

### Introduction

Le droit du travail et le droit social ce n'est pas la même chose. Le droit social c'est beaucoup plus large et le droit du travail est une partie du droit social.

Dans le droit social il y'a aussi le droit de la protection sociale et le droit de la protection sociale c'est aussi le droit de la sécurité sociale. Le droit social est une partie importante du droit.

*Qu'est ce que c'est le droit du travail ?*

Le droit du travail régit les rapports juridiques entre les employeurs et les salariés c'est à dire ceux qui travaillent pour les premiers et ces rapports sont aussi bien individuels que collectifs.

Le droit du travail est une discipline, pendant longtemps c'était une discipline mineure, mais depuis la libération, le droit du travail a pris une ampleur au point que maintenant, personne ne peut plus l'ignorer.

Par exemple, un chef d'entreprise ne peut en aucun cas ignorer le droit du travail tout comme les magistrats puisque la grande partie du contentieux est aujourd'hui d'origine sociale, ainsi que les salariés et même ceux qui travail en CDD.

Le droit du travail est devenu **important** mais également **tentaculaire** dans la mesure où les textes augmentent quantitativement, le code du travail est devenu énorme.

#### ○ **Les origines historiques**

Le droit du travail est né du régime capitaliste qui avait besoin de main d'œuvre, et c'est donc à travers les luttes ouvrières que s'élabore les premières grandes lois sociales donc au départ, le droit du travail est finalement l'expression des revendications des travailleurs contre les exigences d'une économie qui est fondée sur l'entreprise privée et sur la notion de profit.

#### ○ **Le travailleur indépendant**

Celui qui travaille pour son propre compte sans recourir aux services d'autrui s'appelle un **travailleur indépendant** et il échappe à l'emprise du droit du travail.

Par exemple quand on parlera de temps de travail cela ne s'applique pas au travailleur indépendant. Le droit du travail ne s'applique qu'au travailleur salarié. Le rapport juridique n'existe que quand on travaille pour autrui.

Travailler pour autrui cela veut dire qu'on a un salaire et qu'on se place sous l'autorité de celui qui emploie, ce qui signifie qu'une relation juridique s'installe entre celui qui donne un emploi c'est à dire l'employeur et celui qui exécute les ordres qu'on appelle le salarié.

#### ○ **Les risques sociaux**

Le droit du travail va également au-delà de ces simples rapports de travail en effet, pendant longtemps la garantie des salariés contre les risques sociaux faisaient partie du droit du travail.

Ce n'est que **depuis 1945** que le droit du travail c'est détaché du droit de la sécurité sociale mais il y a quand même des rapprochements et notamment le domaine des accidents de travail. On est là à la frontière entre le droit du travail et celui de la sécurité sociale.

Le risque c'est l'aléa de la vie. Ces risques deviennent des risques sociaux lorsque la société les prend en charges. La prise en charge par la collectivité des risques sociaux est très récente.

La **pauvreté** est un risque ancien mais il est devenue un **risque sociale depuis 1988** par l'instauration de l'ancien **RMI** remplacé par le **RSA**. Ce système de redistribution des ressources aux personnes dans le besoin n'a pas toujours existé, elle n'est apparue qu'en **1945**.

### ○ Les systèmes contre les risques sociaux

Le plus vieux système humain pour se prévenir devant les risques sociaux c'est l'**épargne**, on met de côté pour les mauvais jours mais ce n'était plus vivable puisque l'épargne est facultative.

L'**entraide** ou encore la **charité** est également un système important face à ces risques sociaux mais dans notre système actuel ce n'est pas suffisant. De plus la **solidarité familiale** à l'heure actuelle n'est plus aussi présente même si l'obligation alimentaire dans la famille reste inchangée depuis 2 siècles.

Il existe donc un troisième système qui est l'**assurance**. *Est-ce que le système assurantiel pur est satisfaisant ?*

Non car tous le monde n'a pas la possibilité de souscrire une assurance. Il existe dans tous les systèmes d'assurance privé, une corrélation entre la vulnérabilité et le coût réclamé par l'assurance. L'assurance purement privé ne peut pas non plus être une réponse à la prise en charge de risque sociaux.

C'est la raison pour laquelle les États modernes avec un système économique développé ont tous créés des systèmes de prise en charge des risques sociaux qui reposent sur deux principes :

- l'assurance
- une technique de solidarité.

Selon les états à économie plus ou moins libérale, l'assurance aura plus d'importance que la solidarité.

### ○ Le travail dans le secteur public

Cette précision concerne le domaine du droit du travail et notamment la question du droit du travail du secteur public. Le droit du travail ne s'applique pas entre l'état et les fonctionnaires pour une raison très simple, ces relations sont régies par un statut qui est celui de la fonction publique. Il s'applique dans tous les cas où les agents travaillent dans des établissements industriels et commerciaux et surtout, le conseil d'état impose le respect d'un certain nombre de principes généraux qui sont issus du droit du travail.

Par exemple, le droit de grève ne s'applique pas de la même façon entre le salarié et le fonctionnaire mais il y a quand même des dispositions communes.

### ○ Les relations dans le travail

Les **relations individuelles** se sont celles qui sont **contractuelles** et qui sont établies entre chaque salariés et chaque employeurs.

A l'inverse les **relations collectives** s'établissent dans le cadre de l'entreprise, l'idée étant que le personnel constitue une collectivité qui est représentée par un certain nombre d'institutions représentatives du personnel.

La grève généralement est considérée dans les relations collectives du travail car on ne peut pas faire grève seul, même si le droit de grève appartient individuellement à chaque salarié.

### ○ **La protection du salarié et les lois importantes**

Le droit du travail s'est développé autour d'une finalité essentielle, **la protection du salarié** autrement dit, protéger le salarié de l'employeur, protéger le faible contre le fort.

C'est important car pour l'essentiel des salariés, le salaire est le seul moyen de subsistance.

A l'époque du code civil, il existe très peu de textes, parce qu'on considère que les relations de travail doivent être laissées au jeu de la liberté contractuelle or on sait que ça aboutit à la grande misère ouvrière largement décrite par les romanciers de la deuxième moitié du XIX siècle.

On a par exemple à cette époque **le livret ouvrier** qui permet de contrôler les ouvriers. Ils sont obligés de l'avoir et si ce n'est pas le cas, ils sont considérés comme des vagabonds. Il y avait un article du code civil qui posait le principe selon lequel le maître est cru sur son affirmation pour ce qui concerne les gages. Cette absence de protection juridique va aboutir sur la grande misère ouvrière du 19<sup>ème</sup> siècle, avec son lot de maladies, de malnutrition, d'accidents (machinisme), le travail des enfants qui aboutit à une difficulté pour l'armée à recruter des jeunes en bonne santé dans les villes.

De ce constat vont naître les premières grandes lois visant à protéger la main-d'œuvre :

- comme **la loi du 11 mars 1841** qui abolit le travail pour les enfants de moins de 8 ans et pour les autres le temps de travail est limité. Cette loi a été combattue par les ultra-libéraux.
- Une **loi de 1892** sur le travail de femmes et des enfants va interdire le travail des enfants et interdire les travaux pénibles aux femmes.
- Une loi du **9 avril 1898**, loi sur l'indemnisation des accidents de travail.

Au début des années 1900 un certain nombre de lois réduisent le temps de travail pour l'amener à 10h par jour jusqu'aux **accords de Matignon en 1936** qui vont véritablement être une avancée sociale. Ces accords reconnaissent les délégués du personnel, les employés seront représentés dans l'entreprise, ils instituent également la semaine de 40h et puis les premiers congés payés.

Autre temps fort, c'est **mai 1968** qui commence avec des grèves et manifestations étudiantes et qui vont conduire à la résurgence de certaines idéologies : les **idéologies marxiste, trotskiste et maoïste**. On assiste en mai 68 à une vague de grèves sans précédent qui va conduire **aux accords de GRENEL du 27 mai 1968**, ils se proposent de mettre fin à la vague de grève. Ils vont prévoir une augmentation des salaires (de 33% du SMIC) et surtout les accords vont reconnaître pour la première fois les syndicats dans l'entreprise.

L'apogée du droit du travail ce sont les années 1980 avec les lois de **1982, les lois AUROUX** qui réécrivent un certain nombre d'articles du code du travail. Ce sont celles-ci qui vont réduire la durée du temps de travail, qui ont instauré le droit d'expression des salariés, créer ce qu'on appelle à l'époque le CHSCT (comité hygiène et sécurité des conditions de travail), ont créé le droit de retrait des salariés en cas de danger graves et imminent.

Donc ces lois AUROUX constituent l'apogée du droit du travail au sens d'un droit du travail qui se veut de plus en plus protecteur des salariés. Mais depuis 1982, on assiste plutôt à un effritement des protections qui

est du à un chômage de masse. En effet, depuis une quarantaine d'année sur le marché du travail, on assiste à un rapport de force qui est défavorable au salarié. Il y a beaucoup de mains d'œuvre mais peu d'emplois.

On peut citer quelques exemples de cet effritement à travers certaines régressions comme par exemple l'abrogation de l'autorisation administrative pour faire un licenciement économique ou encore un recours de plus en plus fréquent et facile au CDD depuis une trentaine d'années.

Les textes facilitent ce recours au CDD, la répartition du temps de travail qui peut s'opérer non pas sur la semaine mais sur l'année (certaines semaines les salariés vont travailler très peu et parfois beaucoup plus), le but étant d'adapter la mains d'œuvre au fluctuation d'activité de l'entreprise et, tous cela aboutit a une tendance qu'on appelle **la flexibilité**. La main d'œuvre doit être flexible, même si on camoufle ces lois sous des titre ronflants.

Flexibilité c'est le maitre mot, on assiste actuellement a un phénomène de précarisation de l'emploi.

Exemple : le développement du travail temporaire, des CDD, la multiplication des emplois atypiques et même la disparition d'un contrat de travail au profit des contrats d'entreprise (exemple de domaine où on a recours la sous traitance: la sécurité, le ménage, la restauration...etc).

Externalisation d'un certain nombre d'activités qui sont considérées comme des activités annexes de l'entreprise. On a de plus en plus de salariés qui participent à l'activité de l'entreprise mais qui ne sont pas des salariés de l'entreprise, mais de prestataires extérieurs qui offrent moins de sécurité. Quand l'entreprise peut faire travailler des gens mais sans leur donner la qualité de salarié c'est le jackpot.

Exemple: les livreurs Uber eat ont un contrat d'entreprise et donc ne sont pas salarié et par conséquent il ne sont pas assurés en cas d'accident de travail.

A cet égard on peut véritablement parler du droit du travail.

Le rapport du droit du travail avec l'économie.

On considère que le droit du travail Français est trop protecteur et, comme il est trop protecteur le droit du travail est souvent représenté comme un coût économique par conséquent il s'oppose a l'efficacité économique de l'entreprise.

Le raisonnement est simpliste on considère que les règles du droit du travail entraînent trop de coût pour l'entreprise.

Règles du droit travail qui montrent que cela représente un coût : les congés payés, le SMIC, les heures supplémentaires qui sont majorées, une multitude de règles d'hygiène et sécurité à respecter...etc et donc tous cela génèrent des coûts qui grève la compétitivité, d'où un phénomène qui n'est pas récent la délocalisation vers des pays avec un droit du travail peu protecteur voir inexistant.

Certes mais le droit du travail a aussi un intérêt en terme d'utilité économique, ainsi les normes d'hygiène et de sécurité par exemple permettent de préserver le capitale humain. Autre argument c'est de répondre que l'interdiction du travail des enfants c'est elle qui va permettre la scolarisation de ces enfants et va donc d'accroître la qualification du travailleur. On soutient même l'idée selon laquelle dans les pays où le travail des enfants est accepté, ces pays se cantonne au tache d'exécution faute de mains d'œuvre et donc il aubère l'avenir du pays. Les salaires et les annexes dû salaires qui sont obligatoires en france cela constitue une carotte pour insister les salarié à être plus productifs. Concernant le SMIC certes ça coute cher mais ça permet de réduire la pauvreté et, de soutenir la consommation. Enfin l'argument qui dis que les représentations collectives dans l'entreprise ça coûte cher cependant elles permettent souvent d'éviter des affrontements, des grèves et favorisent une certaines forme de paix sociale qui est indispensable au développement économique de l'entreprise.

En conclusion, il n'y a pas de corrélation entre une forte protection sociale et la faiblesse économique d'un pays par exemple l'Europe avec les économies du nord de l'Europe qui ont une protection forte mais non pas une économie fragile pour autant.

- **Les sources du droit du travail**

Les sources du droit du travail se sont bien sûr et d'abord, la loi et la jurisprudence mais ça ne suffit pas. Dans l'ordre mondial il y a des sources internationales notamment celles qu'on appelle les conventions de l'OIT mais ces conventions ne sont obligatoires en France que si elles sont ratifiées c'est la raison pour laquelle en 1998 l'OIT a décidé que les 8 conventions les plus importantes sont impératives pour tous les états membres même, si elles n'ont pas été ratifiées mais l'OIT n'a pas de pouvoir coercitif, cependant le juge français peut écarter une loi française qui serait contraire à une convention de l'OIT.

Il faut citer évidemment l'ordre européen, avec notamment 2 conventions, la charte sociale européenne, et la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

On remarquera aussi sur le droit européen, c'est que ce droit a beaucoup progressé en matière de protection des salariés mais uniquement dans certains domaines notamment en matière de lutte dans l'entreprise contre les discriminations de toutes natures ou encore, en matière de sécurité au travail. Mais dans le même temps la commission européenne réduit dans d'autres domaines les avantages salariaux comme par exemple dans l'arrêt Viking de 2007 qui porte une atteinte aux droits de grève.

Les sources nationales du droit du travail. C'est la loi qui détermine les principes fondamentaux en droit du travail, en 2007 et 2008 a eu lieu un long travail de recodification à droit constant du code du travail. Le problème ce sont les ordonnances car une habitude est prise chaque année il y a au moins une loi qui s'appelle « Loi portant diverses dispositions sociales », et on fait passer dans ces ordonnances avec des dispositions qui devraient relever de la loi.

La jurisprudence : on a une inflation jurisprudentielle. On ne peut en droit du travail vivre sur son acquis, la jurisprudence évolue sans cesse et au niveau organisationnel ce sont les conseils des prud'hommes les chambres sociales de la cour de cassation...etc

Les sources professionnelles elles comprennent ce qu'on appelle les accords collectifs, et puis les actes unilatéraux de l'employeur comme par exemple le règlement intérieur et les usages qui sont importants pour les entreprises. Pendant longtemps ces sources étaient marginales mais ces sources professionnelles ont vu leurs importances grandir au cours des années avec le retrait progressif de la puissance publique, c'est à dire une sorte de déréglementation, on réglemente moins le droit du travail, l'impact des protections légales se réduit et on assiste à une espèce « contractualisation » du droit du travail.

Cela entraîne des problèmes de lisibilité des lois et entraîne des inégalités entre les salariés.

La hiérarchie de ces normes professionnelles par rapport à la loi. pendant longtemps ça obéissait à l'ordre en pyramide.

- **La place des conventions et notamment des accords collectifs**

Un accord collectif c'est un acte normatif qui est négocié entre un employeur et une organisation syndicale en vue de fixer en commun des conditions de travail et des garanties sociales.

Pendant longtemps le système était simple la convention collective ne pouvait que créer des avantages supplémentaires à la loi mais depuis environ 20 ans d'abord le système s'est brouillé parce que de nombreuses négociations collectives ont lieu, sont encouragées avant l'adoption des lois et puis surtout il y a maintenant de nombreux cas où la convention collective peut écarter la loi pour placer les salariés dans des conditions moins favorables (le temps de travail par exemple).

La convention collective se conclut comme un contrat mais ces effets dépassent les effets d'un contrat en effet la convention collective s'applique à tous les salariés, des employeurs régis par cette convention collective qu'ils soient ou non membre d'une organisation syndicale signataire, c'est ce qu'on appelle l'effet erga omnes, et lorsqu'ils s'agit d'une convention collective étendue elle s'applique même à tous les employeurs d'une branche d'activité.

Il faut préciser qu'un accord collectif ne peut pas modifier les contrats de travail parce que le contrat résiste aux nouvelles normes qui seraient issues d'une nouvelle convention collective mais on assiste là encore à des exceptions croissantes comme par exemple avec la loi de 2013 dite loi de « sécurisation de l'emploi » qui favorise ce qu'on appelle les accords de mobilité internes et la loi permet expressément de suspendre les clauses contractuelles qui leur seraient plus favorables avec toutefois possibilité pour le salarié d'un droit au refus. (cependant avec les conséquences qui vont avec ce refus)

#### ○ **Les usages**

Ce sont les avantages qui sont octroyés aux salariés et qui peuvent se définir comme des pratiques qui sont consacrées par une répétition régulière même sur une courte durée mais qui sont tenues pour obligatoires par ceux qui s'y soumettent ou par ceux qui en bénéficient. On parle souvent des usages de l'entreprise, ou des usages d'entreprise et très souvent, on les assimile à des engagements unilatéraux de l'employeur.

Ex : Le 13<sup>ème</sup> mois dans une entreprise, si il est versé qu'une année ne devient pas un usage.

#### ○ **Les normes patronales/ les engagements unilatéraux de l'employeur**

Il s'agit du cas où l'employeur use de son pouvoir réglementaire d'une manière générale pour plusieurs salariés, voire tous les salariés, pour une durée indéterminée. Ces normes deviennent alors dans l'entreprise de véritables règles de droit.

Exemple : c'est le règlement intérieur dans l'entreprise.

Ce sont également les engagements unilatéraux que prend l'employeur.

Exemple : certaines primes salariales ou encore le 13<sup>ème</sup> mois.

*A quel moment une pratique quelconque dans l'entreprise devient un usage ?*

Cette pratique devient une telle norme dès lors qu'elle est constante, qu'elle est générale et qu'elle a fait naître ce qu'on appelle des attentes légitimes dans l'esprit des salariés.

*Quelle norme doit prévaloir en cas de pluralité de normes ? Si une même situation juridique peut être régie par des normes différentes, et si il y a des normes différentes laquelle applique-t-on ?*

L'élément de réponse historique qui prévaut encore largement, c'est le principe de l'application de la norme la plus favorable aux salariés qu'on appelle aussi le principe de faveur. Ce principe qui paraît simple, débouche sur deux sous-principes :

- Le conflit de normes : ce principe est réglé selon le principe de faveur et la cour de cassation l'applique assez régulièrement.
- Est-ce qu'une norme nouvelle peut déroger à une norme plus ancienne et surtout dans le sens ou la norme plus ancienne serait plus favorable ?

L'article L2251-1 du code du travail s'oppose à ce que le pouvoir réglementaire permette que des conventions collectives comportent des dispositions moins favorables. Le corollaire de ce principe c'est que a contrario, un accord collectif peut toujours comporter des dispositions plus favorables que celles des lois en vigueur.

Le droit du travail à un caractère d'ordre public et plus précisément d'ordre public social. C'est affirmé, une norme, y compris le contrat de travail, peut toujours être plus favorable qu'une norme de niveau supérieur et ne peut déroger que dans un sens plus favorable.

Par exemple, l'employeur peut accorder à l'employé une 6<sup>ième</sup> semaine de congés payés.

Ce principe s'applique-t-il au législateur ? Le conseil constitutionnel a jugé que le principe de faveur n'avait pas de valeur constitutionnelle, il fait simplement partie dans les principes fondamentaux du droit du travail. Et par conséquent, seul le législateur a le pouvoir de déterminer le contenu et la portée du principe de faveur.

Le législateur peut expressément prévoir, autoriser, une convention collective à être moins favorable que la loi.

Exemple : une loi du 4 mai 2004 est venue élargir les possibilités pour les accords collectifs de déroger dans un sens qui n'est pas nécessairement plus favorable à des dispositions conventionnelles de niveau supérieur voir à des dispositions légales. C'est un phénomène récent.

# **Titre 1 : Les relations individuelles de travail**

## **Chapitre 1 : Le contrat de travail**

### **Section 1 : La qualification de contrat de travail**

L'application du droit du travail dépend de la qualification de celui-ci.

La qualification ne dépend pas des parties en dernier ressort. Ce n'est pas parce que sur le contrat écrit est indiqué contrat de travail qu'il en s'agit d'un. Inversement, parce que le contrat n'est pas qualifié de contrat de travail qu'il n'en est pas un. En d'autres termes, le juge n'est jamais lié par la qualification que les parties ont donné au contrat.

Qu'est-ce un contrat de travail ? C'est d'abord un contrat, et par lequel une personne physique s'engage à exécuter un travail sous la subordination d'une personne physique ou morale en échange d'une rémunération.

C'est un contrat synallagmatique onéreux. De cette définition émerge trois notions clés :

- Une rémunération
- Un lien de subordination
- Un travail

Un contrat de travail réunit obligatoirement ces trois notions.

#### **§1. Un travail**

Le travail est entendu largement, c'est un travail quelque en soit la forme, c'est-à-dire, manuel, intellectuel, sportif, artistique... Toutes activités humaine mais avec et depuis les années 2000, des polémiques sur cette notion de travail, est-ce que le travail est nécessairement pénible ?

Quand on travaille on se s'amuse pas. Est-ce que le travail ça peut être amusant, ludique ?

La question s'est posée à propos des jeux télévisés. C'est dans les années 2000 qu'apparaissent les premières émissions de télé-réalité. Ces émissions font polémique, la première c'était LOFT STORY. Une société productrice de télévision avait argué que la participation à une émission de télé-réalité ne pouvait être considéré comme une prestation de travail car « les participants ne font que s'impliquer dans des relations interpersonnelles », autrement dit, la prestation c'est se laisser filmer dans son quotidien, dans son comportement personnel dans un lieu et dans un temps imposé par le cocontractant.

C'est allé jusqu'à la cour de cassation, l'un des premiers arrêts qui est de 2009 a été largement commenté : « je ne m'amuse pas, je travaille », et la cour de cassation a donné raison au participant d'émission en disant la chose suivante : « dès lors qu'elle est exécutée, non pas à titre d'activité privée mais dans un lien de subordination, pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique, l'activité, quelque qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exempte de pénibilité, est une prestation de travail soumise au droit du travail. ».

La solution a été étendue à d'autres jeux télévisés comme l'arrêt Koh Lanta, mais aussi un arrêt de 2013, arrêt l'île de la tentation. La cour de cassation a admis que ces participants bénéficiaient d'un véritable contrat de travail. La cour constate dit que « les participants sont véritablement dans un lien de subordination et il est caractérisé par l'existence d'une « bible ». ».

#### **§2. Une rémunération**



La rémunération est nécessaire quelque en soit le montant et la forme. C'est ce critère qui permet de distinguer entre la prestation de travail bénévole et le contrat de travail. En effet, le travailleur bénévole, c'est celui qui ne reçoit aucune rémunération sauf d'éventuels remboursement de frais.

En effet, le droit du travail s'applique même si il s'agit d'un travail très mal payé. Dans un arrêt d'espèce de 2010, la cour de cassation a même admis qu'il y avait contrat de travail dans le cas d'une salarié qui travaillait gratuitement dans l'espoir d'être embauché. Exceptionnellement, « c'est cet espoir de rémunération futur qui suffit à démontrer le caractère onéreux de la relation de travail », la cour de cassation l'a admis.

### **§3. Le lien de subordination**

#### **A/ Le principe d'un lien de subordination**

C'est la jurisprudence qui a défini le lien de subordination. Il est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. On retrouve dans ce lien trois pouvoirs qui sont inhérents à l'employeur qui sont :

- La direction
- Le contrôle
- La sanction

Et ce lien de subordination est qualifié par la cour de cassation d'inhérent au contrat de travail. Autrement dit, pas de lien de subordination, pas de contrat de travail. La qualification de contrat de travail dépend des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité.

L'état de subordination s'est donc la capacité pratique, réelle pour l'employeur de donner des ordres, de contrôler le travail et éventuellement de le sanctionner. La cour de cassation n'hésite pas à qualifier certains contrats lorsqu'ils s'avèrent en pratique que le lien de subordination est caractérisé, et c'est tout le sens d'un certain nombre d'arrêts très récents, c'est le fameux arrêt du 28 novembre 2018 à propos de la plateforme de livreur TAKE EAT EASY.

Dans cet arrêt le livreur contestait la qualification de ce contrat et estime qu'il s'agit d'un contrat de travail car il y a un travail, une rémunération et puis surtout, il existe un lien de subordination entre la plateforme et lui, il n'est pas réellement un travailleur indépendant car il est géo-localisé à tout instant et que cette géolocalisation peut aboutir à des sanctions si il n'empreinte pas littéraire le plus direct etc. La cour relève que ce système de géolocalisation qui permet en temps réel de suivre la position du livreur fait que le rôle de la plateforme ne se limite pas à mettre en relation le coursier, le client et le restaurant. En réalité, cette géolocalisation permet d'éventuelles sanctions car il y a un contrôle. Il y a donc un pouvoir de sanction et de contrôle du livreur et re qualifie le contrat en contrat de travail.

Cela ne signifie pas pour autant que systématiquement, la cour de cassation re qualifie un contrat en contrat de travail.

(Les livreurs sont en général des travailleurs indépendants, ils travaillent avec leurs propres matériels et la relation juridique c'est un contrat de service.)

Un autre arrêt, celui du 8 octobre 2020. Il s'agissait d'une personne qui avait été chargé par contrat de service d'encadrer des salariés sur les chantiers quand le chef d'entreprise n'était pas là. Le prestataire demande que cette relation soit re qualifier en contrat de travail et il fait valoir quatre choses :

- Chaque semaine il doit rendre compte au chef d'entreprise
- Il est rémunéré tous les mois selon un forfait
- Il n'est pas immatriculé comme travailleur indépendant
- Le chef d'entreprise est son seul client

La cour de cassation estime que cela ne signifie pour re qualifier le contrat en contrat de travail. En effet, elle rappelle que le travail au sein d'un service organisé est un indice de lien de subordination. Puis, le lien de subordination se caractérise aussi par l'exécution du travail sous l'autorité de l'employeur qui donne des ordres, contrôle l'exécution et sanctionne les manquements.

Dans les professions de livreur, les risques professionnels sont importants, notamment les risques d'accidents de la circulation. Or, si il ne s'agit pas de contrat de travail, et bine la conséquence c'est que en cas d'accident, comme il ne pourra pas s'agir d'un accident de travail, et bien les livreurs ne sont pas indemnisés. (Article écrit à la revue droit social de chez Dalloz, 2017, page 68, « A bicyclette ».)

## **B/ Les indices de subordination**

Les indices peuvent se cumuler

- L'intégration dans un service organisé. Par exemple, sur des médecins que l'hôpital prétendait libéraux alors qu'ils étaient salariés.
- Le traitement du travailleur comme un salarié. Par exemple, il a été recruté par une annonce d'emploi, on verse des congés payés.
- Le lieu de travail, pendant longtemps, le salarié effectue sa prestation de travail chez l'employeur, par conséquent, l'impératif géographique devient un indice de subordination. Exemple : l'agent commercial mais qui reçoit sa clientèle dans un bureau qui est mit à sa disposition par l'employeur, ou encore, un médecin d'entreprise mais qui donne ses consultations dans les locaux de l'entreprise, mais aussi un marchand de journaux qui travaille dans un kiosque qui appartient à l'employeur. Quand, par nature, l'activité s'exerce à l'extérieur, on retient alors comme indice de subordination le fait par exemple de devoir suivre un itinéraire assigné. Le fait par exemple pour un sportif de devoir se rendre dans un lieu déterminé de compétition. Mais, cet indice qui a longtemps était un indice fort de salariat, tend à s'affaiblir parce que s'affaiblit en même temps la signification traditionnelle du lieu de travail. C'est directement lié à la pratique du télé-travail.
- L'horaire de travail, c'est l'horaire pendant lequel on est dans un temps subordonné qui signifie que le travailleur est tenu de demeurer à la disposition de l'employeur pendant ce temps. Peut importe si il effectue un travail effectif (par exemple les caissiers quand ils ont pas de client)
- La fourniture d'une prestation personnelle et exclusive. Normalement, le salarié fournit personnellement sa prestation sans pouvoir se subsister quiconque. Par exemple, dans une clinique, un chirurgien qui emploie et rémunère lui-même les infirmières, il recrute lui-même des salariés donc il n'est plus employé.

En sens inverse, l'activité non exclusive au profit de plusieurs employeurs n'est pas incompatible avec le salariat, c'est ce que l'on appelle la pluriactivité.

- La fourniture de matériel et un indice important. Quand un salarié travaille avec du matériel fournit c'est un indice fort de salariat. A contrario, la jurisprudence refuse la qualification de contrat de travail lorsque le travailleur utilise son propre matériel.
- La forme de la rémunération, est très souple mais globalement, elle peut prendre essentiellement deux formes avec trois variantes :
  - On est rémunérer à la tâche et au temps
  - La rémunération peut se faire en argent ou en nature
  - La rémunération est fixe ou variable
 La rémunération au temps est un bon indice de salariat.

## **Section 2 : La conclusion du contrat de travail (et notamment du CDI, le CDD il y a des spécificités)**

Le code du travail n'impose pas l'écrit pour conclure un CDI.

### **§1. Les conditions de forme**

#### **A/ La validité du contrat**

Une directive européenne de 1991 semblait imposer l'écrit comme condition de validité. En réalité, ce qu'impose cette directive, c'est que le salarié dispose d'un certain nombre d'éléments d'information sur des éléments essentiels du contrat de travail, l'écrit n'est pas une condition de validité. L'employeur peut indiquer ces informations dans un ou plusieurs autres écrits du contrat.

Par exemple, la lettre d'embauche ou encore les bulletins de salaire. Les informations essentielles ce sont le lieu de travail, la description de la tâche à accomplir, la rémunération, la durée des congés et la durée du travail. Le CDI ne nécessite pas l'échange des consentements.

A titre exceptionnel, l'écrit est parfois exigé, c'est le cas pour les contrats de travail des travailleurs à domicile. En effet, il peut y avoir une ambiguïté, c'est le cas des assistantes maternelles ou des médecins salariés.

Il arrive également que la convention collective prévoit expressément la rédaction d'un écrit. Plus généralement, la rédaction d'un écrit est quand même très conseillé pour éviter toutes contestations extérieures.

Il y a deux cas dans lesquels l'écrit est une condition de validité du contrat de travail : ce sont les contrats d'engagement maritime (les marins) et le personnel naviguant de l'aéronautique civile, pour des raisons historiques.

#### **B/ La preuve du contrat**

La question se pose que lorsqu'aucun écrit n'a été rédigé. Dans ce cas, le salarié peut recourir à la preuve par tout moyen, surtout si l'employeur est commerçant. Si l'employeur n'est pas commerçant, à ce moment là, l'employé peut invoquer l'article 1348, l'impossibilité morale de se procurer un écrit.

Quand il y a un écrit, le contrat de travail est rédigé en français avec une tolérance en faveur des groupes des entreprises internationaux avec l'anglais.

Enfin, depuis 1991, l'employeur est tenu de procéder à une déclaration auprès des OSS (organisme de sécurité sociale) avant que l'embauche soit effective.

C'est inscrit dans une mesure de travail clandestin.

