). SMIC = garantie au salariés quelque soit leurs secteurs d’activité un salaire horaire minimum dit social qui constitue une garantie de leur pouvoir d’achat et une participation au développement économique de la nation. 2ble système de référence :
  + *Le premier indice* : indexé sur l’indice mensuel à la consommation des ménages urbains = si cet indice est augmenté d’au moins 2%, cet augmentation est automatiquement suivie d’un relèvement du SMIC.
  + *Le deuxième indice* : Il fait l’objet d’un examen annuel CAD que le gouvernement fixe par décret la nouvelle valeur du SMIC avec effet au premier janvier de chaque année en f° de l’évolution de l’économie et de la conjoncture.
* Chercher le taux horaire du SMIC et le taux mensuel du SMIC.

Interdiction de verser une rémunération inférieure au SMIC qui s’applique quelque soit la rémunération pratiquée = c’est d’ordre public.

* **Le respect des minimas conventionnels** : chaque année, les employeurs ont l’O° de procéder à une revalorisation des salaires au niveau de l’entreprise ou au niveau de la branche. Les conventions ou accord collectifs déterminent une classification des emplois et fixent pour chacun d’eux une rémunération minimale dite conventionnelle qui devra ê respecté au début puis en cours d’exécution du contrat de W.
* **L’interdiction des D°  et le respect de l’égalité de traitement : Ce sont deux notions différentes** :
  + *L’interdiction des D°* = Il est interdit à un employeur de fixer le salaire ou un élément du salaire en considération de l’un des motifs discriminatoires ; il faut démontrer qu’un motif D existe. En matière de salaire, la + fréquente des D° est celle fondée sur le sexe : Une clause ne peut réserver un bénéfice à un ou plusieurs salariés en raison de leur sexe.
  + *Egalité de traitement* = La manifestation du principe dégagé par la JP dans un arrêt **CC°, 29 octobre 1996** : A W égal, un salaire égal. Ce principe ne se réserve pas au clivage homme/femme. Cela oblige l’employeur d’assurer une égalité de rémunération entre les salariés effectuant un même W ou un W de valeur égale dès lors que les salariés sont placés dans une situation identique : même ancienneté, même qualification, même formation. Il appartiendra au juge de déterminer si ces deux salariés sont dans une situation identique SINON écart de rémunération qui se justifiera. **Arrêt Ponsolle** a consacré la notion. L’employeur doit justifier de manière objective et pertinente que les salariés occupés aux mêmes f° perçoivent des rémunérations distinctes = critères objectifs matériellement vérifiables. *Quelles sont ces raisons ?*:
    - La nature, la valeur ou la qualité du W fourni. La grande difficulté pour l’employeur : démontrer la qualité de ce W fourni : Souvent, cette qualité va être établie par l’entretien d’évaluation. Ex : **CC°, 19 octobre 2011** : Comédien de la comédie française qui avait une rémunération supérieure. Pour les juges : justifié par la qualité, l’expérience et la notoriété en question.
    - L’ancienneté ou l’expérience acquise : **CC°, novembre 2006** ;
    - Le diplôme : s’il atteste de connaissances utiles à l’emploi occupé ; la différence de parcours professionnel.
    - Le lieu de W différent quand le coût de la vie est plus élevée. Appl° de cette règle : **CC°, 14 septembre 2016** : dans une entreprise, il avait été constaté que la rémunération était + importante pour des établissements d’Ile-de-France contrairement à celle de Douai. OK CAR en IDF, niveau de vie qui est plus élevé.

Ne saurait justifier une différence de traitement : la seule classification prévue par la conv° collective, la seule appartenance à des établissements distincts, la nature juridique des contrats : Ex : Le CDD, le temps partiel, certains contrats aidés, la date d’embauche…

Le périmètre de cette égalité : s’applique à tous les éléments de rémunération : les avantages en nature, les primes ; s’applique stricto sensu au sein de l’entreprise CAD que tous les établissements de l’entreprise sont tenus à l’égalité de traitement MAIS, a contrario, un groupe d’entreprises ne constitue pas un périmètre de comparaison entre les salariés. Seuls les salariés présents au même moment dans l’entreprise peuvent comparer leur rémunération respective.

