

Chapitre 1: Le maintien de l'emploi

Les pertes d'emploi sont fréquentes que ce soit par fin de CDD ou que ce soit par rupture d'un CDI. Mais, il reste les dispositifs qui visent à **éviter la rupture du contrat de travail**.

On peut les classer dans deux grandes catégories:

➤ La suspension du contrat:

L'exécution du contrat de travail est rendue impossible provisoirement, la suspension va permettre de sauver le contrat de travail et de lui faire produire ses effets plus tard.

Par exemple, quand un salarié est malade, ne pouvant plus fournir sa prestation de travail, on aurait pu penser que c'était un motif de rupture, mais non, c'est un motif de suspension. En ce sens, la suspension du contrat de travail est un moyen de maintenir l'emploi.

➤ Les transferts d'entreprise:

Idee ancienne car très tôt, est apparue l'idée selon laquelle le salarié ne doit pas perdre son emploi du fait d'une cession de l'employeur.

C'est l'idée selon laquelle quand un employeur vend son entreprise, normalement, si on appliquait le droit du contrat en général, *que deviennent les salariés?*

C'est l'**effet relatif du contrat**, l'entreprise A est vendue à une entreprise B, les salariés n'ont plus de contrat de travail. Mais en droit du travail, une disposition spéciale existe, les **salariés sont transférés à l'entreprise qui achète**, c'est l'**article 1224-1 du code du travail**.



Section 1: La suspension du contrat de travail

La **suspension du contrat de travail** va s'appliquer chaque fois que l'inexécution du contrat de travail sera **temporaire**.

Il faut savoir qu'il y a de nombreuses hypothèses de suspension du contrat de travail:

- la grève
- les congés
- le chômage partiel...

Ce qui nous intéresse ici ce sont les maladies et les accidents qui seront les causes de suspension.

§1. La maladie et l'accident: cause de suspension du contrat de travail

Cet accident ou cette maladie, soit d'origine professionnelle ou non (*ça ne change rien mais grandes différences à l'issue de cette période*), ce sont des **faits qui ouvrent une période de suspension du contrat de travail à l'issue de laquelle les solutions peuvent diverger**.

Si c'est un accident pendant le travail, c'est un accident de travail, mais si cet accident est dans la vie privée, ce sera la **même chose pour la suspension**.

La première obligation du salarié qui est empêché de travailler, c'est de **transmettre à l'employeur le certificat médical d'arrêt de travail dans les 48 heures**.

Si le salarié est absent pour maladie mais ne transmet pas, n'informe pas l'employeur, cela peut être une **cause réelle et sérieuse de licenciement** car c'est une cause injustifiée.

Normalement, pendant cet arrêt de travail, le contrat est suspendu et par principe, **le salarié ne doit pas travailler**. Mais pourtant, en jurisprudence, une **activité bénévole a été acceptée**, idem une tolérance si l'activité n'est pas une activité professionnelle au sens strict.

Exemple: L'activité exercée relève de loisirs ou de voyages, on peut aller à Ibiza durant nos congés maladie.

Difficulté ici, le **droit de la sécurité sociale va s'appliquer**, quand on est malade on est censé rester chez nous pour se reposer.

Mais, en droit du travail, on peut totalement se livrer à des activités de loisir ou de voyage durant cette suspension. Le salarié prendra le **risque de ne pas toucher les indemnités journalières**. Ça ne constitue en rien un manquement à ses obligations professionnelles.

Cependant, il existe une exception à savoir si le **comportement du salarié est qualifié par la jurisprudence de «déloyal»**. Il faut tout d'abord noter que la maladie suspend pour le salarié une obligation de fournir la prestation de travail. Alors, le salarié n'a pas à rendre de comptes à l'employeur.

En revanche, si son comportement pendant ce congé prouve en réalité que son état de santé ne lui interdit pas d'accomplir sa prestation de travail habituelle, on considérera alors qu'il commet un acte déloyal, ce sera considéré ainsi surtout lorsque la prétendue incapacité est incompatible avec les activités exercées pendant le congé.

Exemple: le mécanicien qui est en arrêt de travail et qui pendant son arrêt, répare des voitures et se fait payer au black. La jurisprudence est moins sévère qu'en droit de la sécurité sociale, l'employeur ne peut pas sanctionner le salarié qui travaille si cette activité ne lui porte pas préjudice.

De son côté, pendant le congé maladie, l'employeur était dispensé de son obligation de payer le salaire. Le salarié percevait alors des indemnités journalières, mais elles ne sont que de **50% du montant du salaire**.

L'article 1226-1 a été modifié, il oblige désormais cet employeur à **verser même pendant l'arrêt de travail, une partie de la rémunération**. *Pourquoi une partie?* Parce que le salarié reçoit déjà une indemnité journalière de la sécurité sociale. Quatre conditions cumulatives:

- Une **ancienneté d'un an chez le même employeur**
- Le **salarié a bien rempli les obligations d'informations**
- Le **salarié a droit aux indemnités journalières de la sécurité sociale**
- Le **salarié est soigné en France ou en Europe**

Pendant 30 jours, il y a le maintien de la rémunération à hauteur de 90% du salaire brut.

Il y a alors ce que l'on appelle un **mécanisme de subrogation**, c'est à dire que l'**employeur** prend en contre partie les **indemnités journalières qui sont à la hauteur de 50%** qu'elles ont versées par la sécurité sociale en plus du délai de carence de 3 jours. Ce versement **commence à courir le 8^{ème} jour à partir de l'absence**.

Donc le salarié est payé du troisième au huitième jour par la sécurité sociale puis par son employeur, sous réserve toujours de disposition conventionnelle plus favorable.

Le délai de carence décourage souvent le salarié.

Au delà de 30 jours suivants, l'employeur n'est plus tenu de maintenir le salaire qu'à **60% du salaire brut**.

Au delà de 60 jours, il n'y a plus d'obligation pour l'employeur, c'est la **sécurité sociale qui versera 50% du salaire brut au salarié, sauf pour les cas d'AT-MP**.

L'employeur doit **assurer** plus ou moins parfaitement une **garantie de salaire**, cette obligation existe depuis 2008 et donne également des prérogatives à l'employeur, notamment, il peut ordonner une contre visite médicale.

Le salarié peut refuser de se soumettre à cette contre visite médicale mais il perd alors la garantie de salaire de l'employeur. Cependant, ce refus **ne constitue pas une faute** qui pourrait justifier une sanction disciplinaire. **La seule sanction est indirecte, il perd les garanties salaire.**

Depuis 2009, lorsque le médecin qui est désigné par l'employeur, estime que l'absence est injustifiée, il y a une **collaboration qui s'instaure entre le médecin et la sécurité sociale**. Il doit alors transmettre son rapport dans les 48

heures au service du contrôle médical de la sécurité sociale qui peut alors procéder à un examen et suspendre les indemnités journalières de sécurité sociale.

§2. Les ruptures en période de suspension

La question s'est toujours posée, elle est de savoir si *une rupture du contrat de travail peut quand même intervenir pendant cette période?*

A/ La rupture pour maladie non-professionnelle

L'entreprise peut être perturbée dans son fonctionnement par une longue maladie ou souvent par des absences à répétition. **L'employeur a toujours la possibilité de rompre en période de suspension, rupture qui prendra la forme d'un licenciement**, c'est à dire, avec respect de la procédure et préavis.

La loi n'interdit pas à l'employeur de licencier en période de suspension du contrat de travail. Il ne peut pas faire ça facilement, **l'employeur doit justifier le licenciement**. Il peut mais à condition de respecter les trois critères cumulatifs:

- **ce licenciement doit être justifié par la nature du travail**, la tâche à accomplir.
- **l'absence doit perturber gravement le fonctionnement de l'entreprise**
- **il est nécessaire de remplacer définitivement le salarié par un CDI.**

Encore faut-il que l'employeur prenne garde aux **discriminations**, en fonction de celles fondées sur l'état de santé du salarié. Donc si c'est le cas, le **licenciement est frappé de nullité** avec toutes les conséquences que l'on connaît.

La cour de cassation a des positions qui montrent parfois sa réticence à admettre le licenciement d'un salarié malade.

B/ La rupture pour maladie professionnelle

L'article 1226-9 du code du travail, prévoit que pendant ce type d'absence, il est **impossible de licencier et même impossible de notifier un licenciement pendant cette période**.

Cependant, **l'interdiction de licencier n'est pas absolu**. En cas de faute grave, ou en cas d'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif indépendant de l'AT-MP, dans ce cas, le **licenciement redevient possible**.

Si l'employeur licencie quand même, le licenciement est frappé de nullité.

Si un **licenciement avait été notifié avant le début de la période de suspension**, et bien ce licenciement **prendra quand même effet même pendant la période de suspension**.

Enfin, la loi n'interdit pas la rupture conventionnelle pendant cette période de suspension.

§3. La fin de la période de suspension

Il y a trois hypothèses:

- soit le **salarié reprend le travail**
- soit le **salarié est inapte à reprendre le travail**
- soit l'**employeur n'a pas d'autres solutions que de le licencier pour inaptitude**

A/ L'aptitude du salarié à la reprise du travail

C'est la **médecine du travail qui fixe la date de reprise**. La loi ne prévoit donc pas cette visite de reprise pour les arrêts de moins de 30 jours.

Le salarié doit être **réintégré dans le même emploi ou dans un emploi similaire au même niveau de rémunération, de qualification et de perspective d'emploi**. Pendant longtemps, c'est une règle protectrice qui était réservée aux victimes d'AT-MP, cependant, la cour de cassation l'a progressivement étendue aux autres cas de maladies et d'accidents.

En revanche, les sanctions diffèrent si l'employeur ne respecte pas cette règle de réintégration à l'identique.

Pour les **absences d'origine non professionnelles**, si l'employeur ne reprend pas le salarié aux mêmes conditions, il **devra verser les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse**, classique.

Elles se composent d'une part :

- des **indemnités d'ancienneté**,
- **indemnités de préavis**,
- **indemnités de congés payés éventuels**
- et puis surtout **indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse** (se référer au tableau avec le minima et maxima à l'**article L1335**, fixé par le juge).

Pour les **absences d'origine professionnelles**, outre les indemnités classiques, l'employeur **devra verser une indemnité spéciale de licenciement** que prévoit l'**article L1226-15** et qui est au minimum de 12 mois de salaire.

Les indemnités spéciales ne s'appliquent pas pour les accidents de trajets, c'est considéré comme une catégorie hybride.

B/ L'obligation de remplacement de l'employeur en cas d'incapacité

Dans certains cas, le **salarié est déclaré inapte à la reprise de son travail antérieur**. Dans ce cas, l'employeur est tenu, quelque soit l'origine de l'incapacité de lui **proposer un nouvel emploi compatible avec ses nouvelles capacités**.

Cette obligation est entendue strictement par la jurisprudence puisque l'employeur doit tout mettre en oeuvre pour trouver un post de travail et se conformer aux propositions du médecin du travail.

Qui pour cela, doit aménager un poste de travail, transformé ce poste et assuré une nouvelle formation du salarié et procédé à des mutations pour libérer un poste qui soit compatible.

Cette obligation de reclassement pèse pour l'employeur, et parfois, pour des petites entreprises, c'est impossible de remplacer le poste. Le salarié se doit accepter le nouvel emploi proposé.

➤ **Le salarié accepte le poste de reclassement:**

Le contrat de travail est modifié en ce sens, mais si il ne réussit pas bien dans le nouveau poste, l'employeur devra de nouveau lui chercher un autre emploi.

Le **licenciement** d'un salarié reclassé fondé sur l'incapacité, l'incompétence à assurer de nouvelles fonctions est **frappé de nullité**.

➤ **Le salarié refuse le poste de reclassement:**

Dans ce cas, l'employeur doit lui faire d'**autres propositions** et le **licenciement ne sera fondé que si l'employeur démontre qu'il n'existe aucun autre emploi disponible**.

2 lois de 2015 et 2016 prévoient que l'**avis du médecin du travail suffit pour estimer que le maintien dans son ancien poste est préjudiciable au salarié et que son reclassement est impossible**. Alors, ici le médecin du travail a un rôle fondamental pour légitimer un éventuel licenciement.

- Avant ces **lois de 2015 et 2016**, le **salarié pouvait exercer un recours contre l'avis du médecin** et cela se faisait **devant l'inspecteur du travail**.
- Depuis ces **lois de 2015 et 2016**, ce **recours se fait devant le conseil des prud'hommes qui va désigner un médecin expert**.

C/ Le licenciement pour inaptitude

C'est l'hypothèse quand **aucun remplacement n'est possible**, le salarié ne peut plus travailler du tout ou qu'aucun poste de l'entreprise ne peut convenir aux nouvelles aptitudes du salarié.

On va distinguer deux cas:

- **l'inaptitude est d'origine professionnelle (AT-MP)**
- **l'inaptitude n'est pas d'origine professionnelle**

➤ **Si l'inaptitude est d'origine professionnelle**

Par définition, l'employeur n'a pas pu remplir son obligation de reclassement, ou encore aucun reclassement n'est possible.