## **§2. Les conditions de fond**

Le contrat de travail, c'est d'abord un contrat et on va appliquer la théorie générale des contrats à savoir que l'échange des consentements marquent la naissance du contrat de travail et la fin de la procédure de recrutement.

La rupture des pourparlers ne donne pas lieu à dommages et intérêts, mais dans la période précontractuelle, si le salarié a bénéficié d'une offre d'emploi précise à personne dénommée (à lui précisément), et bien le retrait de l'offre avant le délai de réflexion accordé au salarié, peut constituer une faute qui engage la responsabilité de celui qui était pressenti comme employeur.

Pour la promesse d'embauche, la jurisprudence considère qu'elle vaut contrat de travail et seul le refus express du bénéficiaire empêche la formation du contrat de travail.

Avec exemple un arrêt de la cour de cassation du 23 septembre 2020. Il faut rappeler que depuis une jurisprudence de 2017, la cour de cassation définit l'offre de contrat de travail comme l'acte par lequel un employeur propose un engagement qui précise l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction. L'offre peut être retirée tant qu'elle n'est pas parvenue au destinataire et dès lors qu'elle est parvenue au destinataire, elle ne peut plus sauf faute de l'employeur être rétractée.

Il s'agissait d'un club de rugby qui avait échangé des mails avec l'agent d'un entraîneur en vue de son embauche pour un CDD de 24 mois en qualité d'entraîneur principal. L'entraîneur accepte l'offre et il pense être recruté et puis rien ne se passe.

L'entraîneur saisit le conseil du prud'homme pour demander la condamnation du club de rugby à lui payer une indemnité pour rupture anticipée abusive de son CDD. Alors, d'après le club de rugby, les échanges d'email ne constituaient pas une offre de contrat de travail. La cour d'appel relève que dans cet e-mail il y avait l'emploi proposé, la rémunération et la période d'engagement. La cour d'appel en déduit que l'email constituait bien une offre qui avait été acceptée par le même jour par l'entraîneur et donc à partir de cette acceptation, les parties étaient liées par un véritable contrat de travail et que l'employeur ne pouvait plus remettre en cause. Conséquence, le club est condamné à verser l'intégralité des 24 mois de salaires prévus au contrat.

On applique également dans les conditions de fond la théorie des vices du consentement à savoir que le contrat de travail doit en être exempt mais c'est une vision très théorique.

Prenons l'exemple du dol, dans un contrat de travail, le dol peut émaner du salarié comme le mensonge sur les diplômes, la qualification ou une éventuelle dissimulation d'un emploi précédent chez un concurrent. Mais, l'employeur ne va jamais exercer une action en justice sur le fondement du dol, car ça va être long et difficile, c'est plus facile de le licencier soit pour incompétence soit pour faute.

Quand à la violence, éventuellement, on peut mentionner la violence morale qui conduit le salarié à accepter des conditions de travail très dur.

La nullité du contrat ici est la sanction des conditions de validité, elle est limitée car en aucun cas, on ne pourrait avoir de rétroactivité, c'est une nullité très limitée qui ne vaut que pour l'avenir. Sa prestation de travail, le temps passé ne sera jamais rendu au salarié.

Actuellement, la nullité des contrats de travail, quelques uns sont retenues, c'est essentiellement des nullités de contrat de travail fondées sur des irrégularités administratives de travailleur étrangers ou encore c'est l'erreur de bonne foi.

Il faut un objet et une cause licite. La liberté contractuelle permet de déterminer librement la prestation de travail. Donc, on peut imaginer un contrat de travail, un contrat de prostitution, pour transporter de la drogue. C'est une hypothèse d'école.

En revanche, d'autres travaux sont licites mais sont interdit à certaines personnes, par exemple, les travaux pénibles qui sont interdits aux mineurs. La sanction de ces conditions conduit à la nullité mais cela n'aboutit à rien.

### **Section 3 : Le contenu du contrat de travail**

Les contrats de travail sont devenus de plus en plus compliqués car assortis d'un certain nombre de clauses qui sont liés soit à l'emploi lui-même, soit à l'exécution du contrat, soit des clauses d'essai ou de concurrence, soit des clauses sur le lieu du travail, la durée, les modalités du salaire... on met les clauses que l'on veut dans un contrat de travail, ainsi que des clauses relatives à l'application de certaines règles. Par exemple, on va préciser dans une clause que ça sera telle convention collective.

La jurisprudence à de plus souvent se prononcer sur la validité de ces clauses.

Par exemple la clause de mobilité, notamment la mobilité géographique qui a donné lieu à beaucoup de jurisprudences dans un sens ou moyennant certaines restrictions elle est de plus en plus facilement admise. A la différence de la clause de non concurrence qui elle a un mouvement de jurisprudence inverse, elle les admet moins souvent.

Ces clauses sont très discutées en jurisprudence, il y a une série de clauses très controversées, c'est celle qui portent atteinte aux droits des personnes et aux libertés fondamentales. De plus en plus de clauses prévoient des restrictions des libertés.

L'arrêt Air France, la clause est réputée nulle car elle portait atteinte à la liberté du mariage.

Quand c'est pas dans le contrat de travail, c'est dans le règlement intérieur que des atteintes aux libertés sont apportés. Par exemple, l'employeur peut porter atteinte à la liberté d'expression, est-ce qu'il peut interdire cette liberté ? Question encore très controversée. Mais aussi la liberté vestimentaire, l'esthétique, le paraître des salariés, est-ce qu'on peut par des clauses, obliger les salariés à porter ou non des vêtements ? La limite à cette atteinte c'est qu'il faut que ça soit justifiée par l'intérêt de l'entreprise ou pour une question de sécurité. Un uniforme est autorisé quand c'est justifié par les intérêts légitimes de l'entreprise. Il y a beaucoup de jurisprudence sur l'aspect physique des employés.

Les clauses qui portent atteinte aux droits et libertés sont rarement validées sauf si elles sont justifiées, soit par la nature de l'emploi (des risques particuliers), ou les intérêts légitimes de l'entreprise.

On distingue également les clauses informatives des clauses contractuelles.

Les clauses informatives ont moins de forces contraignantes que les contractuelles. Le critère de distinction réside dans l'objet même du contrat. On considère comme une clause informative la clause qui fait référence au règlement intérieur dont la force obligatoire est indépendante du contrat de travail et préexiste à la conclusion de celui-ci.

A l'inverse, une clause contractuelle, c'est la clause qui précise un élément du rapport juridique résultant du contrat de travail peut important que cette clause soit relative à la durée, à la rémunération ou au lieu de travail.

Exemple : la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a seulement une valeur informative a moins qu'il soit stipulé par une clause spéciale (claire et précise) et cette clause prévoit que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu.

Deux clauses sont importantes dans le contrat de travail :

- Les clauses d'essai
- Les clauses de non concurrence

## **§1. Les clauses d'essai**

### **A/ La notion de clause d'essai**

C'est une clause qui fixe une période qui précède l'embauche définitive pendant laquelle le contrat peut être rompu par chaque partie sans préavis, sans formalité particulière, sans indemnité et surtout sans motif. Période précaire pour le salarié, il n'est pas véritablement protégé par le droit du travail classique. C'est donc une dérogation au principe selon lequel le contrat est conclut à titre définitif.

Depuis une loi du 25 juin 2008 de nombreuses dispositions concernant de la période d'essai aux articles L1221-19 et suivants au code du travail. Un principe important a été posé selon lequel la période d'essai ne se présume pas, elle doit être expressément stipulée dans le contrat de travail.

Cette période est en faveur de l'employeur, ça lui permet de tester les compétences du salarié et la loi de 2008 à essayer d'inverser la tendance.

Si une clause d'essai apparaît en cours de contrat de travail par un changement de fonction, la jurisprudence re qualifie alors la clause d'essai en « clause probatoire ». Les conséquences de ce changement de qualification sont très importants.

Si c'est une clause probatoire, l'employeur ne peut pas rompre le contrat de travail en arguant de l'incompétence du salarié.

Deuxième conséquence, cette clause permet de revenir aux règles initiales du contrat de travail.

Troisième précision, cette clause comme la clause d'essai doit être prévue, stipulée et acceptée.

Par exemple : un salarié travaille depuis 5 ans dans une entreprise, l'employeur lui donne une promotion et le change de fonction mais il ajoute une clause d'essai qui est stipulée et acceptée par le salarié. Mais c'est stupide pour l'employé parce que ça revient à dire que l'employeur peut rompre le contrat de travail. La loi ne prévoit rien sur cette question, en présence de deux contrats de travail successif ou du même contrat avec lequel on fait un avenant, et bien la période d'essai stipulée au deuxième lors d'un changement de fonction ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture ne peut avoir pour effet que de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures.

C'est une solution jurisprudentielle juste et équitable pour l'employé.



Pendant toute la durée de l'essai, le salarié est placé dans des conditions normales d'exécution du contrat de travail.

## **B/ La durée de la période d'essai**

Pour les CDD, la période d'essai ne doit pas dépasser un mois. Si il n'y avait pas limite légale, il pourrait y avoir des périodes d'essai beaucoup trop longue.

Pour les CDI, la période maximale d'essai varie selon la catégorie d'emplois :

- Deux mois maximum pour les employés
- Trois mois maximum pour les agents de maîtrise
- Quatre mois maximum pour les cadres.

Tout renouvellements compris sont respectivement maximum 4, 6 et 8 mois.

Il existe à cette durée maximale quelques exceptions, dans un sens de période d'essai plus long pour des accords de branches si ceux-ci sont antérieurs à 2008. Si l'entreprise est régit par un accord de branche qui était ancien et qu'il prévoyait une durée d'essai plus longue alors par exception c'est accepté.

Cette durée maximale peut être prolongée d'une durée équivalente aux éventuels suspensions du contrat de travail. Ex : période d'essai de deux mois et arrêt maladie pendant 6 semaines, il est évident que l'employeur ne pourra pas profiter de la période d'essai pour tester les compétences, alors la période d'essai se prolongera du temps manqué.

Ensuite, il existe une possibilité de renouveler une période d'essai. On arrive à la fin de la période d'essai mais l'employeur se rend compte que l'employé n'a pas pu tester toutes les compétences demandés.

Il peut mais il y a trois conditions cumulatives pour renouveler la période d'essai :

- Un accord de branche doit prévoir cette possibilité
- Cette possibilité de renouveler la période d'essai doit être prévue dans le contrat de travail
- Ce renouvellement doit recueillir l'accord expresse du salarié, c'est-à-dire par opposition, il faut lui faire un avenant, cet accord ne peut en aucun cas résulter de la seule poursuite du contrat de travail.

Plus généralement, la durée de l'essai doit être justifiée par la finalité de l'essai. C'est cette période d'essai qui permet à l'employeur l'évaluation des compétences du salarié. Si il s'avère qu'une trop longue durée vise en réalité d'éluder en réalité les règles du licenciement, la cour de cassation n'a pas hésité dans le passé à considérer que le contrat de travail était en réalité définitivement conclue et que la rupture s'analysait en réalité en un licenciement.

Le point de départ de la période d'essai, c'est le jour où commence l'exécution du travail, ce principe impératif justifie qu'il n'est pas permis aux parties de convenir d'en reporter le début.

Si le contrat de travail, si le CDI a été précédé de un ou plusieurs CDD (si le poste est le même) la durée de ces CDD soit être retranchée de la période d'essai ce qui revient à faire partir la période d'essai du premier contrat conclu.

## **C/ La rupture en période d'essai**

La rupture en période d'essai c'est son caractère essentiel, donner à chaque partie la possibilité de rompre à tout moment. La rupture doit se faire avant l'expiration de la période d'essai.

## **1) Les modalités de la rupture**

La rupture par l'employeur n'exige pas de respecter les règles de forme du licenciement, n'exige pas non plus de délai de préavis de licenciement.

Cela ne veut pas dire pour autant qu'on peut rompre d'une minute l'essai, alors on parle de délai de prévenance (un délai de politesse). Il est de 48 heures pendant le premier mois d'essai, deux semaines après un mois d'essai pour arriver à un mois après trois mois d'essai.

Cependant, le délai de prévenance doit éviter de reporter la date de rupture après la fin de la période d'essai. Autrement dit, la période d'essai, théoriquement est amputée du délai de prévenance. La jurisprudence a considéré que si on était dans l'hypothèse de déborder de quelques jours la période d'essai à cause du respect du délai de prévenance, la rupture s'analyse comme un licenciement et cette jurisprudence s'appuyait sur l'article 1221-25 qui dit que la période d'essai ne peut pas être prolongée du fait du délai de prévenance. Si l'employeur n'avait pas été suffisamment rapide, le fait d'avoir envoyé sa rupture trop tard, il débordait, cette rupture d'essai était un licenciement.

Depuis 2014, la jurisprudence a évolué sur ce point et sanctionne l'impossibilité de respecter le délai de prévenance par une indemnité compensatrice. Autrement dit, elle n'analyse plus cette rupture tardive en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais elle ne néglige pas les intérêts du salarié en lui donnant une indemnité.

### **Quelques cas particuliers plus courants :**

Les femmes en état de grossesse. La rupture en période d'essai d'une salariée en état de grossesse n'est pas abusive. Il arrive que la rupture de l'essai intervienne pour de mauvais motif, l'essai est rompu, non pas sur le fondement des compétences mais en raison de l'état de grossesse. Il s'agit alors d'une rupture discriminatoire, dans ce cas, le salarié peut obtenir la nullité de la rupture. La cour de cassation affirme en effet que la protection particulière de la grossesse, des accidents du travail, ou les salariés protégés, cette protection s'applique également à la période d'essai.

En revanche, la cour de cassation dans un arrêt du 12 septembre 2018, elle n'accorde pas dans ce cas d'indemnité de préavis en cas de rupture discriminatoire d'une période d'essai. En période d'essai, ce ne sont pas les règles du licenciement qui s'appliquent mais la nullité de la rupture, elle conduit à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

## **2) Le motif de rupture en période d'essai**

La rupture en période d'essai présente cet avantage considérable face au licenciement, cette décision de rupture n'a pas besoin de motif. Est-ce pour autant que cette rupture est purement discrétionnaire ?

Est-ce que l'employeur peut rompre sans aucune raison ? Par tout a fait car même si il n'y a pas de motif, cette rupture n'est pas entièrement discrétionnaire en ce sens où elle est susceptible de dégénérer en abus.

A quel moment cela dégénère en abus ? La jurisprudence considère que lorsque l'employeur agit par malveillance ou encore par légèreté blâmable, pour un motif autre que pour la compétence, l'acte de rupture devient alors un abus. Et dès lors qu'elle est abusive, elle ouvre encore à des dommages et intérêts pour le salarié.



Les règles du licenciement ne s'applique pas en période d'essai, en revanche, la procédure disciplinaire n'est pas exclu, elle est susceptible de s'appliquer. Si par exemple un employé commet une faute susceptible d'une sanction disciplinaire en période d'essai, il doit être convoqué à un entretien et l'employeur doit lui notifier par écrit les motifs et la nature de la sanction (c'est une hypothèse très théorique). En général, l'employeur rompt la période d'essai.

### **3) Les conséquences de la rupture en période d'essai**

Cette rupture met fin aux relations de travail mais n'efface pas rétroactivement les obligations. Ainsi, la clause de non concurrence persiste. Si cette clause était prévu, elle ne prend pas fin sauf si les connaissances acquises pendant une durée restreinte ne permette pas au salarié de faire une réelle concurrence à l'employeur.

Enfin, le contrat de travail si il n'y a pas de rupture en période d'essai il devient donc définitif à l'expiration de l'effet, même si au niveau de la théorie des obligations et que le contrat de travail est réputé pur et simple dès l'origine. L'ancienneté se calcule depuis l'origine donc depuis le début de la période d'essai.

Il existe parfois des difficultés pour admettre le licenciement d'un salarié peut de temps après la fin de la période d'essai, licenciement qui serait fondé sur des motifs personnels, professionnels ou des motifs d'attitudes. En effet, on estime que si il y avait des difficultés, elles auraient dû être détectées pendant la période d'essai. Pour un employeur, il faut éviter de licencié un employé dans l'année qui vient pour ces motifs.

### **§2. Les clauses de non-concurrence**

Elles posent une difficulté de principe qui tient à la conciliation de deux principes antagonistes. D'un coté, un principe important et constitutionnel, c'est la liberté du travail. Et d'un autre côté, la clause contractuelle qui permet d'interdire à un salarié de travailler pour une entreprise concurrente.

Les clauses de non concurrence, c'est le fruit d'une longue élaboration jurisprudentielle.

#### **A/ Les conditions de validité de la clause de non concurrence**

Pendant longtemps, jusqu'au année 1991 environ, la jurisprudence validée très largement les clauses de non concurrence. Cette jurisprudence s'est montrée de plus en plus restrictive en posant un principe, qu'une clause de non concurrence n'est licite que si elle protège les intérêts légitimes de l'employeur. Et puis en 2002, la cour de cassation est allée plus loin dans une série d'arrêts en posant quatre conditions cumulatives pour valider les clauses de non concurrence :

##### **Justifier les intérêts légitimes de l'entreprise.**

L'employeur doit établir que son entreprise court des risques particuliers si le salarié met à la disposition des tiers des connaissances qui l'a acquise dans son entreprise grâce à son contrat de travail. Cela a permis dans les années 1992 d'éliminer un certain nombre de non concurrence dans les contrats de travail ou finalement ces clauses étaient des « clauses de styles ».

Par exemple : des laveurs de vitres, des chauffeurs ambulanciers ou encore des dactylos... par un paradoxe, plus les contrats de travail étaient liés par des métiers d'exécution plus des clauses étaient nombreuses.

**Elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace.**

**Elle doit laisser au salarié la possibilité d'exercer une activité qui soit conforme à sa formation et à ses compétences et à son expérience professionnelle.**

C'est la condition la plus difficile. Condition récente apparue dans une jurisprudence de 2002. La clause de non concurrence est licite que si elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié. Pour se faire, le juge apprécie au cas par cas selon deux paramètres essentiels :

- Il regarde si l'activité que l'on va interdire au salarié correspond à une activité que le salarié a exercé de longues années ou au contraire qu'il a exercé très peu de temps.
  - o Si le temps est court, en général, le juge admettra que ce n'est pas une activité qui est unique pour le salarié et il validera la clause.
  - o En revanche, si l'activité a été exercée depuis de longues années et bien en général, la tendance sera d'annuler la clause. L'employé si il ne sait faire que cela il ne peut pas exercer autre chose. Un salaire âgé de 40 ans qui a toujours travaillé dans le secteur de la radiologie, et qui a une clause de non concurrence qui lui interdit de travailler sur toute la France, ça revient à dire qu'on l'empêche de travailler et qu'on l'incite à s'expatrier.
- La formation et les connaissances du salarié. En effet, si il s'avère que son expérience, ses connaissances et sa formation sont variés, il a fait plusieurs métiers, l'interdiction d'occupé un emploi spécifique ne soit pas considérée comme illicite car il peut faire autre chose. A l'inverse, si l'activité prohibée correspond à une spécialisation étroite et très spécifique, et que le salarié de par sa formation et ses connaissances ne peut faire que ça, dans ce cas, la clause pourra être considérée comme illicite.

Exemple : un salarié qui était affûteur monteur en machine à bois ; un projeteur calculateur en vitrerie miroiterie ; un spécialiste dans la fabrication des enduits de peinture.

En résumé, on se rend compte que la jurisprudence se livre à une recherche très fine pour vérifier si la clause de non concurrence fait ou non échec à la liberté du salarié, d'utiliser normalement ses compétences.

En sens inverse, un salarié qui travaillait dans le secteur de l'informatique dans des laboratoires médicaux. La cour de cassation a considéré que la clause de non concurrence était valide.

**Obligation pour l'employeur de verser une contrepartie financière à cette clause de non concurrence.**

La clause de non concurrence n'est licite que si elle comporte une contrepartie pécuniaire. On s'engage à ne pas travailler dans un tel domaine pendant un certain temps mais contre de l'argent.

Cette contrepartie doit être prévue dans le contrat de travail ou être prévue dans la convention collective. Elle ne doit être ni dérisoire, ni symbolique ni s'inscrire dans une rémunération normale. Elle ne peut pas non plus être subordonnée à une condition d'imputabilité de la rupture au sens de la responsabilité de la rupture. En revanche, elle peut prévoir de limiter à certains cas de rupture le versement d'indemnités.

Si il y a démission, la clause ne peut pas prévoir la minoration du versement de l'indemnité. Elle est illicite mais n'entraîne pas la remise en cause de la clause elle-même. Le caractère synallagmatique emporte quelques conséquences.

L'employeur ne peut pas renoncer unilatéralement à la clause de non concurrence pour s'en libérer et ne pas payer l'indemnité. Cela suppose que pour que l'employeur le fasse il faut que le salarié soit d'accord. A défaut, l'employeur ne peut renoncer à la clause que si cette possibilité a été prévue dans le contrat de travail.

La jurisprudence considère enfin que le non paiement de l'indemnité compensatrice libère le salarié de son obligation de respecter lui aussi la sienne donc de ne pas faire concurrence.

### **B/ Les sanctions pour irrégularités de la clause de non concurrence**

Il faut savoir que si la clause de non concurrence n'est pas validé par le juge, il y a nullité.

Ce qui est intéressant de savoir, c'est que seul le salarié peut invoquer cette nullité. C'est une nullité qui a pour but d'abord de protéger le salarié.

Par rapport à la réduction de la clause, la jurisprudence posait comme principe que le juge pouvait au lieu d'annuler une clause de non concurrence jugée illicite, il pouvait procéder à sa révision. C'était vrai jusqu'en 2011 mais depuis, la cour de cassation a opéré un revirement et ne permet plus au juge de la refaire ou non, il peut juste l'annuler.

### **C/ L'exécution de la clause de non concurrence**

La portée de la clause de non concurrence dépend du contrat de travail ou éventuellement de la convention collective, que ce soit sur les activités interdites, que ce soit sur la durée ou que ce soit sur le lieu.

Certaines clauses de non concurrence sont subordonnées à certains cas de rupture alors que d'autres clauses de non concurrence s'applique quelque soit le mode de rupture.

Le juge ne donne pas d'interprétation restrictive en limitant la portée de ces clauses et va même jusqu'à valider la clause de non concurrence même si la rupture résulte d'un licenciement abusif, c'est-à-dire sans clause réelle et sérieuse. L'employeur peut licencier l'employé et imposer la clause de non concurrence et sans ce cas le salarié ne peut pas intenté une action en justice contre cette clause.

De son côté, le salarié qui viole la clause de non concurrence, il peut être condamné à payer des dommages et intérêts à l'employeur. Un certain nombre de clauses de non concurrence peuvent comporter des clauses pénales. La licéité de ces clauses pénales est admise mais elle peut être révisée par le juge, modérée et parfois augmentées.

L'employeur peut en outre en plus des dommages et intérêts, il peut surtout faire condamner sous astreinte le salarié à résilier son contrat de travail avec le nouvel employeur avec bien sûr le cumul de la clause pénale (donc les dommages et intérêts).

Lorsque le nouvel employeur lui-même avait connaissance de la clause de non concurrence et donc de l'obligation de ne pas faire qui en résultait, et bien il engage également sa responsabilité vis-à-vis de l'ancien employeur.

### **Remarque :**

Il existe aussi dans certaines professions des **clauses de clientèle**.

La loi ne les réglemente pas, ces clauses se sont développées par la pratique. Ces clauses sont moins restrictives que les clauses de non concurrence, le salarié n'a pas interdiction de travailler ailleurs, il lui est simplement interdit de démarcher les clients de l'ancien employeur. Il n'y a pas de contrepartie financière. Le juge peut re qualifier cette clause en véritable clause de non concurrence lorsque cette clause de clientèle porte une atteinte grave à la liberté du travail. Si cette clause est re qualifiée, elle pourra être annulée car elle ne comporte pas de contrepartie financière. **Quand la clientèle est rare, la clause est re qualifiée en clause de non concurrence.**

### **§3. Les clauses relatives à l'emploi**

Il en existe une multitude. Il y a les clauses de mobilités et les clauses relatives à la rupture avec le problème de la validité de ces clauses.

#### **A/ Les clauses de mobilité**

C'est une clause par laquelle le salarié accepte par avance à changer certains éléments de son contrat et notamment, le lieu de travail, la fonction ou encore le salaire. Ce sont des clauses qui mettent obstacle à la théorie sur la force obligatoire du contrat puisque précisément, le salarié a consentie par avance à ce changement. Ce genre de clause est dangereux pour les salariés puisque souvent le contrat de travail est un contrat d'adhésion.

La validité est à géométrie variable, la jurisprudence pose de grands principes mais tout dépend de la rédaction de la clause.

Par exemple, la clause de mobilité qui prévoit qu'un salarié peut être affecté à une même société du même groupe, cette clause en général n'est pas valable car elle revient à changer d'employeur.

**La clause de variabilité de la rémunération**, quand elle entraîne une baisse du salaire, la jurisprudence admet la licite de cette clause si la variation est fondée sur des éléments objectifs qui sont indépendants de la volonté de l'employeur et deuxième condition cumulative, si cette clause ne conduit pas à abaisser la rémunération en dessous des minimums légaux et conventionnels.

Enfin, la clause de **mobilité géographique**, c'est la clause la plus courante. On en admet la validité d'abord à la condition qu'elle ne se heurte pas à une liberté fondamentale du salarié qui relève de la vie privée qui est le libre choix du domicile.

Depuis 2004, la jurisprudence limite les effets de ces clauses qui doivent limiter l'espace géographique à l'intérieur duquel une mutation est possible, et ces zones géographiques qui ne peuvent en aucun cas être modifiées par l'employeur.

Lorsque la clause est appliquée mais que le salarié la refuse. L'employeur applique la clause, mais le salarié n'est pas privé de recours. Le juge examine de plus en plus le point de savoir si l'employeur a abusé de son droit, et dans ce cas, si il y a un abus, la jurisprudence admet à l'employé un droit de refus.

## **B/ Les clauses relatives à la rupture**

En jurisprudence elles sont très rarement validées. C'est une clause qui détermine à l'avance à qui incombera la responsabilité/les conséquences d'une rupture ultérieure fondée sur tel ou tel événement.

Par exemple, une clause dans le cas où le salarié sera absent sur une période de plus de 6 mois, il y aura rupture de plein droit du contrat de travail. Même si il est hospitalisé la clause sera normalement applicable. Mais en réalité, la clause sera annulée.

La jurisprudence française refuse en général ces clauses, surtout lorsqu'elle prévoit que le contrat prend fin automatiquement dans telle ou telle circonstance. Ça revient à priver le salarié des règles légales et protectrices du droit du travail concernant la rupture.

## **Chapitre 2 : Le contrat de travail à durée déterminée (CDD)**

Il est de tradition de dire que le CDD induit pour le salarié la précarité.

C'est vrai que quand on est en CDD, on peut considérer une certaine précarité à l'emploi, en revanche, si on prend comme référence l'échéance du CDD, on se rend compte que pendant toute la durée du CDD, le salarié est mieux protégé et plus stable pendant la durée de son contrat.

Pour l'employeur, ça sera beaucoup plus difficile de rompre le contrat.

Le droit positif habituel est relativement récent. Jusqu'en 1979, le CDD n'est pas spécialement réglementé. Ce n'est que dans les années 80 que le législateur vient faire du CDD une exception. Le principe est posé à l'article 121-5, le contrat de travail est conclut sans limitation de durée. Ce n'est qu'à titre d'exception, dans des cas limitativement énumérés que l'on peut recourir au CDD.

C'est maintenant l'article L1221-2 qui pose le principe suivant : le CDI est la forme normale et générale de la relation de travail. Une ordonnance du 22 septembre 2017, dite les ordonnances Macron, pose comme principe que les conditions de recours au CDD peuvent être modulées par les partenaires sociaux dans des conventions collectives et des accords de branche étendus.

Jusque là, il fallait être dans l'une des situations énumérées par le législateur, alors que maintenant on autorise les partenaires sociaux à conclure des conventions collectives étendus ou des accords de branche où ils vont eux-mêmes fixer un certain nombre d'exception permettant de conclure des CDD.

Le CDD est précaire par son terme mais il est stable jusqu'à la survenance du terme.

### **Section 1 : La conclusion d'un CDD**

Comme c'est un contrat d'exception il doit obéir à des conditions de formes et de fonds.

#### **§1. Le droit de recourir au CDD est un droit subordonné à des conditions**

Les interventions du législateur se sont faites pour limiter l'usage du CDD et éviter un certain nombre d'abus.

On a encadré sur le fond le recours au CDD en prévoyant des cas de recours en prévoyant des interdictions.

#### **A/ Les cas de recours**

Il y a en 5 :

- Le remplacement des absents
- Les variations d'activités
- Le travail saisonnier
- Les usages
- Le CDD pour réalisation d'un objet définit

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

Historiquement, c'est le premier cas admis de conclusion de CDD.

L'hypothèse est celle dans laquelle un salarié est en CDI, est absent, pour le motif de suspension de son contrat de travail (l'exécution du contrat est suspendu mais il a vocation à reprendre).

Par exemple, la maladie, la maternité, l'accident mais aussi tous les congés spéciaux, sans solde ou des congés de formation, ou liées à des activités syndicales...

Dans ce cas, il est légal de recourir au CDD pendant le temps de cette absence. Les textes sont très souples puisque un certain nombre de situations viennent se greffer sur ce cas de recours.

Par exemple, un salarié en CDI, quitte l'entreprise, mais son poste doit être supprimé peut de temps après. Ou encore, un salarié quitte l'entreprise, un autre salarié est recruté en CDI sur ce poste, mais le nouveau ne peut pas prendre ses fonctions immédiatement.

Mais encore, un salarié en CDI qui pendant quelque temps va travailler à temps partiel pendant un certain temps, embauche possible en CDD pour le remplacé mais partiellement.

A chaque fois il n'y a pas vraiment d'absent mais on peut quand même recourir au CDD.

Ce qu'on appelle le remplacement en cascade, c'est toléré. C'est le fait que l'employeur n'est pas obligé d'affecté le salarié remplaçant au même poste que l'absent. Il peut remplacer un salarié qui lui-même remplacera l'absent.

Cependant, un même CDD ne permet pas de remplacer plusieurs simultanément, il faut alors conclure plusieurs CDD. De la même manière, il n'est pas possible d'embaucher un salarié en CDD pour remplacer tout personne absente. Le CDD doit être à personne dénommée car dans certaines entreprises le remplacement de salariés absents successifs, pourraient devenir un emploi permanent de remplaçant. Or, ce que l'on veut éviter, c'est de recourir au CDD pour un besoin structurel de main d'œuvre y compris par des remplacements successifs.

## 2) Les variations d'activités

Actuellement, c'est le cas de recours le plus large, c'est ce que l'on appelle aussi « **l'accroissement temporaire d'activité** ».

Lorsque l'accroissement est habituel ou fréquent, la cour de cassation considère que cet accroissement se rattache à l'activité normale et permanente de l'entreprise et les CDD sont alors susceptible de devenir des CDI.