*Quelle est la sanction en cas du non-respect de cette égalité de traitement ?* Le juge attribuera par réfaction au contrat un avantage identique ce qui se traduit par l’attribution de l’avantage sollicité par le salarié : **Arrêt Ponsolle** qui consacre cette solution.

Le régime de preuve de l’égalité de traitement : aménagé, dérogatoire comme en matière de D°, cela va être une preuve partagée : Le salarié devra produire des éléments de nature à établir la rupture de l’égalité puis, à l’employeur de rapporter la preuve que l’écart de rémunération se justifie par des critères objectifs matériellement vérifiables.

1. **Le paiement du salaire.**

**L’accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977** qui régit le paiement du salaire mensuel, forfaitaire pour les salariés d’un certain nombre de secteurs tel que celui du commerce, de l’industrie, de l’agriculture, des professions libérales….etc ; sans considération du temps de W réellement accompli au cours de ce mois CPDT si heures supplémentaires, le salarié aura le droit au versement des heures supérieures au-delà de 35h.

Il peut être réglé en espèce jusqu’à 1500€ : au-delà, cela doit se faire par virement ou par chèque. La charge de la preuve du paiement du salaire incombe à l’employeur. L’article L 3243-2 du CDT prévoit que quand l’employeur verse le salaire, il doit remettre au salarié un bulletin de paie comportant un certain nombre de mentions obligatoires, doit le lui faire parvenir par tout moyen. Remise du salaire qui ne vaut pas preuve du paiement : employeur qui devra démontrer qu’un virement a été effectué sur le compte du salarié. Inversement, si on lui remet son bulletin du salaire et que ce dernier l’accepte, cela ne veut pas renonciation à en contester les montants. Depuis la **loi du 14 juin 2013**, l’action en paiement des salaires se prescrit par 3 ans ou non plus 5 ans.

Compte tenu de son caractère alimentaire, le salaire est protégé contre les saisies que les créanciers du salarié peuvent pratiquer entre les mains de l’employeur CAR seule une partie du salaire est saisissable ou cessible. En toutes hypothèses, l’employeur devra laisser au moins au salarié l’équivalent du RSA.

En cas d’ouverture d’une procédure collective de l’entreprise (redressement ou liquidation judiciaire) une assurance prend en charge le règlement des dettes des employeurs : L’AGS, qui est un fonds auquel cotisent les employeurs et les salariés.

1. **La participation du salarié aux activités de l’entreprise.**

= l’épargne salariale : un ensemble de dispositifs dont l’objectif est d’associer les salariés aux résultats de leur entreprise et de favoriser l’épargne collective et le développement des investissements de l’entreprise. Distincte du salaire, la participation financière fait partie de la politique de la rémunération globale de l’entreprise : concerne tous les salariés de l’entreprise MAIS les sommes qui en sont issues n’ont pas le caractère de rémunération.

Les dispositifs de la participation :

* La participation est obligatoire dans les établissements de + de 50 salariés
* L’intéressement : pas obligatoire ;
* Le PEE : plan épargne d’entreprise, pas obligatoire ;
* PERCO : plan d’épargne pour la retraite collective.

Participation qui consiste à attribuer au salarié une fraction du bénéfice réalisé par l’entreprise : méthode de calcul. Jusqu’à la loi de 2008, sommes bloquées pendant 5 ans avec des exceptions en cas de déblocage anticipé. A compter de la loi de 2008, chaque salarié peut demander le versement de tout ou partie des sommes correspondantes, demande pouvant être présentée à l’occasion de chaque versement.

Il y a l’intéressement qui est un dispositif facultatif, plus pratiqué CAR règles plus souples : employeur qui pourra décider de faire cela. Permet au salarié de bénéficier des résultats de l’entreprise.