Dans ce cas, l'employeur peut le licencier mais le salarié a droit à une indemnité spéciale de licenciement qui sera le double de l'indemnité légale et il a le droit également à l'indemnité compensatrice de préavis.

Ces indemnités peuvent ne pas être versées si l'employeur démontre que le salarié a refusé abusivement tous les postes de reclassement qui lui ont été proposés.

Lorsque le licenciement est consécutif à la non-exécution par l'employeur de son obligation, le salarié a droit en plus à une indemnité qui ne peut être inférieure à 12 mois de salaire minimum.

Les salariés victimes d'AT-MP sont quasiment indébouillonnables.

➤ **Si l'inaptitude n'est pas d'origine professionnelle**

Il n'aura pas droit à l'indemnité de préavis mais il garde l'indemnité légale de licenciement sauf en cas de faute grave. Par exemple, d'avoir refusé abusivement tous les postes qui lui ont été proposés.

Si le salarié n'est pas reclassé ou si il est licencié après un délai d'un mois à compter de la visite médicale de reprise, l'employeur doit, pendant ce laps de temps, continuer à lui payer ses salaires.

En l'absence de reclassement, la loi ne dit rien mais on en déduit que l'employeur n'est jamais obligé de licencié, sur le principe ça reste vrai. En d'autres termes, l'employeur garde toujours le droit de ne pas licencier. C'est alors une situation de blocage.

Si le salarié est inapte en raison d'un ATMP et que l'employeur le licencie alors que c'était un ATMP, a combien pourra prétendre le salarié ? Il pourra prétendre à 12 mois de salaire minimum.

Si le salarié est en CDD et qu'il lui reste peu de temps pour finir le contrat, ça peut être intéressant, c'est aussi intéressant pour les salariés très proches de l'âge de la retraite.

Si c'est le cas, le salarié est très mal conseillé car sauf salarié âgé de + de 70 ans, l'employeur ne peut pas l'obliger à partir en retraite.

C'est sans compter sur une jurisprudence toute récente ; un **arrêt de la Cour de cassation du 04 novembre 2021** dans lequel un salarié inapte se heurtait à l'inertie de l'employeur, le salarié a alors demandé la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur et il l'obtient. Quand la résiliation judiciaire est qualifiée aux torts de l'employeur, on la re qualifie en licenciement sans cause réelle et sérieuse et le salarié aura droit à de forts dommages-intérêts.

§4 : La protection de la grossesse

La protection de la grossesse se manifeste de 2 façons

A/ L'autorisation d'absence et les changements d'affectation

Pendant cette période, les femmes peuvent s'absenter pour visite médicale obligatoire, sachant que ces absences sont considérées comme du temps de travail effectif, donc rémunérées par l'employeur.

La salariée peut aussi demander un changement d'affectation sans changement de salaire si son état médical l'exige. Dans le prolongement de cette idée, si la salariée avait un poste de travail de nuit ou si son travail entraîne des risques particuliers, ici la salariée peut demander un changement d'affectation.

A cet égard, l'employeur doit obtempérer, il n'a pas le choix car elle s'impose. Le pouvoir de direction s'efface durant cette période, c'est une atteinte légale à ce pouvoir.

La salariée a droit à un congé de maternité de 16 semaines en principe : 6 semaines avant la naissance et 10 semaines après la naissance.

B/ L'interdiction de licencier

On trouve ces limites aux articles **L1225-4 et suivants du Code du travail**.

Pendant la grossesse mais aussi après, il y a une protection de la salariée contre la rupture à l'initiative de l'employeur, elle ne peut pas être l'objet d'une rupture de licenciement. Cela ne joue pas en période d'essai et pour certaines situations marginales.

Exemple : **Arrêt en 2017** où ça ne joue pas si la salariée est dans une situation administrative où elle n'avait pas de permis de travail.

S'oppose ici le principe du droit de la grossesse mais aussi l'obligation d'avoir le droit de travailler.

En réalité, la loi distingue une protection absolue et une protection relative contre le licenciement.

Par protection absolue on entend le licenciement impossible, il ne peut ni prendre effet ni même être notifié. C'est une protection exorbitante du droit commun et donc s'applique pendant la durée du congé de maternité donc pendant 16 semaines + les congés payés éventuels qui sont pris immédiatement à la suite du congé de maternité.

C'est-à-dire que même pour faute grave, la protection est absolue aucun licenciement ne peut intervenir durant cette période.

Cette protection absolue vient en complément d'une protection relative durant laquelle le licenciement peut intervenir mais dans 2 cas seulement :

- Une faute grave non liée à la grossesse
- L'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à la grossesse

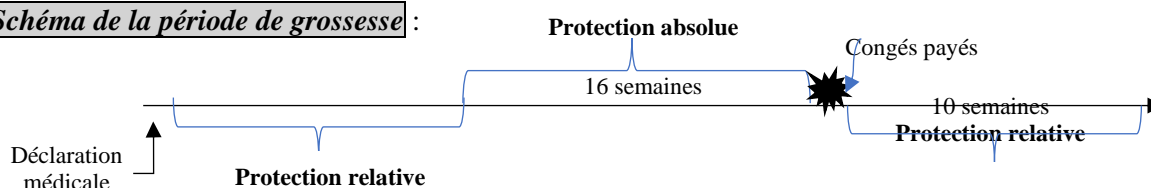
Le motif économique est à lui seul insuffisant.

La protection relative, elle, débute dès la constatation médicale de la grossesse et ce même si l'employeur n'en n'a pas été informé.

Si l'employeur prononce un licenciement, l'employée devra envoyer un certificat médical dans les 15 jours suivants, le prévenant de son état de grossesse.

Cette période de protection relative se termine 10 semaines après la fin de la protection absolue.

Schéma de la période de grossesse :



➤ Arrêt de la Cour de cassation du 01 janvier 2021

La salariée est partie en congé maternité mais ce congé a été prolongé par un arrêt maladie, durant cet arrêt, la salariée est convoquée à un entretien préalable de licenciement puis licenciée pour faute grave. La faute grave avait été découverte par l'employeur pendant l'arrêt maladie. La salariée conteste le licenciement en estimant qu'il est encore en période de protection absolue.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation approuve l'employeur en estimant qu'il s'agit seulement d'une période de protection relative.

Donc même en arrêt maladie, l'employeur peut licencier pour faute grave car c'est une période de protection relative.

➤ Arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2020

A propos d'une nullité de licenciement, c'est une salariée licenciée pour un motif qu'elle estime discriminatoire car lié à sa grossesse, elle demande la nullité du licenciement et elle l'obtient. Ce qui pose problème sont les conséquences de cette nullité ; la nullité entraîne normalement réintégration dans le poste, ce qu'elle obtient. Qui dit réintégration dit paiement des salaires rétroactivement entre le licenciement effectif et la réintégration. La difficulté est si la salariée a bénéficié d'autres revenus pendant cette période : salaires ou revenus de remplacement tirés de l'assurance chômage.

En général, la Cour de cassation condamne l'employeur à payer les salaires en déduisant les revenus de remplacement, c'est ce qui avait été fait en l'espèce. La salariée conteste ce calcul en estimant que ses revenus de remplacement n'auraient pas dû être déduits en se fondant sur un principe de la Cour de cassation qui admet des exceptions au principe évoqué lorsque la nullité du licenciement a pour origine la violation d'une liberté ou d'un droit fondamental garanti par la Constitution. Elle l'avait déjà fait lors de nullité pour grève, pour activité syndicale, pour la liberté d'agir en justice. La Cour de cassation va aller dans le sens de la salariée et la Cour ajoute une nouvelle exception au principe de déduction des sommes versées en estimant qu'un licenciement en raison d'état de grossesse est nul parce qu'un tel licenciement caractérise une atteinte au principe d'égalité des droits H/F tiré du préambule de la Constitution de 1946.

Depuis cet arrêt, la Cour précise les conséquences d'un licenciement pour grossesse en affirmant que le licenciement est discriminatoire et porte atteinte au droit à l'égalité H/F. En cas de nullité de licenciement pour grossesse et réintégration, la totalité des salaires est due.

Section 2 : Le changement d'employeur

On parle de modification de la situation juridique de l'employeur.

Au départ, une entreprise change de main et en vertu de l'effet relatif des contrats, les salariés restent liés à une personne qui n'a plus de travail à leur fournir.

La solution est apparue préjudiciable pour les salariés alors un texte du 19 juillet 1928, article L1224-1, a considéré que le salarié suivait le sort de l'entreprise en disant que « les contrats de travail sont maintenus entre le nouvel employeur et les salariés ».

Cette disposition se veut favorable au salarié en faisant en sorte que quelles que soient les tribulations de l'entreprise, leur emploi est conservé, les contrats de travail survivent.

Le changement est neutre, l'entreprise continue avec les anciens salariés. C'est une dérogation à l'effet relatif des contrats, le constat est que finalement le salarié est d'avantage lié à l'entreprise elle-même qu'à ses employeurs successifs. C'est surprenant car le contrat est conclu intuitu personae.

Le Code ne donne pas de définition précise de la modification dans la situation juridique de l'employeur. Le texte donne des exemples en disant « notamment succession, vente, fusion ».

Le terme notamment signifie que la liste n'est pas exhaustive alors la jurisprudence a peu à peu élaboré le régime juridique de l'article L1224-1 du Code du travail. Ce qui complique la jurisprudence française est qu'elle est rendue encore plus complexe par la jurisprudence communautaire issue elle-même de directives européennes. Il y a parfois des distorsions entre les deux jurisprudences.

Une directive de 2001 porte sur le « *maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise, ou de partie d'entreprise, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion* ».

§1 : Les conditions d'application de l'article L1224-1

A/ Les évènements concernés par l'article L1224-1

Le cas du décès de l'employeur qui n'entraîne pas la rupture de plein droit des contrats de travail. Plusieurs choix se présentent à l'héritier de l'employeur :

- ❖ **L'entreprise continue avec les héritiers** → les contrats de travail se poursuivent avec les nouveaux employeurs héritiers
- ❖ **L'entreprise est vendue** → les contrats de travail continueront
- ❖ **L'entreprise n'est ni vendue ni continuée, ils vont vendre les éléments matériels du fond de commerce et l'entreprise disparaît** → les contrats s'arrêtent et il faut que les héritiers procèdent au licenciement des salariés

Concernant la vente du fonds de commerce, la même entreprise au sens de l'activité continue mais sous une direction nouvelle. **L'article L1224-1** s'applique dès lors que l'activité se poursuit avec les mêmes possibilités d'emploi. Cela se complique lorsqu'il y a des cessions partielles, on vend pas toute l'entreprise mais plutôt une branche d'activité. Pour la cession partielle, l'article s'applique à condition que la branche cédée constitue en elle-même une entreprise.

Exemple : Entreprise qui fait des bicyclettes et une partie des trottinettes et elle peut céder la partie des trottinettes.

Lorsqu'une entreprise cède ou vend une simple propriété. Est-ce que la vente d'un bien matériel constitue un transfert d'entreprise ?

Exemple : Vend un immeuble.

Non, la simple vente d'une propriété ne permet l'application de l'**article L1224-1**.

La cession des brevets pourraient entrer dans la cession d'entreprise.

Concernant la fusion, pour qu'il y ait fusion, il faut la disparition de l'employeur. La fusion est le fait pour 2 sociétés de n'en constituer qu'une seule. Si il y a fusion, les salariés des deux sociétés sont salariés à l'entreprise fusionnée.

Exemple : La prise de contrôle d'une entreprise par une autre qui acquiert la majorité du capital social ne constitue pas une fusion.

La difficulté est que dans les grands groupes, il est courant qu'un salarié passe d'une société du groupe à une autre société du groupe et on peut hésiter dans ce cas pour savoir s'il s'agit d'un simple détachement ou d'un véritable transfert du contrat de travail.

Le critère retenu est le nombre, si un seul salarié est transféré, c'est un détachement. En revanche, si un grand nombre est transféré, c'est un transfert de contrat de travail.

Peu à peu, la Cour de cassation a étendu l'**article L1224-1** à d'autres situations comme pour les locations gérances par exemple.

B/ L'évolution jurisprudentielle

Dans les premières années d'application du texte, l'entreprise est entendue comme une activité. La conséquence est que chaque fois que l'activité continue, les contrats de travail demeurent et ce même en l'absence de lien de droit entre les employeurs successifs.

Jusqu'aux années 80, la jurisprudence est large comme ça car en général il y a un lien entre les employeurs successifs. La pratique des affaires avant les années 80 n'externalise pas les activités de l'entreprise. La jurisprudence applique largement l'**article L1224-1** même en l'absence de lien de droit car jusqu'aux années 80, la totalité des entreprises gère toutes leurs activités.

Ce qui va compliquer les choses est l'apparition du phénomène d'externalisation. En général chaque entreprise a un rôle de restauration, d'entretien et de sécurité, les entreprises vont confier à des sous-traitants des activités qui ne font pas partie de leurs activités principales.

Jusqu'en 1985, la jurisprudence n'exigeait pas de lien de droit entre les employeurs successifs.

Alors, des **arrêts d'assemblée plénière du 15 novembre 1985 et du 12 juin 1986** sont intervenus et marquent un coup de tonnerre dans l'horizon jurisprudentiel. D'un coup on exige, pour que les contrats soient transférés, un lien de droit entre les employeurs successifs.