Par exemple, c'est le cas d'une entreprise qui régulièrement lance de nouveaux produits. Ou encore, des expositions temporaires mais régulières, on a eu un arrêt sur cette question en 2008, il s'agissait d'exposition temporaire à Paris au grand palais et chaque fois qu'il y avait une exposition temporaire elle recrutait des agents de surveillance en CDD et bien la **Cour de cassation le 8 décembre 2008** a requalifié les CDD des agents de surveillance en CDI au motif que certes les expositions étaient temporaires mais elles intervenaient régulièrement à la même fréquence chaque année, sur les mêmes périodes, sur un même site et suivant un mode d'organisation identique.

Lorsque l'accroissement d'activité est lié à une période donnée, brève et même si elle est prévisible et régulière, la Cour de cassation admet le CDD pour la période de l'année ou l'entreprise connaît un pique d'activité. Mais ce pique d'activité doit être relié à un évènement saisonnier et précis.

Exemple : les chocolateries, en France on sait qu'il y a deux piques d'activité : Noël et Pâques, on a un accroissement temporaire d'activité à une période donnée, particulière et prévisible. Il est donc possible de recourir aux CDD sur ces périodes.



On trouve ce type d'exemple dans l'agriculture qui fonctionne toute l'année mais il peut y avoir des piques d'activité notamment en période de vendanges par exemple.

Autre exemple, les secteurs d'activité qui suivent certain rythmes collectifs notamment les rythmes collectifs de vacances, en juillet et août il y a un pique d'activité qui suit le rythme des vacances scolaires. D'où la difficulté parfois de différencier ces CDD qui correspondent à un pique d'activité aux CDD qui relèvent des emplois saisonniers.

### 3) Le travail saisonnier

La définition du travail saisonnier relève de l'**article 1242-2 du Code de travail**, il porte sur des tâches appelées à se répéter chaque année selon une périodicité à peu près fixe, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs.

Exemple : les stations de ski dans les Pyrénées.

Le recours au CDD dans le travail saisonnier est possible à 2 conditions :

- L'**activité elle même doit être saisonnière**

- L'**activité du salarié doit consister en un accomplissement de tâches à caractère**

**strictement saisonnier et non durable**. Si dans l'activité saisonnière il s'avère que l'entreprise emploie un comptable fiscaliste et bien pour lui on ne pourra pas recourir au CDD car on a besoin de lui toute l'année. La question qui se pose par rapport au travailleur saisonnier c'est de savoir si les salariés qui reviennent d'une année sur l'autre dans la même entreprise pour effectuer le même travail, à la même période est ce que cette relation de travail est toujours véritablement un CDD ?

La Cour de cassation distingue deux situations :

- Lorsque le salarié revient chaque saison pendant toute la durée de l'activité de l'entreprise, la Cour de cassation qualifie alors la relation de CDI car dit elle : « se crée une relation unique et intermittente d'une durée globale indéterminée ».

La question s'est posée car certains salariés saisonniers ont cru légitimement que l'employeur allait les prendre la 10<sup>ème</sup> année de travail saisonnier.

- elle refuse en revanche la re qualification en CDI si le retour chaque année du salarié saisonnier ne correspond pas exactement aux dates d'ouverture de l'entreprise.

### 4) Les usages

L'**article 1242-2 troisièmement** prévoit la possibilité de recourir au CDD dans certain secteurs qui sont définis par décret pour pourvoir des emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI en raison de la nature de l'activité et du caractère temporaire de l'emploi. Exemple : l'hôtellerie, la restauration, l'enseignement, le spectacle, la culture, l'information...etc. Dans tous ces secteurs il est possible de recourir au CDD indépendamment de tout remplacement, de tout pique d'activité.

La jurisprudence a mis des limites. Il faut qu'il s'agisse du type même d'emploi concerné. Exemple : dans le spectacle il y a des activités, des emplois qui par définition sont temporaires. En revanche, si on est dans une société qui organise des spectacles mais dans cette société on occupe une fonction de juriste et bien ce n'est pas un emploi de nature temporaire.



D'autre part, la Cour de cassation contrôle le recours éventuellement abusif au CDD et le principe qui est posé pour limiter les abus est que **les CDD en question ne doivent pas avoir pour objet, pour effet de pourvoir durablement à l'emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.**

Jusqu'en 2008, la Cour de cassation acceptait que des petits CDD successifs puissent pourvoir durablement certains emplois permanents de l'entreprise.

**L'arrêt CALORI du 23 janvier 2008** est revenue sur cette position, elle affirme que **le recours au CDD doit être justifié par des raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi.** C'est à l'employeur de justifier que les CDD correspondent bien à une nature purement temporaire.

**L'arrêt du 20 octobre 2015 concernant les guignols de l'info**, un des salariés imitateur avait travaillé pendant 16 ans comme salarié et exerçait pendant ces 16 années les mêmes fonctions d'imitateur dans le cadre du même programme télévisé par des CDD successifs, chaque mois on lui faisait des CDD et donc cet imitateur demandait la requalification de ces contrats de travail en CDI. La chaîne se défend en disant qu'elle est dans un secteur où il est d'usage de recourir au CDD. La Cour de cassation avait posé une limite, que les CDD ne doivent pas pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise. La Cour de cassation estime que le caractère de l'activité n'est pas établi.

### **5) La réalisation d'un objet défini**

**Article 1242-6 sixièmement du Code de travail**, c'est une création récente d'une **loi du 20 décembre 2014**. Ce CDD s'intéresse aux ingénieurs et aux cadres, ils ont d'une durée comprise entre 18 et 36 mois. Il cesse normalement à l'arrivée du terme mais il peut cesser avant si l'objet est réalisé plus tôt que prévu. Il peut être rompu unilatéralement par chacune des deux parties soit après 18 mois soit 24 mois après sa conclusion. Ce **droit de résiliation unilatéral et anticipé fait de ce CDD son originalité** et cette originalité est de mêler le CDD et le CDI. C'est en quelque sorte un hybride. Lorsqu'une entreprise veut réaliser telle ou telle étude particulière mais n'a pas les compétences chez elle ou encore elle a les compétences mais les salariés n'ont pas le temps et que cette étude ne sera pas un travail permanent.

Exemple : une entreprise envisage de revoir tout son système de sécurité informatique soit elle n'a pas le temps soit les informaticiens sont déjà occupés, il veut faire venir un informaticien pendant un certain temps.

Ce CDD d'une nature particulière doit être prévu par un accord de branche ou un accord d'entreprise. Il ne peut pas être renouvelé ce CDD mais il semble possible en revanche de conclure avec le même employeur plusieurs CDD successifs dès lors qu'il porte sur des objets différents.

### **B/ Les interdictions de recourir au CDD**

Recourir au CDD en cas de grève, la loi prévoit expressément que **le CDD ne peut pas avoir pour objet le remplacement de salariés grévistes**. Les textes ne prévoient pas d'interdiction de recourir au CDD pour remplacer le salarié d'un établissement envoyé en renfort dans un autre établissement lui-même en grève. Il n'est pas non plus interdit de recourir au CDI pour remplacer les grévistes.

Autre interdiction prévue dans le code du travail, c'est l'**interdiction de recourir au CDD pour effectuer des travaux particulièrement dangereux**. Ces travaux sont énumérés par décret. Moralement c'est condamnable au sens où on préserve son propre personnel et on expose au danger un personnel qui est précaire et qu'on sait qu'il ne restera pas dans l'entreprise. On a la même interdiction pour les intérimaires.

Certaines interdictions sont provisoires c'est le cas de ce qu'on appelle le **délai de carence**.

Le délai de carence signifie que **l'employeur ne peut pas immédiatement conclure un nouveau CDD pour faire occuper le poste dont le CDD prend fin.**

**Il lui faut attendre un laps de temps entre l'expiration du CDD antérieur et du nouveau CDD. Ce laps de temps est d'un tiers de la durée du premier CDD.** [SEP]

Exemple : si on a connu un CDD de 6 mois sur un poste il faudra attendre 2 mois pour conclure un nouveau CDD pour pourvoir à ce même poste.

Ce qu'on veut éviter c'est de pourvoir un emploi permanent par des recrutements successifs.

Là encore il existe des exceptions à ce délai de carence :

- lorsque le premier CDD est rompu par le salarié avant son terme ou lorsque le salarié refuse le renouvellement.
- Les saisonniers en CDD ou les CDD d'usage
- Lorsqu'il s'agit de remplacer un travailleur absent lorsqu'il y a une nouvelle absence du salarié remplacé.

Il est normalement interdit de recourir au CDD pour accroissement d'activité dans les 6 mois qui suivent des licenciements économiques. Il existe des exceptions à cette interdiction notamment si survient une commande exceptionnelle à l'exportation.

### C/ La sanction du recours irrégulier au CDD

La **sanction sera judiciaire** parce qu'il faut savoir qu'il n'existe pas d'autorisation administrative de recourir au CDD. Cette sanction est originale, **s'il s'avère que le CDD est en dehors des cas de recours ou encore s'il est interdit et bien la loi prévoit que ce CDD est alors réputé à durée indéterminé, il devient un CDI dès l'origine.** Cette sanction est invoquée uniquement par les salariés et le conseil de prud'hommes doit se prononcer selon une procédure accélérée c'est à dire dans le mois qui suit la saisine.

A titre de sanction la requalification entraîne une indemnité d'un mois de salaire. Cependant, cette indemnité d'un mois de salaire n'est pas due lorsque la requalification est prononcée parce que le CDD s'est poursuivi après l'échéance.

Il ne faut pas confondre qualification et requalification, on va parler de **qualification lorsqu'un CDD se poursuit à l'échéance du terme.** Le terme CDD est caduque, le contrat est considéré comme dépourvu de terme et doit donc être qualifié de CDI. En revanche, **la requalification en CDI implique que la rupture s'analyse en un licenciement.**

Enfin, depuis une dizaine d'années en jurisprudence le régime de la requalification s'est précisé. Exemple: Le salarié par exemple peut obtenir régularisation de sa rémunération depuis sa première embauche. Il va pouvoir obtenir paiement de chaque période non travaillée entre 2 CDD. Les conséquences financières peuvent être très lourdes pour l'employeur lorsqu'il y a eu des successions de CDD avec des périodes travaillées/ non travaillées il va devoir déverser de lourdes sommes.

### §2. Les conditions de forme du CDD

#### A/ Un écrit et un motif

La loi est claire, elle prévoit que le CDD est toujours établie par **écrit** et comporte la définition précise de son **motif**.

La loi prévoit qu'à défaut il est réputé être à durée indéterminé.

Concernant le motif, la Cour de cassation exige que ce **motif permette d'apprécier sa réalité** c'est-à-dire que les motifs qui sont énoncés par écrit doivent être précis, vérifiables et on veut éviter les motifs de style comme remplacement d'un salarié absent, il faut expliquer pourquoi ou mentionner précisément qui est absent.

En outre le CDD ne peut pas comporter plusieurs motifs. **On ne peut mentionner qu'un seul motif.**

D'autre part, **l'employeur est tenu de remettre le CDD écrit au salarié dans les deux jours suivant l'embauche.**

La loi prévoyait que la remise tardive de l'écrit équivalait à l'absence d'écrit. Là encore les ordonnances du 22 septembre 2017 dans une des dispositions prévoit désormais que ce non respect de cette obligation n'entraîne plus à lui seul la requalification en CDI.

## **B/ Les autres mentions**

La loi fait référence dans l'écrit à une série de **mentions obligatoires** notamment la **nature des fonctions, le terme prévu, le nom et la qualification du salarié remplacé, la rémunération.**

Le défaut de ces mentions substantielles, il semble que la jurisprudence ancienne continue et l'omission de celles-ci peut être une requalification en CDI.

## **C/ La fixation du terme**

### **1) Le principe**

La loi impose qu'un terme soit fixé avec précision. Il y a deux façons de fixer un terme :

- Soit la **fixation par mention du jour exact**,
- ou une **durée exact**, on parle de fixation précise du terme.

En revanche, il n'est pas possible de prévoir une clause qui donnerait la possibilité de résilier le contrat avant le terme par l'une ou l'autre des parties. Pendant longtemps la jurisprudence en présence de ces clauses déqualifiait les CDD en CDI or maintenant elle repûtes nulle la clause.

Le terme doit être fixé précisément, la loi prévoit un principe, le **CDD à terme précis à une durée maximale de 18 mois**. La loi enchaîne avec une **série d'exceptions** d'abord pour les **CDD de remplacement**, les **CDD exécutés à l'étranger** pour lesquels on admet une durée de 24 mois ou encore la durée peut être restreinte et cette durée est de 9 mois maximum quant il s'agit d'attendre un salarié recruté en CDI.

Pour tous les **CDD de formation professionnelle** pour lesquels la loi ne prévoit pas de maximum.

Plus généralement pour les **CDD successifs de remplacement à terme précis** la Cour de cassation **permet une durée supérieure à 18 mois**.

De la même manière, pour les **CDD d'usage**, ainsi par exemple pour les **CDD de sportif** ou encore pour les **animateurs audiovisuels** on applique des **CDD d'une durée supérieure à 18 mois**.

**Depuis 2017, les conventions collectives et les accords de branche peuvent déroger à cette règle des 18 mois.** On abouti à un système dans lequel **les durées maximales d'origine conventionnelles peuvent être plus longues que 18 mois.**

Cette règle des 18 mois qui se voulait protectrice est donc devenue une règle supplétive c'est à dire qu'elle ne vont jouer qu'à défaut de conventions contraires. **La durée du CDD ne doit cependant pas avoir pour effet ou pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.**

## 2) L'imprécision du terme

On parle de **terme imprécis** lorsque les **parties mentionnent seulement que tel ou tel évènement mettra fin au CDD**, c'est licite dans la mesure où cet événement ne **dépend pas de la volonté d'une des parties**, l'évènement est indépendant.

Dans certains cas il est **difficile de déterminer ab initio un terme précis**. Ces cas sont au nombre de 5.

- o Le **remplacement salarié absent** : on ne sait pas quand cet absent reviendra
- o **L'embauche en attendant le recrutement d'un salarié en CDI**
- o Les **emplois saisonniers** : il dépend de certains paramètres météorologiques
- o Les **emplois qui sont par nature temporaires**
- o Les **embauches à contrat à objet définis pour les cadres et ingénieurs** : peuvent être réalisés plus tôt ou plus tard que prévu.

Ces **termes imprécis** est une **faculté pour les parties, ce n'est pas une obligation**.

**Exemple** : salarié embauché en CDD par employeur pour remplacer salarié en CDI malade, **il peut** :

- **Soit mentionner une durée précise** : si pour une durée précise, finalement le retour se prolonge, l'inconvénient est que soit il va devoir renouveler le CDD avec le salarié mais le salarié peut ne pas vouloir le renouveler.
- **Soit il prévoit un terme imprécis qui sera le retour effectif du salarié absent** : cela amène des conséquences importantes car si il opte pour un terme imprécis, l'avantage est que le remplacement du salarié absent est assuré jusqu'à la fin. Le risque ici est que si le salarié recruté en CDD ne convient pas à l'employeur, il va être obligé de le garder jusqu'au retour du salarié absent.

Le **choix du terme précis ou imprécis** est le **choix de l'employeur**. Dans le **cadre du CDD à terme imprécis**, ce **CDD doit avoir une durée minimale** pour sécuriser le salarié en CDD. Cette durée emporte comme **conséquence** que **si le terme du CDD arrivait à l'échéance avant son expiration par suite d'un évènement imprévu, les salaires seraient dus jusqu'à l'échéance**. La loi ne définit pas la durée minimale donc on regarde la jurisprudence.

Enfin, les **CDD a durée imprécise** ne sont pas en général soumis à la **règle de la durée maximale** (18 mois) mais ici on peut prolonger à plus de 18 mois. **Cela ne joue pas dans les cas de :**

- ❖ **CDD en attente de salarié embauché en CDI**
- ❖ **Les contrats à objets défini**

Quand un contrat est prévu à terme imprévu est prévu, la **question** est de savoir si **l'employeur était tenu de notifier par écrit la fin du CDD**.

**Arrêt 18 septembre 2019** où la question s'est posée : la **cour de cassation réaffirme** une position qui était déjà claire comme quoi **la réalisation d'évènement entraîne à elle seule la rupture de plein droit du CDD**.

L'employeur n'a pas à respecter de formalité particulière écrite, il n'empêche qu'il est quand même fortement conseillé à l'employeur au moins d'une **manière informelle de porter à la connaissance**, par question de respect et par question juridique, de le faire **pour éviter que le salarié en CDD ne continue à effectuer sa prestation de travail au-delà du terme du contrat** car cela deviendra un CDI.

## Section 2 : Les droits des salariés en CDD

L'article 1242-14 du Code du travail pose un **principe important** en consacrant une **égalité des droits entre les salariés en CDD et les salariés en CDI**. Ces droits sont d'origine légale et conventionnelle, ce sont des droits résultants de conventions ou d'usages.

Il y a une **limite à cette égalité**, dans les faits, cette égalité est **limitée par un critère qui s'appelle celui de l'ancienneté**, en effet, de nombreux droits et avantages qui sont accordés dans les entreprises et par la loi sont liés et proportionnels à l'ancienneté acquise à l'entreprise.

La **durée des CDD est très brève** ; sur les 20 dernières années, le nombre de CDD signés a été multiplié par 2,5x. La particularité est qu'en moyenne, **la plupart des CDD sont de moins d'un mois**. Le seul **avantage du CDD est la stabilité de l'emploi pendant toute la durée du CDD** sachant que cette stabilité n'existe qu'après une éventuelle période d'essai.

### §1. La période d'essai

Cette **période d'essai existe à l'initiative de l'employeur** mais cette période va être plus restreinte :

- Pour les **CDD supérieurs à 6 mois**, elle ne peut **jamais être supérieure à 1 mois**
- Pour les **CDD de moins de 6 mois**, la période d'essai est de **moins de 2 semaines**. On compte environ **1 jour d'essai par semaine**

Pour tout le reste comme la rupture, c'est pareil que la période d'essai du CDI.

### §2. La stabilité de l'emploi à l'issue de la période d'essai

#### A/ Le principe de stabilité

Il signifie que **l'employeur est tenu d'exécuter le contrat de travail jusqu'à l'échéance convenue**, cela veut dire que quelques soient les circonstances, **l'employeur doit garder le salarié en dépit d'un certain nombre de faits qui peuvent survenir**.

- **L'incompétence professionnelle ou insuffisance professionnelle sont-elles des fautes ?**

De manière générale **non sauf si** elle résulte d'une volonté de nuire de la part du salarié.

- **Est-ce qu'on peut le licencier ?**

**Oui** c'est un motif **mais** nous sommes dans le CDD pas le CDI donc vu que l'insuffisance n'est pas une faute, on doit le garder jusqu'au terme du contrat, on ne peut se débarrasser du salarié en CDD incompetent.

Il y a des **exceptions** :

- **L'accord des parties**
- **La force majeure entendue au sens civiliste du terme** : article 1218 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, force majeure est entendue de manière limitative. C'est par exemple l'entreprise détruite par événement.
  - Irrésistible
  - Imprévisible

- **L'incapacité physique du salarié** comme la maladie, le handicap, l'invalidité constaté par le médecin du travail qui est depuis 2011 une cause de rupture anticipée du CDD. Pour quelqu'un en CDI l'employeur a une **obligation de reclassement et afin de licencier un salarié inapte, l'employeur doit apporter la preuve qu'il est dans l'impossibilité de lui proposer un autre poste qui soit adapté**. L'employeur dans le cas d'un CDD arrivera plus facilement à le démontrer
- **La faute grave de la part d'une des parties** ; si cela vient de l'employeur, le salarié peut partir, exemple non versement de salaire ou ne pas respecter normes de sécurité. En revanche, la **rupture anticipée pour la faute grave de l'employé est la faute qui est tant importante qu'elle oblige l'employeur à exclure le salarié immédiatement qui rend impossible le maintien des relations contractuelles**. La faute grave est celle qui justifie qu'il n'y ait aucun préavis, on ne peut le garder plus longtemps. C'est le vol, violences, le non-respect des règles de sécurité élémentaires en entreprise.

**L'employeur peut mettre fin au CDD, mais ce n'est pas un licenciement**, il doit suivre la procédure disciplinaire du licenciement.

Cette **stabilité de l'emploi prend la forme d'une interdiction de rupture**, l'interdiction de rompre joue pour les 2 parties :

- **l'employeur ne peut pas rompre le contrat avant échéance**
- **le salarié doit rester jusqu'au terme du contrat, il ne peut pas partir avant le terme.**

Comme le temps partiel, le **CDD est souvent subi plutôt que choisi** mais majoritairement c'est le cas. On accepte un **CDD dans l'espoir de trouver un CDI**.

La loi a voulu ne pas pénaliser le salarié qui trouve un autre emploi en CDI, pour ne pas le pénaliser, elle **autorise le salarié à démissionner en respectant un préavis** qui est en moyenne d'un jour par semaine travaillé sans que ça puisse aller au-delà de 15 jours.

## **B/ Les sanctions pour rupture anticipée**

En dehors des cas que l'on vient d'étudier, si l'une des parties rompt le contrat et bien des sanctions vont s'appliquer.

### **Deux hypothèses :**

- Si c'est le salarié qui rompt le contrat avant l'échéance, la sanction sera que l'employeur a droit à des dommages-intérêts correspondant au préjudice subi, préjudice dont il doit apporter la preuve qu'il a subi un préjudice.  
Ce principe s'applique rarement (pas de jurisprudence), c'est un cas d'école. Il est très rare que l'employeur subisse un préjudice.  
Exemple, en période touristique, le serveur en CDD qui rompt le contrat dans l'heure, peut être mais dans les autres cas c'est très rare.
- En revanche, si c'est l'employeur qui rompt le CDD, c'est lui qui devra des dommages-intérêts, qui seront égaux au montant total des salaires que le salarié aurait perçu si il était resté jusqu'au terme de son contrat. Il s'agit d'une indemnité minimale, le juge peut prononcer plus. Ce minimum est indépendant du préjudice subi par le salarié.



Autrement dit, le salarié n'a pas à apporter la preuve de son préjudice.

Lorsque le CDD est à terme imprécis, dans ce cas, le juge se réfère à la durée prévisible.

### §3. L'échéance du CDD

#### A/ L'indemnité de fin de contrat (prime de précarité)

C'est une indemnité qui est due en plus des salaires et au terme du CDD, lorsque « les relations contractuelles ne se poursuivent pas par un CDI ». Il y a deux cas :

- L'échéance du terme marque la fin du CDD
- Un autre CDD est conclut avec le même employeur

Il y a 5 exceptions où la prime de précarité n'est pas versée :

- Les travailleurs saisonniers
- Les secteurs où il est d'usage de recourir au CDD
- Si le salarié rompt le contrat avant l'échéance ou si la rupture résulte d'une faute grave ou de la force majeure (article 1243-10).
- Les jeunes qui travaillent pendant les vacances scolaires ou universitaires. Cette différence de traitement à était très mal perçue et elle est considérée comme une violation du principe d'égalité et de non discrimination en fonction de l'âge d'où une question posée au **Conseil Constitutionnel qui a rendu une décision le 13 juin 2014** : cette exclusion ne méconnaît pas le principe d'égalité car les étudiants ont vocation après les vacances à reprendre leurs études intégrant ainsi la précarité de leur emploi. Par conséquent, c'est une situation particulière qui justifie une différence de traitement. Cette décision est faible juridiquement, tous les étudiants ne reprennent pas leurs études et les étudiants sont tellement intelligents que eux seuls peuvent comprendre que le CDD est précaire.
- Lorsque le salarié refuse à l'expiration du terme de conclure un CDI pour occuper un même emploi avec une rémunération identique.

Cette prime de précarité est acquise même si une action en requalification ultérieure aboutie. Une jurisprudence de 2015 est venue jeter le doute sur ce principe car elle semble distinguer les hypothèses de requalification selon que la relation contractuelle s'est ou non poursuivie au terme du CDI.

Cette jurisprudence n'est pas claire et aucune plus récente.

L'indemnité de précarité est versée en même temps que le dernier salaire et le montant est égale à 10% de la rémunération totale brute versée au salarié. Ce chiffre c'est le principe car il peut y avoir des accords plus favorables mais ça peut aussi être moins et tomber à 6% si un accord dans l'entreprise prévoit de transformer une partie de la prime de précarité en formation professionnelle.

NB : Contrairement à une idée reçue, les salariés en CDD qui arrivent au terme de leur contrat, ne bénéficient pas d'une priorité d'embauche sur d'éventuels emplois disponibles sur l'entreprise sauf si une convention collective le prévoit.

#### B/ Le renouvellement du CDD

Il ne faut pas confondre le renouvellement avec la succession du CDD

Le renouvellement consiste dans le fait pour les parties de repousser le terme du CDD. C'est le même CDD qui se poursuit au-delà du terme initialement prévu.

La loi n'interdit pas à certaines conditions de renouveler le CDD à l'échéance :

- Seulement deux renouvellements sont possibles
- L'ensemble de ces renouvellements ne doit pas entraîner une durée supérieure ou maximum légale. La durée max est de 18 mois en principe, on peut pas dépasser.
- À la date du renouvellement, le motif du recours doit encore exister.

L'acceptation par le salarié du renouvellement ne se présume pas du fait qu'il a continué à travailler au-delà du terme.

Il faut être vigilant puisque si le salarié continue à travailler sans avoir formellement donné son acceptation, c'est le fameux article L1243-11, il pourra revendiquer être en CDI.

L'employeur ne doit pas négliger de recueillir formellement par écrit le consentement du salarié au renouvellement de son CDD.

Depuis les ordonnances de 2017, les accords de branche peuvent autoriser plusieurs renouvellements,, mais toujours dans la limite de la durée maximale de principe.

### C/ La succession de CDD

La première situation consiste à se demander si au terme d'un CDD on peut conclure un nouveau CDD avec le même salarié sur le même poste.

Deuxièmement, est-ce qu'on peut conclure des CDD immédiatement successifs avec le même salarié mais sur des postes différents ?

Troisièmement, si les saisonniers successifs peuvent entraîner soit des requalification soit des obligé réembauche.

#### 1) CDD immédiatement successif sur un même poste de travail

Il sera indifférent de savoir si il s'agit du même salarié ou non.

Cette hypothèse, c'est en principe interdit pour éviter de pourvoir durablement par des CDD des emplois permanents. Donc pour déjouer toute tentative, la loi prévoit un délai de carence qui est égal au tiers du CDD précédent et même la moitié pour les petits CDD. C'est un délai d'un tiers à chaque fois.

Le délai de carence va jouer y compris lorsqu'il s'agit d'un autre salarié. Le poste est comme figé pendant cette période de carence, c'est pénalisant pour l'employeur.

Il y a des exceptions mais depuis les ordonnances de 2017, les conventions de branche peuvent ajouter des cas où le délais de carence ne sera pas applicable.

Mais légalement la loi prévoit à l'article L1244-4 un certain nombre de dérogation dans lesquels le délai de carence n'a pas besoin d'être respecté.



- Pour les CDD de remplacement, lorsqu'il y a une nouvelle absence du salarié remplacé. La jurisprudence se montre assez laxiste s'agissant de salarié qui vont être absent sur une très longue durée.
- Pour les CDD saisonniers il n'y a pas de délai de carence, mais il y a quand même un délai où il n'y a pas de travail étant donné que c'est pas saison, pas vraiment de raison d'être.
- Si le salarié a rompu le CDD avant le terme, où lorsqu'il a refusé le renouvellement.
- Dans les cas où le CDD est d'usage constant, le délai de carence ne s'applique pas en cas de travaux urgents et de sécurité.

## **2) Les CDD immédiatement successifs sur des postes différents avec un même salarié**

Principe : interdiction de proposer au salarié à l'échéance du terme de conclure un nouveau CDD, et de l'affecter à un autre poste. Depuis un certain nombre d'année, la jurisprudence tend à l'autoriser dans certains cas seulement aux exceptions du délai de carence.

Cependant, la cour de cassation est revenue depuis 2008 sur une jurisprudence qui était très laxiste sur ce point et l'arrêt de principe c'est l'arrêt Calori du 23 janvier 2008 qui pose le principe suivant : la succession de CDD d'usage doit être justifiée par des raisons objectives qui s'entendent d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi. Elle subordonne la succession de CDD avec un même salarié au caractère temporaire de l'activité.

La cour n'hésite pas à requalifier en CDI une succession de CDD lorsque l'employeur a par un recours systématique au contrat de remplacement fait face à un besoin structurel de main d'œuvre.

Un arrêt fondateur : arrêt du 26 janvier 2005 = un salarié avait conclu en remplacement d'absent, 104 CDD. C'était toujours des durées courtes et l'employeur ne respectait pas le délai de carence. La cour de cassation a estimé que l'ensemble devenait un CDI.

Les critères qui sont retenus c'est un nombre important de contrat, une durée globale longue, le maintien de fonctions identiques et la participation à une activité permanente de l'entreprise.

Solution qui a été réitérée.

+ Arrêt du 20 octobre 2015, guignols de l'info.

Plus récemment, la solution a été nuancée dans un arrêt du 14 février 2018 = un salarié qui avait été engagée comme agent de service par une association, CDD successifs entre 2010 et 2014 par 104 CDD, et elle demandait la requalification de l'ensemble en un CDI. Engagée à chaque fois par des CDD de remplacement.

La cour de cassation a considéré que : c'est au regard de la nature des emplois successifs occupés et de la structure des effectifs qu'il faut apprécier si ces CDD avaient pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente.

Il est possible de faire se succéder 104 CDD sans qu'ils se transforment en CDI tant que l'employeur montre l'intérêt de ne pas le faire.

Dans un arrêt de 2019, la jurisprudence n'a pas hésité à requalifier en CDI 60 CDD avec la salarié en remplacement de plusieurs salariés. Le recours au CDD était devenu un mode habituel de gestion du personnel. Mode habituel de gestion du personnel

Dans un arrêt du 10 octobre 2018 = 2 CDD successifs avec le même salarié sans délais de carence car c'était sur deux postes différents. Le premier CDD était un CDD de surcroît d'activités et sans délai de carence et un autre pour un remplacement. Les deux CDD sont requalifiés par la cour de cassation en CDI pour non respect du délai de carence.

Elle a estimé que le premier CDD ne rentrait pas dans un délai de carence. C'est compliqué pour le chef d'entreprise de respecter ce délai de carence.

### 3) Les contrats saisonniers successifs

On cherche à favoriser pour le saisonnier l'embauche du même salarié la saison suivante. Normalement, le salarié saisonnier ne bénéficie pas systématiquement d'une priorité de réembauche même si parfois comme dans l'arrêt du 28 septembre 2011, la cour de cassation a pu considérer qu'il s'agissait d'une relation unique et intermittente d'une durée globale indéterminée.

Il existe des stipulations conventionnelles qui prévoient que tout employeur qui a occupé un salarié dans un emploi saisonnier doit lui proposer sauf motif réel sérieux, un emploi de même nature pour la même saison l'année suivante.

On retrouve la même chose dans certains contrats de travail qui prévoient une clause de reconduction pour la saison suivante. Mais, à part lorsque c'est prévu, la loi n'impose pas à l'employeur de reconduction automatique et dans la foulée, la loi ne transforme pas la relation de travail en une relation à durée indéterminée.