**Section 3 : Le rythme du W.**

1. **Le temps de W.**
2. **Le temps de W effectif.**

= Temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l’employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles.

Bouleversement du règlement des durées de W avec la loi Aubri de 2000, on se pose encore une q° : règles concernant la durée du W et celles concernant la rémunération de W.

La loi instaure un partage de preuve : l’employeur fourni au juge des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Aux vues de ces éléments et de ceux fournis par le salarié aux vues de sa demande, le juge va former sa conviction. En cas de besoin, pourra ordonner toutes mesures d’instruction qu’il estime utile. Ce partage de preuve connait quelques exceptions : il est exclu dans un domaine précis : celui du dépassement des durées maximales de travail : c’est à l’employeur seul de démontrer qu’il a respecté les durées maximales du temps de W : **Cass. Soc., 14 décembre 2016** : Preuve de l’employeur concernant les temps de repos.

Temps de W effectif articulé naturellement autour de l’autorité de l’employeur et de la subordination juridique.

Dès lors que le temps pendant lequel le salarié n’est pas à la disposition de l’employeur, peut vaquer à ses occupations, on peut considérer qu’il ne s’agit pas de temps de W effectif. Parfois, il sera rémunérer pendant ce temps.

* *L’astreinte.*

Grosse modification légale et JP récente.

Temps d’astreinte : article 3121-5 du CDT : temps pendant lequel le salarié qui, sans ê tenu de rester à la disposition permanente et immédiate de l’employeur, a l’O° de demeurer à son domicile ou à proximité afin d’ê en mesure d’intervenir à tout moment pour accomplir une intervention au profit de l’entreprise.

La loi W du 8 août 2016 a supprimé la nécessité d’être au domicile ou à proximité du domicile pour intervenir 🡪 ce n’est plus exigé.

Il va falloir distinguer 2 temps dans l’astreinte :

* Temps d’attente = pas du temps effectif. Temps d’astreinte qui doit donner lieu à une compensation, soit financière, soit en temps de repos.
* Temps d’intervention sur le lieu de W = temps effectif.

Dans les faits, il faudra vérifier si pendant ce temps, le salarié peut vaquer à ses occupations perso. S’il ne peut pas le faire, c’est du temps effectif. **Cass. Soc., 9 novembre 2010** : salarié qui était un gardien de nuit, exerçait tant de jour que de nuit les fonctions qu’il occupait de jour : il ne pouvait vaquer à ses O° personnelles ⬄ temps de W effectif.

L’employeur est tenu d’une programmation individuelle des périodes d’astreinte et elles doivent ê portées à la connaissance de chaque salarié 15j à l’avance SAUF circonstances exceptionnelles où ces 15j peuvent ê ramenées à 1j franc. La loi W précise que ce délai de 15j peut ê fixé à moins MAIS doit ê fixé par accord collectif.

**Cass. Soc., 8 septembre 2016** : astreinte qui doit ê fixée par l’employeur. Elle ne peut ê mise en place de la seule initiative des salariés.

*Un salarié peut-il refuser de s’y soumettre ?* NON : à partir du moment où l’employeur à respecter les conditions de mise en place de l’astreinte prévu par un accord collectif, le salarié qui refuse de s’y soumettre commet une faute grave : **Cass. Soc., 16 décembre 1998**.

**Cass. Soc., 10 février 1993** : même solution si c’est un contrat de W qui prévoyait l’astreinte.

Si l’employeur respecte le délai pour modifier le planning, le salarié doit s’y soumettre.

Si le contrat de W ne le prévoit pas, ni aucune conv° coll, parfois, la mise en place de l’A pourra nécessiter l’accord du salarié : **Cass. Soc., 31 mai 2000**. MAIS si l’A est une sujétion liée à la fonction du salarié et que le titulaire de cette f° s’y est systématiquement soumis, sa suppression pour l’employeur ne constitue pas une modification du contrat de W (…) : **Cass. Soc., 15 décembre 2004**.

A partir du moment où le salarié est appelé : temps de W effectif déclenché.