La seule perte de marché ne suffit plus à transférer les contrats de travail.

Double conséquence :

- On exclut de l'**article L1224-1** toutes les situations où il y a succession de prestataires de services sur un même marché. Dès lors, le champs d'application de l'**article L1224-1** est réduit considérablement.
- D'un point de vue pratique, il y a une certaine orthodoxie juridique, c'est une précarisation de tous les prestataires de services vu qu'ils ne sont pas repris celui qui reprend le marché. Alors, le nouveau prestataire peut, s'il le souhaite, embauche les salariés. Il y a une certaine transparence dans les passations de marché

Face à cette nouvelle jurisprudence et la précarisation qui en résulte, la pratique a trouvé une parade via le secteur des prestataires de service où un certain nombre d'accords collectifs ont prévu qu'en cas de perte de marché, il y a transfert des contrats de travail des salariés affectés sur le site.

C/ La notion d'entité économique

1) Le principe

Pour faire suite à une jurisprudence communautaire, la Cour de cassation adopte le critère d'entité économique qui conserve son identité, c'est un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique que celle-ci soit essentielle ou accessoire.

Il en résulte que pour qu'il y ait transfert des contrats de travail, le transfert doit porter sur l'entité économique comprenant une activité et certains moyens avec lesquelles celle-ci est exercée. Il ne suffit pas de transférer un marché, il faut aussi transférer des moyens corporels et incorporels.

Les **arrêts d'assemblée plénière du 16 mars 1990**, le plus célèbre est dit de l'affaire du Camping du Bois de Boulogne. Le problème ici est celui de l'attribution d'un marché, ce camping était exploité par un concessionnaire mais la ville de Boulogne change de concessionnaire en remplaçant l'ancien pour continuer la même activité au moyen des installations, des terrains, etc. La question va être celle du sort des salariés du 1^{er} concessionnaire.

La Cour de cassation va se contredire et va dire que même en l'absence de lien de droit entre les employeurs successifs, l'**article L1224-1** s'applique à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise.

A la suite de ces arrêts, on a eu beaucoup de jurisprudence sur ces transferts du contrat de travail dans ce type d'hypothèse où il n'y a pas de lien de droit.

Exemple : remontée mécanique dans les stations de ski, restauration en maison de retraite.

C'est une jurisprudence qui concerne essentiellement les successions de prestataire où même en l'absence de lien de droit, le juge apprécie concrètement la situation. Maintenant la jurisprudence est constante, les contrats de travail sont maintenus et ça fait que les accords collectifs des prestataires présentent moins d'intérêt car le lien de droit n'est plus forcément exigé.

2) Les conséquences de la notion d'entité économique

Le maintien de l'identité et le transfert d'un ensemble organisé signifie qu'une certaine continuité dans l'organisation doit être perceptible.

Par exemple, pour des entreprises très mécanisées, le transfert des machines est un indice important pour appliquer l'**article L1224-1**.

Si toutes les machines sont achetées, **arrêt du 13 novembre 2019**, une société B rachète à une société A toutes les machines à papier, certains actifs et surtout la plus grande partie des locaux et elle va développer la même activité de production de papier. La cour de cassation relève deux choses :

- L'activité va être identique
- La plus grande partie des moyens matériels a été transférée.

La cour relève alors que l'entité économique a été poursuivie, dès lors, voilà un indice important pour appliquer l'[article L1224-1](#).

Dans les entreprises où l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre, (par exemple les entreprises de nettoyages), dans ce cas, les contrats de travail peuvent aussi être transférés dès lors qu'il y a maintien de l'identité, de la collectivité de travail qui est affectée au même travaux.

La jurisprudence insère dans ce critère le maintien de l'identité.

Il existe une ressemblance avant et après. Si le nouveau prestataire travaille d'une manière radicalement différente (par exemple, autres matériels, méthodes de travail, autres locaux), le transfert ne s'opère pas car elle n'a pas conservée son identité.

Mais, cela ne signifie pas non plus qu'il faut une exacte identité. D'abord, l'identité s'apprécie au moment du transfert, cela veut dire que des changements ultérieurs sont possibles.

Une autre hypothèse, c'est le changement du statut juridique.

Pendant un certain temps, la cour de cassation estimait que l'entité économique perdait son identité lorsqu'elle passait du secteur public au secteur privé, ou vice-versa. C'était la même activité qui été transféré, les mêmes moyens mais on n'appliquait pas l'[article 1221-1](#), car le fait qu'il y ait un changement de statut juridique, elle perdait son identité.

Par exemple :

- Une clinique médicale qui est gérée par une société anonyme, et cette clinique est cédée à un hôpital public, les contrats de travail ne sont pas transférés.
- Un service de ramassage scolaire qui été exploité par une société privée est confié à un service communal sous forme d'un service public. Il manque la condition du maintien de l'identité donc les contrats de travail ne sont pas transférés.

C'était le cas avant une série d'[arrêt du 25 juin 2000 par trois arrêts de la cour de cassation](#). Elle dit que la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée et vice-versa.

Pour tout les marché qui change de statut juridique, n'est plus considéré comme un changement d'identité.

Le conseil d'état lui aussi estime que la relation de travail est maintenue lorsque l'activité relève du droit privé et qu'elle est reprise par une personne publique qui gère un service public.

Cette jurisprudence a été confirmée en 2005 par la [loi du 26 juillet 2005](#) qui est venue ajouter un [article 1224-3, §3](#) qui confirme expressément cette hypothèse.

En 2010, la jurisprudence a posé comme principe que le nouvel employeur continue à rémunérer les salariés transférés jusqu'à ce qu'ils acceptent le contrat de droit public ou si ils le refusent, jusqu'à leur licenciement.

En 2009, une autre loi est venue ajouter un alinéa 4, qui prévoit en cas de refus que le contrat de travail prend fin de plein droit. Même si il y a rupture de plein droit, la personne publique applique certaines règles du licenciement de droit privé, c'est-à-dire qu'il y a obligation de respect du préavis et des indemnités légales et conventionnelles de licenciement.

Il semble également, que la personne publique peut être condamnée pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, lorsque la proposition de contrat de travail ne répond pas aux exigences de la loi.

Le refus par le salarié de la proposition de contrat de travail ne vaut rupture de plein droit que si la proposition est conforme aux exigences légales.

En sens inverse, sur le principe c'est la même chose mais en théorie c'est différent.

Les fonctionnaires et agents publics ne relèvent pas du droit du travail, le législateur a inséré un [article 1224-3-1](#) et a aligné les mécanismes. Autrement dit, le nouvel exploitant doit proposer au salarié concerné par le transfert, un nouveau contrat de travail régi par le droit du travail.

Le contrat doit être le même.

Et en cas de refus, le contrat prend fin de plein droit mais le repreneur, pour la rupture elle-même, doit appliquer les dispositions de droit public qui sont relatives aux agents licenciés.

3) Le critère d'autonomie

Une troisième condition, c'est l'autonomie de l'identité économique transférée.

L'entité économique doit être autonome, cela veut dire qu'elle doit être individualisable et détachable du reste de l'entreprise.

Ce critère a été instauré pour limiter le phénomène d'externalisation, autrement dit, éviter de sous-traiter une activité que l'entreprise estime périphérique ou non essentielle, qui ne se rattache pas au cœur de l'activité principale.

Arrêt du 18 juillet 2000, « Perrier Vittel ». L'entreprise avait décidé de céder son activité de fabrication, de réparation et d'entretien de ce que l'on appelle les palettes de transports et de stockages, avec les locaux, les machines, le matériel et puis donc les salariés. En réalité, il y a création d'une nouvelle société qui va reprendre cette activité et les salariés qui étaient affectés à cette activité vont suivre le mouvement.

Ce sont les salariés qui refusent ce transfert car ils perdent de nombreux avantages. Ce critère d'autonomie permet de refuser le transfert des contrats de travail.

Le juge de cassation relève que ce montage n'est que le simple démembrement des services centraux d'une entreprise, cette activité n'a pas de comptabilité propre, n'a pas de finalité économique qui lui soit propre.

Dans l'arrêt Contrexéville, le jure rajoute un critère supplémentaire, les activités externalisées relèvent de la fonction économique de l'entreprise cédante.

Les contrats de travail ne sont pas transférés donc il reste chez Perrier et Vittel. L'[article 1224-1](#) se retourne contre les entreprises.

Juridiquement, ce critère d'autonomie est peu convaincant, il est à géométrie variable. La jurisprudence est très fluctuante puisque elle admet d'autres transferts d'activités accessoires. En réalité, la jurisprudence est extrêmement diverse car elle va appliquer tout ces critères selon les objectifs à atteindre.

L'externalisation, c'est le fait de confier à des tiers une partie des activités de l'entreprise. Cela permet dans certaines circonstances aux employeurs d'utiliser à leur profit l'[article 1224-1](#) qui a été conçu au départ comme une protection des salariés.

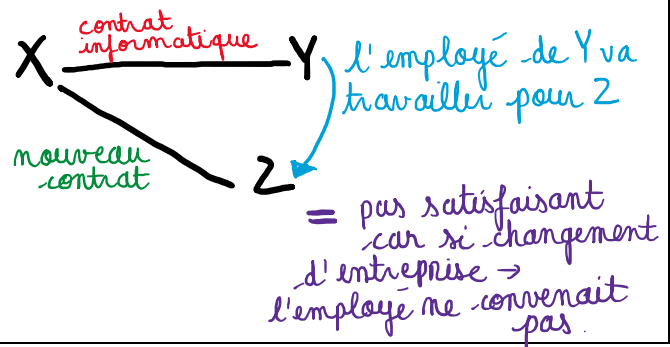
L'intérêt pour l'entreprise c'est une forme de restructuration sans passer par les règles contraignantes du licenciement économique. En effet, le personnel qui était affecté à l'entité externalisée est transféré, mais dans une entreprise qui n'offre pas nécessairement les mêmes avantages ni la même stabilité. C'est la raison pour laquelle la cour de cassation avec ce critère d'autonomie plus ou moins contestable, se montre sévère face à ce type de montage.

Chaque fois que l'entreprise veut externaliser une entreprise qui ne fait pas partie de la fonction économique principale et bien la cour de cassation va utiliser le critère d'autonomie.

Exemple : charcuterie industrielle qui veut externaliser son activité de nettoyage. La cour de cassation a considéré qu'il ne s'agissait pas d'un ensemble organisé qui permettait d'exercer une activité économique autonome poursuivant un objectif propre.

Cela ne veut pas dire que les entreprises ne peuvent plus sous-traiter.

Une entreprise X qui conclue avec une entreprise Y un contrat de maintenance informatique.
L'entreprise X décide de changer de prestataire et conclut un contrat avec l'entreprise Z.
Le salarié de Y va travailler pour l'entreprise Z.
Ce n'est pas une situation satisfaisante parce que si l'entreprise qui sous traite change c'est sûrement parce que le salarié ne convenait pas, alors si il est transféré c'est nul.



Faut-il restreindre le champ d'application de l'article L1224-1 ?

§2. Les effets du transfert

Trois effets :

- La survie du contrat de travail
- Les risques de licenciement économique préventif
- Le sort des dettes salariales

A/ Le principe du transfert du contrat de travail

Ce principe est important car il entraîne d'abord :

1) Une nouvelle relation de travail

Tous les droits et toutes les obligations des parties initiales du contrat de travail sont transférées. L'ancienneté est acquise dès l'origine, les reprises d'entreprise récupèrent les salariés avec leur ancienneté et leurs avantages.

Par exemple :

- le principe du 13^{ème} mois. Le nouvel employeur est tenu de payer l'intégralité du 13^{ème} mois.
- Les indemnités de congés payés, l'année de reprise, l'indemnité de congés payés sera versée prorata temporis.
- La clause de non concurrence, le contrat de travail est transféré à l'identique et donc à maintenir l'obligation de non concurrence.

Qu'en marge du contrat de travail, survivent également au transfert certaines obligations légales :

- D'abord, ce que l'on appelle les **priorités de réembauchage**.
Par exemple, un salarié qui été en congé chez le premier employeur (maladie, sabbatique...) au moment du transfert, doit être réembauché avec toutes les contraintes.
- Si certains salariés avaient été abusivement licencié par le premier employeur, et si ces salariés obtiennent la nullité de leur licenciement, c'est la réintégration. La nullité du licenciement sera opposable au deuxième employeur. Toutes les affaires qui étaient en cours, le deuxième employeur deviendra débiteur de réintégrer et si il ne le fait pas, débiteur des dommages-intérêts.

2) L'automatisme du transfert

Le contrat de travail de chaque salarié se poursuit de manière automatique sans formalisme et sans consentement. C'est d'ailleurs une des difficultés, comme des machines, on ne demande pas leur avis.

D'où la question de savoir si le salarié peut s'opposer à son transfert. La réponse est claire, le transfert étant automatique, le salarié ne peut pas s'y opposer, il ne peut pas opter pour le maintien de son contrat de travail avec l'ancien employeur, sauf à démontrer que l'article 1224-1 ne peut pas s'appliquer.