Ce sont plutôt des priorités d'emplois et la cour de cassation dans une série d'arrêt de 2015 et un arrêt plus récent du 20 novembre 2019, considère que la non reconduction de CDD n'entraîne pas la transformation de la relation contractuelle en CDI.

En 2017, par une loi du 27 avril, articles 1244-1 et 1244-2 a portée deux principes:

- dans les branches où l'emploi saisonnier est développé, à défaut de stipulation contraires (les stipulations conventionnelles), les contrats de travail dans une même entreprise sont considérés comme successifs y compris lorsqu'ils sont interrompus par la fermeture de l'entreprise.

- dans les branches où l'emploi saisonnier est développé, à défaut de stipulation contraires l'employeur doit informer le salarié des conditions de reconduction de son contrat avant l'échéance.

En outre, le droit à reconduction suppose que le salarié a effectué au moins deux saisons dans cette entreprise sur deux années consécutives et l'employeur doit disposer d'un emploi saisonnier à pouvoir compatible avec la qualification du salarié.

Ces dispositions remettent en cause certaines qualification de l'emploi saisonnier. Une sorte de clarification juridique des contrats saisonniers, est-ce que l'année suivante ils bénéficient d'une priorité d'emploi ?

## **Chapitre 3 : Les pouvoirs de l'employeur**

Le contrat de travail met le salarié et l'employeur dans un rapport d'emploi qui est un rapport de pouvoir.

L'employeur à 3 pouvoirs essentiels :

- Pouvoir de direction = donner des ordres, des décisions etc.
- Pouvoir normateur/réglementaire = contrôler, faire la loi dans l'entreprise, édicter les normes et les règles.
- Pouvoir disciplinaire = sanctionner

Les trois pouvoirs appartiennent à la même personne, il faut bien contrôler ces pouvoirs. Le pouvoir disciplinaire est contrôlé par le juge, l'employeur ne peut pas sanctionner abusivement.

Contrebalancé par un contre pouvoir, celui du salarié. L'employeur peut donner des directives tant que ça n'empiètent pas sur les droits et libertés fondamentaux des employés.

### **Section 1 : Le pouvoir disciplinaire**

C'est le droit de punir lorsque le salarié désobéit aux ordres. Le législateur, depuis 1932 se méfie de ce pouvoir de punir mais jusqu'en 1982, malgré cette méfiance, ce pouvoir disciplinaire était très peu réglementé.

Ce sont les lois AUROUX du 4 août 1982 qui pour l'essentiel sont venues poser un régime juridique de ce droit disciplinaire. C'est un pouvoir qui est encadré de manière légale.

Jusqu'en 1932, presque tout était permis à l'employeur, la seule limite c'est la violence physique. En revanche, il peut punir avec des sanctions pécuniaires, il peut infliger une amende à un salarié qui lui désobéit.

C'est à partir de 1932 que le législateur va interdire cette sanction.

#### **§1. Le domaine du droit disciplinaire**

Le droit disciplinaire s'applique dès que l'employeur prononce une sanction.

Une sanction, article 1331-1, c'est toute mesure autre que des observations verbales, prises par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou pas la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière, sa rémunération.

#### **A/ Toute mesure**

Toute mesure autre que des observations verbales, dans le but de ne pas alourdir la vie dans l'entreprise. Les observations verbales sont donc tolérées combien même elles s'avéraient désobligeantes.

Exemple : arrêt du 19 septembre 2018. Salarié rappelé à l'ordre et quelque temps après, l'employeur licencie le salarié pour le même motif que celui du rappel à l'ordre. Le salarié conteste le licenciement en disant que il peut pas faire l'objet d'un licenciement parce que j'avais déjà été sanctionner pour cette faute, selon la règle non bis in idem. Ce rappel à l'ordre n'était pas une sanction disciplinaire. Donc il peut être licencié pour ce motif.

Une promotion, si elle vise à punir un salarié en l'écartant de sa fonction habituelle peut être une sanction disciplinaire. Il faut alors respecter la procédure disciplinaire.

Dès lors qu'une mesure se manifeste par un écrit, elle peut en général être considérée comme disciplinaire. Par exemple, un courriel qui demande des explications, ou encore un courriel qui reproche certains faits au salarié et lui enjoint de changer d'attitude, ça pourra constituer une sanction disciplinaire.

Mais inversement, il a été jugé qu'un simple compte rendu d'entretien pendant lequel l'employeur a exposé des griefs au salarié mais sans volonté de le sanctionner et lui fait un compte rendu de cet entretien et bien cela n'a pas été considéré comme une sanction disciplinaire.

### **B/ Une mesure prise à la suite d'une faute**

C'est l'employeur qui doit avoir considéré que l'agissement était fautif et en réalité, il peut se trouver que l'agissement ne constituait pas une faute. C'est précisément lorsqu'il n'y a pas de faute que la protection du droit disciplinaire est la plus utile et que la qualification de la sanction est la plus importante.

Ce qui démontre donc que ce qui compte c'est la perception qu'à l'employeur de cette faute.

Exemple : un salarié qui adhère à un syndicat et l'employeur considère que c'est une faute du salarié et lui inflige donc une sanction disciplinaire. Le juge va apprécier si l'agissement constitue une faute, or ce n'est pas une faute donc la sanction est annulée.

### **C/ Cette mesure soit de nature...**

La mesure qui sera prise peut affecter immédiatement et à terme.

Par exemple, la loi dit que cette mesure peut affecter la présence du salarié dans l'entreprise. Le cas d'un avertissement, ça n'affecte pas sa présence dans l'entreprise, mais à terme, si le règlement intérieur prévoit qu'après trois avertissements un licenciement peut être envisagé. Donc en ce sens, l'avertissement devient une sanction disciplinaire.

La loi dit « affecter », on se rend compte que certaines décisions de l'employeur ne sont pas des sanctions car elles n'affectent pas sa présence, rémunération etc...

Exemple : voilà un employeur qui retire sa place de parking à un salarié, ou encore, le salarié occupe un beau bureau et on le met dans un bureau sans fenêtre, ce n'est pas une sanction disciplinaire.

L'employeur peut punir sous une forme « vexante » sans passer par la procédure disciplinaire.

Est-ce que l'employeur a-t-il le choix de se placer sur le terrain disciplinaire ?

Dans un arrêt de l'assemblée plénière du 6 janvier 2012, dans une ville où circule des tramways, un chauffeur de tramway engage son tramway à contre-sens. Logiquement, on le licencie pour faute grave mais pas dans ce cas, il est changé d'affectation.

Il n'est plus chauffeur de tramway. Le salarié conteste la sanction disciplinaire car selon lui, l'employeur n'a pas respecté la procédure disciplinaire. L'employeur se défend en disant qu'il ne s'agissait pas d'une sanction disciplinaire, il a été changé d'affectation que pour assurer la sécurité des passagers et des tiers.

L'employeur a donc toujours le choix de se placer ou non sur le terrain disciplinaire, et il peut choisir d'écarter le droit disciplinaire.

Le champ d'application du droit disciplinaire dépend aussi de l'objet de la mesure disciplinaire.

## **§2. Les garanties du droit disciplinaire**

Le droit disciplinaire entraîne des règles spécifiques, notamment un contrôle du juge et certaines règles spécifiques à la sanction.

### **A/ Le contrôle judiciaire**

C'est un contrôle qui est complet car il porte sur la forme elle-même, mais aussi la procédure et la sanction de la faute.

#### **1) Le contrôle de la faute**

**La faute c'est la violation d'une obligation contractuelle au sens d'un manquement d'un engagement contractuelle.**

C'est la violation d'une règle de conduite collective car issue du règlement intérieur, soit d'une règle de conduite individuelle.

Cependant, toute désobéissance ne constitue pas nécessairement une faute :

- Le **droit de retrait**
- La **grève**
- **Certaines exceptions d'inexécutions** = c'est le salarié à qui on reproche de ne pas obéir, alors que l'employé lui-même n'exécute pas une de ces obligations (le non paiement du salaire par exemple).

Il faut distinguer la **faute** de la simple **insuffisance professionnelle**. C'est un salarié qui n'effectue pas son travail aussi bien que les autres, son travail n'est pas suffisant.

Sur le principe, ce n'est pas une faute sauf si cette insuffisance résulte d'une mauvaise volonté délibérée.

Il faut savoir que les faits issus de la vie privée du salarié ne peuvent jamais en principe, être qualifiés de faute au sens du droit disciplinaire. Il y a une protection de la vie personnelle (plus large que la vie privée, ça comprend la vie privée mais aussi la vie associative, politique, syndicale, militante ...) c'est-à-dire tout ce qui est extérieur à la vie contractuelle.

La vie personnelle est plus large et comprend à la fois la vie privée mais aussi la vie associative, la vie politique, la vie syndicale, la vie militante.

Tout ce qui relève de la vie personnelle ne peut être invoqué par l'employeur et il ne peut surtout pas se servir de ces faits pour les qualifier de faute.

**Exemple** : un salarié qui s'adonne à la boisson en dehors de ses heures de travail, il est contrôlé le week-end plus que positif, l'employeur ne peut pas le sanctionner car cela relève de la vie privée.

Le principe a été rappelé lors d'un **arrêt du 18 mai 2007** qui pose un problème juridique important : **les faits de la vie privée ne peuvent pas donner lieu à une sanction disciplinaire.**

En l'espèce, il s'agit d'une entreprise, le chef d'entreprise a un chauffeur personnel rémunéré par l'entreprise. Le chauffeur est salarié de l'entreprise. Ce chauffeur dans la vie privée est abonné à une revue et plus précisément une revue échangiste. Pour faire bonne mesure cette revue auquel il est abonné est

envoyé sur son lieu de travail ce qui n'est pas interdit. Ce n'est pas une faute de se faire envoyer du courrier personnel sur son lieu de travail. Seulement, un jour son courrier est ouvert par le service courrier par erreur. Le propos se repend très vite dans l'entreprise et ça commence à se savoir dans la ville que le chauffeur du chef d'entreprise s'adonne à des activités échangistes. Le chef d'entreprise prend une sanction disciplinaire et rétrograde son chauffeur. Le chauffeur conteste cette sanction disciplinaire en expliquant qu'il n'a commis aucune faute, qu'être abonné à une revue échangiste relève de ses choix de vie privée et que l'employeur ne pouvait en aucun cas prononcer une sanction disciplinaire sur ce fondement. L'employeur se défend en évoquant le trouble objectif que cela occasionne dans le fonctionnement de son entreprise

- La Cour de cassation dit que **le trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui même de prononcer une sanction disciplinaire.**
- **L'employeur ne pouvait pas sans méconnaître le respect dû à la vie privée de son salarié se fonder sur les contenus d'une correspondance privée en sanctionnant le destinataire.**

Le chef d'entreprise aurait dû, en démontrant le trouble objectif que ça amènerait pour l'entreprise, le licencier mais pas pour faute mais pour motif personnel non disciplinaire

Exemple : un chauffeur de poids lourds qui le week-ends a bu est a un retrait de permis et bien l'employeur peut pour motif personnel non disciplinaire le licencier.

Il arrive cependant qu'on qualifie de fautif un comportement qui relève de la vie privée (on se trouve dans l'exception) à condition que le salarié manque à une obligation découlant de son contrat de travail.

Exemple : Un arrêt fondamental sur cette question, **arrêt du 27 mars 2012**. En l'espèce, deux salariés sont personnels naviguant dans une compagnie aérienne, ces deux stewards volaient sur des vols long courrier (+ de 7H) et ces personnels ont des temps de repos importants pour récupérer. Ils étaient également chargés de la fonction de sécurité et ils avaient pour habitude de consommer en escale des drogues dur.

L'employeur l'apprend et il les licencie à titre disciplinaire pour faute professionnelle.

Les deux stewards s'indignent et contestent leur licenciement au motif que l'employeur utilise une sanction disciplinaire pour des faits tirés de leur vie privée.

La Cour de cassation va relever que ces salariés appartenaient à ce que l'on appelle le personnel critique de la sécurité et que cette consommation de drogue dure pendant leur vie privée faisait qu'ils étaient encore sous l'influence des stupéfiants en question pendant l'exercice de leur fonction violant ainsi les obligations de leur contrat de travail et faisant ainsi courir un risques aux passagers.

**Exceptionnellement des faits tirés de la vie privée peuvent être retenu pour des fautes professionnelles.**

Autre exemple : il s'agissait d'une salarié qui travaille dans une CAF (caisse d'allocation familiale) et qui à titre privée fait elle aussi une demande d'allocation et comme elle sait bien comment cela fonctionne elle minore ses déclarations de revenu pour pouvoir bénéficier de ces allocations en question. Elle est licenciée pour faute. Exceptionnellement, le licenciement sera accepté car ses fonctions la soumettait à une obligation de loyauté et de probité

**On va admettre qu'un fait de la vie privée constitue une faute professionnelle lorsque le fait commis en dehors du travail se rattache à l'activité professionnelle.**

Exemple : **Arrêt du 8 octobre 2014**, pour la cohésion d'équipe on fait pratiquer à des cadres d'autres activités en dehors de leur domaine de travail. On les emmène en séminaire dans un séjour pour récompenser certains lauréats et un des salariés se comporte mal pendant un séminaire, il est agressif, violent. Il est licencié et conteste son licenciement car cela relevait de la vie privée. La Cour de cassation admet que cela relève de la vie plus large de l'entreprise et admet le licenciement.

Exemple contraire : c'est un cadre dans une banque qui a titre privé fait des achats avec des chèques sans provision et bien la Cour de cassation a jugé que ce n'était pas une faute disciplinaire. Cela relevait de sa vie privée.

Pour récapituler il y a **trois options pour les faits qui relèvent de la vie privée** :

- **En général, ce fait ne constitue pas une faute professionnelle et donc l'employeur ne peut pas prendre de sanction disciplinaire.** (Arrêt du chauffeur et des revues échangistes)
- **Le fait de la vie privée constitue une violation d'une obligation du contrat de travail et dans ce cas cela devient une faute et le droit disciplinaire s'applique.** (C'est l'arrêt des stewards et de l'employée de la CAF)
- **Le fait de la vie privée ne constitue pas de faute mais il entraîne un trouble dans l'entreprise. Dans ce cas le droit disciplinaire ne s'applique pas mais l'employeur peut cependant prononcer un licenciement pour motif personnel non disciplinaire.**

## 2) Le contrôle de la procédure

La sanction disciplinaire lorsqu'elle est envisagée par l'employeur doit respecter une procédure **article L1332-1 et suivants du Code de travail**. On distingue 2 cas :

- **Les sanctions les moins graves** = ce sont celles qui n'ont **pas d'incidence immédiate** (du type l'avertissement), la **procédure est allégée, l'employeur doit simplement notifier par écrit la sanction.**
- Les **autres** sanctions c'est à dire celles qui ont une **incidence**, procédure qui suppose :
  - d'abord un entretien préalable en **convoquant le salarié par écrit qui précise l'objet, la date, le lieu de l'entretien et qui rappelle au salarié la possibilité qu'il a de se faire assister par un autre salarié.** A ce stade il n'est pas nécessaire d'évoquer les griefs qui seront alors dévoilés pendant l'entretien.
  - **Après l'entretien, l'employeur doit attendre deux jours ouvrables au moins avant de prononcer la sanction.** L'employeur ne doit pas trop attendre, **au delà d'un mois après l'entretien préalable il ne pourra plus sanctionner les faits invoqués dans l'entretien.**

**NB** : Dans certaines entreprises la convention collective peut prévoir une procédure disciplinaire plus spécifique. Par exemple avec des commissions disciplinaires qui sont chargées de mener l'entretien.

## 3) Le contrôle de la sanction



Certaines sanctions sont prohibées et les autres doivent être prévu par le règlement intérieur. **Depuis 1932**, les sanctions pécuniaires c'est à dire **les amendes infligées par l'employeur sont prohibées** et sont **même pénalement sanctionnées**.

Un **arrêt de la Cour de cass du 14 février 1866** dit des «sabots», il était interdit d'entrer dans la manufacture avec des sabots. Une salariée avait enfreint cette règle et l'employeur lui avait infligé une amande de 10 francs c'est à dire la moitié du salaire mensuel à l'époque. La Cour de cassation maintient l'amande à 10 francs car c'était dans la clause du contrat de travail.

**Il existe des sanctions pécuniaires indirectes**, c'est lorsqu'une sanction non pécuniaire va avoir une incidence pécuniaire. 2 sanctions classiques qui ont une incidence pécuniaire :

- La **rétrogradation** qui consiste à affecter un salarié à un poste inférieur.
- La **mise à pied** qui interdit un salarié à venir travailler et on le prive de son salaire provisoirement.

Les employeurs tentent de contourner cette prohibition en subordonnant une prime à l'adoption d'un comportement adéquat.

Exemple : un employeur est excédé par les retards de ses salariés et décide de mettre en place une prime de 200€ pour les salariés qui sont ponctuels toute l'année.

**La jurisprudence considère que dès lors qu'une réduction de prime est consécutive à un comportement fautif elle constitue en réalité une sanction pécuniaire déguisée qui tombe sous le coup de la prohibition des sanctions pécuniaires et elle sera annulée.**

Les sanctions discriminatoires sont prohibées. L'employeur n'est jamais obligé de sanctionner la même faute de la même manière selon son auteur et il ne lui est pas interdit de se montrer plus indulgent à l'égard d'un salarié qu'à l'égard d'un autre c'est ce que l'on appelle l'individualisation de la sanction en fonction de la personnalité de chacun.

Cette **individualisation de la sanction** peut être contrôlée par le juge. Certes cette individualisation n'est pas interdite mais la différenciation de la sanction ne doit pas déboucher sur une discrimination. Une discrimination c'est le fait d'être traité différemment selon ce que l'on est et ce que l'on fait. A l'heure actuelle et dans un mouvement de victimisation il faut être vigilant. L'employeur qui sanctionne les gens qui ont les yeux bleus > c'est discriminant.

La **sanction doit être prévue par le règlement intérieur** car c'est lui qui fixe les règles générales et permanentes relatives à la discipline dans l'entreprise. Notamment, c'est le règlement intérieur qui doit prévoit la nature et l'échelle des sanctions. En revanche, il n'est jamais question d'attribuer à un comportement donné une sanction déterminée.

## **B/ Les règles spécifiques au droit disciplinaire**

3 règles essentielles :

- Le **non cumul des sanctions**
- Les **prescriptions**
- La **modification du contrat de travail**



### 1) L'interdiction du cumul des sanctions

C'est la règle « *non bis in idem* », donc **pas deux fois la même sanction**. En revanche, l'application est parfois plus compliquée parce que **certaines fautes déjà sanctionnées peuvent être invoquées pour aggraver l'appréciation de fautes nouvelles** c'est-à-dire que la faute nouvelle apparaît comme une sorte de récidive et elle sera donc sanctionnée plus sévèrement.

Exemple : un salarié arrive en retard, il est sanctionné par un avertissement et quelque jours plus tard un nouveau retard et bien l'employeur pourra sanctionner plus durement la deuxième faute car il y a récidive.

La difficulté c'est surtout pour la mise à pied. S'il s'agit d'une **mise à pied conservatoire** elle pourra être suivie d'une autre sanction car ce n'est qu'une mesure provisoire de mise à l'écart du salarié pendant la durée de la procédure de licenciement disciplinaire. En revanche, s'il s'agit d'une **nouvelle mise à pied disciplinaire** celle-ci est déjà une sanction et on dit qu'elle épuise le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Exemple : un salarié a commis un acte grave qui met sa sécurité en péril et celle des autres on envisage un licenciement pour faute grave mais il est tellement dangereux qu'on ne peut pas le garder plus longtemps, l'employeur doit alors prononcer une mise à pied conservatoire c'est-à-dire que c'est pas une sanction disciplinaire mais on le met à l'écart pendant la procédure de licenciement. Si l'employeur le met à pied sans préciser et tarde à faire le licenciement et bien le salarié peut dire j'ai déjà été sanctionné et parfois les employeurs se voient annuler le licenciement car ils n'ont pas mis les formes. Quand on fait une mise à pied conservatoire il faut le préciser et engager en même temps la procédure de licenciement afin d'éviter les confusions.

### 2) Les prescriptions

C'est une règle qui vient compléter le principe non bis in idem, **on ne peut pas évoquer une faute ancienne déjà sanctionnée pour aggraver une faute nouvelle si on ne respecte pas certaines limites de temps qui est de 3 ans**.

C'est la prescription classique.

*Combien de temps a l'employeur pour sanctionner une faute ?*

Les faits fautifs se prescrivent dans un délai de 2 mois. En d'autres termes, l'employeur ne peut plus sanctionner une faute dont il a connaissance depuis plus de 2 mois.

### 3) Les modifications du contrat de travail

Il arrive que **certaines sanctions modifient le contrat de travail** c'est le cas notamment de la **rétrogradation**.

**La rétrogradation consiste à affecter un salarié fautif à un autre poste** avec bien sûr une autre rémunération qui ne va pas dans le sens de la hausse. Dès lors qu'on touche à la fonction elle-même, à la rémunération on considère que le contrat de travail est modifié.

*L'employeur doit-il recueillir l'accord des salariés ?*

Il y a alors dans cette question concurrence entre le **droit disciplinaire et le droit de la modification du contrat de travail**.

La position actuelle date du **16 juin 1998 « Le Berry »** qui pose le principe suivant : **si une sanction modifie le contrat de travail elle doit être acceptée par le salarié à défaut d'acceptation elle peut être annulée.**

- Premier cas : le salarié accepte la rétrogradation et reçoit une lettre qui l'informe de la sanction, il faut faire un avançant
- Deuxième cas : le salarié refuse la modification, c'est une situation de blocage, l'employeur va avoir 2 possibilités :

Il peut modifier la sanction, prendre une nouvelle sanction et par exemple lui infliger un blâme. Il va alors face à cette situation de blocage prononcer un licenciement avec un motif réel et sérieux, il va fonder son motif non par sur le refus de modification du contrat de travail mais sur la faute initiale qui servait elle même de fondement à la rétrogradation

Il y a un risque pour l'employeur que le risque initial suffisant pour la rétrogradation ne soit plus suffisant pour fonder un licenciement.

La procédure est adaptée à ce problème, **si la sanction est refusée le délai d'un mois maximum court à compter d'un nouvel entretien préalable en vue d'une autre sanction. De plus, le refus du salarié interrompt le délai de 2 mois.**

Tout récemment, dans un **arrêt du 14 avril 2021**, la **Cour de cassation** s'est prononcée pour la première fois sur un autre problème juridique : *l'acceptation d'une rétrogradation disciplinaire empêche t-elle le salarié de contester ensuite la sanction elle même ?*

Un salarié avait accepté la modification du contrat de travail et il avait signer l'avenant de modification. Il avait saisi ensuite le juge pour faire annuler la sanction et être rétablie dans ses fonctions antérieures. La cour d'appel le déboute de sa demande car selon elle, l'avenant qui a été signé, entérine la sanction et il ne peut donc plus la contester.

L'arrêt de la cour d'appel va être cassé. Il y a d'abord une sanction qui entraîne une modification du contrat de travail, le salarié a accepter la modification qui résulte de la sanction, ça ne veut pas dire qu'il accepte la sanction elle-même.

Accepter la modification du contrat de travail proposé par l'employeur pour sanctionner une faute, ne vaut pas renonciation à contester la procédure disciplinaire (la forme), et le bien fondé de la sanction (le fond). Le principe est clair, l'acceptation de la modification du contrat de travail, ne vaut ni aveu de faute, ni accord à la sanction.

D'un point de vue pratique, un salarié à commit une faute, il est rétrogradé, l'employeur est obligé de lui demander son accord, est-ce qu'il vaut mieux qu'il refuse, ou qu'il accepte mais qu'ensuite il conteste la sanction ? (Attention c'est une bonne idée pour un cas pratique).

### **C/ Les sanctions du non-respect du droit disciplinaire**

Le droit disciplinaire se classe toujours dans un contexte de contrôle judiciaire, et ce contrôle peut porter sur quatre points :

- **La justification de la sanction** : le juge va vérifier qu'il y a bien eu une faute (conditions sine qua non).
- **La proportionnalité de la sanction** : le juge (essentiellement les juges du fond) va contrôler que la sanction n'est pas disproportionnée à la faute. Et en cas de disproportion, le juge peut annuler la sanction.
- **La régularité de la procédure** : les formes doivent être respectées.
- **La licéité de la sanction** : la sanction ne doit être ni pécuniaire, ni discriminatoire et doit être prévue par le règlement intérieur.

Globalement, c'est un contrôle de forme et de fond. Le juge peut toujours et ce que quelque soit la cause de l'irrégularité, annuler la sanction.

Mais cette annulation n'est qu'une option, souvent demandée par le salarié. Le juge peut préférer accorder des dommages-intérêts, ça sera dans les cas où la sanction ne sera pas satisfaisante.

Par exemple, la mise à pied. Mise à pied d'une semaine d'un salarié, il conteste cette sanction et le juge va trouver qu'effectivement, elle était disproportionnée. Ça ne sert pas à grand-chose d'annuler la sanction, il est plus judicieux de donner des dommages-intérêts qui correspondent au salaire perdu.

Plus généralement, cette faculté d'annulation porte sur toutes les sanctions sauf une, c'est le licenciement, le juge ne peut pas annuler le licenciement.

Quand un licenciement s'avère injustifié (pas de cause réelle et sérieuse), la sanction consiste à octroyer des dommages-intérêts en réparation au préjudice causé par le licenciement.

Toute sanction discriminatoire, et cette fois-ci y compris le licenciement, est nulle de plein droit au sens où le juge est obligé de prononcer la nullité.

## **Section 2 : Le pouvoir normateur (réglementaire) de l'employeur**

Ce pouvoir s'exprime par des dispositions générales et permanentes, qui deviennent de vraies règles de droit dans l'entreprise, c'est le pouvoir de l'employeur.

Ce pouvoir se trouve dans le règlement intérieur, certains auteurs ont qualifié ce règlement de véritable « **acte réglementaire de droit privé** ».

Pendant longtemps, ce pouvoir on le trouvait que dans le règlement intérieur. Mais depuis un certains nombres d'années on trouve une autre source : ce sont **les actes unilatéraux de l'employeur**.

### **§1. Le règlement intérieur**

C'est un document unilatéral qui émane de l'employeur et qui fixe un certain nombre de règles générales, applicables dans l'entreprise. Il peut faire une page, et dans d'autres entreprises, plus de 200 pages.

Le règlement intérieur est obligatoire dès lors qu'il y a au moins 20 salariés dans l'entreprise.

Avant l'adoption du règlement intérieur, il y a consultation préalable du **CSE** (comité social et économique).

Il y a pour tout règlement intérieur, une publicité obligatoire.

D'abord, il est affiché dans les locaux de l'entreprise et il est déposé au greffe du conseil de prud'hommes. Enfin, il est communiqué à l'inspection du travail qui en contrôle la légalité. Il devient alors applicable immédiatement dans l'entreprise et donc opposable aux salariés.

En réalité, la loi fixe un contenu obligatoire au règlement intérieur, elle fixe le domaine du règlement intérieur, dans quels domaines l'employeur fait la loi.

Le règlement intérieur doit comporter tout ce qui dépend de ce domaine mais rien de plus, rien d'autres mais rien de moins.

Ce domaine se décompose en deux volumes :

- Toutes les règles d'hygiène et de sécurité applicables dans l'entreprise. Toutes les normes qu'il faudra respecter dans cette entreprise en particulier.
- La discipline, c'est-à-dire, la nature et l'échelle des sanctions. Autrement dit, le règlement intérieur doit lister les sanctions possibles dans l'entreprise. En aucun cas, le règlement intérieur ne peut prévoir quel comportement, faute, entraînera telle sanction. Ça reste un document objectif, il faut seulement prévoir la nature et l'échelle des sanctions, sinon ça s'opposerait au principe de l'individualisation de la sanction.

Le règlement intérieur c'est un ensemble de règles qui aide le respect des modalités d'exécution du travail. Exemple, les horaires dans l'entreprise, ce n'est pas un domaine du règlement intérieur. Mais en revanche, les modalités du respect des horaires sont du domaine du règlement intérieur, comme l'obligation dans certaines entreprises de pointer.

Ces dernières années, est apparue l'idée selon laquelle le règlement intérieur doit respecter les droits et les libertés fondamentaux. Cela résulte légalement de la **loi AUROUX, 4 août 1982, mais même avant on a eu un arrêt du conseil d'état du 1<sup>er</sup> février 1981, l'arrêt Corona.**

En effet, à travers les règles d'hygiène et de sécurité et de discipline, est-ce que l'employeur peut enfreindre les droits et libertés fondamentaux.

Les faits, entreprise qui instaure une règle en disant « il est interdit aux salariés de pénétrer dans les locaux de l'entreprise en état d'ébriété ».

Sur le principe ce n'est pas illégal, rien que pour une question de sécurité. Mais le règlement intérieur ajoute que la direction se réserve le droit de soumettre les cas douteux à l'alcootest et que le refus de s'y soumettre vaudra refus d'obéissance et reconnaissance implicite de l'état d'ébriété.

Les salariés contestent alors ce règlement intérieur et la réponse du juge va être justement de dire « ces dispositions portent une atteinte au droit des personnes et que cette disposition n'est justifiée que pour les salariés qui sont occupés à l'exécution de certains travaux, ou à la conduite de certaines machines. Il en résulte que cette disposition du règlement intérieur excède par sa généralité l'étendue des sujétions que l'employeur peut légalement imposer en vue d'assurer la sécurité etc.

Un peu plus de deux ans après cet arrêt, dans la **loi du 11 août 1982, l'article L121-1 du droit du travail prévoit que le règlement intérieur ne peut apporter aux droits et aux libertés... des restrictions non justifiées par la nature de la tâche ni proportionnées au but recherché.**

Le conseil d'état dans un **arrêt du 8 juillet 2019**, va valider une disposition d'un règlement intérieur qui était contesté. C'était une entreprise qui avait une clause tolérance 0 alcool mais la clause prenait bien soin d'identifier les postes concernés ce qui a permis de la valider.

C'est un domaine exclusif, en ce sens où tout autre acte informel qui appartient au domaine du règlement intérieur, doit être considéré comme étant un ajout et doit donc en suivre la procédure.

Enfin, l'inspection du travail a un pouvoir très étendu en ce qui concerne le contrôle des règlements intérieurs. Elle peut ordonner, supprimer, modifier, ajouter, toutes clauses qui est contraire à l'objet, aux libertés ou encore à la convention collective, et ce à tout moment.

Le juge judiciaire contrôle lui aussi le règlement intérieur mais d'une manière indirecte : par voie d'exception.

En effet, lorsqu'une sanction disciplinaire est contestée devant le juge judiciaire, il est amené parfois indirectement à contrôler une disposition du règlement intérieur.