* *Le temps d’habillage et de déshabillage.*

Sauf si la convention collective, le contrat de W, un usage ou l’accord d’entreprise en disposent autrement (= appl° du principe de faveur), ce temps de W n’est pas du temps de W effectif MAIS une contrepartie en repos ou financière devra ê prévue SI le salarié doit porter une tenue obligatoire et s’il doit se vêtir sur son lieu de W.

La loi W précise que l’employeur pourra, par accord collectif ou dans le contrat de W, prévoir que ce temps d’habillage sera assimilé à du temps de W effectif.

* *Le temps de déplacement.*

La durée du déplacement professionnel nécessaire du domicile pour se rendre du lieu d’exécution du W ne constitue pas du temps de W effectif. MAIS, si ce temps de déplacement excède le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel du W du salarié, l’employeur doit verser une c/partie au salarié : financière ou sous forme de repos.

Cette c/ partie : fixée par accord collectif ou engagement unilatéral : article L 3121-4 du CDT.

En revanche, le déplacement entre deux lieux de W est assimilé à du temps de W effectif. Ex : un salarié qui quitte son domicile pour aller chercher du matériel à l’entreprise (= lieu de W) puis va sur le chantier : dès lors qu’il est dans l’entreprise = temps de W effectif.

Entre le domicile et le lieu de W : Exception : **CJUE, 10 décembre 2015** : pour les salariés itinérants (= n’ont pas de lieu de W fixe, travaillent partout : Ex : les commerciaux), les déplacements que ces derniers effectuent entre le domicile et les sites du 1er et dernier client constituent du temps de W effectif.

Exemple d’un arrêt : Un voyage d’accompagnement des clients sans caractère obligatoire (accompagné de son conjoint et pouvait vaquer à ses occupations par moment) ne constituait pas du temps de W effectif.

Les temps de repas et de restauration ne constituent pas du temps de W effectif SAUF si le salarié ne peut pas vaquer à ses O° personnelles.

1. **Les heures supplémentaires et les durées maximales du temps de W.**

Toute heure effectuée au-delà de 35h de temps de W effectif / semaine, civile (du lundi à 00h au dimanche à 24h) constitue une heure supplémentaire qui doit faire l’objet de majoration salariale : la Loi fixe les majorations pour heures supplémentaires : les 8 premières heures supplémentaires sont majorées à 25% entre la 36ème et la 43ème heure et à partir de la 9ème heure : taux horaire majoré fixé à 50%.

La loi W permet de déroger à la majoration légale par accord d’entreprise ou, à défaut, par accord de branche sans que cette majoration soit inférieure à 10%. Accord d’entreprise qui pourra déroger à l’accord de branche si majoritaire.

Un accord d’entreprise ou, à défaut un accord de branche, pourra retenir comme période de décompte des heures supplémentaires : 7j consécutifs.

Principe = les heures supplémentaires doivent être payées sous forme de majoration financière MAIS elles pourront également être composées sous forme d’attribution de jours de repos ⬄ent si la convention ou l’accord collectif le prévoit ou si l’employeur le met en place unilatéralement = **repos compensateur de remplacement**. Ce repos doit être majoré (comme les heures supp) : Ex : une heure supplémentaire de fait va donner lieu à 1h de repos : MAIS majorée CAD 1h15.

La Loi fixe un contingent d’heure supp par an et par salarié : Le contingent légal est de 220 par heure et par salarié. Certaines conventions de branche ou accord de branche fixe un contingent en deçà de cela; Quand dépassé, il ouvre le droit à la contrepartie obligatoire en repos : ne se confond pas avec le repos compensateur de repos = repos qui va être de 50% pour les entreprises de – de 20 salariés & de 100% pour les entreprises de + de 20 salariés.