L'ancien employeur n'a même pas l'obligation d'avertir les anciens salariés du changement d'employeur. La loi précise que dans les entreprises de plus de 11 salariés, comme il y a une représentation collective des salariés, c'est cette représentation qui doit le faire à sa place. A contrario, dans les entreprises de moins de 11 salariés, il faudrait en déduire qu'il y a une obligation d'avertir individuellement les salariés mais c'est une directive européenne jamais transposée.

Le salarié dont le contrat est transféré ne peut pas s'y opposer, le refus d'exécuter le contrat de travail pour le compte du nouvel employeur, c'est constitutif d'une faute grave.

Si il présente sa démission, la démission doit être présentée au nouvel employeur. On dit qu'il y a transfert de plein droit des contrats de travail car l'article 1224-1 a un caractère impératif.

Il y a une seule exception : les journalistes. C'est ce que l'on appelle la clause de conscience. Les journalistes peuvent s'opposer au transfert de leur contrat de travail.

Il faut savoir qu'il existe une demande de plus en plus forte des salariés pour que leur contrat ne soit pas transféré, notamment dans les cas d'externalisation. La seule chose que peut faire le salarié, c'est démissionner.

Mais aussi, il peut y avoir des limites à ce transfert automatique mais qu'elles seront toujours d'origine conventionnelle :

- Les trois protagonistes (le cédant, le cessionnaire et le salarié), peuvent d'un commun accord décider d'éluder l'application de l'article 1224-1 et donc le salarié continuera de travailler pour l'ancien employeur.
- Le cédant peut s'engager à garder les salariés qui refusent de travailler pour le nouvel employeur.

Il faut ajouter que le transfert du contrat de travail ne porte que sur les droits contractuels, tout n'est pas cédé. En effet, les droits qui résultent des conventions collectives obéissent à d'autres règles.

Quand il y avait dans l'entreprise cédante, si il y a des accords, les salariés dont le contrat est transféré, peuvent revendiquer et invoquer ces accords dans la nouvelle entreprise pendant un an. A l'expiration de ce délai et si aucun accord de substitution n'a été conclut, alors, les salariés transférés peuvent continuer à invoquer les avantages acquis (les acquis sociaux) qui été en vigueur dans l'entreprise cédée. C'est une décision marginale car le repreneur n'est pas con et va s'empresse de conclure un accord de substitution.

Cette règle de survie de l'accord ancien pendant un an, a été étendue aux usages et engagements unilatéraux du premier employeur.

C'est un problème dans le cas où les salariés n'ont pas les mêmes avantages, il y aurait une inégalité de traitement entre les salariés de la première entreprise et ceux de la seconde.

Les conséquences de l'automatisme :

Ce qui interdit aux et aux employeurs d'exiger de nouvelles conditions de travail. Ce que l'on veut éviter c'est qu'à l'occasion du transfert, on en profite pour modifier les contrats de travail.

Le transfert s'oppose à la modification du contrat de travail, tous les droits et obligations restent identiques. Le salarié ne peut pas exiger de nouvelles garanties, un nouveau salaire et surtout, l'employeur ne peut pas lui imposer une modification du contrat de travail initiale.

De ce principe, il en résulte que si le salarié accepte lors du transfert une modification et bien cette acceptation est nulle, elle est abusivement sous-tiré, ou encore et de la même manière si il la refuse et qu'il est licencié, le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse.

Le principe est simple, en revanche, l'application concrète est de plus en plus problématique. En effet, rien n'empêche l'employeur après le transfert, de proposer des modifications, car très souvent il ne peut pas maintenir les conditions antérieures. Dans un **arrêt du 17 avril 2019**, changement du lieu de travail, l'employeur propose une modification du contrat de travail et les salariés refusent cette modification. Alors, il les licencie, les salariés sont en droit de s'opposer à cette modification mais le nouvel employeur est en droit également si il ne peut pas maintenir les conditions antérieures, d'en tirer les conséquences et donc d'engager des procédures de licenciement.

En général, le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, c'est ce que la cour de cassation avait jugé. Dans cet arrêt, les salariés contestent cette cause réelle et sérieuse en posant un problème juridique intéressant : quelle est la nature juridique du licenciement prononcé à la suite de ce refus ?

La cour de cassation leur a donné raison et elle va préciser sa jurisprudence. Jusqu'à présent, elle n'avait pas précisé la nature juridique de la rupture, elle dit « la rupture résultant du refus de la modification autre que le changement d'employeur proposé pour un motif non inhérent à la personne constitue alors un licenciement pour motif économique ».

Pour retenir que ce n'est pas un motif inhérent à la personne on voit que :

- C'est un argument économique (conserver un seul lieu de travail)
- Pérenniser l'activité
- Réorganiser la société après l'achat

De tout cela, dès lors qu'elle relève que le licenciement a une nature économique, l'employeur qui par ignorance les a licenciés pour motif personnel et pas économique, et donc sans cause réelle et sérieuse.

3) Le transfert volontaire du contrat de travail

Les parties peuvent toujours décider de s'entendre pour qu'il y ait le transfert du contrat de travail, appliquer quand même, même si les conditions ne sont pas réunies.

Ça sera le cas notamment dans les conventions collectives le prévoit mais dans ce cas, comme ce n'est pas d'origine légale, l'accord du salarié est nécessaire. Et le refus du salarié alors, de changer d'employeur, n'est pas en soit une cause de licenciement.

Dans ce cas, le premier employeur doit :

- Soit lui trouver un autre emploi dans l'entreprise,
- Si l'employeur n'a pas d'autres emplois à proposer, ou que le salarié refuse la nouvelle affectation que lui propose l'employeur, l'employeur doit le licencier sur le fondement d'un **motif économique et pas d'un motif personnel**.

Alors, **trois situations** sont envisageables :

- **La perte de marché n'est pas en elle-même une cause de licenciement économique** mais faute de nouveaux clients, **elle peut entraîner un licenciement**.
- **Le changement de prestataire lorsqu'il s'accompagne du transfert d'une entité économique autonome**, le changement d'employeur s'impose au salarié (automaticité du transfert), **si il refuse, pas d'indemnité de rupture**.
- Toujours en cas de perte de marché, et **lorsque la situation ne relève pas de l'article 1224-1**, il revient alors à l'employeur de proposer au salarié un autre lieu de travail et le seul refus de changer d'employeur ne peut pas entraîner de rupture du contrat de travail. En revanche, le refus d'un nouveau lieu de travail n'est pas en soit une cause de licenciement, mais peut alors entraîner un licenciement économique car l'employeur n'a plus rien à lui proposer.

B/ Le sort des licenciements

On pense pour l'essentiel aux licenciements économiques éventuels qui peuvent être prononcés avant le transfert de l'entreprise ou peu de temps après.

1) Le licenciement avant le transfert

Le nouvel employeur n'est lié que par les contrats qui étaient en cours au moment du transfert. Par conséquent, les contrats qui étaient déjà rompus avant le transfert ne peuvent pas « revivre » chez le nouvel employeur.

Cela vaut également pour les salariés qui étaient au moment du transfert en période de préavis. Cela veut dire que l'employé terminera son préavis chez le nouvel employeur.

Ce qui arrive fréquemment c'est que des licenciements soient prononcés avant le transfert pour éluder l'article 1224-1. C'était vrai jusqu'à une loi de 2016, la loi du 8 août 2016, qui est venue ajouter un article 1233-61 alinéa 3 et apporte une exception importante à « l'effet impératif de transfert ».

Dans les entreprises de plus de 1000 salariés, l'employeur cédant peut avant le transfert licencier les salariés qui ne conviendraient pas au cessionnaire afin de faciliter la transmission. C'est ce qu'on appelle « **les grands licenciements économiques** » car ils interviennent en général dans le cadre de ce qu'on appelle **un plan de sauvegarde de l'emploi**. C'est dans l'intérêt de sauver le plus d'emploi possible parce que l'employeur peut ne pas vouloir reprendre donc dans ce cas faire couler l'entreprise entière.

Une des **ordonnances du 22 septembre 2017** supprime purement et simplement la condition d'effectif ce qui veut donc dire que depuis, lorsque que le plan de sauvegarde de l'emploi comporte le transfert d'entités économiques en vue d'éviter les fermetures d'établissement, et bien l'article 1224-1 ne s'applique plus que dans la limite des emplois non supprimés avant.

2) Les licenciements postérieurs au transfert

Le cessionnaire, **nouveau chef d'entreprise retrouve**, après le transfert, **les prérogatives d'un employeur**, à savoir **proposer des modifications de contrat de travail ou même des suppressions d'emploi qui ne sont pas illégitimes**. Cependant, quand il **supprime des emplois pour motif économique**, il ne **doit pas le faire peu de temps après le transfert**, sans quoi cela se traduirait par une **volonté d'éluder l'article L1224-1**. Il n'y a **pas de délai préfixé**, c'est à **l'appréciation du juge**.

Il faut mentionner à propos de l'exécution du contrat de travail transféré une **autre difficulté que le législateur a réglé par l'article L1224-3-2 résultant d'une ordonnance du 22 septembre 2017**. Il s'agit de **l'hypothèse de succession de prestataires sur un même marché**.

Le principe d'égalité de traitement entre les salariés s'appliquent ils quand les employés de A travaillant avec les employés C, prestataires de A, détiennent des avantages que les employés de C n'ont pas ? **Peut on se fonder sur l'illégalité de traitement pour obtenir les mêmes avantages ?**

Majoritairement, les **juges acceptent les inégalités de traitement qui ne sont pas étrangères à des considérations professionnelles**.

L'ordonnance de 2017 via l'article L1224-3-2 prévoit la chose suivante : « *Lorsqu'un accord de branche prévoit la poursuite des contrats de travail en cas de succession de prestataires sur un même marché, alors les salariés du nouveau prestataires ne peuvent pas revendiquer l'égalité de traitement par rapport aux salariés repris qui avaient des avantages supérieurs avant le changement d'employeur.* »

Chapitre 2 : Le risque professionnel

C'est un domaine dans le droit français qui est historiquement très marqué. En effet, la première grande loi sur les AT-MP, pour la première fois, sont indemnisés par une **loi de 1998**, loi sociale qui intervient en pleine révolution industrielle. Le législateur en 1998, a instaurer un régime de responsabilité objective qui pèse sur l'employeur et qui est relayée par un système assurantiel.

Un certain nombre d'accidents surviennent dans les usines, souvent des accidents graves qui entraînent soit le décès du salarié soit des séquelles importantes qu'il l'empêche de continuer à travailler et qui laisse sa famille sans ressources. C'est pour cette raison que l'on va instaurer cette **loi de 1998**. On se rend compte à l'époque que la victime de l'accident de travail n'obtient en général rien en se fondant sur la responsabilité civile de l'employeur (**article 1382**).

La responsabilité civile à l'époque s'appuie sur la notion de faute, or, dans la plupart des cas, il n'y a pas de faute de l'employeur. La but de la loi est d'instaurer une réparation automatique et forfaitaire qui est fondée sur la notion du risque.

C'est la **théorie du risque-profit**. Cette théorie du risque va permettre d'insaturée un régime de réparation. C'est une logique d'assurance, on cotise, le risque se réalise alors la victime est indemnisée, c'est une réparation automatique et forfaitaire.

La création en 1946 de la sécurité sociale ne remettra pas en cause ce système. En effet, l'indemnisation des AT-MP est intégrée dans une des branches de la sécurité sociale. Ce qui veut dire que les AT-MP sont érigés au rang de risque social au même titre que le chômage, la maladie, la vieillesse, la pauvreté...

A quel moment cet aléa de la vie devient un risque social ? Quand cet aléa paraît tellement insupportable individuellement qu'on le transfère sur la collectivité.

On peut solidariser le risque avec deux techniques :

- **L'assurance** : faire peser sur une collectivité particulière le risque qui peut survenir chez l'un de ses membres. Au sens stricte, elle présente aussi un inconvénient.
- **La solidarité**

Le droit à réparation est fondé uniquement sur la notion de risque. Le régime met automatiquement en jeu les garanties prévues peut importe l'existence d'une faute de l'employeur ou du salarié. En contrepartie de cette automaticité, c'est que la réparation est forfaitaire pour la victime et pour ses ayants droits. Cela signifie que la victime doit alors s'en contenter et que tous les préjudices ne sont pas couverts, comme les préjudice moraux. Ce principe de réparation forfaitaire s'oppose au principe de réparation intégrale, on répare tous les chefs de préjudice.

Dès qu'une maladie ou un accident survient, un régime particulier de réparation s'applique, qui va couvrir non seulement tous les salariés, mais aussi toutes les personnes travaillant à quelque titre, ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs.

Section 1 : Les risques couverts par le dispositif des AT-MP

Ce sont classiquement les accidents de travail mais aussi les maladies professionnelles avec une 3ème catégorie hybride moins couverte que sont les accidents de trajet.

§1. L'accident de travail

Tout accident de travail suppose l'existence d'un dommage mais par n'importe lequel, il faut un dommage qui porte atteinte à l'intégrité physique de la victime.

A contrario, un dommage qui ne concerne qu'un élément matériel, même si il appartient à la victime, ne constituera jamais un accident de travail.