## §2. L'engagement unilatéral de l'employeur

### A/ Le domaine de l'engagement unilatéral

- Les **engagements unilatéraux proclamés** : ceux qui affirment la volonté de l'employeur d'accorder des avantages aux employés. Prennent souvent la note de service, de circulaires, de décision du conseil d'administration. Ces engagements ont une valeur juridique dès lors qu'ils sont suffisamment fermes pour faire naître chez les salariés une **attente légitime**. Les salariés ont pu croire que cet avantage était permanent et donc dû. On parle souvent **d'avantage acquis**.
- Les **usages d'entreprise** : ils sont issus le plus souvent d'une pratique qui est fixe, générale et elle est constante et là encore, on retrouve la même idée, elle a fait croire aux salariés que c'était une véritable norme. Par exemple, le 13<sup>ième</sup> mois.
- On peut citer les **accords atypiques** : ce sont des accords qui ont été conclus avec d'un côté l'employeur et de l'autre côté, certains représentants salariés. Un accord qui est conclu avec seulement quelques délégués du personnel, ou encore avec un comité de salarié qui s'est formé pendant une grève, ces accords ne sont pas juridiquement des accords collectifs.

Est-ce qu'ils ont une valeur juridique ? Oui. La cour de cassation considère que la validité de la signature patronale en fait un engagement unilatéral.

### B/ Le régime juridique de l'engagement unilatéral

La cour de cassation a édifié progressivement ce régime juridique en répondant à une question qui était redondante : *est-ce que l'employeur peut supprimer un engagement unilatéral ?*

Normalement, en vertu du **principe de droit de prohibition des engagements perpétuels**, tout engagement unilatéral à durée indéterminée, peut être dénoncé.

La cour de cassation a dégagé trois conditions cumulatives qui permettent à l'employeur de dénoncer un engagement unilatéral :

- Il doit respecter un délai de préavis suffisant pour que s'engage de nouvelles négociations (le délai moyen qui est retenu c'est trois mois).
- Il faut informer les représentants du personnel de la dénonciation de l'engagement unilatéral.

- Il faut informer individuellement chaque salarié intéressé. L'employeur doit écrire à chaque salarié que l'engagement unilatéral va être dénoncé.

*Qu'est-ce qu'on entend par chaque salarié intéressé ?*

**Depuis 1996**, la jurisprudence considère que chaque salarié intéressé signifie chaque salarié qui en bénéficie.

La cour de cassation a étendu le champ d'application des « salariés intéressés ». Cette notification individuelle pour chaque salarié est élargie à tous les salariés à qui la disposition est susceptible de profiter. En l'espèce, il s'agissait d'une prime qui était versée en fonction de l'ancienneté. Cela élargit considérablement le nombre de salariés à qui l'employeur doit notifier la rupture de l'engagement.

Dès lors que les trois conditions sont remplies, la suppression de l'avantage qui résultait de l'usage ou de l'engagement, devient effective. Quand bien même il s'agirait d'un élément du salaire.

Une autre question est celle de la hiérarchie des normes où placer l'engagement unilatéral et l'usage ?

L'engagement unilatéral et l'usage sont des sources de droit et sont primés par la convention collective.

Ce qui veut dire que la convention collective peut mettre fin à l'engagement unilatéral et l'usage même si ces derniers avaient un caractère plus favorable.

Si l'engagement unilatéral est postérieur à une convention collective, il n'est valable que si il est plus favorable.

Enfin, un engagement unilatéral ou un usage, ne peut pas être détruit par un contrat de travail. Autrement dit, si il y a un usage dans l'entreprise, l'employeur ne peut pas priver un nouveau employé de cet usage.

### **Section 3 : Le pouvoir de direction**

Le rapport entre le contrat de travail et le pouvoir de l'employeur sert de fondement à une question centrale. Le contrat de travail est un contrat à exécution successive, donc il a vocation à s'échelonner dans le temps. La question qui surgit fatalement, c'est de savoir si au bout d'un certain temps, l'employeur peut modifier ce contrat de travail.

Dans le temps, les salariés sont exposés à de nombreux changements qui concernent aussi bien leur prestation de travail mais aussi leurs conditions de travail. *L'employeur peut-il modifier unilatéralement tout ce qu'il veut ou y'a-t-il des limites ?*

Après de nombreux rebondissements, la jurisprudence semble fixée, d'un côté, il y a ce qu'on appelle des modifications du contrat de travail, et de l'autre, il y a un changement dans les conditions de travail.

Si c'est une modification du contrat de travail, il faut l'accord du salarié. En revanche, si on est dans le cadre de ce qu'on appelle un changement des conditions de travail, et bien dans ce cas, cela relève du pouvoir de direction et ne sollicite pas l'accord du salarié et auquel il ne peut pas s'y opposer (le changement des horaires par exemple).

C'est beaucoup moins clair dans la pratique, comment on fait la différence entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail.

Il faut savoir ce qui relève de la sphère contractuelle ou ce qui n'en relève pas.

### **§1. La qualification d'un changement de la prestation de travail**

Ce qui relève du contrat de travail ne peut être modifié que d'un commun accord. Ce qui relève du pouvoir de direction, peut être imposé par l'employeur.

*Quel est le critère de distinction ?*

La cour de cassation a dégagé un socle contractuel dont elle a tracé les contours et qui gravite autour de quatre éléments fondamentaux :

- Le salaire
- La prestation de travail (la fonction)
- Le lieu de travail
- Le temps de travail

Quand la modification touche un de ces éléments, il s'agit alors d'une modification du contrat de travail, il faut donc l'accord du salarié.

### A/ Le salaire

C'est l'élément le plus fondamental du contrat de travail, il ne peut être modifié ni dans son montant, ni dans sa structure. Ça devient moins simple lorsqu'une partie de la rémunération dépend non pas du contrat de travail mais dépend du statut collectif ou encore dépend d'un usage ou d'un engagement unilatéral.

En effet, il s'agit alors d'un supplément de rémunération mais qui est issue d'une source non contractuelle (source spéciale) et qui ne s'incorpore pas dans le contrat de travail individuel. Il en résulte que cette partie du salaire devient alors modifiable sans l'accord du salarié uniquement au gré des modifications des accords collectifs.

Par exemple, un certain nombre d'accords collectifs de substitution qui ont modifié la structure des rémunérations chez Air France dans les années 2000 et qui ont entraîné un grand mouvement des salariés. C'est dangereux si la rémunération résulte exclusivement de source collective ou de source type usage ou engagement unilatéral. Dans ce cas, la cour de cassation considère que même la dénonciation dans les formes ne permet pas à l'employeur une fixation unilatérale du salaire.

Plus généralement, lorsque une baisse de salaire est indirecte, lorsqu'elle n'est que la conséquence d'une modification d'un autre élément non contractuel, il n'y a pas dans ce cas modification du contrat de travail.

### B/ La prestation de travail

L'employeur ne peut pas imposer aux salariés d'exécuter une tâche qui sortirait de ses attributions contractuelles. En effet, le salarié est embauché pour des tâches précises, fonction, qualification précise.

Des difficultés apparaissent lorsque l'employeur ne modifie pas vraiment les responsabilités ni qualification de l'employé. Si les tâches sont de même nature, elles relèvent alors du pouvoir de direction. Exemple, une personne est chargée d'entretenir dans un immeuble hôtelier, les différents appartements. L'employeur lui demande un jour d'entretenir les parties communes. Elle refuse et dit que c'est une modification de son contrat de travail. La cour de cassation dit que ça relève de la même qualification, elle n'est donc pas d'accord.

Inversement, si les nouvelles tâches ne sont pas reliées au travail principal, le salarié est en droit de refuser. Par exemple, arrêt de 2001, un veilleur de nuit dans un hôtel, l'employeur lui demande de dresser les tables,



mais il refuse. La cour de cassation est d'accord avec l'employé, ce n'est pas les mêmes tâches donc modification du contrat de travail.

### C/ Le lieu de travail

Les principes actuels résultent d'un **arrêt du 4 mai 1999**, dans lequel les faits le salarié était un comptable, muté de Versailles à Chartres. Il refuse considérant que le lieu de travail est trop éloigné et l'oblige à déménager. Il est licencié puisqu'il refuse. La cour de cassation va censurer les juges du fond qui avaient estimé que le changement du lieu de travail relève du pouvoir de l'employeur et donc que le salarié devait obtempérer. La cour de cassation dégage un principe important à savoir que « certes, le changement du lieu de travail relève du pouvoir de direction, mais à condition que le salarié reste dans le même secteur géographique.

En dehors de cette zone géographique, il s'agit alors d'une modification du contrat de travail. Si en revanche on reste dans le même secteur géographique, l'employeur peut le faire.

Pour apprécier le secteur géographique, le juge prend en compte la distance, les dessertes, les moyens de transport, c'est-à-dire un espace géographique où vit et travaille la majeure partie de la population.

Plus récemment, la cour de cassation emploie l'expression de bassin d'emploi. A chaque fois, le juge doit prendre en considération le nouveau lieu de travail par rapport à l'ancien, la distance, les transports. Si il s'agit du même secteur géographique et même si la durée de transport s'avère plus longue, il n'y a pas de modification du contrat de travail.

Par exemple, en région parisienne, un employé qui travaille à Paris intra-muros est muté à Evry. Pour la cour de cassation, c'est le même secteur. Le juge perçoit objectivement le secteur géographique.

Il arrive parfois que cette rigueur géographique soit tempérée par certains arrêts qui prennent en compte l'augmentation du temps de trajet.

Il arrive aussi que cette notion de secteur géographique ne soit pas retenue. Le juge admet parfois une affectation occasionnelle en dehors du secteur géographique si elle est motivée par l'intérêt de l'entreprise, des circonstances exceptionnelles et si le salarié a été informé à l'avance de la durée prévisible de l'affectation provisoire.

Ou encore, le juge du fond prend parfois en compte certaines options spécifiques comme par exemple : un chef de chantier qui est envoyé en dehors de sa zone géographique.

Il en résulte que le secteur géographique est un élément du contrat de travail mais il est fixé avec souplesse.

**L'existence d'une clause de mobilité** en pratique brouille cette frontière de notion de jurisprudence. Cette clause est valable mais pour ce faire, elle doit fixer une zone géographique de mobilité que l'employeur ne peut pas étendre unilatéralement.

Par exemple, une clause qui fixe comme champ d'application et je cite « toutes les implantations de l'employeur », et bien c'est une clause qui est privée d'effets. En effet, elle est indéterminée.

Même chose a priori pour une clause de mobilité géographique sur toutes zones d'activités de l'employeur en France. L'employeur peut faire varier ses zones d'activités.

C'est vrai mais un **arrêt du 9 juillet 2014** a considéré comme valable une clause dans la limite géographique de la France. La zone géographique était définie précisément et ne permettait pas à l'employeur d'en étendre unilatéralement la portée.

Il résulte quand même une certaine ouverture, l'employeur peut faire varier la clause au gré de ses implantations en France.

Il y a quand même en cas de clause de mobilité, une possibilité de contester. Ce n'est pas la validité de la clause, c'est plutôt contester l'usage qui est fait de la clause par l'employeur.

Or, si l'affectation qui est contestée constitue un abus de droit, le pousser à la démission, l'exécution de bonne foi ne sera plus caractérisée.

## D/ Le temps de travail

Quand on parle du temps de travail, il y a deux aspects importants :

- La durée du travail (le nombre d'heures que prévoit le contrat de travail)
- La répartition de ces heures de travail (l'emploi du temps)

### 1) La durée du travail

Indéniablement, c'est un élément contractuel, l'employeur ne peut pas la changer par principe.

De la durée du travail dépend le salaire. Si par exemple l'employeur abaisse le nombre d'heures et donc baisse le salaire avec, il lui faut l'accord du salarié car c'est une modification du contrat de travail. Sauf, en cas de difficultés économiques dans lesquelles l'employeur peut imposer ce qu'on appelle une **activité partielle**, mais c'est une exception.

*Est-ce que l'employeur peut augmenter le nombre d'heure de travail unilatéralement ? C'est ce qu'on appelle les **heures supplémentaires**. Est-ce que c'est une modification du contrat de travail ?* On est tenté de dire oui mais non, ce n'est pas le cas. L'employeur peut décider unilatéralement de faire effectuer des heures supplémentaires à ses salariés et d'augmenter ainsi la durée du travail.

*Comment définit-on une heure supplémentaire ?* Les heures supplémentaires ne se définissent pas par la durée limite légale des heures de travail, c'est une norme mais qui n'est pas obligatoire. L'heure supplémentaire se définit comme **toute heure au-delà de la durée contractuelle prévue**.

*Pourquoi le législateur accepte ça ?* Légalement, c'est un pouvoir limité, presque encadré sauf exceptions. Le système actuel limite le recours aux heures supplémentaires en fixant un contingent d'heures supplémentaires annuelles, en général 220 heures supplémentaires par an, ce qui fait environ 17 heures par mois. En aucune cas un employeur peut demander plus à un employé d'en faire plus.

C'est limité par la loi mais aussi par la jurisprudence. En effet, la jurisprudence pose comme principe que si les heures supplémentaires deviennent systématiques et au-delà d'un certain nombre, elles s'analysent en réalité en une offre de modification du contrat de travail.

**Un arrêt de la cour de cassation du 8 septembre 2021**, c'est un salarié à qui on impose depuis un certain temps de travailler 50 minutes supplémentaires de travail. Son contrat était de 35 heures par semaine, il est presque à 39 heures par semaine. Le salarié refuse ces heures supplémentaires et pour manifester son refus il quitte l'entreprise avant les 50 minutes. L'employeur le sanctionne de plusieurs avertissements, et finit par le licencier pour faute grave pour désobéissance et non respect de l'horaire collectif de travail.

L'employé conteste son licenciement. La cour de cassation estime que ce recours systématique aux heures supplémentaires, modifie le contrat de travail, par conséquent, nécessite l'accord express du salarié qui peut refuser et le refus n'est pas une faute.

## **2) La répartition des heures de travail**

Le principe est simple, cette répartition relève uniquement du pouvoir de l'employeur. **Le pouvoir de direction de l'employeur lui donne le droit de fixer les horaires de travail et la répartition de ses heures sur la semaine ou encore sur le mois.** L'employeur peut également **modifier ses horaires** cela relève de son **pouvoir de direction**. La conséquence c'est qu'il n'a pas à recueillir l'accord du salarié, ce n'est pas un changement du contrat de travail.

*Les grandes tendances dans les horaires sont elles contractuelles ?*

C'est par exemple **passer d'un horaire fixe à un horaire variable** dans l'entreprise. Ou encore, **passer d'horaires de jour à des horaires de nuit ou vice versa**. Ou encore **passer d'un horaire continu à un horaire discontinu**. Ou encore un **changement d'horaire qui prive le salarié de son dimanche,...**etc.  
= cela ne relève plus du pouvoir de direction. **Dès lors que l'on modifie ces grandes tendances cela constitue des modifications du contrat de travail et cela requiert l'accord du salarié.**

De même, la jurisprudence élargie également le domaine contractuel dès lors qu'il y a une **atteinte excessive au respect de la vie personnelle et familiale** parce que certains horaires atteignent la vie privée et la vie familiale ou encore **au droit au repos**.

Chaque fois qu'il y aura une atteinte excessive et bien la jurisprudence considèrera ça comme une **modification du contrat de travail soumise à l'accord du salarié**.

NB : Quand il y a **modulation du temps de travail** c'est quand **dans une entreprise on passe à une référence temporelle qui n'est plus la semaine, ça va être le mois, le trimestre ou encore et de plus en plus souvent l'année**. Concrètement si on est embauché sur une base de 40H par semaine des fois on sera amené à travailler quelque mois peu et d'autres bcp plus. L'**objectif de la modulation du temps de travail** est une **flexibilité**, on demande au salarié d'adapter la répartition de sa durée de travail en fonction de la fluctuation de l'entreprise.

**Pendant un certain temps la modulation était considérée par la jurisprudence comme une modification du contrat de travail et donc soumise à l'accord du salarié.** Mais cette position jurisprudentiel entravé fortement la modulation du temps de travail dans l'entreprise. Le **législateur est intervenu** dans une **loi du 22 mars 2012** qui décide expressément que **la modulation du temps de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail**. Les salariés ne peuvent pas refuser car ce n'est pas une modification du contrat de travail.

## **§2. Les conséquences du changement de la prestation de travail**

On va distinguer 2 situations :

### **A/ Le refus d'un changement des conditions de travail**

Cela relève du **pouvoir de direction**, le refus du salarié d'exécuter le travail sous les nouvelles directives constitue alors une cause réelle et sérieuse de licenciement. Cela ne constitue pas

nécessairement une faute grave. Le **juge** cependant **peut contrôler** ce **motif de licenciement** et pour se faire **il utilise le critère d'intérêt de l'entreprise**. S'il s'avère que l'employeur a changé les horaires pour embêter le salarié et le pousser à la démission au travers du critère de l'intérêt de l'entreprise le juge contrôle le motif de licenciement.

Au travers de la **clause de mobilité** il pouvait **contrôler** que la **clause n'ai pas d'impacte sur la vie familiale, sur la vie privée**.

Enfin le **juge se sert également du principe édicté à l'article L1121-1 du Code du travail** « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

## **B/ Le refus d'une modification du contrat de travail**

Le **salarié a un droit au refus** avec bien-sûr d'éventuelles conséquences sur une éventuelle rupture.

### **1) Le refus**

Depuis une jurisprudence ancienne, **le refus doit être exprès** càd que l'acceptation du changement ne peut pas être tacite.

L'acceptation ne peut pas résulter du fait que le salarié continue à travailler aux nouvelles conditions. **Le fait de poursuivre le travail, de ne pas protester ne constitue pas une acceptation (depuis l'arrêt dit Raquin du 8 octobre 1987)**. L'acceptation doit être exprès. Soit le salarié accepte expressément soit il n'accepte pas. S'il n'accepte pas il peut même après contester cette modification et exiger de revenir aux conditions initiales. Si on est employeur **il faut individuellement recueillir l'accord de chaque salarié**. Depuis l'arrêt Raquin la seule poursuite du travail ne constitue pas une acceptation.

Le législateur est intervenu dans l'**article L1222-6 du Code de travail**, si l'**employeur propose une modification du contrat de travail** mais dans un **contexte particulier** qui est le **motif économique**.

Par exemple, des salariés en 40h passe à 30h payé 30h cela modifie le contrat de travail, modification du salaire et l'**employeur doit envoyer à tous les salariés concernés une proposition avec une lettre avec accusé de réception qui mentionne la possibilité qu'a le salarié de refuser**. Il lui rappelle dans la lettre qu'**il a un mois pour refuser. A défaut de réponse dans ce délai, le salarié est présumé avoir accepté**.

### **2) La rupture du contrat de travail**

**La rupture s'inscrit en général dans un contexte de refus**. S'il refuse, l'employeur va devoir en tirer les conséquences, il peut reculer et décider de renoncer à cette modification ce qui est plutôt rare. **La seule conséquence possible est de licencier le salarié**.

*Est ce que le licenciement est justifié ?* Il faut savoir que le refus en soit ne constitue pas la cause réelle et sérieuse du licenciement. S'il y a une cause il faut chercher cette cause non pas dans le refus mais dans la modification proposée.

Exemple : l'employeur propose une modification de rémunération. Le salarié refuse, il est licencié. Le juge va vérifier si le licenciement est justifié et va regarder pourquoi il y a eu une baisse de rémunération. Il faudra des difficultés économiques pour justifier le licenciement.

Si l'employeur impose au salarié de travailler le dimanche, les salariés refusent = licenciement, le juge va vérifier si le licenciement est justifié.

**Une lettre de licenciement doit comporter l'énoncer précis des motifs du licenciement.**

**Arrêt du 28 mai 2019 n°1717.929** qui fait suite à plusieurs arrêts de 2018.

En l'espèce, il s'agissait d'une grande enseigne de vêtements, l'employeur réorganise les rayons et certains rayons étaient considérablement agrandi et d'autres allaient être réduit.

Le soucis c'est que les deux rayons qui allaient être agrandi considérablement et bien les 2 salariés qui y travaillaient allaient en bénéficier d'une manière considérée. Dans leur contrat de travail les salariés avaient des commissions liées aux ventes dans ce rayon. Donc comme dit l'employeur comme il y a une augmentation prévisionnelle des ventes il y aura donc une augmentation corrélative des commissions donc les deux salariés vont se retrouver avec des commissions qui vont doubler, tripler et cela va aboutir à une rupture d'égalité entre les salariés du magasin par une augmentation disproportionnée de ces salariés par rapport aux autres vendeurs.

Evidemment, les deux salariés en question refusent la modification du contrat de travail. L'employeur les licencie mais la cause du licenciement ici reste contestée dans la mesure où l'employeur soutient qu'il s'agit d'un licenciement pour motifs personnels.

Le fondement s'il y en avait eu un aurait été de dire que la réorganisation s'inscrivait dans un contexte économique par exemple. Or il ne le fait pas et pour cause, il n'y avait pas de motif économique. La réorganisation ici ne résultait pas de difficultés particulières. L'employeur aurait du utiliser le motif de sauvegarde de la compétitivité.

Dans ce cas, le licenciement n'est pas considéré comme justifié, il n'y a pas pour la Cour de cass de cause réelle et sérieuse. Il n'y a pas de troisième voie de licenciement. Il y a le licenciement pour motifs économiques, ce n'était pas le cas. Le licenciement pour motifs personnels, ce n'est pas le cas non plus. On était dans aucune des deux situations. La solution aurait été de se baser sur l'article L1222-6 en arguant la compétitivité de l'entreprise. Le licenciement était donc sans cause réelle et sérieuse.

**Il arrive que l'employeur prenne des mesures unilatérales pour contraindre un salarié à accepter la modification qu'il lui propose. Exemple :** l'employeur propose des choses que le salarié ne veut pas accepter il va donc utiliser des mesures unilatérales > on prend des mesures vexatoires, on lui retire son bureau,...etc. Il ne faut surtout pas que le salarié démissionne car il perd un certain nombre de ses droits sinon. **Le salarié peut prendre acte de la rupture au tords de l'employeur** qui sont les mesures vexatoires par exemple. **Le salarié peut aussi demander en justice la résiliation judiciaire du contrat de travail.**

### **3) Les accords de performance collective**

La technique contractuelle reste un instrument qui permet de résister aux changements voulu par l'employeur. C'est la raison pour laquelle une des ordonnances a introduit un **article 2254-2 au Code du travail** qui consacre un nouveau type d'accord que l'on appelle **les accords de performance collective**. Si on en croit la finalité de ces textes il s'agit de **préserver et de développer l'emploi** et surtout répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise c'est finalement **favoriser la flexibilité** et donc **l'adaptabilité des fluctuations de l'entreprise**. L'accord de performance collective fonctionne de la manière suivante : **dès lors que dans l'entreprise a été conclu un accord de performance collective, l'employeur peut appliquer une mesure comme une baisse de rémunération, une modification de la durée du travail, il peut faire appliquer de telles mesures car les clauses de l'accord se substituent alors aux clauses contraires du contrat de travail. En cas de refus l'employeur peut alors licencier mais en s'appuyant sur un motif spécifique qui constituera la cause réelle et sérieuse. Il y alors une sorte de présomption de justification du licenciement sans chercher la cause de la proposition de modification.**

Ce type d'accord soustrait alors les réorganisations d'entreprise à l'application du droit du licenciement ce qui est très dangereux pour le salarié. C'est l'**ordonnance de septembre 2017** qui a créé ces accords, c'est récent.

#### Section 4 : Les droits et libertés des salariés

Leur impact est allé croissant ces 20 dernières années. L'impact croissant va de paire avec un mouvement inverse qui est la diminution constante des autres protections du droit du travail. Pour la plupart ces droits fondamentaux sont anciens comme le droit syndical, le droit de grève, la liberté du travail.

Il faut constater d'abord que **ces droits et ces libertés qui sont attachés au citoyen** et les nouveaux droits qui émergent et bien on peut les invoquer non plus contre l'État mais **on va pouvoir les invoquer contre le chef d'entreprise**. Ces droits et libertés entrent en opposition frontale souvent avec le lien de subordination. Les prémices de l'évolution c'est un **arrêt du CE du 1er février 1980 « Peintures Corona »** c'est le **premier arrêt qui consacre un contrôle de la légalité du règlement intérieur au regard des droits et libertés des salariés**. L'émergence de ces droits et de ces libertés dans l'entreprise aboutissent à un **contrôle des pouvoirs de l'employeur**. C'est un mouvement d'ensemble puisque lors de **la recodification du Code du travail en 2007 on a introduit un titre « droits et libertés dans l'entreprise »** et qui pose un principe centrale à **l'article 1121-1 du Code du travail** « **Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché** ».

Apparaît ainsi une **protection de droits non fondamentaux** comme par exemple le droit de se vêtir qui est une liberté consacrée dans l'entreprise.

Apparaît également un **contrôle de la nécessité** c'est-à-dire que toute restriction doit être justifiée.

Le motif qui peut restreindre une liberté ou un droit s'apprécie selon les fonctions et les tâches assignées au salarié.

Apparaît aussi un **contrôle de la proportionnalité** de la restriction au sens où il doit y avoir une cohérence entre d'une part le moyen mis en œuvre et d'autre part l'objectif recherché. Cela signifie que l'on vérifie qu'il n'existe pas de moyens moins radical ou de moyens moins lésant des droits par une espèce de contrôle de modération.

Exemple : Si des salariés travaillent dans une entreprise avec des métaux précieux, il n'est pas interdit de procéder chaque jour à la fouille des salariés quand ils sortent. Mais s'il existe dans l'entreprise des détecteurs de métaux alors la fouille ne s'impose plus.

Cette **reconnaissance progressive d'un certain nombre de droits et de libertés restreint** évidemment les **pouvoirs de l'employeur** notamment le règlement intérieur (**pouvoir normateur**) et son **pouvoir de direction**. Ce qui est remarquable c'est que **chaque fois qu'il y a une atteinte à ces droits et libertés non justifiée, la sanction c'est la nullité de la mesure contestée**.

Exemple : un licenciement qui est injustifié se traduit pas des D&I mais en revanche si un licenciement est fondé sur des atteintes à des droits et libertés et bien le licenciement sera nul et les salariés seront re-intégrés.



Exemple : un droit fondamental : le **droit d'agir en justice** fait que l'on a de plus en plus d'arrêts où il est jugé que **le licenciement qui est prononcé à l'encontre d'un salarié à la suite d'une action en justice du salarié ou d'une menace d'action en justice et bien ce licenciement est en général frappé de nullité**. Par exemple, un **arrêt du 21 novembre 2018** où un salarié menaçait son employeur d'aller en justice pour faire valoir ses droits et très maladroitement l'employeur le licencie pour ces motifs. Dans cet arrêt il y avait d'autres motifs que celui là. Ce motif est contaminant à lui seul, le juge n'examine pas les autres motifs. Le juge considère que ce motif à lui seul rend le licenciement nul.

Dans un autre arrêt de même date **21 nov 2018**, l'employeur licencie le salarié pour insuffisance professionnelle mais comme par hasard cela intervient peu de temps après que ce même salarié a saisi le Conseil de prud'homme pour inégalité de traitement et discrimination. On se rend compte dans les attendus que le juge retient une sorte de présomption fautive de l'employeur. Le motif exact est en réalité l'action en justice devant le Conseil de prud'homme.

## §1. Les harcèlements

Les harcèlements sont une atteinte au droit de la personne, à sa dignité.  
On va voir les notions d'harcèlement moral et d'harcèlement sexuel.

### A/ Les notions d'harcèlement moral et d'harcèlement sexuel

#### ➤ Le harcèlement moral

Le harcèlement moral d'un point de vue juridique a été introduit par une **loi du 17 janvier 2002** aux articles **L 1152-1 et suivants du Code du travail**.

La prohibition du harcèlement moral s'inscrit dans une réglementation plus générale qui vise à protéger la santé mentale au travail.

**Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et sa dignité, d'altérer sa santé physique et/ou mental ou de compromettre son avenir professionnel.**

Cette définition est extrêmement large, la qualification s'effectue sous le contrôle de la Cour de cassation.

La loi parle d'agissements répétés ce qui veut dire qu'un seul fait ne suffit pas même si cela peut se dérouler sur une période brève. **Depuis 2009, la Cour de cassation considère que le harcèlement moral est constitué indépendamment de l'intention de son auteur.** En d'autres termes, la personne qui harcèle peut ne pas avoir eu l'intention de harceler mais peu importe, le résultat est le même.

Exemple : le management autoritaire d'un chef cuisinier est constitutif de harcèlement moral. Le chef cuisinier avait un comportement autoritaire mais il excédait les limites du pouvoir de direction donc pour la Cour de cassation excéder les limites du pouvoir de direction peut constituer un harcèlement moral. Le chef cuisinier stressait ses subordonnés, les traitait de façon humiliante, il claquait des doigts, il criait, il avait un discours trop abrupte, des attitudes désobligeantes.

Certaines méthodes de gestion de supérieur hiérarchique peuvent constituer un harcèlement moral même si seuls certains sont réceptifs et vont être sensibles à des propos désobligeants.



Exemple : dans un arrêt de 2017 la Cour de cassation dit que le **management par la peur peut constituer un harcèlement moral**.

Le harcèlement moral est extrêmement large et peut inclure un grand nombre de situation y compris lorsque ce n'est pas **intentionnel**. La **conception intentionnelle du harcèlement moral n'est pas abandonnée, l'intention de nuire peut exister**. Le **pouvoir hiérarchique facilite le harcèlement moral**, mais de la même façon **le harcèlement moral peut exister indépendamment de tout rapport hiérarchique**. En d'autres termes, le harcèlement moral peut exister entre collègues de même niveau hiérarchique. A la connaissance de la prof il n'y a pas de harcèlement moral d'un salarié inférieur hiérarchiquement à un salarié hiérarchiquement supérieur.

### ➤ **Le harcèlement sexuel**

Le harcèlement sexuel est prévu à l'**article L1253-1 du Code du travail**, c'est le fait d'imposer à une **personne de façon répétée des propos ou des comportements à connotation sexuelle qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile, ou offensante**.

La loi assimile aussi au harcèlement sexuel **le fait même non répété d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle que celui-ci soit recherché au profit de son auteur ou même au profit d'un tiers**.

Les deux définitions sont extrêmement larges et permettent de caractériser un grand nombre de comportements.

A titre d'exemple, on se rend compte que les **plaisanteries grivoises**, salasses, vulgaires qui sont **répétées peuvent être considérées comme du harcèlement sexuel**.

Aux Etats-Unis il est d'usage constant de déconseiller à un monsieur de monter seul avec une dame dans un ascenseur.

Les compliments un peu appuyés peuvent être interprétés comme du harcèlement sexuel.

### **B/ Le régime des sanctions**

Le **problème** est d'établir la **preuve**. Le régime des preuves a été aménagé. **Le salarié établit les faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement**. Au vu de ces éléments, l'employeur doit **prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un harcèlement et que ces faits sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement**. Le législateur impose également à l'employeur de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les **agissements de harcèlement dans son entreprise**. Cette disposition s'inscrit dans un contexte plus large qui est celui des **obligations de sécurité au travail et de prévention des risques professionnels**. Le fait de prendre des mesures de prévention ne l'exonère pas de sa responsabilité. En outre **l'employeur est responsable des agissements des personnes qu'il a sous son ordre et même il est responsable des personnes sur lesquelles il a une autorité** par exemple il est responsable des sous traitants...etc.

Du côté des **victimes**, les salariés sont entendues **au sens large**, il y a également des personnes dans l'entreprise mais qui n'ont pas le statut de salarié comme les **personnes en formation**, les **stagiaires**, les **personnes en processus de recrutement**.