Q° = savoir si le salarié peut s’opposer à la demande de l’employeur de faire des heures supp : dès lors qu’elles sont régulièrement sollicitées par l’employeur, les salariés ne peuvent pas refuser d’accomplir des heures supplémentaires : **Cass. Soc., 8 décembre 1988**. CAR c’est un attribut du pouvoir de direction de l’employeur. Inversement, elles ne constituent pas un droit acquis autorisant le salarié à en exiger l’exécution SAUF si l’employeur s’y est engagé : **Cass. Soc., 10 octobre 2012**.

* Durées max du temps de W.

Elles vont exister à 2 niveaux :

* *Journalier*: un salarié ne peut pas ê occupé plus de 10h par jour dans le cadre d’une journée civile comprise entre 00h et 24h. Un salarié ne peut ê occupé selon une amplitude horaire supérieure à 13h sur une même journée amplitude : amplitude = le nombre d’heures comprises entre le commencement et la fin de la journée du salarié DONC comprenant les heures de pause.
* *Hebdomadaire*: Au cours d’une même semaine, le salarié ne peut pas excéder 48h. En cas de circonstances exceptionnelles, il est possible de déroger à cette limite sans pouvoir porter la durée du W à + de 60h par semaine : il faut préalablement l’autorisation de l’inspection du W. Cette durée calculée sur une période de 12 semaines consécutives ne peut dépasser 44h SAUF dérogation prévue par accord de branche ou accord d’entreprise ou après inspection du W : 46h maximum. + avis des IRP.

1. **L’organisation du temps de W.**

Organisation classique = 35h par semaine.

Horaire collectif s’appliquant à l’ensemble du personnel ou horaire individualisé + flexible CAR autorise le salarié à organiser son temps de W à l’intérieur de plages horaires fixes correspondant à des périodes de présence obligatoire et des plages mobiles où la présence du salarié est facultative.

Horaire collectif qui doit ê affiché dans l’entreprise.

* *Les différentes formes d’aménagement du temps de W.*

Avant la loi du 20 août 2008, le législateur avait prévu plusieurs formes d’aménagements du temps de W :

* **Le cycle** : permettant de faire varier la durée du temps de W sur des périodes déterminées ;
* **La modulation** : qui suppose des périodes de haute et basse activité ;
* **Les RTT = JRTT sur l’année** : attribution des jours de réduction du temps de W : permet à l’employeur de faire travailler le salarié au-delà de 35h 🡪 va ouvrir droit à des jours de RTT = JRTT.

= nécessité d’un accord collectif pour mettre en place cette organisation du temps de W.

Nouveau régime légal institué par la loi de 2008 : va notamment mettre en place une organisation du temps de W sur une période de 4 semaines ; à l’intérieur, la durée du temps de W peut varier d’une semaine à l’autre : employeur qui peut le faire unilatéralement = organisation du temps de W sur 4 semaines. Arrivé à la fin de 4 semaines, on regarde si le salarié a en moyenne travaillé 4 semaines.

Avantage : Peut se faire sans accord collectif = pas bcp le mettent en place.

Loi W : porte cette période à 9 semaines pour les entreprises de – de 50 salariés. Le déclenchement des heures supp : à la fin des 4 semaines. Dès lors qu’on dépasse 39h : déclenche heure supp === 2ble déclenchement.

Employeur qui peut, par accord collectif ou accord de branche, organiser la durée de W sur une durée supp : employeur qui peut organiser la durée du W comme il veut sur l’année.

La loi W porte cette durée : sur 3 ans.

A ces aménagements, il y a les conventions de forfait : l’employeur constate que le salarié fait régulièrement des heures supplémentaires, il va convenir avec lui une rémunération forfaitaire incluant un nombre déterminé d’heure supp sur la semaine, le mois ou l’année. Convention individuelle = signée avec chaque salarié ; doit ê écrite ; doit préciser le nombre d’heures convenues avec le salarié et doit prévoir une rémunération au moins aussi avantageuse que celle qui résulterait de la majoration des heures supp.