Le dommage corporel est entendu de plus en plus largement par la jurisprudence puisque depuis un certain nombre d'années, ont inclus dans le dommage corporel les troubles psychiques.

La loi considère comme accident de travail **l'accident qui survient par le fait ou à l'occasion du travail**. Il faut un accident, et il faut un lien entre l'accident et le travail.

A/ La notion d'accident

Cette **notion suppose 2 choses** : la **soudaineté** et la **localisation dans le temps**.

La **soudaineté est de l'essence même de l'accident**, cela **s'oppose au préjudice qui se réalise progressivement**, si le préjudice, même corporel, est le **résultat d'un évènement à évolution lente**, on **écartera la qualification d'accident de travail**. A la limite on **retiendra la maladie**.

Exemple : Une intoxication progressive due à une des émanations toxiques au travail sera peut-être une maladie professionnelle alors qu'une brusque asphyxie au travail est un accident de travail.

On retient comme **accident du travail** tous les **accidents du genre chute, choc, noyade ou encore électrocution**.

Peu importe l'origine, c'est ce **critère qui permet d'éliminer tous les troubles n'ayant pas origine et date certaine**.

Ce **clivage s'applique en particulier à la prise en charge des affections microbiennes**. Ces affections sont **précédées en général par une période d'incubation**, normalement, par nature, elles sont **exclues de la qualification d'accident de travail**. La difficulté est lorsque la contagion résulte directement de l'activité professionnelle.

Exemple : Le personnel médical qui, à la suite d'un mouvement maladroit se pique avec une seringue souillée et contracte le VIH, est ce que c'est un accident de travail ? Un salarié envoyé en mission où il y a la Malaria et développe la maladie, est ce que c'est un accident de travail ?

La **jurisprudence a dégagé à la suite de cela le principe qu'à chaque fois qu'il y aura transmission d'une maladie mais résultant d'un geste accidentel, la qualification d'accident du travail sera retenue**.

Il faut savoir que la **Cour de cassation fait subsister à côté de la soudaineté un caractère plus large de l'évènement qui survient à une date certaine mais par le fait du travail**. Ça permet d'**élargir la notion juridique d'accident de travail**.

Exemple : c'est le salarié par exemple qui se fait vacciner à la demande de l'employeur dans le cadre du travail sachant qu'il s'agit d'un acte médical imposé par l'emploi et des lésions surviennent par la suite qui sont les conséquences de la vaccination. Ici la **Cour de cassation dit qu'il s'agit d'un accident de travail**.

Cette **nouvelle approche a ouvert la voie à la qualification d'accident de travail à certaines pathologies** notamment un certain nombre **d'origines psychiques indépendamment de toute lésion corporelle**.

Exemple : l'employé victime d'une dépression nerveuse, dépression en lien immédiat avec un choc émotionnel subit au travail, c'est un **arrêt de 2007** par exemple.

La **Cour admet que ça puisse être un accident de travail**, c'est la conséquence d'un choc qui a une date certaine.

La Cour **souligne la relation directe entre l'évènement et les troubles dont souffrent le salarié**.

Inversement, des **troubles similaires peuvent aussi n'être qualifiés que de maladies professionnelles** lorsqu'ils **résultent** par exemple d'**harcèlement moral** car il s'étend dans le temps.

B/ La nécessité d'un lien entre l'accident et le travail

Il y a deux façons de penser ce lien :

- **Un manière restrictive où on exclurait tout ce qui ne survient pas dans l'exécution même du travail.**

Exemple : La chute dans l'escalier, ce n'est pas dans l'exécution même du travail.

- **On retiendrait tout ce qui ne serait pas survenu si le salarié n'avait pas travaillé.**

Exemple : On tombe dans la douche avant d'aller travailler, c'est considéré comme accident de travail.

Ces théories ne sont pas tenables.

1) Le critère choisi

Le critère choisi est celui du lien de subordination dit le critère patronale : constitue un AT tout ce qui survient alors que le salarié se trouve sous l'autorité de l'employeur, on est sous le lien de subordination.

Par conséquent, s'il est établi que le salarié s'est soustrait à l'autorité patronale, on va exclure l'évènement comme accident de travail.

Cette jurisprudence s'adapte aux circonstances, cela interpelle sur les accidents qui interviennent au cours d'activités annexes étrangères à l'activité principale seront traité comme AT ou non si l'activité en question a reçu l'assentiment de l'employeur.

Exemple : certaines entreprises autorisent les agences de collecte de sang à venir dans l'entreprise. La Cour dit qu'il y a un lien qui est l'autorité patronale avec l'accident de l'activité.

De même, pendant les périodes de suspension de travail, le salarié qui se rend dans un service de santé à la demande de l'employeur pour subir un contre examen.

La dernière difficulté concerne les hypothèses dans lesquelles l'accident demeure inexpliqué. C'est le cas par exemple du meurtre.

Exemple : Un salarié est tué de sang-froid dans l'entreprise par un intrus mais l'auteur du crime a réussi à s'échapper et n'a jamais pu être identifié.

Dans le doute, le meurtre sera un accident de travail, les présomptions vont jouer et on ne pourra pas les renverser. Tout ce qui survient au temps et lieu de travail est présumé être un accident de travail.

Il en irait autrement si le meurtrier est identifié et s'il s'agit par exemple d'une vengeance c'est à dire que le meurtrier n'est pas salarié de l'entreprise et il est venu pour assouvir une vengeance personnelle. On pourrait apporter la preuve contraire que l'accident n'a pas de lien avec le travail mais dans un premier temps la présomption de l'accident de travail joue. Lorsque le meurtre demeure inexpliqué c'est toujours compliqué.

Exemple : un veilleur de nuit qui exerce sa fonction et lors de son travail il y a un hold-up dans la banque de nuit, il se cache sous le bureau et observe le hold-up. Les cambrioleurs ne le voient pas immédiatement, quelques temps après il est abattu à son domicile. Très probablement ce meurtre résulte du hold-up antérieur et les cambrioleurs se sont rendu compte que le veilleur les avait vu.

Est-ce que c'est un accident de travail ?

C'est pas un meurtre qui intervient au lieu et temps de travail mais si on arrivait à trouver le meurtrier et prouver le lien avec le travail alors on pourrait dire que c'est un accident de travail. Ici il faut apporter la preuve que c'est un accident de travail.

La présomption c'est tout ce qui est considéré intervenir en lieu et temps de travail.

La difficulté c'est lorsque les circonstances de l'accident de travail demeurent inexpliquées comme un meurtre ou alors lorsque l'accident n'est pas sans rapport avec le lieu de travail.

C'est le cas des rixes entre les salariés dans l'entreprise : deux salariés en viennent aux mains par rapport à une mésentente. La présomption joue ce sera donc présumé être un accident du travail mais on peut démontrer que l'origine de la rixe n'est pas d'origine professionnelle.

En revanche, si l'origine est professionnelle cela reste un accident de travail.

A chaque fois, c'est l'imputabilité au travail qui sera l'objet de la discussion. Le lien entre l'accident et le travail c'est finalement l'assujettissement de la victime à son emploi c'est à dire que c'est plus large que la notion de lien de subordination. C'est finalement la reconnaissance d'un risque plus général, un risque lié à l'emploi.

Concernant l'état d'ébriété, **est-ce que le salarié qui est victime d'un AT en raison de son état d'ébriété** ou encore en raison de l'usage de stupéfiants, **pourrait être écarté des accidents de travail** ? Dans le sens qu'il s'est mis volontairement dans un état qui amplifie les risques.

Curieusement et logiquement **non, ce ne sont pas des causes étrangères au travail qui excluent la qualification de risque professionnel**. L'état d'ébriété ne fait pas disparaître le lien de subordination, c'est à l'employeur d'empêcher le salarié qu'il soupçonne d'état d'ébriété de travailler.

B/ Les fonds d'indemnisation

On en a beaucoup en France mais il y en a deux importants qui ont un lien avec le travail :

- ❖ Le fond lié à l'amiante
- ❖ Le fond lié au sida.

Ces deux fonds vont venir concurrencer le régime des maladies professionnelles.

➤ **Le sida**

Deux hypothèses de contamination nous intéressent :

Dans le **cadre des accidents de travail**, une procédure spécifique a été mise en place. (l'hypothèse d'un personnel soignant qui se pique avec une seringue infectée). Dans ce cas, la **contamination est prise en charge** lorsqu'elle est la conséquence d'un fait accidentel et contaminant survenu au temps et au lieu de travail.

Il y a des conditions de séropositivité préalable (être sûr que la personne n'avait pas le sida avant).

C'est la même répartition que la sécurité sociale car il y a dans le fond lié au sida, il y a un autre volet qui est celui de **l'indemnisation des transfusés et hémophiles** (personnes contaminées par le sida à la suite d'une hospitalisation dans laquelle ils ont été transfusés avec du sang contaminé) créée en 1991.

Ce fond des transfusés peut bénéficier aussi au salarié qui ont été contaminés à la suite d'une transfusion alors même qu'elle était due à la suite d'un accident de travail suite à une maladie professionnelle.

➤ **L'amiante**

Il y a eu un nombre grandissant de victimes de l'amiante. Beaucoup de salariés sont ou seront affectés d'une ou de plusieurs maladies liées à l'amiante, d'où la création d'un fond spécifique.

Ce fond est chargé d'indemniser le salarié victime d'une maladie professionnelle provoquée à cause de l'amiante.

La particularité de ce fond est que l'offre d'indemnisation de ce fond vient compléter les prestations déjà versées par les caisses.

La victime peut rejeter l'offre du fond et préférer l'indemnisation de la sécurité sociale car elle pourra agir contre l'employeur sur le fondement de **la faute inexcusable**. Quand elle accepte l'offre du fond, elle renonce d'agir contre l'employeur.

C/ La procédure de reconnaissance des maladies professionnelles

Le salarié victime d'une maladie professionnelle doit faire une déclaration de sa maladie dans les 15 jours de la cessation du travail. Le problème c'est que 15 jours c'est court est on ne connaît pas toujours l'origine de notre maladie.

Ce délai est un délai de principe et en réalité, le délai de prescription pour demander la prise en charge au titre des maladies professionnelles est de deux ans à compter de la première constatation médicale de la maladie.

Depuis 1998, ce délai c'est encore élargi, le délai court à compter de plusieurs points possibles, celui étant retenue étant le plus favorable à la victime :

- ❖ Le jour où la victime a été informé du lien possible entre sa maladie et son activité professionnelle.
- ❖ Le délai peut courir à compter de la cessation de travail due à la maladie.
- ❖ La cessation du paiement des indemnités journalières.
- ❖ La reconnaissance du caractère professionnelle de la maladie par la clôture de l'enquête de sécurité sociale.

De son côté, la caisse d'assurance maladie dispose d'un délai de 120 jours pour instruire le dossier, dire si le caractère est professionnel ou non. Si la caisse ne respecte pas de délai, le caractère professionnel est établi, il découle de cette non réponse.

Section 2 : L'unicité de la réparation du risque professionnel

Le risque professionnel est une indemnisation très dérogatoire et spécifique.

En effet, elle déroge aux règles classiques de la responsabilité civile, et elle déroge également aux règles de remboursement classique de l'assurance maladie elle-même.

À l'intérieur de l'assurance maladie, le risque professionnel indemnise mieux.

En matière de protection sociale, les prestations se divisent toujours en ce qu'on appelle prestation en nature et prestation en espèce.

Contrairement à ce que leurs noms indiquent :

- ❖ Les prestations en nature c'est la prise en charge des soins médicaux.
- ❖ Les prestations en espèce, ce sont tous les revenus de remplacement qui sont versés par les caisses quand il y a une incapacité de travail.

Concernant le risque professionnel, le salarié victime a droit à la prise en charge à 100% de tous les frais médicaux.

Il y a gratuité totale des soins :

- ❖ sans avance de frais,
- ❖ sans ticket modérateur,
- ❖ sans forfait hospitalier.

Cette prise en charge intégrale des soins s'applique également à ce que l'on appelle la réadaptation fonctionnelle ainsi qu'à la rééducation professionnelle (occupé un nouvel emploi plus adapté).

Ce que l'on remarque, c'est que ces prestations en espèce sont plus favorable à la victime dans le risque professionnel que dans les autres risques. En effet, l'accident de travail ou la maladie professionnelle entraîne le plus souvent une suspension d'activité mais qui peut aller jusqu'à la suppression de l'aptitude au travail.

On distingue trois cas, le premier le moins grave, classés par gradation :

- ❖ Les indemnités journalières pour incapacité provisoire
- ❖ Le salarié est atteint d'une incapacité définitive, il ne peut plus travailler, il va percevoir une rente
- ❖ Lorsque le salarié est décédé, soit immédiatement soit plus tard, les droits ne s'éteignent pas avec le décès de la victime.

§1. Les indemnités journalières pour les incapacités provisoires

Elles sont versées pendant toute la durée de l'incapacité de travail, c'est-à-dire jusqu'à :

- ❖ la guérison
- ❖ ou jusqu'au décès
- ❖ ou jusqu'à la consolidation (l'état est stabilisé) de l'état de la victime.