**Les salariés qui sont victimes de harcèlement ne peuvent en aucune manière être sanctionnés ni être l'objet de mesures discriminatoires.** La victime ne peut pas être sanctionnée pour avoir refusé les agissements de harcèlement ou encore pour les avoir relaté, ou témoigné.

Autre conséquence, une **rupture** qui est **consécutif au refus d'un harcèlement est nulle**.

Idem, même protection pour le témoignage.

Du côté du **coupable**, le **harcèlement constitue nécessairement une cause réelle et sérieuse de licenciement** et parfois même une **faute grave**. Quelque soit l'attitude antérieure de l'employeur. **L'employeur doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour protéger la santé de ses salariés** et **s'il n'a pas pris les mesures pour faire cesser le harcèlement** et bien il **peut voir sa responsabilité engagée**.

Le **harcèlement** peut aussi se caractériser par les **actes en dehors du temps et du lieu de travail** notamment par les **messaging instantanées**, les **réseaux sociaux**. Le **salarié victime de harcèlement peut engager la responsabilité civile de l'employeur pour obtenir des dommages et intérêts**. Sur le plan pénal, les peines peuvent aller jusqu'à maximum 2 ans de prison, 30 000€ d'amende et ces peines peuvent s'appliquer également en cas de discrimination commise à la suite de harcèlement.

**Arrêt de 2019**, une salariée se plaint de harcèlement sexuel depuis 2 ans par un collègue de travail qui se traduisait par SMS. Le harcèlement sexuel n'est pas retenu car la victime a eu une attitude ambiguë. **L'attitude ambiguë peut faire échec au harcèlement sexuel** car elle répondait aux messages ce qui s'inscrivait dans une espèce d'attitude ambiguë de séduction. Le refus pur et simple n'apparaît pas. Cela a été l'occasion de préciser que la participation de la victime à un espèce de jeu de séduction exclu le harcèlement sexuel mais il faut bien distinguer cette situation de l'attitude supposée provocatrice. Les Cours d'appel en général rappellent que **le fait pour la salariée de porter des tenues courtes ou légère ne justifie en aucune façon le comportement de l'auteur de harcèlement sexuel**.

## **§2. Le droit à l'égalité**

Parler de l'égalité implique de parler de discrimination. Les **discriminations peuvent prendre 2 formes** :

- Les **discriminations directes**
- Les **discriminations indirectes**

Devant le Conseil des prud'hommes la discrimination, est de plus en plus utilisée

**La discrimination c'est le fait d'utiliser un critère illicite pour prendre une décision.** Il suffit dès lors de démontrer qu'on a utilisé tel critère illicite pour caractériser une discrimination. Un salarié démontre une rupture dans sa progression de carrière corrélative à sa participation à une grève. Cela caractérise une discrimination des grévistes par rapport aux non grévistes.

La **difficulté** c'est de **prouver l'intention de l'employeur**. En d'autres termes, il est difficile de prouver que l'employeur a utilisé un critère illicite. Il est bien rare effectivement que l'employeur se vante que s'il a pris cette décision c'est sur tel critère.

A coté de ces discriminations directes il existe les **discriminations indirectes (depuis une loi de 2008)** c'est lorsqu'une mesure de l'employeur provoque indirectement une différenciation selon un critère prohibé.

Exemple : une entreprise qui comporte plusieurs services, elle fabrique des jouets, il y a ceux qui inventent les jouets, la compatibilité et un service qui fabrique les jouets et on se rend compte que c'est dans le secteur qui fabrique que les salaires sont les plus faibles, on paye plus le service créatif. Or il s'avère que c'est dans le service fabrication qu'il y a le plus fort pourcentage de femmes. La situation abouti à une discrimination indirecte en ce sens que la rémunération n'est pas fixée selon le sexe, elle est fixée selon la tâche mais du fait d'une répartition déséquilibrée hommes/femmes entre les services il y a une discrimination dans les salaires qui est indirecte. Le système de rémunération conduit ici à une sous rémunération des femmes dans l'entreprise et cela suffit pour que le système soit présumé discriminatoire.

La définition de **discrimination indirecte** : c'est lorsqu'une disposition, un critère, une pratique neutre en apparence est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres à moins que cette disposition, ce critère, cette pratique ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens qui sont discriminatoires en apparence ne soit nécessaires et appropriés.

Les **discriminations peuvent exister si elles sont justifiées**.

En reprenant l'exemple plus haut et bien l'employeur a eu que des candidatures de femmes pour le poste ce qui justifie cette discrimination par exemple.

Le principe d'égalité de traitement entre salariés signifie donc que les salariés d'un même employeur qui effectuent un travail similaire doivent bénéficier d'une égalité de traitement.

Les deux notions, égalité de traitement et non discrimination sont très proches. En revanche, leur sanction est différente.

Par exemple : si un licenciement est décidé par l'employeur suite à une discrimination, quand on prend un critère prohibé comme argument, ça tombe donc sous le coup de la nullité.

Alors qu'un licenciement qui est décidé parce qu'un salarié se plaint d'une inégalité de traitement, ce licenciement n'est pas frappé de nullité mais il est sans cause réelle et sérieuse.

### A/ Le principe de non discrimination

Ce principe s'**applique essentiellement de manière prohibitive**, mais pas seulement. Il s'applique également de manière préventive, c'est-à-dire que les discriminations à l'embauche (dans les procédure de recrutement) sont également prohibées. C'est intéressant de souligner que d'une manière plus générale, la discrimination joue le plus souvent dans les promotions, les rémunérations, les ruptures de contrat de travail, les mutations, pendant la vie du contrat de travail.

La sanction des discriminations c'est la nullité de l'acte discriminatoire.

Par exemple, une mutation discriminatoire doit être annulée par le juge, ou encore, un licenciement fondé sur l'âge, doit être annulé par le juge. Ce qui veut dire annulation, droit à réintégration, il a vocation à retrouver son emploi.

La grande difficulté c'est de distinguer les actes de différenciation licites et les discriminations interdites.

### 1) L'illicéité de certains critères

La différenciation n'est pas prohibée. L'employeur n'est pas tenu de traiter chaque salarié de la même manière.

En effet, l'embauche, les promotions..., dépendent du talent, du mérite, du travail accompli etc.

Quand elle est fondée sur de tels motifs, la différenciation n'est jamais illicite.

Cela devient illicite quand la différenciation se fait à partir de ce que le salarié est, ou ce qu'il fait.

Ce que les salariés sont:

- Le sexe
- L'âge
- L'origine
- L'apparence physique
- La religion
- Le nom patronymique
- L'état de santé
- Le handicap
- Les caractères génétiques...

La différenciation devient une discrimination, par rapport à ce que la personne est.

Ce que les salariés font:

- Les mœurs
- L'orientation sexuelle
- La situation familiale (l'arrêt Air France: interdiction aux hôtesses de l'air de se marier)
- Les opinions politiques
- Les activités syndicales
- Le fait de participer à une grève...

Il est interdit d'utiliser ces critères pour prendre une décision.

Très récemment, la HALDE qui a pointé un certain nombre de pratiques dans les entreprises discriminatoires. Par exemple, dans une entreprise, il y avait des questionnaires d'embauche pour des hôtesses d'accueil. Ce questionnaire comportait des rubriques extrêmement indiscrettes, des cases où les candidates devaient remplir leur taille, leur poids, leur tour de poitrine et même la taille des bonnets. Nul ne peut invoquer en justice sa propre turpitude : **la règle nemo auditur turpitudinem allegans.**

### 2) L'usage de certains critères illicites

Dans certains cas, les discriminations positives sont destinées à favoriser les personnes habituellement discriminées.

Dans l'entreprise, exceptionnellement, on utilise des critères prohibés uniquement pour des raisons de bon sens.

Par exemple: une entreprise recrute des pilotes d'avion, ou une autre recrute des chauffeurs, il est parfaitement légal de prévoir que ne pourront pas se présenter à ce recrutement les non-voyants. On peut aussi exiger un état psychiatrique sain. Pourtant c'est bien l'usage d'un critère de santé, qui est illicite.

Au théâtre et au cinéma, le recrutement des acteurs est discriminatoire. Les critères illicites sont tolérés et tiennent en général essentiellement au sexe ou au handicap.

Ça permet de généraliser un principe, les distinctions/différenciations, fondées sur un motif normalement illicite sont autorisées si elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante dans un objectif légitime.

Mais, on ne peut pas invoquer à ce titre les préférences de la clientèle.

Par exemple, l'employeur qui refuse d'embaucher un homme âgé en contact avec les clients, c'est un argument extérieur. La soumission de l'employeur au sexisme, racisme, de ses clients, est condamnable.

### **B/ La preuve des discriminations**

Pendant très longtemps, la preuve était difficile à établir. La preuve résidait dans l'intention de son auteur et il est bien rare que l'auteur soit suffisamment stupide ou ignorant pour revendiquer un critère illicite. En général, il invoque un critère licite qui masque les véritables critères qui sont eux illicites.

La charge de la preuve est allégée, le salarié doit seulement présenter des éléments de faits et il n'a pas à prouver l'intention discriminatoire de l'employeur.

Des faits qui ont l'apparence d'une discrimination, et c'est à l'employeur de combattre cette apparence.

L'employeur peut le faire de deux manières:

Il combat les faits invoqués et montre qu'il sont insuffisants pour supposer l'existence d'une discrimination. Démontrer que la mesure prétendument discriminatoire est en réalité justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Par exemple: un salarié qui est un syndicaliste actif et il prétend qu'il a été discriminé pendant toute sa carrière en raison de son appartenance syndicale. Il apporte quelques faits, des cas concrets de salariés qui sont entrés au même échelon, au même emploi etc et qui eux sont tous à un échelon plus élevé et que la seule différence c'est que les autres ne sont pas syndiqués.

Effectivement, il y a une apparence de discrimination, et c'est la seule preuve qu'il doit apporter.

L'employeur peut combattre en disant qu'il n'y a pas de discrimination:

Il peut combattre en apportant d'autres exemples contraires. Autrement dit, le salarié plaignant n'a prouvé que les exemples qui l'arrangeraient.

Il démontre que la progression du salarié a été ralentie, mais par des éléments objectifs étrangers au critère illicite, comme la compétence, la productivité, l'excellence du travail etc.

L'un n'est pas exclusif de l'autre, il peut se défendre avec les deux combinés.

### **C/ L'égalité de traitement**

De ce principe légal de non discrimination, la jurisprudence a tiré un autre principe qui est le principe d'égalité de traitement qui veut que tous les salariés placés dans une situation identique, doivent être traités de la même manière.

C'était restreint à un adage: à travail égal, à salaire égal.

Au delà du salaire, c'est devenu un principe général d'égalité pour tous les avantages qui sont accordés par l'employeur.

Le principe d'égalité va plus loin que les discriminations, car il ne s'agit plus seulement de prohiber un critère mais d'imposer un traitement égal entre deux personnes.

Ce n'impose toute fois pas de donner à chaque salarié les mêmes avantages exactement. Il permet de rémunérer différemment si les salariés sont placés dans des situations différentes.

Par exemple: l'ancienneté qui permet d'offrir une meilleure rémunération.

Pour prouver l'inégalité, le salarié se contente de démontrer l'apparence de différence de traitement et c'est à l'employeur de contester l'apparence ou de la justifier par des raisons objectives. On se rend compte que ce principe interdit l'arbitraire et qui exige de l'employeur qu'il se justifie.

Par exemple, une salariée qui s'absente pour un congé maladie, l'employeur la remplace par un CDD. La salariée absente revient, le CDD s'en va, mais elle se rend compte en rentrant que le CDD sur son poste était mieux rémunéré qu'elle. Elle exige alors une augmentation au nom de l'égalité de traitement. L'employeur va combattre cette prétention, qu'il avait dû, dans l'urgence, pourvoir un poste où le recrutement était difficile et en conséquence proposer un salaire supérieur.

Pour le juge, il n'y a pas de rupture d'égalité de traitement.

L'employeur doit démontrer que la différence est objective mais que la différence de situation justifie véritablement la différence de traitement.

Par exemple: des congés payés supplémentaires accordés à certaines catégories de salariés. Il doit démontrer que les particularités de cette catégorie

Reprendre

Pendant longtemps, la jurisprudence estimait qu'une source conventionnelle ne pouvait pas à elle seule justifier une différence de traitement.

Depuis 2015, la tendance s'est inversée et plusieurs arrêts successifs sont venus poser comme principe que les différences de traitement qui sont créées par des sources conventionnelles sont présumées justifiées. Il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toutes considérations de nature professionnelle. Il y a donc un renversement de la charge de la preuve qui est finalement assez défavorable au salarié.

En 2017, la cour de cassation avait admis que le fait qu'un accord ne puisse pas modifier le contrat de travail constitue un élément objectif pertinent propre à justifier la différence de traitement entre salariés engagés avant l'accord et ceux embauchés après.

Dans un arrêt du 28 juin 2018, on avait eu un accord de substitution qui maintenait les avantages acquis pour les anciens salariés et les nouveaux embauchés revendiquaient le bénéfice des dispositions antérieures en se fondant sur l'égalité de traitement.

La cour de cassation, pose là encore une présomption de justification de la différence de traitement dès lors qu'elle émane d'une convention collective.

On se rend compte finalement dans ce cas de figure classique qu'il y a un mouvement jurisprudentiel qui tente à réduire le champ d'application d'un principe de l'égalité de traitement.

Un arrêt du 9 octobre 2019, la cour de cassation, la présomption de la justification ne s'applique pas en présence d'une discrimination interdite. Différence de traitement fondée sur l'âge à propos d'une gratification particulière, dans cette entreprise, une convention collective avait diminué la gratification à partir de la date où elle entrait en vigueur. On aurait pu penser que la convention collective constituait l'élément justificatif. La cour de cassation se place sous le prisme de la non discrimination fondée sur l'âge. Le principe dans ce cas c'est que lors de la différence de traitement, en raison d'un motif discriminatoire résulte d'un accord collectif, l'accord ne peut pas être présumé, justifié, au regard du principe de non discrimination.

### **§3. Le droit au respect de la vie personnelle**

Le droit au respect de la vie personnelle se divise en deux volumes. C'est la vie personnelle en dehors du travail mais aussi la vie privée au travail.

Est-ce que le salarié a droit à une vie privée au travail?

#### **A/ La vie personnelle en dehors du travail**

Les faits tirés de la vie privée ne peuvent pas être utilisés comme fondement pour des sanctions.

L'employeur accède de plus en plus facilement à la vie privée de ses salariés via les réseaux sociaux. Les employeurs sont souvent tentés de sanctionner des comportements de la vie privée de leurs salariés qui leur semblent nuire aux intérêts de l'entreprise.

Par exemple: un salarié qui travaille dans une crèche, elle est inculpée dans sa vie privée pour coups et blessures sur mineur. L'employeur l'a licencié et la cour de cassation a approuvé ce licenciement.

Autre exemple: une banque donne l'ordre à tous les salariés d'informer l'employeur de l'existence de comptes qu'ils détiennent dans d'autres banques. La cour de cassation a sanctionné l'employeur.

En pratique, on se rend compte que les atteintes à la vie privée des employés ne produisent des litiges que lorsque l'employeur trouve quelque chose et qu'il s'en sert pour sanctionner d'une manière ou d'une autre son salarié.

#### **B/ La vie personnelle au travail**

Même si l'employeur a des pouvoirs, ce n'est pas non plus un pouvoir totalitaire et on admet que même au travail, le salarié a droit à une part de vie privée, d'intimité au travail plus limitée que dans la vie privée.

##### **1) Le principe**

L'employeur peut restreindre la liberté des salariés sur leur temps de travail mais c'est sous un double contrôle:

D'abord, il doit justifier l'atteinte à la liberté.



Ensuite, la question de la proportionnalité de l'atteinte, cela veut dire que le juge va se poser la question de savoir si il n'y avait pas un autre moyen.

La fouille des objets personnels des salariés est admise par la jurisprudence mais pour des raisons précises, uniquement dans certains cas, ces raisons tiennent à l'hygiène et à la sécurité. Le règlement intérieur doit prévoir ces fouilles et en organiser les modalités et le salarié doit être présent. En période d'attentat, l'employeur peut pour des raisons de sécurité demander aux salariés d'ouvrir leur sac en entrant dans l'entreprise, pareil pour des raisons de santé publique avec le port du masque.

L'employeur ne peut pas interdire au salarié de parler pendant le temps de travail. Dans certains supermarchés, le règlement intérieur prévoyait l'interdiction d'accepter à leur caisse un membre de leur famille. C'est une atteinte illégale.

Les alcootest, qui ne sont autorisés que pour certains postes.

Plusieurs arrêts sur les systèmes de géolocalisation, la question étant: est-ce que l'employeur peut systématiquement géolocaliser les employés? En principe oui, mais uniquement pour contrôler la durée du travail dès lors qu'il n'y a pas d'autres moyens de le faire. La géolocalisation doit être déclarée à la CNIL et les salariés doivent être au courant.

Pour les badgeuses photo, c'est un système qui méconnaît le principe de minimisation des données, c'est un système disproportionné.

Ou encore, la cour de cassation a jugé également que pour contrôler l'aptitude au travail, faisait des contrôles salivaires voir des contrôles ADN, sauf exceptions rarissimes, c'est disproportionné.

Pour contrôler la durée du travail, l'utilisation de dispositifs biométriques (empreintes digitales), c'est excessif sauf exceptions rarissimes.

La vidéosurveillance des salariés, est-ce que l'employeur peut mettre en place des caméras avec éventuellement des micros pour surveiller les salariés au travail? En réalité, la vidéosurveillance au travail est autorisée lorsque l'entreprise justifie de son intérêt légitime, notamment pour des raisons liées aux vols ou pour des raisons de sécurité du poste de travail. Mais, la CNIL a dit que en aucun cas la vidéosurveillance ne peut être autorisée dans le seul but de contrôler l'activité des salariés. Quand une vidéosurveillance se met en place elle doit être déclarée à la CNIL et surtout, les salariés doivent en être avertis. Arrêt de la cour de cassation de 2018 où l'employeur avait mis en place une vidéosurveillance mais sans avertir les salariés. Ça lui a permis de voir qu'un des salariés s'était rendu coupable d'un vol. Il l'a donc licencié. Ce licenciement a été sanctionné car ce vol avait été découvert par une vidéosurveillance qui était illicite.

L'employeur ne peut pas exploiter certaines données informatiques qui sont trop précises pour contrôler les temps de pause et les temps de repas. Par exemple: la cour de cassation, arrêt du 27 mars 2019, entreprise où il y avait une cantine, l'employeur utilisait pour contrôler les temps de repas le ticket de la cantine qui mentionnait l'heure du repas. Or, c'est considéré comme illicite car le ticket de cantine était beaucoup trop détaillé, il donnait l'heure et les plats choisis par le salarié. L'employeur pouvait se servir d'un certain nombre de données très personnelles.

## 2) Le secret des correspondances

Ce droit au respect va permettre d'encadrer l'accès de l'employeur à des éléments de vie privée. Le secret de correspondance a toujours existé, il est interdit à l'employeur d'ouvrir le courrier personnel du salarié. C'était une interdiction qui était simple à appliquer à l'époque où le courrier était du courrier papier. La question a rebondi depuis une vingtaine d'années avec les mails, d'où la question prendre connaissance des mails à l'insu du salarié est illégale.

La cour de cassation s'est prononcée en 2001 en rappelant le principe en disant qu'il existe toujours un secret de correspondance.

Sur la messagerie professionnelle, le courrier est présumé être professionnel. Le courrier doit être identifié comme personnel ou encore privé dans l'objet du message. Tout ce qui n'est pas classé comme personnel ou privé dans l'objet du message peut être ouvert par l'employeur, d'où un rappel de prudence, il faut conseiller au salarié d'être extrêmement vigilant quand on utilise à titre personnel sa messagerie professionnelle.

Cela vaut également pour ce qu'on appelle les messageries instantanées qui sont installées sur un ordinateur de l'entreprise par un salarié.

Est-ce que l'employeur peut chercher et identifier les connexions qui sont établies par le salarié sur des sites internet pendant son temps de travail? La réponse est oui. Dès lors qu'il s'agit d'un outil mis à disposition par l'employeur, il peut. La cour de cassation en 2018 a rappelé que sur le temps de travail, les connexions sont présumées être professionnelles. Un salarié a été licencié pour faute car en 1 mois, l'employeur s'était rendu compte qu'il s'était connecté plus de 800 fois sur des sites pornographiques et il avait apporté un disque dur externe et il y avait stocké toutes ces données. Ce salarié conteste pour atteinte à la vie privée et la cour de cassation considère qu'une partie de son temps de travail était vouée à faire autre chose.

#### **§4. La liberté vestimentaire et l'apparence physique**

##### **A/ Le droit de se vêtir librement**

Le salarié ne peut pas se voir imposer de contrainte vestimentaire sauf si elles sont justifiées par la nature du travail et proportionnée au but recherché.

En général, les contraintes vestimentaires sont admises quand elles sont liées à des objectifs de sécurité, comme le port du casque, gilet de sécurité, le port du masque et de charlotte, ou encore le port de vêtement spéciaux.

L'employeur peut imposer le port de certains signes distinctifs, genre tee-shirts, casquettes... pour que les clients puissent identifier les vendeurs.

Si le salarié n'est pas en contact avec la clientèle, l'employeur ne peut pas normalement imposer un port d'uniforme.

Dans l'hôtellerie et la restauration, beaucoup d'arrêts, dès lors que les salariés sont en contact avec la clientèle, le port d'un uniforme ou d'une tenue correcte peut être imposé par l'employeur assez facilement.

L'employeur peut interdire les tenues indécentes qui peuvent choquer la clientèle.

##### **B/ L'apparence physique au travail**

Actuellement, on a beaucoup d'arrêt car cette apparence physique était souvent source de discrimination. Le poids des apparences est important et le défendeur des droits dans une décision d'octobre 2019 a établi un certain nombre de recommandations sur les points jurisprudentiels les plus connus et les plus nombreux de ces dix dernières années.

Les tatouages et les piercing.

Pendant longtemps, les tatouages c'était un marqueur social anti-conformiste. Certains employeurs étaient réfractaires à cette modalité d'expression corporelle. Dès lors que les salariés tatoués sont en contact avec la clientèle, les tatouages doivent rester discrets et non choquant. A contrario, ceux qui ne sont pas en contact avec la clientèle sont libres jusqu'à un certain point.

La cour de cassation estime que si des tatouages sont des images violentes, offensantes qui excèdent les limites d'une bonne éducation et bien les tatouages du salarié peuvent être interdits par l'employeur.

Les piercing peuvent être interdits par l'employeur dans certaines entreprises pour des raisons d'hygiène et de sécurité.

La cour de cassation a dû se pencher à plusieurs reprises sur les barbes. En effet, la barbe est devenue un phénomène de mode. De plus en plus d'employeurs ont commencé à sanctionner certains salariés aux attributs pileux trop importants. La cour de cassation admet certaines restrictions à cette liberté, notamment pour des raisons d'hygiène et de sécurité.

Par exemple: un soignant qui porte une barbe trop grosse qui pour l'employeur ne donne pas une image d'une grande propreté corporelle.

Autre exemple, un employeur a été admis à exiger d'un salarié qui se rase la barbe pour respecter des consignes de sécurité car ce salarié travaillait dans une société de démantèlement et de logistique nucléaire et l'étanchéité des masques n'étaient pas assurée.

Enfin, la cour de cassation admet que pour les salariés en contact avec la clientèle, et bien l'employeur est en droit d'exiger que la barbe en question soit soignée et entretenue.

On constate depuis quelques années que des arrêts concernent les exigences des employeurs en matière de poids des salariés. Par exemple, on a vu quelques contrats de travail avec des clauses qui permettent de sanctionner automatiquement un salarié dès lors qu'il dépasse un certain poids, se sont des clauses abusives. On se rend compte que dans certaines entreprises, la tenue de propos vexants en lien avec le surpoids relèvent maintenant d'harcèlement moral discriminatoire en raison de l'apparence physique.

Mais, il arrive qu'à titre d'exception, que la cour de cassation approuve certaines clauses relatives au poids. C'est le cas dans un arrêt où il s'agissait d'une danseuse qui avait travaillé dans la troupe du moulin rouge, avait été absente pendant 11 ans après de congés parentaux, elle demande sa réintégration dans la troupe du moulin rouge et l'employeur la licencie et refuse son retour. La cour de cassation a validé le licenciement.

## **§5. La liberté d'expression**

On en vient à se demander si le salarié peut tout dire dans l'entreprise mais aussi en dehors. La question a été posée pour la première fois en 1988, l'affaire Claveau, où un salarié avait été sanctionné par son employeur parce que il avait émis des critiques à l'égard de son entreprise dans un journal, L'Humanité.

La cour de cassation a dégagé un principe, à savoir que la liberté d'expression s'exerce en dehors de l'entreprise dans toute sa plénitude, sauf cas d'abus, et c'est le juge qui au cas par cas, va délimiter cette notion d'abus, qui variera en fonction des circonstances.

La question est de savoir quand abuse-t-on de notre droit à l'expression?

Les limites sont larges et repoussées, en réalité, l'abus correspond aux termes injurieux, diffamations et excessifs. L'abus c'est très similaire à l'intention de nuire. Concrètement, on se rend compte que cet abus de la liberté d'expression, se manifestera quand les propos sont mensongers et surtout quand ils sont publics ou quand on divulgue la vie privée de l'employeur.

Par un raisonnement inverse, on se rend compte que l'exactitude des faits avérés, et même si ces faits sont graves, on va exclure l'abus dans la liberté d'expression.

La loi récente sur les lanceurs d'alerte, lancer l'alerte maintenant, ne suffit plus à caractériser un abus, même si les propos sont injurieux. C'est la loi du 9 décembre 2016, et plus précisément l'article 1132-3-3 qui consacre finalement un véritable droit à la délation.

On a de multiples exemples d'arrêts sur la liberté d'expression.

Un salarié dans une entreprise locale et quand son chef de service passe, il a prit l'habitude de se mettre au garde à vous et lui adresse le salut nazie et il ponctue son geste d'un « Haï ». La supérieure prend mal le geste et elle le licencie. La cour d'appel accepte le licenciement au motif que ce salut nazi constitue un acte d'indiscipline car contraire au règlement intérieur.

En sens inverse, un salarié vient d'être embauché dans une entreprise basque et il répond par courriel personnel à des amis et il tient des propos injurieux sur les basques et notamment sur ses collègues. Il est sanctionné pour abus de la liberté d'expression et il obtient gain de cause car la cour estime que cela relève du secret des correspondances, et elle dit que ce sont des propos subjectifs, qui relèvent d'une conversation privée et de la simple liberté d'expression.

Il ne faut pas non plus confondre.

Un arrêt du 15 janvier 2020 démontre que le mauvais caractère d'un des salariés ne constitue pas nécessairement un abus de la liberté d'expression. Ça autorise le salarié à tenir des propos sur l'organisation, sur le fonctionnement de l'entreprise. Néanmoins, il ne faut pas dépasser les stade de l'abus. C'est un salarié qui a été licencié après avoir tenu des propos inappropriés contre son supérieur hiérarchique. Il lui disait dans des courriels professionnels: « soyez plus visionnaire », il y avait un climat conflictuel. Les juges de fond avaient approuvé ce licenciement. La cour de cassation casse l'arrêt car finalement, le juge du fond ne caractérise pas en quoi ces termes sont injurieux, diffamatoires ou excessifs. La cour de cassation défend une conception large de la liberté d'expression qui peut aller jusqu'à une critique.

NB: La liberté d'expression pour l'employeur.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt, suite à un litige en Grèce. Un employeur qui critique le travail d'une salariée et la licencie en remettant en cause son comportement etc.

La salariée dépose une plainte au pénal contre son employeur pour diffamation calomnieuse et obtient gain de cause et l'employeur est condamné avec 5 mois de prison avec sursis.

Il se tourne vers la CEDH, qui estime que cette condamnation viole la liberté d'expression de l'employeur garantie par la convention européenne des droits de l'homme.

La question sur la liberté d'expression a rebondi avec l'usage des réseaux sociaux. Notamment, à propos de ce que l'on peut dire ou écrire sur les réseaux sociaux.

On a un arrêt, l'arrêt Facebook du 12 septembre 2018. Un salarié qui est licencié car il a adhéré à un groupe Facebook qui s'appelle « L'extermination des directrices chieuses ». L'employeur a fait constater par huissier l'adhésion à ce groupe et l'arrêt ne précise pas les conditions dans lesquelles l'employeur a eu

accès dans ce groupe. Ce salarié conteste son licenciement en estimant que sa conversation dans le groupe est de nature privée, elle est en quelque sorte couverte par le secret des correspondances.

Finalement, la cour de cassation va dire que cette conversation était en réalité, une conversation privée. La seule existence de propos injurieux sur un réseau social ne suffit pas en soit à justifier le licenciement du salarié, c'est à l'employeur de démontrer le caractère public des échanges. Si Facebook constitue un espace public, il appartient à chacun d'en limiter l'accès via ce que l'on appelle des paramétrages avant de poster des messages. La cour de cassation considère que les propos diffusés sur Facebook mais accessible aux seules personnes agréées par le salarié, ne constitue pas une injure publique.

En l'espèce, le groupe c'était une audience restreinte puisqu'ils étaient 14. Il faut bien comprendre ici que le salarié doit veiller lorsqu'il tient ce type de propos sur un réseau social, que ça reste dans le domaine privé.

En conséquence, si un salarié s'exprime sur un groupe qu'il a prit soin de limiter, l'employeur ne peut pas utiliser ses propos contre lui.

En revanche, si il s'exprime sur un groupe ouvert susceptible de republier ses propos, et bien ces mêmes propos pourront lui être reprochés en cas d'abus.

## **Chapitre 4: La rupture du contrat de travail**

La question qui se pose est de savoir comment peut-on rompre un CDI?

Le contrat de travail étant un contrat en vertu des principes civilistes, il devrait être possible à tout moment et sans justification de rompre le CDI.

C'est ce qui se passait avant 1973. Le législateur a considéré comme inéquitable de permettre à l'employeur de licencier à tout moment. C'est le socle fondateur non seulement pour les garanties procédurales, mais également pour les garanties de fonds, c'est à dire, l'obligation pour l'employeur de se justifier.

Il existe des modes de rupture, comme la rupture conventionnelle. La pratique a mis en place aussi d'autres techniques car certains employeurs ont voulu éluder les règles contraignantes du licenciement en donnant à la rupture une autre qualification. La jurisprudence va réagir en élaborant une distinction entre l'initiative de la rupture et l'imputabilité de la rupture. Autrement dit, celui qui prend l'initiative de la rupture, n'en est pas nécessairement le responsable.

Par exemple, un salarié qui n'est plus payé depuis 3 mois, le salarié ne doit pas démissionner mais faire une prise d'acte de la rupture.

Il y a d'une part le licenciement, et d'autre part 6 modes de ruptures:

La démission

Prise d'acte

La résiliation judiciaire

La force majeure

La rupture conventionnelle

La retraite

### **Section 1: Le licenciement pour motif personnel**

C'est la loi du 13 juillet 1973 qui vient limiter le pouvoir de l'employeur de licencier, le limite à la fois sur la forme et sur le fond.