La loi Aubri II a créé le forfait jour : s’applique prioritairement pour les cadres et pour une catégorie de non cadre : durée du W va être exprimée en jour. Ils ont une réelle autonomie dans l’organisation de leur emploi du temps. Convention de forfait jour conclue entre salarié et employeur + accord collectif qui doit le prévoir. Forfait qui ne doit pas dépasser 218j sur une année. N’ont pas d’heures supp : durées max du temps de W pas applicable. MAIS temps de repos applicable.

1. **Le temps de repos.**
2. **Le repos hebdomadaire.**

2 principes posés par le CDT :

1er principe :

* L’attribution d’une journée de repos par semaine d’une durée minimale de 24h consécutives : il est interdit d’occuper un même salarié + de 6j par semaine ;
* 11h consécutives de repos quotidien.

== salarié qui doit avoir un repos hebdomadaire de 35h consécutives.

2ème ppe : Le principe du repos dominical = jour de repos, en ppe attribué le dimanche de 0 à 24h. Il y a des dérogations. La loi Macron de 2015 a instauré de nouvelles dérogations : Elle a créé de nouvelles dérogations (s’appliquent surtout à Paris) :

* Les zones internationales : Les établissements de vente à détail qui mettent à dispositions des services : zones déterminées par le Ministère du W, essentiellement situées dans certaines zones parisiennes ;
* Les zones de commerce à détail situées dans les gares : pas incluses dans une zone internationale : gares qui devront faire l’objet d’une influence exceptionnelle de passager.
* Dérogations de pleins droit : existent par nature et l’employeur n’a pas à demander l’autorisation auprès de l’adm° : Entreprises dont l’ouverture le dimanche est rendue nécessaire par les contraintes de son activité ou les besoins du public : fixé par décret. Ex : les hôpitaux, hôtels, cafés/resto, …etc. +++ Etablissements qui vendent les denrées alimentaires au détail: peuvent déroger jusqu’au dimanche 12h. == Loi Macron qui ajoute : en c/ partie, les salariés doivent bénéficier d’une journée supplémentaire par roulement ou par 15 semaines et si surface à 400mcarré ………… +++ zone touristique d‘influence exceptionnelle ou d’influence permanente.
* Dérogations individuelles : soumises à autorisation. Employeur qui doit demander l’autorisation. Autorisation préfectorale : employeur qui doit démontrer si le repos attribué le dimanche va porter préjudice au fonctionnement de l’établissement ou au public.

Les PUC : zone urbaine de + d’1 million d’habitant : autorisés à ouvrir le dimanche. Loi Macron : O° d’une négociation avec les partenaires sociaux. Grande nouveauté également : accord express du salarié qui doit ê recueilli concernant le W le dimanche.

* 5 fois / an au maximum, le maire peut autoriser les commerces de détail à déroger au repos hebdomadaire : liste des dimanches établie par arrêté municipal. Loi Macron qui a étendu ces 5 dimanche à 12. Seuls les salariés volontaires peuvent W le dimanche.

La violation des dispositions sur le repos dominical = infraction pénale : amende de 5ème classe (1500€) 🡪 Donne lieu à autant d’amende qu’il y a de personnes à travailler illégalement le dimanche.

Sur le plan civil, ouverture du dimanche pas respectée |=> Trouble manifestement illicite autorisant toute personne concernée à saisir le juge des référés pour faire cesser cela.

1. **Les jours fériés.**

Ne sont pas tous traités de la même façon : Jours fériés ordinaires/1er mai qui est spécifique.

* *Jours fériés ordinaires.*

Repos pas obligatoire SAUF pour les jeunes Wlleurs et les apprentis de – de 18 ans : si salarié sui travaille un jour ordinaire, il va percevoir son salaire sans majoration. En revanche, si ses jours sont chaumés dans l’entreprise (= dispense de Wller), ils n’auront pas de perte de salaire au cours du mois considéré : dans certaines conventions collectives ou accord d’entreprise 🡪 majoration de ces jours fériés.