Le salarié victime a droit à 60% de son salaire brut pendant les 28 premiers jours, cela passe ensuite et sans limite de durée à 80%, et cela sans délais de carence.

§2. Les rentes pour incapacité définitive

C'est l'hypothèse dans laquelle l'état de la victime est stabilisé et que subsiste une incapacité permanente, totale ou partielle. Dans ce cas, la victime a droit à une rente qui est censée réparer le préjudice subi et elle assure définitivement un revenu de remplacement. La rente va venir compenser la perte de revenu qui résulte de cette incapacité.

A/ Le calcul de la rente

Le calcul de la rente se fait pas deux paramètres :

- ❖ le degré d'incapacité
- ❖ Le montant du salaire inférieur

$$R = S \times T \times IPP$$

↓ ↓
Salaire Taux
utile corrigé

Ces deux facteurs vont être corrigés pour être transformés en taux corrigés

Concernant le salaire, ce n'est pas le salaire réel qui est pris en compte, mais le salaire utile, il y a un salaire minimum, en d'autres termes, si le salaire du salarié est inférieur au salaire minimum, le salaire qui servira de calcul à la rente sera celui fixé par décret.

A l'inverse, il y a un système de maxima qui est un système dégressif et qui ne tient pas compte au-delà de certains montants du salaire réel.

Idem pour le taux, dans un premier temps on détermine un taux d'incapacité réel à partir des barèmes officiels. En revanche, ce taux réel est corrigé pour favoriser les incapacités les plus importantes.

Pour tout ce qui se situe à 50%, le taux corrigé est réduit de moitié et pour la partie supérieure à 50%, le taux corrigé est augmenté de moitié.

Par exemple :

- ❖ Le cas d'une personne qui a un taux d'IPP réel de 20% → 10%
- ❖ Le cas d'une personne qui a un taux d'IPP réel de 70% → 55%
- ❖ Le cas d'une personne qui a un taux d'IPP réel de 80% → 70%

La rente calculée elle-même peut être majorée de 40% lorsque la victime doit avoir recours à l'assistance de tierces personnes pour effectuer les actes de la vie courante.

B/ L'évolution de la rente

Une rente n'est jamais figée, elle peut être révisée si l'état de la victime évolue dans le sens d'une aggravation/amélioration.

Cette rente est convertie en capital pour les petites rentes, celles de moins de 10%.

La rente est **viagère**, c'est-à-dire qu'elle est **versée à la victime sa vie durant** et elle se cumule ensuite avec la pension de retraite lorsque le salarié victime atteint l'âge où il demande la liquidation de ses droits à la retraite.

Pendant toute la durée de la vie active ou de l'âge de la vie active, la rente a un caractère de revenu de remplacement. En revanche, lorsqu'elle se cumule avec la pension de retraite, **la rente change de nature**, ce n'est plus un revenu de remplacement, elle devient de nature de réparation, nature indemnitaire.

La rente a un caractère hybride, et ce caractère est encore plus marqué dans la troisième situation : les rentes lorsque la victime est décédée mais que les ayants droit continuent à percevoir la rente.

§3. Les rentes aux ayants droit de la victime décédée

La rente versée à la victime ou à laquelle elle aurait pu prétendre si elle avait survécu ne s'éteint pas et elle est en quelque sorte redistribuée entre certains proches.

Dans les proches on comprend :

- ❖ **Le conjoint survivant** : mariage, concubinage notoire, pacsé. Il peut prétendre à une rente égale à 40% du salaire annuel de la victime. Il y a une condition importante : il faut que le mariage ou la situation ait duré au moins deux ans à la date de l'accident, ou à défaut, à la date du décès.
Cette condition n'est pas exigée en revanche si un enfant un né.
- ❖ **Les enfants** : une rente peut être versée aux enfants jusqu'à l'âge de 20 ans. Les deux premiers enfants ouvrent droit à chacun 25% du salaire annuel de la victime. A partir du troisième enfants, c'est majoré à 20%.
- ❖ **Les ascendants** : ils peuvent prétendre à 10% de la rente de la victime si ils prouvent qu'ils étaient à la charge de la victime au moment du décès ou de l'accident. Avec le vieillissement de la population et la dépendance des personnes âgées, les établissements sont chers et pas toujours de bonne qualité, les revenus des parents âgés ne permettent pas de payer les frais engagés.

En revanche, la loi prévoit une limite : le total des rentes versées à l'ensemble des ayants droit ne peut jamais dépasser 85% du salaire annuel de la victime. Il y aura une réduction au prorata de chacune des rentes.

Ce système illustre bien la dualité de la nature de la réparation. Il s'agit en fait de remplacer la victime qui pourvoyait aux besoins de ses proches, de sa famille, et la limitation de 85% montre que même si la victime a survécu, elle n'aurait pas pu fournir plus que ce qu'elle gagnait.

Plus important encore, la répartition est forfaitaire, les rentes qui sont servies aux ayants droit sont censées réparer tous les préjudices. Même si le système apparaît comme généreux, il **apparaît actuellement obsolète**, car les préjudices moraux des proches ne sont pas réparés.

Section 3 : La résurgence de la notion de faute dans l'indemnisation du risque professionnel

La réparation du risque professionnel exclut toute action en réparation contre l'employeur qui bénéficie de ce qu'on appelle le principe d'immunité.

C'est un système forfaitaire qui se substitue au droit de la responsabilité civile, mais du coup tous les préjudices ne sont pas réparés, c'est comme un système d'assurance (l'employeur a comme cotisé et ainsi de suite...).

Pendant longtemps, ce fut un système jugé satisfaisant mais à mesure que le droit commun de la responsabilité civile s'est affranchi de la notion de faute, le système est apparu moins satisfaisant au point qu'on peut estimer que actuellement, à certains égards comme les préjudices moraux, esthétiques, la victime d'un accident de travail est moins bien indemnisée que si elle pouvait agir sur le fondement du droit commun.

En effet, la victime n'obtient finalement qu'une réparation forfaitaire de sa capacité de gain et n'obtient jamais dans ce système de dommages-intérêts pour les troubles de son existence (les souffrances morales, préjudices esthétiques, les pertes de chance...).

C'est la raison pour laquelle, sans remettre en cause ce principe de réparation forfaitaire et automatique, la loi mais surtout la jurisprudence reconnaisse un certain nombre d'exceptions et permettent de revenir en plus à un principe de réparation intégral.

Trois grandes séries de cas, d'exception :

- ❖ Les dérogations légales
- ❖ Le cas particulier des ayants droit
- ❖ L'évolution de la notion de faute inexcusable

§1. L'existence de dérogations à la réparation forfaitaire

Il faut rappeler que le principe d'immunité qui profite à l'employeur et à ses préposés, la loi l'écarte expressément dans certaines circonstances :

- ❖ L'accident qui est provoqué par un tiers
- ❖ La faute intentionnelle
- ❖ Certains accidents de la circulation

A/ L'accident imputable à un tiers

Il faut savoir que si l'accident est imputable à une personne extérieure à l'entreprise, ils restent pleinement responsables et à ce titre, peuvent subir l'action en complément d'indemnisation et éventuellement l'action récursoire de la caisse qui verse les prestations liées au risque professionnel.

Par exemple : une entreprise qui a des ascenseurs, l'un des ascenseurs comporte un défaut important alors qu'il y a un contrat d'entretien. Trois salariés périssent dans cet ascenseur, c'est un accident de travail. Les ayants droit peuvent poursuivre la personne tiers qui est responsable car elle n'a pas fait son devoir d'entretenir les ascenseurs.

Cette circonstance permet à la victime une indemnisation intégrale, il faudra exercer une action en justice pour pouvoir prétendre.

B/ La faute intentionnelle

Cette faute permet là encore un retour au droit commun, c'est le même principe que l'accident imputable à un tiers. En pratique, la faute intentionnelle au travail est assez rare, c'est un acte ou une omission volontaire qui a causé sciemment les lésions corporelles.

La faute intentionnelle émane souvent d'un autre salarié, et l'hypothèse la plus fréquente ce sont les affrontements physiques dans l'entreprise entre les salariés, les violences physiques ou encore le viol sur le lieu de travail par un autre salarié.

C/ Les accidents de la circulation

La loi prévoit pour les accidents de circulation deux séries de dérogation à l'irresponsabilité de l'employeur et ses préposés, ce sont :

- ❖ **Les accidents de trajets :**

La victime peut se prévaloir du droit commun et de la réparation intégrale. C'est logique car le plus souvent dans l'accident de trajet, c'est provoqué par un tiers. Ça reste un accident de travail dans le sens de l'indemnisation que l'on connaît, mais la victime pourra exiger une réparation du dommage par le tiers en cause.

- ❖ **Les accidents qui surviennent sur la voie publique impliquant au moins un véhicule terrestre à moteur :**
Pour les accidents de circulation qui surviennent sur la voie publique, impliquant au moins un VTM, la loi permet à la victime qui reçoit des prestations au titre de risque professionnel, elle est indemnisée de manière classique mais la loi lui permet de demander une indemnisation complémentaire au conducteur du VTM qui est responsable ou son assurance.

§2. La limitation du principe d'immunité à l'égard des ayants droit de la victime

Certains dommages ne sont pas indemnisés au titre du risque professionnel. C'est notamment le cas des préjudices subits par les **ayants droit de la victime**. En effet, le principe d'immunité est opposable non seulement à la victime elle-même mais aussi opposable à ses ayants droit.

Conséquence : ils doivent se contenter des prestations liées au risque professionnel et sont finalement pénalisés par le caractère professionnel du préjudice subi. Encore faut-il préciser que l'indemnisation des ayants droit suppose le décès de la victime. Lorsque la victime a survécu, les ayants droit ne peuvent prétendre à rien et c'est précisément le cas de **l'arrêt CARLAT du 2 février 1990**.

C'est un monsieur qui est victime d'un accident de travail qui l'a rendu grabataire définitivement. Mais, circonstances aggravantes, il est marié mais à une jeune épouse qui a envie de faire autre chose que de s'occuper de son mari grabataire. La femme subit un **préjudice moral, perte de chance, préjudice d'agrément**, cette femme n'a droit à rien, c'est son mari qui perçoit la rente. Elle fait une action en justice sur le **fondement du droit commun de la responsabilité civile en réparation des préjudices personnels qu'elle subit**.

Dans un premier temps, on a l'impression que cette action est vouée à l'échec car il y a le principe d'immunité. Curieusement, **la cour de cassation va accueillir sa demande**. Tout l'arrêt se repose sur la **notion d'ayant droit**.

Cette épouse, pour la cour de cassation, **n'a pas la qualité d'ayant droit, car c'est celui ou celle qui perçoit une rente**. Il faut que la victime soit décédée et ici ce n'est pas le cas, donc la jeune femme n'est pas considérée comme un ayant droit et de cette manière, la cour de cassation a considérablement **limité le nombre de personnes auxquelles le principe d'immunité peut être opposé**. Par conséquent, on ne peut pas opposer le principe d'immunité à cette jeune femme pour qu'elle n'est pas ayant droit.

Les personnes autres que la victime elle-même, ou que les bénéficiaires réels de rente sont aptes, recevables à agir sur le fondement du droit commun en réparation du préjudice qui leur est propre.

A contrario, si la victime n'est pas décédée, les personnes concernées par le principe d'immunité se réduisent et le cercle des personnes qui peuvent agir sur le fondement du droit commun s'étend considérablement : les conjoints, les enfants, ascendants, frères et sœurs. Si la victime est décédée, le principe d'immunité s'applique plus largement.

Il en résulte un **paradoxe** : les victimes les plus proches, en cas de décès (les véritables ayants droit) doivent se contenter de l'indemnisation forfaitaire. Finalement, ils vont être moins bien indemnisés que les moins proches à qui eux le principe d'immunité n'est pas opposable.

On commence à percevoir les limites de ce système, pendant longtemps elle offre un avantage considérable mais elle indemnise que le manque à gagner et les autres préjudices ne sont pas réparés. C'était avantageux mais de plus en plus de victimes préfèrent agir en droit commun.

§3. La faute inexcusable

La loi a toujours prévu qu'en cas de **faute inexcusable de l'employeur**, dans ce cas, la victime et ses ayants droit pouvaient demander un **complément d'indemnisation**.

A/ L'élargissement de la notion de faute inexcusable

Dans l'esprit de la loi, la faute inexcusable correspond à une définition très étroite. La jurisprudence, jusqu'en 2002, la faute inexcusable c'est **la faute d'une exceptionnelle gravité dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative**.

C'est une définition très restrictive et de fait, jusqu'en 2002, les tribunaux accueillent rarement les fondements causés sur la faute inexcusable et c'est conforme à ce que prévoyait la loi.

Une autre définition, issue d'une **série d'arrêt du 28 février 2002** de la cour de cassation, tous liés à la même problématique car il s'agissait de victimes de maladie liée à l'amiante. Les victimes demandent plus en invoquant la faute inexcusable de l'employeur, ne pas avoir pris toutes les mesures pour protéger la santé des salariés face à l'amiante, il ne pouvait pas l'ignorer.