L'employeur ne peut rompre que pour un motif qui sera éventuellement contrôlé par le juge, ce contrôle portant sur la réalité des motifs invoqués et portant sur la régularité de la procédure en elle même.

#### **§1. La procédure de licenciement**

Il y a unicité de la procédure, en ce sens que quelque soit l'effectif de l'entreprise. Quelque soit l'ancienneté du salarié et quelque soit la cause du licenciement, la procédure à suivre doit être la même.

Il faut savoir également, qu'une des ordonnances du 22 septembre 2017 a raccourci le délai de contestation du licenciement. Désormais, la prescription est de 12 mois à partir de la notification de la rupture.

### **A/ Les étapes procédurales**

#### **1) La convocation du salarié**

C'est l'article 1232-2 qui prévoit que dès lors qu'un employeur envisage un licenciement, il a l'obligation de convoquer le salarié à un entretien préalable.

Il le convoque par lettre recommandée avec accusé de réception, ou par huissier ou même remise en main propre contre décharges.

Cette lettre implique l'objet de la convocation et fixe une date, mais cette date ne peut pas se tenir moins de 5 jours ouvrables après la présentation de la lettre.

Lorsque le salarié a commis une faute grave lourde, en outre, l'employeur peut procéder à une mise à pieds conservatoire.

La lettre de convocation indique l'objet, la date, l'heure et le lieu de l'entretien.

Elle n'a pas besoin de préciser les motifs qui permettent d'envisager le licenciement. La lettre rappelle également qui peut se faire assister par une personne de son choix dans le personnel de l'entreprise. L'employeur est parfaitement libre de la date choisie pour l'entretien, même pendant un jour de repos c'est faisable.

De son côté également, l'employeur peut choisir de se faire représenter ou assister mais par une seule personne. Il faut savoir que le salarié n'est jamais obligé de se présenter à l'entretien, ce n'est finalement qu'une garantie pour lui donner la possibilité de se défendre et de se justifier, il peut donc y renoncer. Ce qui compte, c'est qu'il est était convoqué de façon régulière.

En pratique, dans l'immense majorité des cas, la décision est déjà prise avant l'entretien.

## **2) Le déroulement de l'entretien**

L'entretien se fait dans la langue des deux parties, et à défaut on peut faire appel à un interprète. C'est un entretien oral et c'est là où l'employeur va évoquer les griefs et les motifs, et c'est pendant cet entretien que le salarié va s'expliquer. C'est une sorte de procédure contradictoire, de défense pour le salarié.

D'ailleurs, il est possible de dresser un procès verbal de cet entretien.

## **3) La notification du licenciement**

C'est l'article 1232-6 du code du travail.

A l'issu de cet entretien, l'employeur persiste dans ce qu'il avait envisagé, il doit alors notifier le licenciement par lettre recommandée par accusé de réception, ou par huissier et même remise en main propre contre décharges.

La loi a prévu un délai légal entre l'entretien et la notification, c'est comme un délai de réflexion. Il est de deux jours ouvrables après l'entretien avant de procéder à la notification. En revanche, il n'y a pas de délai maximal. Par analogie, un licenciement disciplinaire, sa notification ne devra pas intervenir plus d'un mois après l'entretien.

C'est cette notification qui constitue le point de départ de ce que l'on appelle le « délai congé » ou « délai de préavis ». C'est aussi le point de départ du moment où on peut contester le licenciement pendant 12 mois.

Le plus important, c'est la rédaction de la lettre. C'est la lettre qui énonce le ou les motifs, que le licenciement soit de nature personnelle ou économique, disciplinaire ou non. L'employeur peut donc invoquer tous les motifs qu'il souhaite liés en général à la personne du salarié et il a tout intérêt à être exhaustif.

Si un motif n'est pas retenu par le juge, les autres le seront peut être.



Une jurisprudence constante décidait que lorsqu'un grief portait atteinte à un droit ou à une liberté du salarié, ce motif à lui seul, rendait le licenciement nul, et peu importait les autres griefs éventuellement invoqués.

Le juge n'examinait même pas les autres griefs, ce motif de nullité était à lui seul contaminant.

L'ordonnance de 2017 dans l'article 1235-2-1 est venu atténuer cette jurisprudence. Dans cette même hypothèse, le juge peut quand même examiner les autres griefs pour minorer l'indemnité qui sera allouée au salarié.

La rédaction de la lettre est importante aussi en cas de contentieux car ce sont les motifs invoqués et eux seuls qui fixent les limites du litige.

Autrement dit, le juge ne pourra pas examiner/accepter, d'autres griefs qui seraient invoqués en cour d'instance dès lors qu'ils n'ont pas été mentionnés dans la lettre. L'employeur a tout intérêt à être exhaustif. Le juge examine les griefs de la lettre et eux seuls, même si ils se rattachent à des faits postérieurs à l'entretien. Si le salarié commet une nouvelle faute entre temps.

Le juge n'est jamais lié par la qualification donnée aux faits par l'employeur.

Si l'employeur a surpris le salarié en train de voler, il le licencie et il dit que c'est une faute grave, le juge n'est jamais lié par la qualification de la faute. Les motifs doivent être précis et vérifiables.

Il faut être prudent car la sanction d'une mauvaise rédaction de la lettre peut s'avérer très lourde pour l'employeur. En effet, en cas d'absence de motifs dans la lettre, ou encore, en cas de motifs imprécis, ceci équivaut à une absence de cause réelle et sérieuse.

Les motifs doivent être réellement précis. Par exemple, il ne suffit pas dans la lettre d'invoquer une incompétence, une absence prolongée, encore faut-il expliquer en quoi ces absences prolongées ont influencées l'entreprise, il faut tout expliquer, il ne suffit pas de donner des titres.

Cette obligation de motivation précise, c'est souvent montrée défavorable pour des employeurs qui même de bonne foi, rédige mal la lettre de licenciement. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance de 2017 comporte des mesures qui facilitent les obligations de l'employeur et une autre disposition permet désormais aux employeurs de recourir à des modèles types de licenciement.

L'ordonnance prévoit que les motifs énoncés dans la lettre, peuvent après sa notification être précisé par l'employeur, soit à son initiative, soit à la demande du salarié dans les 15 jours à compter de la notification. On aurait pu penser en cas de termes imprécis, le salarié n'avait aucun intérêt à demander des précisions, article 1235-2 alinéa 3, si le salarié ne demande pas de précision, l'irrégularité que constitue la motivation imprécise ne prive pas à elle seule le licenciement de cause réelle et sérieuse. Alors, l'irrégularité viendra du salarié.

Cette possibilité de sécuriser à posteriori la lettre de licenciement, permet de compenser une insuffisance de motivation initiale. Cette possibilité ne permet pas de compléter la lettre, elle permet seulement de la préciser. A savoir que l'employeur peut préciser les motifs mais il ne peut pas invoquer d'autres motifs.

#### ➤ **Récapitulatif:**

- La lettre de licenciement doit être précise.
- A défaut, elle peut être précisée dans les 15 jours.

- Si elle est imprécise et si le salarié n'a rien demandé, l'irrégularité est couverte par le silence du salarié et ne prive pas à elle seule le licenciement de fondement.
- Les précisions éventuelles ne peuvent porter que sur les griefs initiaux.
- C'est la lettre éventuellement précisée qui fixe toujours les limites du litige.
- Si le licenciement est frappé de nullité, car reposant sur un grief portant atteinte à un droit ou une liberté, le juge examine les autres griefs éventuels pour minorer les indemnités.

## **B/ Les irrégularités de procédure**

Quand la procédure n'a pas été respectée, et si il existe néanmoins une cause réelle et sérieuse du licenciement, la sanction consistera dans le paiement par l'employeur d'une indemnité au maximum d'un mois de salaire, et cette indemnité répare le préjudice résultant du vice de procédure.

Le vice de procédure, en revanche, constitué par l'absence de motifs dans la lettre (la mauvaise rédaction de la lettre), entraîne une sanction de fond beaucoup plus grave.

En effet, le licenciement est alors réputé être sans cause réelle et sérieuse. Ni les griefs qui ont pu être évoqués dans la lettre de convocation, ou dans des correspondances antérieures, ne peuvent couvrir ce vice.

En pratique, il est rare qu'il y ait absence de motif, ce qui est toujours reproché ce sont des motifs vagues, imprécis, invérifiables.

Exemple concret: mécontentement, inaptitude au poste, comportement déloyal, incompatibilité d'humeur, négligence, malversation,... Tout ceci est trop vague, on peut les invoquer mais il faut des faits précis.

## **§2. Les conditions de fond d'un licenciement**

Le code du travail pose le principe selon lequel tout licenciement doit être causé, c'est ce que la loi appelle l'obligation d'une cause réelle et sérieuse.

Si il n'y a pas de cause réelle et sérieuse, on parle de licenciement irrégulier.

## **A/ L'exigence d'une cause réelle et sérieuse**

Depuis 1973, la loi n'est jamais venue préciser une définition. C'est donc un long travail de codification qui s'opérait sous le contrôle de la cour de cassation qui opérait ce que l'on appelait un contrôle de qualification.

Depuis 1985, la cour s'est retirée de ce contrôle de qualification, elle effectue seulement un contrôle de motivation du juge du fond, elle se pose la question suivante: est-ce que la motivation est suffisante? Est-ce que le juge du fond s'est contredit ?

Mais parfois, parce que la cause s'y prête, la cour de cassation n'échappe pas à un contrôle plus factuel.

Pour cerner la notion de cause réelle et sérieuse, c'est très compliqué car le contrat de travail ne peut jamais par avance déterminer que tel ou tel comportement constituera une cause réelle et sérieuse, ni d'ailleurs la convention collective ou d'autres sources conventionnelles.

### **1) Une cause réelle**

La mise en exergue de trois caractères:

Cause objective

Cause existante

Cause exacte

**La cause doit être objective, cela signifie qu'elle exclut les convenances personnelles.**

Par exemple: le salarié qui ne plait pas à l'employeur, ce n'est pas une cause objective. En revanche, elle devient objective si la mésentente en question repose sur des faits précis qui entravent le bon fonctionnement de l'entreprise.

Dans les années 80, avait prospéré une jurisprudence qu'on a appelé « la perte de confiance », qui était finalement une sorte d'impression négative qui était invoqué par l'employeur et qui servait de fondement à un licenciement. Cette jurisprudence a commencé avec l'arrêt « voisin » du 26 juin 1980, la dame Voisin avait été licencié pour perte de confiance car son mari et elle travaillaient dans la même entreprise et que son mari avait été licencié. L'employeur à qui craignait des rapports tendus avec l'épouse, il avait décidé de la licencier sur ce sentiment négatif, admis par la cour de cassation.

Ce n'est que dans les années 90 que l'on assiste à un retournement de jurisprudence qui n'admet plus la perte de confiance en soit comme cause réelle et sérieuse, il faut des éléments plus objectifs. Les licenciements à cause d'un proche, pour des soupçons, à raison de sentiments de défiance ne suffisent plus et ne sont pas des causes réelles et sérieuses.

**La cause doit être existante, le juge vérifie que les faits existent réellement.**

Si on reproche à un salarié comme grief, une insuffisance de résultats, et bien le juge va vérifier que dans les chiffres cette insuffisance existe réellement.

**La cause doit être exacte, elle se confond souvent avec l'existence de la cause.**

L'exactitude sert surtout à contester un licenciement dont le motif allégué n'est pas le véritable motif et n'est qu'un prétexte.

Par exemple: un employeur licencie un salarié pour une faute mineure mais ça pourrait passer. Il va retenir une cause qui pourrait être réelle et sérieuse mais en réalité la faute invoquée ne sert que de prétexte, le vrai motif n'est pas invoqué.

## **2) Une cause sérieuse**

Le motif qui va servir de base au licenciement, doit revêtir une certaine gravité, rendant impossible la poursuite du contrat de travail sans dommages pour l'entreprise. Il faut donc un fait ou une faute sérieuse, sachant que ce fait ou cette faute suffisamment grave doivent avoir un caractère professionnel. Si ils relèvent de la vie privée, ils ne peuvent sauf exceptions, justifier un licenciement pour motif personnel.

La cause sérieuse n'est pas nécessairement fautive, elle correspond à des circonstances qui gênent l'entreprise dans son bon fonctionnement.

Exemple: l'inaptitude au poste (médicale), l'incompétence, l'insuffisance professionnelle, les absences répétées, le juge recherche donc si la cause réelle est aussi une cause sérieuse.

On le remarque beaucoup dans la jurisprudence actuelle, à propos des insuffisances de résultats, des insuffisances professionnelles ou encore les inaptitudes qui sont d'origine médicales.

Le juge regarde en général la qualification du salarié, ce pourquoi il a été embauché, les moyens mis à sa disposition et parfois même parce que les résultats demandés sont parfois inatteignables.

L'employeur qui a recruté un salarié qui manifestement n'avait pas les compétences requises pour le poste et qui le licencie ensuite pour des insuffisances professionnelles, et des fautes liées à cette insuffisance. Ou encore, un arrêt du 6 mars 2019, où un salarié est licencié pour des faits dont il a été relaxé au pénal, le juge admet que la relaxe au pénal rend le licenciement pour les mêmes faits sans cause réelle et sérieuse.

### **Par exemple, deux arrêts du 28 novembre 2018:**

Un salarié avait été embauché pour livrer un certain nombre de denrées, son contrat de travail précisait qu'il devait se servir de son véhicule personnel. Il perd son véhicule suite à une saisie.

Dans la deuxième affaire, un salarié qui est embauché pour travailler dans une zone sécurisée pour laquelle il faut une autorisation d'accès par arrêté préfectorale, et un arrêté préfectoral lui retire l'autorisation de son accès.

Dans les deux cas, les deux salariés ont été licenciés parce que ils sont dans l'impossibilité de fournir leur prestation de travail. La cause sérieuse c'est parfois une ou des circonstances particulières mais qui rendent l'exécution du contrat de travail impossible.

### **B/ La charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse**

Le contentieux de la cause réelle et sérieuse est un contentieux quantitativement très important car les salariés licenciés pour motif personnel contestent très souvent le fondement d'une cause réelle et sérieuse. C'est un contentieux peu onéreux et rapide, c'est une part importante du contentieux devant le prud'homme.

Le système de la preuve est original car aucune partie ne supporte vraiment la charge de la preuve. En réalité, chaque partie doit seulement fournir au juge tous les éléments de nature à étayer ses prétentions.

En cas d'insuffisance de ces éléments, le juge peut ordonner d'autres mesures d'instruction. On a également beaucoup de jurisprudence sur les éléments de preuve eux-mêmes, notamment ceux qui sont en général fournis par l'employeur mais qui en réalité vont être rejetés car considérés comme illicites. Par exemple, les enregistrements de toute nature à l'insu des salariés; les ouvertures de courriers illicites; les géolocalisations illicites...

De son côté, le salarié peut produire à l'instance tous les documents dont il a connaissance dans le cadre de ses fonctions. Il peut les produire même sans le consentement de son employeur, dès lors qu'ils sont nécessaires à sa défense. Si on n'avait pas ce principe, il est évident que l'employeur interdirait au salarié de produire tout document et il pourrait par conséquent jamais se défendre.

Lorsque le juge manque d'éléments, le **doute subsiste**. Le principe que l'on applique c'est de dire que **le doute profite au salarié**.

### **C/ L'absence de cause réelle et sérieuse**

Il se passe trois choses:

#### **1) La proposition de réintégration**

Dans ce cas, c'est l'article 1235-3, alinéa 1 du code du travail qui prévoit que le juge propose la réintégration sachant que l'employeur et le salarié peuvent la refuser.

Dans la pratique, en général elle est refusée pour des raisons de bon sens.

## **2) L'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse**

Elle a pour but de réparer l'absence de cause réelle et sérieuse, réparer la perte de l'emploi et une perte qui est en plus injustifiée. L'employeur a licencié alors qu'il n'avait pas raison de le faire.

Jusqu'en 2017, on eu des ordonnances sous les articles 1235-2 et suivants, les lois MACRON, qui ont modifiés un certain nombre de règles concernant le licenciement personnel.

Jusqu'en 2017, le juge prononcé une condamnation de l'employeur au paiement d'une indemnité dont le montant était fixé selon le préjudice subi. Ce qui était intéressant pour le salarié, c'est que cette indemnité avait un minimum, le juge ne pouvait pas prononcer moins, et le minimum était un mois de salaire, et il n'y avait pas de maximum.

Depuis 2017, le système a un peu changé. Certes, il y a toujours un minimum, mais assortit d'un maximum selon un critère simple qui est l'ancienneté. Dans le code du travail, c'est sous la forme d'un tableau, avec d'un côté l'ancienneté et de l'autre le minimum et le maximum.

Exemple: un salarié qui a 7 ans d'ancienneté à le droit entre 3 et 8 mois de salaire.

Ce barème, si on regarde l'article 1235-3, dans les petites entreprises (moins de 11 salariés), le minimum est encore plus bas. Le deuxième tableau qui comment a l'alinéa 3, si on prend l'exemple d'un salarié avec 3 ans d'ancienneté, c'est 1 mois minimum.

A l'alinéa 4, d'une manière un peu sournoise, il ajoute un autre principe à savoir que le juge peut tenir compte dans son appréciation du montant des indemnités versées à l'occasion de la rupture (les indemnités de congés payés, les indemnités légales, conventionnelles et contractuelles de licenciement). Cela permet de minorer l'indemnité.

Ce système du barème, s'applique au licenciement et a vocation à s'appliquer pour d'autres modes de rupture comme la prise d'acte de la rupture ou la résiliation judiciaire.

## **3) L'éventuel condamnation de l'employeur au remboursement des allocations de chômage**

C'est une sanction supplémentaire qui n'est pas destinée au salarié lui même, elle est dissuasive de licencier. Le juge peut décider de condamner l'employeur au remboursement des indemnités versées par l'assurance chômage dans la limite de 6 mois d'indemnités de chômage. C'est l'idée selon laquelle l'assurance chômage repose sur une collectivité. Quand l'employeur licencie abusivement, il fera poser le coût sur la collectivité. Et donc à titre de sanction il peut être obligé de rembourser 6 mois d'allocation de chômage.

Sachant que la loi allège cette sanction pour les PME qui ne sont donc pas concernées.

### **§3. Les licenciements interdits**

C'est un peu particulier, en ce sens que non seulement, le licenciement peut être soumis à des conditions particulières, mais le droit de licencier est purement et simplement supprimé ou du moins encadré d'une manière très particulière.

On est dans un domaine résiduel où il est très difficile voir impossible de licencier.

#### **A/ Le domaine des licenciements interdits**

Ce domaine à beaucoup évolué et on parle de licenciement des salariés protégés.

Qui sont-ils? Ce sont essentiellement ceux qui ont des fonctions de représentation collective du type: représentant syndical, du CSE, conseiller prudhommaux...

Pour eux, le licenciement n'est pas véritablement interdit mais il est soumis à une procédure particulière, c'est l'autorisation administrative préalable.

D'autres sont véritablement interdits, les licenciements suite à des harcèlements, discriminatoires, des licenciements de rétorsion contre les grévistes... Sachant que cette immunité aux personnes qui témoignent. Il faut ajouter aussi un certain nombre d'interdictions provisoires.

Par exemple: les licenciements des femmes pendant leurs grossesses (sauf faute grave) ou encore interdiction de licencier les salariés victimes d'AT-MP pendant toute la durée de suspension du contrat de travail.

Plus généralement, il existe des licenciements interdits dès lors qu'ils concernent et violent des libertés fondamentales.

## **B/ Les effets du licenciement interdit**

Ce qui distingue le licenciement interdit des autres, c'est que l'effet principal c'est la nullité du licenciement.

Depuis l'ordonnance de 2017, si on regarde l'article 1235-3-1 alinéa 2, la loi liste ces nullités de licenciement. La question qui s'est posée c'est: Est-ce qu'un juge peut prononcer la nullité d'un licenciement sans texte?

Pendant longtemps, la réponse était non, pas de nullité sans texte. Et puis, la position de la cour de cassation s'est assouplie depuis 1988 où elle a admis qu'une nullité puisse être prononcée pour un licenciement violant un droit constitutionnel (il s'agissait de la liberté d'opinion). Puis, elle a élargie cette nullité à tous les licenciements, dès lors qu'ils portent atteinte à une liberté fondamentale.

Par exemple, un salarié agit contre son employeur en résiliation judiciaire de son contrat de travail, l'employeur prend la chose très mal et le licencie (3 février 2016).

Cette nullité a également été élargie aux licenciements qui font suites au droit de retrait. Le droit de retrait c'est le droit de désobéir, de refuser d'exécuter un ordre. Quand le salarié estime être devant un danger grave et imminent et l'employeur ne peut pas le sanctionner. Si il le licencie, il ne sera pas sans cause réelle et sérieuse, ce sera la nullité du licenciement car l'employeur porte atteinte à un droit qui est en train de s'ériger comme droit fondamental, droit de la santé et droit à la sécurité. Affirmé par un arrêt de 2009. Le salarié a tout intérêt et de se placer sur le terrain des nullités.

L'effet logique de cette nullité c'est la réintégration du salarié dans son emploi, c'est la différence fondamentale avec le licenciement nul et le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur a l'obligation de rendre son poste au salarié et si le poste entre temps a été supprimé, il doit lui proposer un poste strictement équivalent qui n'entraîne pas de modification du contrat de travail. Seule la preuve d'une impossibilité matérielle de l'employeur de ses obligations de réintégration.

Il faut ajouter également l'indemnisation. Il y a quand même une indemnisation qui s'ajoute à la réintégration, ce sont les salaires qui n'ont pas été versés. Il est privé de salaire entre l'effectivité du licenciement et la réintégration effective, ces salaires devront être versés.

Par contre, si entre temps, le salarié a retrouvé du travail dans ce laps de temps ou si il a perçu des allocations de chômage, leur montant est déduit de cette réparation.

Il arrive que le salarié préfère ne pas exercer son droit à réintégration et préfère obtenir des dommages-intérêts. Concrètement, pour deux raisons essentielles:

il a retrouvé un autre emploi qui le satisfait davantage

Les relations humaines sont tellement dégradées que le salarié ne souhaite pas revenir travailler dans l'entreprise.

Dommages-intérêts qui viendront se cumuler avec les indemnités de rupture classique. Ces dommages-intérêts sont plus élevés qu'en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il n'y a pas de maximum précisée par la loi et le minimum est de 6 mois de salaire.

Un arrêt du 30 janvier 2019 s'est montré assez audacieux dans les raccourcis que la cour opère. C'est un salarié qui est gravement malade au point d'enchaîner plusieurs suspensions du contrat de travail pour maladie, qui perturbent l'entreprise, et l'employeur se sert de ce motif pour licencier le salarié pour ses absences répétées. Si le salarié est malade et victime d'absence répétée, c'est en raison d'un harcèlement moral qu'il subit dans l'entreprise. La cour de cassation va poser comme principe que ledit employeur ne peut pas se prévaloir de la perturbation causée par l'absence prolongée du salarié consécutive à un harcèlement moral et dès lors, le licenciement prononcé en raison de cette absence est frappé de nullité.

Pour la cour, c'est le comportement fautif de l'employeur qui a provoqué l'absence. Il est mal venu d'invoquer un licenciement pour des absences pour lesquelles il est responsable. Pour elle, c'est un licenciement discriminatoire par rapport à l'état de santé, donc nul.

D'un point de vue juridique, on peut approuver la solution mais c'est osé car il n'y a pas de causalité entre d'une part le licenciement et d'autre part le harcèlement.

#### **§4. Les effets de la rupture**

Ils sont plus ou moins identiques quelque soit les causes de la rupture.

Ces effets s'articulent autour d'une part du délai congé et d'un certain nombre de somme d'argent qui sont destinées à solder les comptes entre les parties.

#### **A/ Le délai congés (le délai de préavis)**

Le délai de préavis s'applique au licenciement mais à d'autres modes de rupture sauf la force majeure ou la résiliation judiciaire.

Le préavis apparaît surtout légalement pour les licenciements et pour les retraites. Le préavis de droit commun dépend de l'ancienneté. En général, c'est minimum deux mois pour les anciennetés supérieures à deux ans et un mois pour les anciennetés inférieures à deux ans.

Il faut surtout se référer aux sources contractuelles ou à défaut, aux sources conventionnelles, sachant que les durées contractuelles et conventionnelles sont plus longues que la durée légale.

#### **1) Un droit conditionnel**

Ce droit est lié d'abord à une condition d'ancienneté mais ce qu'il faut souligner, c'est que l'ancienneté est entendue comme l'ancienneté chez le même employeur. C'est le laps de temps entre le premier jour de travail et la notification de la rupture.



De cette période on déduit certaines périodes de suspension du contrat de travail sauf les absences pour congés payés, maternité et AT-MP.

Autre condition, pour avoir droit au préavis, le salarié ne doit pas avoir été licencié pour faute grave ou pour faute lourde. Ces deux fautes sont privatives du délais congé.

La faute grave résulte de la jurisprudence, elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, même pendant la durée limitée du préavis.

Pour estimer une faute grave:

- seul le juge en décide, les clauses contractuelles, conventionnelles ou le règlement intérieur qui opèrent cette qualification n'ont aucune force obligatoire et le juge n'est pas lié par ces clauses.
- Normalement, seuls des faits relatifs aux obligations du contrat de travail constitue une faute grave. Conséquence: les faits qui ne relèvent pas de la vie professionnelle, qui relève de la vie personnelle ne peuvent sauf rares exceptions, constituer une telle faute.
- Les faits invoqués doivent être de nature à rendre indispensable le départ immédiat du salarié. Conséquence: l'employeur qui laisserait le salarié exécuter son préavis, se prive du droit d'invoquer la faute grave. Ou encore, si l'employeur qui était au courant des faits a tardé à engager une procédure de licenciement. Enfin, l'employeur, ne peut pas invoquer tardivement la faute grave pour se dispenser du préavis, la seule chose qu'il peut faire, c'est lorsqu'il découvre après la notification du licenciement une faute grave qui avait été commise avant la notification. Il ne peut plus renoncer au préavis mais seulement l'interrompre pour la durée qu'il restait à courir.

Arrêt du 11 septembre 2019 où un cadre n'avait pas averti son employeur d'erreurs répétées en sa faveur sur sa paye. Quelque temps après, deux autres salariés profitent des mêmes erreurs mais eux le signalent. Les salariés remboursent le trop perçu mais se taisent sur les erreurs antérieures. On estime que s'agissant d'un cadre, le fait de demeurer silencieux signifie une malversation.

Arrêt du 20 juin 2018 qui décide que dissimuler un cumul d'emploi constitue une faute grave. Un salarié qui travaille dans une entreprise à temps partiel, et il avait refusé de communiquer les éléments qui sont relatifs à un autre emploi.

Arrêt du 4 juillet 2018 où un salarié fait l'objet d'une garde à vue car son employeur a porté plainte contre lui pour détournement de fonds. Lors de sa confrontation avec l'employeur, devant le gendarme, il mime un égorgement. Il est licencié pour **faute lourde**. La cour approuve la faute lourde car menacer de mort son employeur est constitutif. Faute lourde, volonté de nuire, et de porter préjudice à l'employeur. La faute grave ne relève pas nécessairement une intention de nuire.

Le point de départ du préavis, c'est la présentation de la lettre de rupture que l'on appelle la notification. Il s'agit d'un délai préfixe c'est à dire, un délai qui ne comporte ni suspension, ni interruption. L'échéance du préavis n'est pas reculée pour les causes traditionnelles et classiques de suspension de contrat de travail.

Une exception jurisprudentielle, c'est que lorsque que la notification intervient pendant une période de congé payé, le préavis ne commence à courir qu'à l'expiration de ceci. On peut supposer que le salarié en congé soit absent, et on présume qu'il ne peut pas avoir connaissance qui a lieu pendant ces congés.

Enfin, les parties peuvent toujours s'entendre sur un préavis plus long, mais du côté de l'employeur il faut se montrer vigilant et exprimer clairement cette volonté de prolongation du préavis. A défaut, il pourrait être considéré qu'il y a eu conclusion implicite d'un autre contrat de travail.

## 2) Les effets du délai congé

On parle de réciprocité du préavis, les deux parties sont tenues de le respecter. C'est donc pour chacune des parties, un droit et une obligation et aucune ne peut s'en affranchir unilatéralement.

On distingue deux situations:

la situation normale dans laquelle on parle de préavis travaillé

Les situations hors normes dans lesquelles le préavis ne sera pas travaillé.

#### a) Le préavis travaillé

Le contrat de travail continue normalement. L'employeur ne peut pas modifier le contrat de travail. Si précisément, le licenciement résultait du refus d'accepter une modification du contrat de travail, l'employeur ne peut pas lui imposer d'exécuter son préavis dans les nouvelles conditions.

En revanche, il est possible d'imposer un changement des conditions de travail et le refus du salarié serait fautif et l'empêcherait de terminer son préavis et donc d'être payé de la durée qui restait à courir.

De son côté, pour le salarié, rien ne change. Il doit fournir sa prestation de travail avec une particularité. La plupart des conventions collectives prévoient en effet que le salarié dispose de temps libre pour rechercher un nouvel emploi. Ce temps pendant le préavis est rémunéré car il est considéré comme du temps de travail. Si il ne l'utilise pas, il ne peut pas en obtenir paiement sauf disposition conventionnelle plus favorable ou encore si l'impossibilité d'utiliser les heures provient du fait de l'employeur.

D'un point de vue pratique, en moyenne, en période de préavis, le salarié dispose d'une moyenne de deux heures par jour de temps libre sur les heures de travail. Que se passe-t-il si le salarié commet une faute grave pendant le préavis?

La jurisprudence admet que le salarié est privé du préavis qu'il restait à courir. L'employeur n'a pas besoin d'engager une nouvelle procédure de licenciement mais il doit quand même engager une procédure disciplinaire car il y a faute.

L'indemnité de licenciement n'est pas versée au salarié qui commet une faute grave. Mais qu'en est-il si la faute grave est commise pendant le préavis? La faute grave ici n'est pas la cause du licenciement. Le droit à l'indemnité de licenciement prend connaissance au moment de la notification du licenciement, ce droit perdure dans la mesure où il est né avant la faute grave.

Dans un arrêt du 11 septembre 2019, salariée licenciée pour insuffisance professionnelle avec 6 mois de préavis et 10 jours après la notification du licenciement, cette salariée commet une faute grave. L'employeur lui notifie donc une rupture immédiate pour faute grave. Elle aura droit à son indemnité légale de licenciement. La cour, sur le principe dit qu'elle a droit à l'indemnité est naît à la date de notification du licenciement donc la cour réaffirme ici que la faute grave commise en cours de préavis ne prive pas le salarié de l'indemnité légale/conventionnelle de licenciement. Mais la deuxième question c'est de savoir si la faute grave en cours de préavis modifie le montant de l'indemnité.

L'évaluation de l'indemnité légale et conventionnelle se fait en tenant compte de l'ancienneté. L'ancienneté s'apprécie entre la première embauche et la rupture de la période effective, donc l'expiration du contrat de travail.