* *Le 1er mai.*

Subi un traitement privilégié : il doit ê obligatoirement chaumé pour tous les travailleurs + doit être payé de façon particulière. Parfois, il y a des dérogations : salariés amenés à Wller le 1er mai : doivent donc percevoir le 2ble de leur salaire. Pas de liste des entreprises qui sont autorisées à le faire MAIS spécificité de leur activité qui leur interdit à fermer. Ex : hôpitaux, usines à feu continue, transport, hôtels, …etc.

1. **Les congés payés.**

* *Les conditions :*

Le salarié, qui au cours de l’année de référence, justifie avoir été occupé chez le même employeur pendant un temps minimum d’un mois effectif, a le droit à un jour de congé. 1er juin – 31 mai de l’année d’après = période de référence MAIS accord d’entreprise ou de branche qui peut prévoir une période d’acquisition différente : Ex : année civile.

* *La durée :*

Durée légale : 2,5 jours ouvrables/mois sans pouvoir excéder 30j. j ouvrable = du lundi au samedi inclus : exception du dimanche et jours fériés. Durée des congés pas liée au temps de W : Wlleur à temps partiel qui aura les mêmes jours de congés qu’un salarié à temps plein.

* *La prise de congé.*

Avant la Loi W, salarié qui ne pouvait bénéficier de ses jours de congé qu’à compter du 1er juin de l’année d’après. A partir de cette loi : peuvent ê pris dès l’embauche et non plus dès l’ouverture des droits.

La période de congé, à défaut de dispo conventionnelles, comprend (…). La période de prise des congés doit ê portée à la connaissance du personnel au moins X j (…)

Il faut distinguer la période de prise des congés de la période des départs des congés : à la connaissance des salariés 1 mois avant.

La durée des congés prises en une seule fois ne peut excéder 24j.

* *La rémunération des congés.*

2 méthodes pour déterminer le salaire qui doit ê versé :

* *La règle du 10ème*: Calculer le total de la rémunération perçu par le salarié au cours de la période de référence : 1er juin au 31 mai de l’année d’après. On verse 10% (…)
* *Le maintien pure et simple de la rémunération du salarié* : comme s’il avait normalement travaillé pendant ses jours de congés : perçoit un salaire brut + majoration si heures supp.

Calcul de cette 2ble méthode : retient la méthode la + favorable au salarié.

Le principe = les congés payés se prennent CAD que l’employeur doit donner la possibilité au salarié de les prendre. Fautif s’il ne laisse pas cette possibilité. Il y aura des cas où le salarié ne pourra pas les prendre : s’il démissionne ou s’il est licencié avant la période de prise des congés : il ne les perd pas MAIS, exceptionnellement, il perçoit une indemnité compensatrice de congé payé = exception.

Si le salarié a trop de W, ne peut pas prendre de congé = employeur qui doit lui permettre de prendre des congés. Employeur qui doit assurer le maintien de la santé et de la sécurité de résultat du salarié.

1. **Le temps partiel.**

Un salarié est à temps partiel dès lors que sa durée de W est inférieure à 35h ou la durée conventionnelle pratiquée dans l’entreprise.

Loi de sécurisation de l’emploi du 14 juin 2013 : venue modifier le temps partiel.

1. **Les conditions du recours à temps partiel.**

X2 : de fond ; de forme.

* **Conditions de fond.**

Négociation collective = voie normale de l’instauration du temps partiel. A défaut de présence syndicale, employeur qui pourra mettre en place cela unilatéralement.

S’il décide de recourir au temps partiel, il existe au profit de ses salariés une priorité au profit de ces salariés de l’entreprise CAD qu’ils ont une priorité aux emplois à temps pleins/temps partiel.

Il y a une reconnaissance d’un droit au W à temps partiel dans les lois Aubri : le salarié peut formuler une demande de temps partiel. Seuls 2 motifs peuvent ê invoqués pour refuser la requête du salarié : aucun emploi disponible de la catégorie du salarié OU organisation du temps partiel qui aurait des conséquences préjudiciables sur la production et la bonne marche de l’entreprise.

* **Conditions de forme.**

Le contrat à temps partiel doit ê passé par écrit : article L 3123-14 du CDT.