La cour de cassation va **élargir la notion de faute inexcusable** en considérant que **la faute inexcusable est établie car l'employeur est tenu à l'égard de ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat**. Elle poursuit en disant que cette obligation tient dès lors que **l'employeur avait ou aurait du avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver**.

Plusieurs remarques :

- ❖ Certains auteurs ont pensé qu'ils s'agissaient d'**arrêts d'espèces** (*rendus dans des cas très particuliers, qui ne vont pas tenir dans le temps*). Et très vite, dans un autre **arrêt du 11 avril 2002**, qui donne la même définition, alors même qu'il ne s'agit pas d'une maladie mais d'un accident (il s'est fait couper la tête par une machine).
- ❖ **Est-ce qu'il s'agit vraiment d'une obligation de sécurité de résultats ?** Si il s'agissait d'une véritable obligation de sécurité de résultats, cela reviendrait à dire que chaque accident de travail, chaque maladie serait considérée comme faute inexcusable.

Sous réserve de cette remarque, on mesure l'avancée de cette évolution jurisprudentielle qui banalise la faute inexcusable, la conséquence pratique c'est que depuis 20 ans, le contentieux des accidents de travail est plus particulièrement de la faute inexcusable a explosé car la victime ou les ayant droit ont tout intérêt à le faire.

B/ Les conséquences de la faute inexcusable sur l'étendu de la réparation

Depuis ces **arrêts de 2002**, la faute inexcusable constitue un enjeu considérable pour les victimes au point que cette notion fonde l'essentiel des recours qui tendent à accompagner systématiquement le risque professionnel. En effet, dès lors qu'il y a faute inexcusable, cela permet d'atténuer le caractère forfaitaire. La victime peut exiger plus et notamment la réparation de certains autres préjudices qui étaient traditionnellement ignorés du droit de la sécurité sociale.

Le montant des rentes est majoré, on écarte le taux utile d'ITT au profit du taux réel. Cette majoration est fixée par accord amiable entre la victime et l'employeur et la caisse. A défaut d'accord amiable, c'est le tribunal qui fixera la majoration.

Jusqu'en 2002, pour fixer la majoration de la rente, le tribunal prenait en compte la gravité de la faute. Maintenant, c'est un autre critère plus concret, le tribunal prend en compte le préjudice réel.

Cette majoration de rente est versée directement par la caisse à la victime mais elle récupère le supplément, la majoration auprès de l'employeur sous la forme d'une cotisation supplémentaire. D'ailleurs, il est fortement conseillé pour les employeurs de s'assurer contre les conséquences de la faute inexcusable ou de la faute inexcusable commise par les autres salariés.

Dans un **arrêt de 2018**, un salarié arrive le matin au travail, et chute à cause du verglas sur le parking de l'entreprise. C'est un accident du travail mais maintenant la question qui se pose c'est la faute inexcusable de l'employeur. Il demande la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur à la cour de cassation. Le salarié disait qu'il y avait eu la veille, une alerte météo concernant des pluies verglaçantes avait été diffusé très tard et réitéré pendant la nuit.

Chapitre 3 : Le droit à la sécurité

Depuis, la protection de la santé et la sécurité au travail constitue dans les pays occidentaux une préoccupation fondamentale.

Les pouvoirs publics ont l'obligation de se tenir informer des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle compte tenu notamment des produits et des substances qu'ils manipulent.

Mais également d'arrêter les mesures les plus appropriées pour limiter, voir éliminer ces dangers, sous différentes influences, notamment les affaires liées à l'amiante, le droit communautaire et les différents lobbys qui exercent des pressions pour parer à ces dangers.

Plus récemment, ce sont les objectifs de protection de la santé mentale au travail qui ont fait leur apparition avec les dispositions sur les harcèlements. D'une manière générale, le droit à la santé au travail est érigé en droit fondamental que l'employeur se doit de respecter.

§1. Une obligation générale de sécurité

L'employeur a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que la santé (physique et mentale) et la sécurité de ses salariés, y compris les travailleurs temporaires, soient protégés.

Trois grandes thématiques :

- ❖ L'hygiène des locaux
- ❖ La sécurité (prévention, protection individuelle...)
- ❖ Les conditions de travail (la durée, la température, le bruit...)

En outre, l'employeur doit **évaluer et prévenir les risques professionnels et informer les salariés de ces risques et les former.**

La jurisprudence, depuis 2002, tend à ériger cette obligation de sécurité de l'employeur en une obligation de résultat qui aboutit à la mise en place d'un ensemble de mesures préventives destinées à éviter les ATMP.

Chaque entreprise paie des cotisations au régime ATMP différentes, le taux de cotisation dépend du nombre d'accident dans l'entreprise. Il y a une **tarification des secteurs de travail** des entreprises car ce n'est pas égalitaire étant donné que certains secteurs d'activités sont plus dangereux que d'autres.

Il est **interdit à l'employeur de prendre des mesures qui auraient pour effet de compromettre la santé et la sécurité de ses salariés.** On a vu dans les **arrêts du 28 février 2002**, que la cour de cassation retenait de plus en plus facilement la faute inexcusable de l'employeur en retenant une obligation de sécurité de résultat.

Dans les années 2015-2016, elle atténue cette obligation de sécurité de résultat en considérant que l'employeur remplit son obligation dès lors qu'il a respecté toutes les mesures de prévention nécessaires qu'elles soient légales, réglementaires. Le seul constat d'une atteinte à la santé dans la relation de travail ne suffit plus à engager la responsabilité de l'employeur, il faut également rapporter la preuve d'un défaut de prévention.

Imputer la responsabilité de la rupture à l'employeur, notamment dans les prises d'actes de rupture pour non respect des obligations de sécurité.

Autre intérêt : dans le cas où un salarié est licencié pour inaptitude à la suite d'un ATMP. Mais cet ATMP est du directement à un manquement de son obligation de sécurité par l'employeur. Ça sera un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur doit par ailleurs établir, pour évaluer les risques dans son entreprise, un **document unique d'évaluation des risques professionnels spécifiques à l'entreprise** (DUERP), sorte de bilan qui doit être mis à jour au moins une fois par an, consultable à tout moment donc par les salariés, par les délégués du personnel et l'inspecteur du travail.

§2. La prévention des risques dans l'entreprise

La loi prévoit que l'employeur mentionne la **prévention de la pénibilité au travail**, c'est une obligation générale pour tout employeur, avec l'éternel débat de la notion de pénibilité.

La pénibilité c'est **l'exposition à un ou plusieurs facteurs de risque professionnel susceptible de laisser des traces durables identifiables et irréversibles sur la santé du salarié**. Ce n'est pas la pénibilité rattachée qu'au travail physique, ça peut être le stress au travail, la définition ne permet d'exclure aucun des risques professionnels et devient alors une notion plus objective qu'une pénibilité ressentie. La pénibilité peut être revendiquée par tout travailleur qui subit un certain nombre de risques, de maladies ou d'accidents dues à ces conditions de travail.

L'employeur doit déclarer chaque année, au caisse de retraite, l'exposition des salariés à ces facteurs de pénibilité. En effet, ces facteurs sont rattachés au compte personnel du salarié ce qui permet à terme d'accumuler des points en fonction de l'exposition au risque pour abaisser légèrement l'âge de la retraite.

Cela sert à anticiper l'âge du départ en retraite.

Cette obligation de prévention s'applique également en matière de tabagisme et d'alcoolisme au travail. L'employeur est tenu de veiller, faire respecter, les dispositions légales protégeant les salariés du tabagisme.

Concernant l'alcoolisme, le code du travail interdit d'introduire des boissons alcoolisées dans l'entreprise sauf autre que le vin, la bière, le cidre, et le poiré. De même, l'employeur, **ne peut pas laisser rentrer un salarié en état d'ivresse**.

Lorsque la consommation de boissons tolérées est susceptible de porter atteinte à la santé et à la sécurité surtout, alors **l'employeur doit prévoir dans le règlement intérieur des mesures pour prévenir tout risque d'accident**.

Dans le règlement intérieur, l'employeur peut interdire purement et simplement la consommation d'alcool, y compris ceux autorisés par la loi.

L'employeur a des obligations importantes en matière de formation à la sécurité. C'est ainsi que la loi, **article 4141-2** prévoit que l'employeur doit organiser une formation pratique à la sécurité qui va concerner :

- ❖ tous les nouveaux embauchés,
- ❖ ceux qui changent de poste,
- ❖ les salariés engagés en CDD ainsi que les intérimaires,
- ❖ ceux qui étaient en arrêt de travail de plus de 21 jours

Cette obligation de formation pratique à la sécurité est même renforcée pour les **salariés précaires** (CDD + intérimaires) qui occupent certains postes, c'est-à-dire les postes qui sont **jugés plus dangereux que d'autres**. Si les salariés précaires n'ont pas participé à cette formation, en cas d'accident, la faute inexcusable sera aussitôt présumée, **présomption de la faute inexcusable de l'employeur**.

§3. La responsabilité pénale de l'employeur

Le non-respect d'un certain nombre de règles de sécurité, peut entraîner la responsabilité pénale de l'employeur. Cela sera d'autant plus vrai qu'il y aura eu un accident de travail ayant entraîné le décès ou des blessures.

C'est le **chef d'entreprise qui est pénalement responsable** dès lors qu'il a commis une **faute personnelle**. La faute personnelle c'est le fait par exemple de :

- ❖ ne pas avoir donné de consigne particulière
- ❖ ne pas avoir mis à dispositions des moyens de sécurité
- ❖ ne pas veiller à l'application des consignes de sécurité.

Il existe dans le monde du travail une délégation de pouvoir qui exonère l'employeur personnellement si le salarié investit de ce pouvoir de délégation à la compétence, les pouvoirs et l'autorité nécessaire, ce sera le cas des cadres. Le salarié délégataire de ce pouvoir devient pénalement responsable.

En revanche, **l'amende sera mise non pas à la charge du salarié délégataire mais à la charge de l'entreprise**.

Dans la responsabilité pénale, il y a un lien à opérer avec le risque professionnel. En cas de faute inexcusable, même si il est relaxé au pénal, le chef d'entreprise engage sa responsabilité civile.

Différentes infractions sont prévues dans le code pénal :

- ❖ La plus grave c'est l'homicide par imprudence
- ❖ Les blessures par imprudence
- ❖ La mise en danger d'autrui

Le code du travail lui, prévoit des **amendes de 3700 euros** pour inobservation des règles d'hygiène et de sécurité. Il faut préciser que cette amende est **prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction**.

§4. Actualité jurisprudentielle

Un **arrêt du 4 septembre 2019** où la question qui été posée était de savoir : ***est-ce que l'indemnisation du harcèlement moral est compatible avec la prise en charge d'un accident de travail ?***

Un salarié qui est victime de harcèlement moral et qui à la suite de ça harcèlement fait une tentative de suicide puisqu'il se rate mais se blesse. Cette tentative de suicide est considérée comme un accident de travail et aboutit au versement d'une rente. D'une manière très classique, il demande une augmentation de la rente sur le fondement de la faute inexcusable, ce fondement n'est pas retenu, d'où son action sur le fondement classique de la responsabilité civile pour obtenir des dommages-intérêts pour les faits de harcèlement moral dont il a été victime.

C'est un arrêt intéressant car les deux peuvent se cumuler.

Concernant les obligations de sécurité, dans un **arrêt du 17 octobre 2018**, il y avait eu dans l'entreprise une altercation qui avait opposé un groupe de salarié avec un autre groupe de salarié.

L'employeur avait réagit en organisant le lendemain une réunion générale d'information et en outre, avait dans la foulée organisé une réunion entre les belligérants. La cour de cassation a considérée que ces mesures étaient insuffisantes car il n'a prit aucune mesure concrète pour éviter la répétition de ce type d'incident.

Dans un **arrêt du 11 septembre 2019**, il s'agit du **préjudice d'anxiété**.

Salariés qui sont exposés à l'amiante, et savent qu'ils ont un risque important de développer des maladies graves. S'est alors développé chez eux une anxiété permanente, une situation d'inquiétude face au risque d'une déclaration à tout moment des maladies envisagées.

Pour la première fois, la cour de cassation ouvre à tous les salariés justifiant d'une exposition à l'amiante, la possibilité d'agir contre leur employeur en réparation du préjudice d'anxiété sur le fondement du droit commun, régissant l'obligation de sécurité de l'employeur.

Cette **jurisprudence s'est étendue au-delà de l'amiante à toute exposition à une substance nocive, générant un risque élevé de développer une pathologie grave**. Elle permet l'indemnisation pour préjudice d'anxiété pour tous les salariés exposés même si ils ne sont pas encore malades.

Arrêt du 23 octobre 2019, n°18-14.260, affaire assez banale de **team building** (renforcement d'équipe) organisé par un manager et ce manager a confié l'organisation de cette journée à un entreprise spécialisée.

Dans cette journée, il y a une dernière épreuve, ils ont imaginé un « **team booster** », chacun son tour, casse une bouteille en verre, doivent déposer le verre brisé par terre sur un morceau de tissu étendu au sol et ensuite faire quelques pas pieds nus sur le verre brisé.