#### b) L'inexécution du préavis

Le préavis non travaillé peut résulter soit d'une dispense de l'employeur, soit de la violation de son obligation par le salarié.

L'employeur peut dispenser le salarié de son obligation d'exécuter le préavis dès lors qu'il lui paye. C'est souvent le cas pour des raisons conflictuelles. La conséquence, c'est que le salarié doit alors percevoir ce qu'il aurait perçu, les avantages au sens large etc. Il doit percevoir les salaires mais aussi les heures supplémentaires habituellement effectuées, les primes, les augmentations de salaire, véhicule de fonction. Le salarié pourrait même obtenir des dommages-intérêts.

La dispense peut résulter d'un accord entre les parties. Dans ce cas, le préavis ne sera pas rémunéré.

Autre hypothèse, l'article 1226-4 prévoit une dispense légale de préavis lorsque le licenciement est prononcé en raison d'une inaptitude d'origine non professionnelle.

Une inaptitude c'est d'origine médicale, une maladie ou un accident de la vie courante. L'employeur peut prononcer un licenciement, dans ce cas il y a dispense légale du préavis. Il y a rupture immédiate sans indemnité compensatrice de préavis.

L'inobservation du côté du salarié, c'est fautif. Le salarié refuse d'exécuter le préavis alors même qu'il n'a pas obtenu de dispense. Dans ce cas, le juge peut condamner le salarié à verser à l'employeur une indemnité égale au salaire qu'il aurait dû percevoir durant cette période et ce quelque soit le préjudice réellement subi par l'employeur. Mais cela reste une hypothèse d'école, les juges ne condamnent presque jamais.

## **§2. Les sommes dues par l'employeur**

Ce n'est pas spécifique au licenciement, mais aussi dans les autres modes de rupture.

Toute rupture s'accompagne du versement de sommes diverses, il peut y avoir des indemnités de préavis mais aussi des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Ces sommes seront les indemnités de licenciement.

### **A/ Les indemnités de licenciement**

Il ne faut pas les confondre avec l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elles sont versées que le licenciement soit ou non causé.

Les indemnités de licenciement sont en quelques sortes une espèce de « prime de fidélité », comme une récompense à l'ancienneté.

Il en existe deux sortes:

- L'indemnité de licenciement d'origine légale, c'est la loi qui la prévoit
- L'indemnité d'origine conventionnelle.

Les deux peuvent se cumuler.

#### **1) L'indemnité légale de licenciement**

Elle constitue la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur et elle n'est due qu'en matière de CDI. La loi subordonne son versement à une ancienneté minimale de 8 mois d'après l'article L1234-9 du code du travail. Avant les ordonnances de 2017, elle était de 1 an.

L'ancienneté s'apprécie toujours à la date de notification du licenciement.

En revanche, l'indemnité de licenciement cesse d'être due en cas de faute grave (c'est l'exception), elle est privative des indemnités de rupture.

Le montant n'est pas énorme.

C'est 1/4 de mois de salaire jusqu'à 10 ans d'ancienneté, et 1/3 au delà de 10 ans d'ancienneté.

Exemple: un salarié qui a 4 ans d'ancienneté, il touchera 1 mois de salaire au titre d'indemnité de licenciement, car  $1/4 \times 4 = 1$  mois.

Autre exemple, un salarié qui a 25 ans d'ancienneté, il touchera 7 mois et demi de salaire.

La loi entend par « salaire », non seulement le salaire brut et on fait la moyenne des 12 derniers mois des salaires bruts, pour lisser les revenus.

## **2) L'indemnité conventionnelle de licenciement**

Le contrat de travail ou la convention collective peuvent prévoir des conditions plus avantageuses et des montants plus élevés.

Par exemple, certaines conventions collectives peuvent prévoir des indemnités de licenciement sans condition d'ancienneté, ou que même en cas de faute grave, il y ait une indemnité même en cas de faute grave.

À côté de ce système légal, le système conventionnel est beaucoup plus favorable. Le plus souvent, outre les conditions, se sont des montants plus élevés, au point que les montants sont parfois si élevés, qu'il a été plaidé que leur excès privait de fait l'employeur de son droit de licencier.

Lorsque l'indemnité est fixé par la convention collective, le juge ne peut pas réduire son montant même si il apparaît excessif.

En revanche, si l'indemnité est fixé dans le contrat de travail, le juge peut éventuellement la réduire si elle apparaît excessive par rapport aux préjudices subis par le salarié.

## **B/ Le reçu pour solde de tout compte**

C'est un relevé des sommes versées par l'employeur au moment de la fin du contrat de travail. C'est un élément de preuve car en le signant, le salarié reconnaît que l'employeur lui a effectivement versé les sommes qui sont indiqués.

La question la plus intéressante est celle de l'effet libératoire de l'employeur.

Pendant longtemps, en signant le reçu, le salarié admettait que l'employeur ne lui devait plus rien, et il était ainsi présumé être rempli de ses droits.

Conséquence : le salarié ne pouvait plus poursuivre en justice l'employeur pour les sommes dues en exécution du contrat de travail ou en raison de la rupture. Sauf, pour le salarié, à dénoncer le reçu mais il n'avait qu'un délai de deux mois pour le faire. C'était préjudiciable pour le salarié. Après deux mois, il ne pouvait plus réclamer les indemnités ou les arriérés de salaire. On parlait d'irrecevabilité.

Il y a une jurisprudence qui en découle justement, sur la validité du reçu et la portée de son effet libératoire, d'où une loi du 25 juin 2008 qui a profondément modifié ce système sur trois points essentiels :

- Il peut maintenant être dénoncé dans les 6 mois de sa signature

- Le reçu ne devient libératoire que pour les sommes qui sont mentionnées
- L'effet libératoire ne fait pas obstacle à une action en réparation pour absence de cause réelle et sérieuse.

Le salarié peut donc sans risque signer le solde de tout compte car l'effet libératoire est extrêmement limité.

### C/ Le certificat de travail

C'est l'article 1234-19 qui prévoit l'obligation pour l'employeur de remettre un document (le certificat de travail) au moment où le salarié quitte l'entreprise et ce, quelque soit la cause de la rupture. Si il ne le fait pas, ou tardivement, il peut être condamné à payer des dommages-intérêts dès lors que cette non-remise cause un préjudice au salarié.

L'employeur peut être condamné sous astreinte, à le délivrer au salarié.

Le contenu est très limitatif, il doit seulement mentionner des éléments objectifs comme la date d'entrée et de sortie, ainsi que la nature de l'emploi occupé ou encore les fonctions successives que l'employé a occupé dans l'entreprise. L'employeur ne peut pas imposer au salarié d'autres mentions sans son accord, mais il peut émettre un jugement de valeur sur la qualité de travail, mais que de façon positive.

Le certificat de travail ne peut pas non plus mentionner la clause de non concurrence car c'est une donnée subjective.

Exemple : la mention « libre de tout engagement », signifie seulement que les obligations liées à l'exécution du contrat de travail ont cessé mais ne signifie en aucun cas qu'il y a dispense de préavis, ou encore renonciation de l'employeur à la clause de non concurrence.

### D/ Les indemnités de congés payés

Il est extrêmement fréquent qu'au moment de la rupture, il existe un solde de congé payé que le salarié n'a pas été en mesure de prendre.

Les congés qui ne sont pas pris doivent être payés au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés.

Pendant longtemps, cette indemnité compensatrice de congés payés était due dans tous les cas de rupture sauf en cas de faute lourde. La faute lourde privait le salarié de cette indemnité.

C'était choquant car ces congés appartiennent au salarié.

Les choses ont évolué dans une décision du conseil constitutionnel, du 2 mars 2016, il a estimé que cette règle était contraire à la Constitution car ça s'instaurait comme une inégalité entre les salariés selon la branche selon laquelle il travaillait. Depuis, le législateur en a pris compte et a introduit une disposition dans l'article L3141-28 qui précise que désormais, la faute lourde n'est plus privative de l'indemnité de congés payés.

La conséquence est que la distinction opérée entre faute grave et faute lourde ne présente plus trop d'intérêt en droit du travail.

Elle conserve cependant un double intérêt :

- Dans le droit de la grève, la grève ne permet pas à l'employeur de licencier sauf faute lourde du salarié.

- En matière d'accident de travail (= le risque professionnel, les ATRP), la faute lourde du salarié peut entraîner son éventuel responsabilité civile.

## Section 2 : Les ruptures distinctes du licenciement (les autres modes de rupture)

On a deux modes de rupture qui sont assez proches mais moins connues :

- La démission
- Les prises d'acte
- Les résiliations du contrat de travail
- La force majeure
- La rupture conventionnelle
- La retraite

### §1. La démission

C'est le mode de rupture le plus connu et à l'initiative du salarié. On peut la définir comme **l'acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail.**

#### A/ Les éléments de la démission

Il y a d'une part le caractère unilatéral et de l'autre la volonté non équivoque.

En effet, la volonté de démissionner doit résulter d'un choix délibéré du salarié, c'est-à-dire de motifs personnels qu'il n'a même pas à faire connaître à l'employeur.

C'est la raison pour laquelle certaines démissions intempestives permettent d'hésiter sur cette volonté.

Par exemple :

- **Le salarié, qui dans un excès de colère, démissionne et se rétracte aussitôt.**
- **Un salarié démissionne parce qu'il n'a pas le choix, il est contraint de démissionner car l'employeur ne remplit pas ses obligations.**
- **Lorsqu'un salarié démissionne sous la contrainte.** Il est prit en train de voler, l'employeur le menace de porter plainte si il ne démissionne pas immédiatement.

Chaque fois que la volonté de démissionner n'est pas réelle, ni complètement libre, le salarié pourra obtenir l'annulation de sa démission.

Si on prend des exemples encore plus récent avec le harcèlement moral, de plus en plus souvent, on voit des salariés harcelés, démissionner pour « sauver » leur santé mentale. Là encore, la question qui se pose est de savoir si la volonté de démissionner est complètement libre.

La jurisprudence s'est montrée très claire en décidant que **toute rupture du contrat de travail qui résulte d'un harcèlement est nulle.**

#### B/ Les règles applicables à la démission

Il y en a assez peu.

La première règle c'est que **le salarié n'a pas besoin de justifier sa démission.** C'est un pouvoir entièrement discrétionnaire. Il n'a pas besoin dans sa lettre de démission, de donner des motifs.

Exceptionnellement, ce pouvoir discrétionnaire peut dégénérer en abus et ouvre donc à des dommages et intérêts pour l'employeur.

Par exemple, les **brusques ruptures** avec effet immédiat, qui sont faites dans des circonstances fautives et qui portent préjudice à l'employeur.

- Un mannequin qui travaille dans une entreprise de haute couture et qui le jour du défilé, démissionne et part immédiatement. Ils ont obtenus des dommages-intérêts pour démission intempestive.
- Un expert comptable qui part brutalement en emportant tous les documents comptables, c'est aussi une démission intempestive.

Autre règle, le salarié est tenu normalement, de **respecter un délai congé**. La loi fixe rarement ce délai congés (délai de préavis), il est fixé soit par la convention collective, le contrat de travail ou par les usages dans l'entreprise.

Ce préavis s'impose aux deux parties, l'employeur pouvant dispenser le salarié du délai. Si le salarié ne respecte pas ce préavis, l'employeur peut obtenir des dommages-intérêts, une indemnité égale aux rémunérations qu'aurait touché l'employé en faisant son préavis.

En revanche, si rien ne prévoit le délai de congés, le salarié peut démissionner et partir immédiatement.

## **§2. La prise d'acte de la rupture**

La difficulté c'est que le code du travail ne prévoit rien, c'est une création de la pratique qui a entériné par la jurisprudence.

Il s'agit de **constater une rupture qui est imposé par les circonstances et on en prend acte sans qu'il soit pour autant imputable au salarié**.

La jurisprudence admet cette prise d'acte mais uniquement si elle émane du salarié.

Elle refuse depuis un arrêt de 2003 les prises d'acte qui émanent de l'employeur, car l'employeur qui prend l'initiative de rompre ou qui considère le contrat comme rompu du fait du salarié, doit alors mettre en œuvre la procédure de licenciement.

Cette prise d'acte suscite des questions concernant ces effets.

### **A/ Les effet de la prise d'acte**

C'est une **décision du salarié de mettre fin au contrat de travail en raison d'une faute commise par l'employeur pendant l'exécution du contrat**.

On voit apparaître à travers cette définition une différence fondamentale : le salarié doit établir que sa décision de rompre est motivée par le comportement de l'employeur. Ce n'est pas discrétionnaire.

Cette prise d'acte doit être directement adressée à l'employeur. C'est comme une lettre de démission mais il doit expliquer que ce n'est pas une démission, il prend acte de la rupture en raison des fautes commises par l'employeur dans le déroulement du contrat de travail.

Si, il adresse cette lettre au conseil de prud'homme, cela devient alors une demande de résiliation judiciaire de contrat de travail.

C'est un mode original qui va emporter des effets différents, soit les effets d'une démission, soit un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou un licenciement nul.



## **1) Les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse**

Lorsque des fautes sont imputables à l'employeur, des faits suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat de travail.

Exemple :

- **Le non paiement des salaires**
- **Le non respect des règles d'hygiène et de sécurité**

On constate que ce n'est pas la nature du manquement de l'employeur qui importe mais plutôt ces conséquences sur l'exécution du contrat de travail. Comme c'est le salarié qui a pris l'initiative de la prise d'acte, c'est à lui d'établir les faits qu'il invoque pour justifier sa prise d'acte.

Il n'y a pas de faute qui par nature constitue une cause de rupture imputable à l'employeur.

Un arrêt du 14 novembre 2018 où un salarié avait pris acte de la rupture en juin 2013. Il estime que malgré des demandes réitérées, il n'a pas été payé de ses heures supplémentaires accomplies entre 2008 et 2013. Le juge ne suit pas car il analyse la prise d'acte en une démission car il estime que cette prise d'acte est beaucoup trop tardive. La faute de l'employeur dans le cas en l'espèce, n'était pas suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail dans les 5 années.

Finalement, la prise d'acte est toujours aléatoire pour le salarié. Son appréciation n'est pas toujours suivie par le juge.

L'important c'est le laps de temps écoulé entre les manquements invoqués et la prise d'acte de la rupture. En cas de doute, mieux vaut saisir le juge d'une demande en résiliation judiciaire, il y a beaucoup moins de risques.

La jurisprudence a également tranché une controverse car certains pensaient que la lettre de prise d'acte comme la lettre de licenciement fixait les limites du litige.

Le juge peut examiner les manquements de l'employeur invoqué par le salarié et ce même si il n'ont pas été mentionnés dans la lettre de prise d'acte. Les faits examinés par le juge sont ceux qui ont motivé le salarié au moment de la prise d'acte. Dans ce cas, la prise d'acte entraîne, si le juge suit le salarié, les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, à savoir toutes les indemnités.

## **2) Les effets d'un licenciement nul**

C'est presque la même chose mais cette fois-ci, la prise d'acte est consécutive à des manquements de l'employeur, relatif à des droits et libertés fondamentaux.

L'exemple typique c'est le salarié, qui à suite d'agissement, de harcèlement, est contraint de prendre acte de la rupture.

Dans ce cas, cette prise d'acte s'analyse en un licenciement frappé de nullité qui autorise le salarié à réintégrer sa réintégration. Mais, la plupart du temps, le salarié préfère des dommages-intérêts qui seront sensé réparer le préjudice qui résulte de l'illicéité du licenciement.

Il faut citer également les salariés protégés, ceux qui ont des fonctions représentatives ou encore certains salariés en période de suspension du contrat de travail, notamment pour ATMP.

### 3) Les effets d'une démission

Cela correspond à l'hypothèse dans laquelle le salarié ne réussit pas à démontrer que la prise d'acte était justifiée. Il est alors considéré comme démissionnaire.

Cela emporte des conséquences graves sur les indemnités de chômage, et il est privé alors de toutes les indemnités classiques de licenciement.

Il pourrait même en théorie, être condamné car il n'a pas exécuté le délai congé auquel il était peut être tenu par le contrat de travail ou convention collective.

### B/ La rupture immédiate du contrat de travail

La prise d'acte n'entraîne pas d'application du délai congé, elle a un effet immédiat et le salarié ne peut plus se rétracter. C'est en effet, une manifestation de volonté qui lie son auteur.

Il y a parfois des concours de rupture, par exemple, l'effet immédiat de la prise d'acte va priver d'effet une notification de licenciement juste postérieure émanant de l'employeur.

Concours d'une prise d'acte de rupture avec une demande de résiliation judiciaire qui aurait été introduite juste avant la prise d'acte. Dans ce cas, le salarié pouvait prendre acte avant que le juge ait statué. **La prise d'acte empote un effet immédiat.**

### §3. La résiliation judiciaire du contrat de travail

Cela peut paraître surprenant de demander au juge de rompre un contrat de travail alors qu'on peut le faire soit même. Depuis 1999, seul le salarié est recevable à demander cette résiliation judiciaire par a contrario, les demandes qui émaneraient de l'employeur sont irrecevables. Pour l'employeur c'était confortable, il obtenait une rupture sans prendre de risque.

Lorsque la résiliation judiciaire est prononcée, elle emporte les mêmes effets qu'un **licenciement sans cause réelle et sérieuse ou éventuellement, ou un licenciement nul**.

Les conditions sont les mêmes que la prise d'acte, les manquements de l'employeur sont suffisamment graves et empêchent toute poursuite du contrat de travail.

Deux conséquences :

- Toutes les indemnités y compris même si il n'a pas pu être exécuté l'indemnité de préavis.
- La date de résiliation du contrat de travail c'est le jour de la décision judiciaire.

Avant que le juge statue, il est possible aux parties de s'organiser autrement.

Par exemple :

- L'employeur a pu dans ce laps de temps, licencier le salarié,
- Ou mettre le salarié à la retraite,
- Ou le salarié a pu démissionner
- Ou prendre acte de la rupture.

Les parties peuvent également s'entendre sur une rupture conventionnelle, d'où la question : *comment les différents modes de rupture s'articulent-ils ?*

En réalité, la question se règle par la jurisprudence en tenant compte de l'**initiative de la rupture** (avant que la décision soit prononcée).

Première situation : la rupture émane du salarié.

En pratique, c'est le cas le plus fréquent par prise d'acte. Dans ce cas, **le juge est dessaisi**, en effet, la prise d'acte a un effet immédiat. Pour apprécier l'imputabilité de la rupture, on se placera sur le terrain de la prise d'acte.

Deuxième situation : la rupture émane de l'employeur.

Par exemple, un licenciement qui est notifié avant que le juge ait pu statuer. Dans ce cas, **le juge peut continuer à statuer**, examiner si la demande en résiliation judiciaire est fondée. Si il admet qu'elle est fondée, cette résiliation entraînera les faits d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

**A contrario, si le juge refuse la résiliation, alors, il devra statuer sur le litige qui est relatif au licenciement.**

Cette solution est **illogique** car le contrat étant déjà rompu par le licenciement, quelque part, le juge ne peut pas rompre ce qui est déjà rompu.

Mais cette solution est **logique** car si on en décidait autrement, cela reviendrait à dire que l'employeur, pour échapper à la résiliation judiciaire n'aurait besoin que d'un licenciement.

Dans un arrêt du 6 octobre 2017, il s'agissait d'un salarié qui demande une résiliation judiciaire et dans l'intervalle, l'employeur le licencie pour faute grave.

Le juge, lorsqu'il va se prononcer va refuser la résiliation judiciaire au profit du salarié car il estime que le salarié n'apporte pas la preuve de manquement de l'employeur suffisamment grave.

Le juge, va quand même examiner le bien fondé du licenciement que le salarié conteste et il demande aussi la nullité de ce licenciement, car il porte atteinte à une liberté fondamentale.

Le salarié prétend que le licenciement était en réalité une mesure de rétorsion contre lui parce qu'il avait osé demander en justice la résiliation de son contrat de travail, donc atteinte à la liberté d'agir en justice qui est une liberté fondamentale.

Le juge du fond va rejeter la demande du salarié car l'employeur n'a pas évoqué ce motif, il y avait effectivement des motifs graves.

#### **§4. La force majeure**

C'est une cause de rupture du CDI et c'est essentiellement la jurisprudence qui a posé comme critère : **c'est l'impossibilité absolue d'exécuter le contrat de travail**. Si l'événement qui est invoqué ne fait que rendre l'exécution du contrat plus difficile et onéreuse, ce n'est pas de la force majeure.

On peut citer tous les cas qui sont extérieurs aux parties : catastrophes naturelles, incendies, guerres...

Si l'incendie provoque une fermeture des locaux limité dans le temps, dans ce cas, les contrats de travail sont suspendues et non pas rompues.

**La force majeure peut venir de l'employé.**

Par exemple :

- L'incarcération du salarié de longue durée
- Le décès du salarié. A contrario, la maladie, même prolongée n'est pas un cas de force majeure.

**La force majeure peut venir de l'employeur.**

Par exemple :

- Le décès de l'employeur n'est pas un cas de force majeure, ses ayants droit continue à sa place. Il faut que les héritiers procèdent au licenciement avec toutes les indemnités.

- Les difficultés économiques ne sont pas des cas de force majeure.

La force majeure dispense l'employeur du préavis et des indemnités de licenciement. C'est pour cette raison que la loi prévoit que pour les sinistres, notamment naturels ou criminels, le salarié a droit aux indemnités de rupture classique et au préavis.

La plupart du temps, se sont les assurances qui vont payer ces indemnités de licenciement et de préavis.

## **§5. La retraite du salarié**

Le domaine de la retraite est un domaine compliqué car parler de ça revient à parler du droit à la sécurité sociale. Dans le code du travail, les salariés ont le droit de rester travailler jusqu'à l'âge de 70 ans.

Il y a la retraite en droit du travail et en droit de la sécurité sociale, deux notions bien distinctes mais aussi liées.

En droit de la sécurité sociale, cette question relève des prestations de retraite avec des règles complexes, avec le calcul des pensions de retraite.

En droit du travail, la retraite est accés davantage comme la rupture du CDI du à l'âge. Dans la relation juridique employeur/salarié, la retraite constitue uniquement un cas de rupture et selon son auteur, on parle de **mise à la retraite** quand c'est l'employeur qui le décide et de **départ à la retraite** quand c'est le salarié qui le décide. C'est un mode de rupture **autonome**, en ce sens que ce n'est ni une démission, ni un licenciement.

### **A/ La mise à la retraite**

**C'est le droit de mettre fin au contrat de travail dès lors qu'un salarié atteindra l'âge de bénéficier d'une pension de retraite à temps plein.**

Cette définition permettait de mettre à la retraite les salariés à partir du moment où ils pouvaient avoir le taux plein. Un loi de 2008 est venue restreindre ce droit, désormais ce droit est limité tant que le salarié n'a pas atteint l'âge de 70 ans.

A partir de **65 ans**, **l'employeur doit demander chaque année** au salarié ses intentions, et si il ne veut pas, il doit mentionner expressément son refus de partir en retraite. Finalement, la mise à la retraite d'office avant 70 ans, est impossible, sauf un cas, quand le salarié oublie de répondre dans le délai de 1 mois à compté de la demande.

Quand l'employeur peut mettre à la retraite d'office (après 70 ans), il n'a pas besoin de motiver sa décision, il se contente de notifier que le CDI est rompu pour mise à la retraite.

Si un employeur met à la retraite un salarié sans son accord qui à moins de 70 ans, s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. De plus, si le salarié ne bénéficiait pas encore du taux plein, il y a alors nullité du licenciement car il y a discrimination due à l'âge.

Il y a un certain nombre d'interdictions :

- Mettre à la retraite un salarié victime d'un AT-MP pendant toute la durée de sa suspension de travail
- Pour les autres salariés protégés, la mise à la retraite est précédée obligatoirement de l'autorisation de l'inspection du travail.

En outre, la mise à la retraite ouvre droit pour le salarié à deux choses :

- Un préavis
- Le salarié a droit à une indemnité spécifique au moins égale à l'indemnité de licenciement, sous réserve de dispositions conventionnelles ou contractuelles plus favorables.

## **B/ Le départ à la retraite**

**Tout salarié qui atteint l'âge lui ouvrant droit à une pension de retraite, peut décider de partir.**

Il peut partir à 62 ans et demi

Tout salarié qui part à la retraite a le droit à une indemnité variable en fonction de son ancienneté. Ça peut aller d'un demi mois de salaire à deux mois de salaire après 30 ans d'ancienneté.

Le départ à la retraite peut s'articuler avec d'autres ruptures. Ce sera le cas avec un salarié qui invoque des faits imputables à l'employeur pour remettre en cause son départ à la retraite.

Par exemple, le salarié harcelé qui part à la retraite car il ne peut pas faire autrement, il peut être requalifié par le juge comme une prise d'acte.

Le salarié qui part à la retraite doit respecter un préavis. On applique le même préavis qu'en cas de licenciement.

## **§6. La rupture conventionnelle**

Elle a toujours existé, mais c'est la loi du **25 juin 2008** qui consacre juridiquement ce mode de rupture, c'est l'accord des deux parties pour mettre fin au contrat de travail.

Elle ne remplace pas les autres modes de rupture, elle vient s'ajouter et elle peut même coexister avec les autres modes.

## **A/ Les ruptures concernées**

La rupture conventionnelle concerne potentiellement tous les salariés y compris les salariés protégés

Pour les salariés protégés, une question s'est posée de savoir si elle était possible avec d'autres salariés protégés, un salarié qui est victime AT-MP pendant la suspension de son contrat ou bien l'employée enceinte.

C'est la jurisprudence en 2014 et 2015 qui admet que la rupture conventionnelle puisse se conclure pendant ses périodes de suspension alors même que le licenciement n'est pas possible.

La rupture conventionnelle obéit à des règles de formes importantes.

## **B/ Le formalisme de la rupture conventionnelle**

C'est un formalisme protecteur du consentement qui s'articule autour de quatre moments :

### **1) Un entretien préalable**

Toute rupture conventionnelle doit être précédée :

- d'un entretien,
- pendant cet entretien les deux parties peuvent se faire assister par une personne de l'entreprise représentant du personnel ou non
- L'employeur ne peut être assisté que si le salarié l'est aussi
- L'assistance ne peut pas se faire pas un avocat
- Les irrégularités de procédure n'affectent pas la validité de la rupture conventionnelle dès lors que l'irrégularité n'a pas violé le consentement.

## 2) Un acte de rupture écrit

L'écrit est fondamentale car c'est lui qui définit les conditions de rupture, les indemnités spécifiques et c'est également cet acte écrit qui précise la date à laquelle la rupture sera effective.

Ça ne peut pas être avant le lendemain de l'homologation car c'est seulement à cette date que la rupture devient définitive.

## 3) Le droit de se rétracter

Même signé, la convention n'est pas définitive, les deux parties ont 15 jours à compter de la signature de se rétracter.

D'où une exigence importe, la remise d'un exemplaire de la convention au salarié pour qu'il mesure la portée de ses engagements.

La rétractation éventuelle se fera pas écrit et c'est la date d'envoi qui compte pour le respect de 15 jours.

## 4) L'homologation

C'est la disposition la plus innovante car la loi prévoit que lorsque le délai de rétractation est écoulé, l'une des parties doit saisir l'autorité administrative qui dispose alors d'un délai de 15 jours ouvrables pour prendre sa décision.

L'absence de réponse signifie que l'homologation est acquise, ou encore, si la décision de refus est portée à la connaissance de l'employeur après l'expiration du délai, l'inspection du travail vérifie que le consentement à été libre et que le procédure à été respectée.

Sauf, lorsque la rupture conventionnelle à un motif économique, les investigations de l'inspection du travail peuvent être plus poussées.

L'homologation, ou plutôt son refus, peut faire l'objet d'un recours, elle se fait devant le conseil de prud'homme. Elle s'explique parce que l'homologation ne peut pas faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention.

Si l'homologation est refusée, le juge judiciaire ne peut pas se substituer à l'autorité administrative et prononcer alors l'homologation à sa place.

## C/ Les effets de la rupture conventionnelle

### 1) Les droits du salarié

La rupture conventionnelle ouvre droit à une indemnité spécifique qui ne peut en aucun cas être inférieure aux indemnités légales de licenciement.

La loi n'exclut pas cette indemnité spécifique pour faute grave, et l'ancienneté importe peu. Le salarié conserve son droit aux indemnités de l'assurance chômage tant qu'il ne retrouve pas un autre emploi.

Ces deux droits, sont des dispositions incitatives pour le salarié, mais aussi pour l'employeur qui ne prend pas ainsi les risques juridiques.

Il est toujours possible de conclure une rupture conventionnelle après l'exercice d'un droit de résiliation unilatérale :

- Démission,
- Prise d'acte de rupture,
- Licenciement.

Elle vaut alors renonciation à la rupture précédente.

Difficultés également quand une rupture conventionnelle fait suite à une procédure de licenciement pour motif disciplinaire.

L'employeur, en signant la rupture conventionnelle ne renonce pas à son pouvoir disciplinaire. Le résultat c'est que si le salarié se rétracte de la rupture conventionnelle, l'employeur pourra reprendre la procédure et prononcer la sanction.

Ou encore, problème d'articulation entre une prise d'acte de rupture et une rupture conventionnelle. L'hypothèse est qu'on imagine qu'il y a eu signature d'une rupture conventionnelle, mais entre l'expiration de la période de rétractation et la date d'effet fixée pour la rupture, le salarié prend acte de la rupture.

La réponse jurisprudentielle est **négative**, dans un arrêt du 6 octobre 2015, sauf si les manquements invoqués à la charge de l'employeur sont de nouveaux manquements survenus pendant ce laps de temps.

## 2) La remise en cause de la rupture conventionnelle

La prescription est volontairement courte. Le recours contre une rupture conventionnelle doit être formée avant les 12 mois qui suivent l'homologation.

Ce recours ne peut pas se négocier, il n'est pas possible d'insérer dans l'écrit une clause qui renoncerait à tout recours. Quand il y a des recours, ils tiennent à la contestation d'un consentement d'une des parties. Elle conduit à la nullité quand il y a vice du consentement, ça se concentre essentiellement sur la violence morale. En général, l'employeur qui menace un salarié d'un licenciement si celui-ci refuse la rupture conventionnelle.

Un salarié avait subi une opération lourde du cerveau, il avait des troubles mentaux donc il n'était pas en mesure de donner son consentement, donc son consentement était vicié.

Sont parfois invoqués les non respect du formalisme mais le juge prononcera la nullité si le non respect a empêché le salarié d'avoir un consentement éclairé. Par exemple, le montant des indemnités ou encore l'exemplaire pour le salarié qui n'est pas remis.

Dans une affaire de 2018, la cour de cassation a annulé une rupture conventionnelle car l'exemplaire avait été remis à la mère du salarié et pas au salarié.

En revanche, certains défauts d'information n'entraînent pas la nullité de la rupture dès lors que ces défauts sont sans effet sur le consentement.



Lorsque la rupture conventionnelle est annulée, elle est effacée **rétroactivement**, comme si elle n'avait jamais existé, donc la logique c'est que le salarié retrouve son emploi, alors que sa réintégration n'est peut être plus souhaitée ou possible. La logique commande alors d'assimiler la rupture à un cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.