Doit mentionner la durée hebdo/mensuelle du travail, sa répartition entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, les conditions de la modification éventuelle de sa répartition et les limites pour l’accomplissement d’h complémentaires et les modalités selon lesquelles les horaires de W sont communiqués par écrit.

Si pas d’écrit, le contrat de W est présumé conclue à temps complet. L’employeur pourra toujours démontrer la preuve de la durée exacte du W et aussi de la répartition sur la semaine ou le mois.

JP exigeante : il faut que l’employeur apporte la preuve de la durée exacte du W : Cass. Soc., (…)

Doit démontrer que le salarié n’était pas placé dans l’impossibilité de savoir à quel rythme il devait travailler. Et démontrer qu’il n’était pas constamment à la disposition de l’employeur.

Nouvel article L 3123-14-1 du CDT : instauré une durée minimale du temps de W : 24h/par semaine. Exceptions :

* Pour les étudiants de – de 26 ans, employeur pas tenu de leur proposer un contrat d’au moins de 24h.
* En cas de demande écrite du salarié, pour faire face à des contraintes personnelles particulières ou pour lui permettre d’accumuler plusieurs activités afin d’atteindre une durée globale d’un temps plein ou 24h.

Accord de branche ou convention qui le prévoit.

Autre cas de dérogation : CDD de moins de 8j & les CDD au W temporaire pour remplacer un autre salarié.

Les horaires des salariés à temps partiel ne peuvent comporter au cours d’une même journée + d’une interruption d’activité : de + de 2h SAUF accord de branche. Si dispositions pas respectées : ouvre au salarié le droit à réparation.

1. **Le régime.**

Le régime des heures complémentaires : Le temps partiel suppose que l’on raisonne sur la base d’un horaire hebdomadaire. A la demande de l’employeur le salarié à TP peut ê amené à aller au-delà de cette durée hebdo : salarié qui est amené à faire des h complémentaires : délai de prévenance de 3j. Si pas respecté : salarié qui est en droit de refuser les heures complémentaires. Inversement, SI délai de prévenance respecté, salarié qui ne peut pas refuser les h complémentaires.

Dans ces h compl : employeur tenu à des limites : x2 :

* Le nbre d’h compl ne peut être supp à 1/10 de la durée du W prévue au contrat. Portée à 1/3 de la durée si l’accord d’entreprise ou de branche le prévoit.
* Dans tous les cas figure, le salarié ne peut pas travailler par le jeu des h compl : 35h SINON requalification du temps de W à temps complet.

SI, régulièrement, le salarié est amené à faire un certain nbre d’h compl qui va faire que sa durée du est modifiée et qu’on augmente régulièrement sa durée du W ⬄ augmentation de sa durée du W qui nécessite l’accord express du salarié. **Cass. Soc., 12 juillet 2010** : si le salarié, par avenant, s’est vu augmenter sa durée de W pour la fixer à temps plein, contrat de W pas exécuté loyalement, temps de W qui doit ê requalifié à temps plein, ouvrant le droit à des h supp et à des DI pour le salarié.

La loi de sécurisation de l’emploi l’autorise mais dans des limites : il faut que l’accord de branche le prévoit, va permettre de régulariser et d’augmenter temporairement la durée de W du salarié, 8 avenants/ an et pour 8 salariés et h compl qui doivent ê rémunérées.

Les majorations des h compl ont été modifiées : majorées de 10% dès la première h. Au-delà de 10%, on passe à 25% majorées.

L’employeur pourra modifier la répartition du temps de W MAIS à la condition de respecter un délai de prévenance de 7j. Le contrat devra prévoir les cas de modification de répartition. Si le salarié s’oppose à cette modification, il sera fautif.

Le temps partiel existe aussi pour raisons familiales CAD pour l’essentiel pour le congé parental à temps partiel. Les salariés pourront demander la possibilité de bénéficier de la réduction du temps W pour les besoins de vie de famille. = accord de l’employeur.