Un des salariés refuse de participer en invoquant un motif il dit que « il est porteur d'une pathologie qui peut entraîner des risques si il se coupe ». Il dénonce au près de la médecine du travail et les services des ressources humaines, et le chef d'entreprise licencie pour faute grave le manager qui avait organisé cette journée. Il conteste son licenciement pour faute grave, il estime que c'est l'employeur qui la chargé d'organiser cette journée.

La cour de cassation va approuver la position de l'employeur c'est-à-dire le licenciement pour faute grave. **La faute grave consiste pour le manager à ne pas avoir respecté les obligations de sécurité pour préserver l'intégrité physique des salariés, il n'est pas intervenu durant le stage et en n'interrompant pas une activité à risque**.

Arrêt du 30 janvier 2019, la question qui été posée était de savoir : ***est-ce qu'un employeur est responsable des agissements discriminatoires commis par des tiers ?***

C'était une association, un club de sport qui avait organisé pour ses membres un repas, une soirée et l'organisation avait été confié à un autre club. Un salarié a agit pour agissements sexistes, insultes, jet de détritus... tout cela s'étant déroulé dans les cuisines du restaurant du club, par des bénévoles, et sans intervention de son supérieur hiérarchique. Les préjudices n'étaient pas des faits commis par l'employeur directement mais par des tiers, des bénévoles. Mais en vertu de son obligation de sécurité, il doit répondre des agissements des personnes qui exercent de droit ou de fait sur ses salariés.

Si on élargit cette idée, ça veut dire que l'employeur est responsable des agissements sur ses salariés de la part des tiers, il doit donc protéger ses salariés.

Chapitre 4 : Le droit de retrait

Le droit de retrait est une disposition pas récente, elle date d'une des lois AUROUX de 1982. C'est l'article L4131-1 du Code du travail qui prévoit le principe selon lequel « tout travailleur a le droit de se retirer d'une situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé.

C'est la première fois en 1982 qu'on accorde un tel droit au travailleur, c'est un article fondateur.

Avant 1982, lorsqu'un salarié s'estimait dans une situation de danger au travail, il pouvait se retirer mais c'était à ses risques et périls, ça pouvait être considéré comme un abandon de poste. Maintenant il peut se retirer sans aucune sanction.

Pendant longtemps ce droit de retrait était très peu utilisé, il y a eu des affaires emblématiques à l'époque qui étaient médiatisées.

Dans les années 2000, une affaire à propos de personnel de bord sur Air-France qui a évoqué le droit de retrait, il y avait à l'époque une épidémie de grippe A et le personnel de bord avait refusé d'embarquer sur un vol à destination du Mexique, épigénre de la maladie. Idem, la société bagagiste refusait aussi de manipuler les bagages en provenance du Mexique, invoquant le droit de retrait, s'en est alors suivie une pagaille.

A cette occasion, le Conseil d'Etat avait dégagé des principes directeurs à propos de ce droit qui était encore inconnu, notamment le fait que seul le commandant de bord peut exercer le droit de retrait et ainsi si il l'exerce, l'équipage doit suivre.

Depuis ces années 2000, le droit de retrait s'est popularisé et il est de plus en plus fréquemment invoqué par les salariés. On relève que la loi parle de travailleurs et non pas de salariés, le travailleur est une notion plus large par rapport au salarié qui lui est celui qui a un contrat de travail.

Dans le terme travailleur on intègre tous ceux qui n'ont pas de contrat de travail comme les stagiaires, les précaires, les intérim, toute personne placée sous l'autorité de l'employeur à quelque titre que ce soit.

§1. Les conditions d'existence du droit de retrait

La condition *sin qua none* est la crainte raisonnable d'un péril imminent

A/ Un droit conditionné par la notion de péril

C'est le droit de refuser d'accomplir sa prestation de travail. La Cour de cassation laisse aux juges du fond l'appréciation concrète et elle se contente d'un contrôle de la motivation. Ce qui est ambiguë dans cette condition est que se mêle à la fois une notion objective et une notion subjective.

- ⇒ La notion objective est celle de danger grave et imminent.
- ⇒ La notion subjective est l'appréciation du salarié que la loi demande, qualifie de raisonnable.

Cela veut dire que le danger en question, pour un salarié il pourra être perçu comme grave et imminent mais pour un autre salarié selon sa personnalité, cela ne sera pas perçu comme tel.

La jurisprudence a édifié toute la construction du droit de retrait, elle a eu dans un 1^{er} temps une approche objective. Si il existe effectivement la possibilité de caractériser un danger grave et imminent, dans ce cas, le droit de retrait, peu importe la conception, est légitime.

Pour caractériser le danger, on va alors avoir recours à des experts en sécurité, à l'inspection du travail, au CSE dans sa composante CHSCT.

Le juge examine aussi les actions de l'employeur mais les actions de l'employeur dans le moment qui suit immédiatement le droit de retrait. Si l'employeur a pris des mesures dont la carence était dénoncée par le salarié, l'existence du danger est aussi tôt établie. On prend en compte également la rapidité de la réponse de l'employeur, si il a pris des mesures urgentes ça laisse présumer la gravité et l'imminence du danger.

Au-delà de l'existence elle-même, les tribunaux discutent souvent les caractères de ce danger, à savoir qu'il existe selon la jurisprudence certains dangers qui sont graves par nature.

Exemple : les actes de violence, les harcèlements, chaque fois qu'il y a une violation par l'employeur d'une norme de sécurité.

On considérera qu'il y a danger grave et imminent, depuis une jurisprudence de 2005 qui estime que les manquements de l'employeur aux règles légales sur le tabagisme autorise également le salarié à invoquer son droit de retrait. Le critère c'est le danger grave et imminent mais il manque en général l'imminence. Alors le droit de retrait est admis à chaque fois que l'employeur ne respecte pas une norme de sécurité ou une disposition légale comme le tabagisme.

A-t-on besoin de recourir au droit de retrait systématiquement ?

➔ Non, il existe un autre moyen si l'employeur ne respecte pas une norme légale. En effet, un salarié est en droit de refuser d'accomplir un ordre illicite.

Indépendamment du droit de retrait, un salarié peut toujours refuser d'exécuter une tâche si de son côté l'employeur ne respecte pas ses obligations de sécurité. Il n'est pas systématiquement nécessaire de se placer sur le terrain du droit de retrait car le droit de retrait est un droit pour le salarié mais ce n'est pas une obligation.

C'est un faux débat car concrètement il faut regarder l'intérêt du salarié qui se placera sur les obligations de sécurité ou sur le droit de retrait.

Il faut toujours conseiller au salarié qui a le choix de plutôt exercer son droit de retrait car depuis une jurisprudence constante de 2009, en cas de sanction disciplinaire par l'employeur, il y aura nullité de la sanction, y compris si la sanction disciplinaire consistait en un licenciement.

La loi est plus subtile, parfois la situation ne peut pas objectivement être qualifiée de danger grave et imminent, il faut alors par défaut se référer à la perception du travailleur, c'est-à-dire aux éléments qui ont pu le conduire à estimer qu'il était en danger.

On appelle cela l'erreur raisonnable d'appréciation.

Pourquoi ? Parce que le salarié n'est pas spécialement un expert en sécurité, l'erreur est possible. Cela exclue bien sur la mauvaise foi ou le détournement de but.

Exemple : chaque fois que le retrait peut s'analyser en une tentative de donner une couverture juridique à un refus d'obéissance ou à un comportement fautif.

Ce sera souvent le cas lorsqu'il y avait un litige antérieur, un différent.

Exemple : dans marins pêcheurs qui doivent, suite à des jours de repos, rembarquer un jour à l'aube pour la pêche suivante mais l'un d'entre eux, bien arrosé, ne se présente pas à l'embarquement. Il invoque le droit de retrait en disant qu'il s'est retiré d'une situation dangereuse en raison des conditions météorologiques, le droit de retrait n'a pas été considéré légitime car c'est du détournement de but.

L'erreur raisonnable est la fait que le salarié ait pu légitimement se tromper, se croire en danger alors qu'il ne l'était pas.

Exemple : un salarié nouvellement embauché dans une entreprise qui fabrique des poudres à au risque chimique et explosif. En arrivant sur un chantier, on lui remet un casque et un masque à gaz sans explication et peu de temps après, un exercice d'alerte est simulé. Le salarié nouvellement embauché, non alerté, décide de fuir et ne revient pas. Quand l'employeur le reproche, il invoque le droit de retrait mais c'était une alerte simulée donc légitimement, il a pu se tromper, c'est un motif raisonnable de penser.

On prend en compte des critères qui sont propres au salarié et qui ont pu le conduire à surévaluer le risque.

Le vécu professionnel traumatisant peut être pris en compte, c'est le cas surtout des chauffeurs de bus/trains qui évoquent les incivilités et violences commises à leur rencontre pour se retirer de situations dont ils ont par leur vécu des réels motifs de penser qu'il y a un danger grave et imminent qui arrive pour eux.

Exemple : une éducatrice spécialisée qui a la garde de 2 adolescents, dans ce cadre, elle les emmène en voiture pour se rendre à un endroit. A un moment, elle se sent en danger, elle se gare sur le bas côté de la route, elle les abandonne dans la voiture et elle part. Elle invoque son droit de retrait en considérant qu'elle était dans un danger grave et imminent.

La Cour d'appel va accepter son droit de retrait car la crainte d'une agression physique à laquelle elle avait déjà été confrontée par des conditions de travail difficiles et par les comportement antérieurs d'autres jeunes. En revanche, en l'absence de tout élément objectif permettant de conclure à l'apparence d'un danger, l'argument du traumatisme professionnel ne peut pas prospérer.

B/ La sanction de l'inexécution de la prestation de travail en l'absence de crainte raisonnable d'un péril imminent

Le principe a été dégagé par la Cour de cassation à propos d'une affaire dans laquelle certains salariés s'étaient retirés d'une situation estimée dangereuse, l'employeur lui avait estimé que ce retrait constituait une absence injustifiée et avait opéré des sanctions disciplinaires et comme il en a le droit, une retenue de salaire pour les jours et heures non travaillés.

En l'espèce, c'était une société de transports de bus, l'entreprise avait fait équiper les bus d'un système de carburant au gaz GPL. Plusieurs incendies s'étaient déclarés dans les bus au gaz, les salariés étaient inquiets et la CHSCT avait alerté l'employeur qui avait procédé aux contrôles techniques légaux et les rapports d'experts concluaient à la non dangerosité. Malgré cette levée de l'alerte, certains chauffeurs salariés non convaincus refusent de reprendre leur poste et invoquent leur droit de retrait.

Dans cet arrêt, le problème juridique n'était pas de savoir si le droit de retrait était légitime ou pas, l'employeur opère pour ses salariés des retenues sur leurs salaires pour absences injustifiées. Les salariés intentent une action en justice contre l'employeur sur des sanctions pécuniaires prohibées. La question était de savoir si l'employeur avait le droit ou non d'opérer de telles retenues sur le salaire. Les salariées estimaient qu'il ne pouvait pas les opérer, il aurait dû préalablement saisir le Conseil de Prud'hommes aux fins de déclarer infondé, injustifié l'exercice du droit de retrait.

La Cour de cassation estime que l'employeur pouvait opérer les retenues de salaire de son propre chef. Les salariés forment un pourvoi en cassation.

En invoquant un argument supplémentaire, malgré le droit de retrait, ils étaient quand même restés à la disposition de l'employeur, la Cour de cassation ont rejeté leur pourvoi et a posé 2 principes importants :

- ✓ Lorsque les conditions du droit de retrait ne sont pas réunies, le salarié s'expose à des retenues sur salaire peu important qu'il reste ou non à la disposition de l'employeur.
- ✓ L'employeur n'est pas tenu de saisir préalablement le Conseil de Prud'hommes sur l'appréciation du bienfondé de l'exercice du droit de retrait par le salarié.

L'exercice du droit de retrait est toujours pour les salariés un exercice périlleux.

§2. Le régime juridique du droit de retrait

A/ L'exercice du droit de retrait

Le salarié qui est exposé à un péril imminent ou qui justifie d'une telle crainte raisonnable peut se retirer. Mais, cette prérogative exorbitante du droit commun est elle-même soumise à des conditions dont le non-respect peut dégénérer en abus. Cela en raison de 2 paramètres :

- Le défaut de signalement du danger à l'employeur
- La mise en danger que crée ce retrait pour autrui

En effet, dans certains cas, ne pas signaler le danger à un employeur constitue une faute. Le droit de retrait et le droit d'alerte sont en réalité les 2 volets, les 2 aspects d'une même obligation qui est celle de l'obligation du salarié de prendre soin de sa propre sécurité. Il arrive donc que le fait de ne pas donner l'alerte à l'employeur et d'exercer sans droit de retrait ainsi met en danger la sécurité des autres salariés.

C'est le cas notamment du salarié qui se retire d'une situation qu'il estime dangereuse mais n'informe pas l'employeur de ce retrait, cela conduit parfois à isoler un autre salarié qui lui se retrouve vraiment en danger du fait d'être seul.

Si le signalement du danger et du retrait s'impose au salarié, ces conditions ne déterminent pas l'exercice lui-même du droit de retrait, cela ne remet pas en cause l'existence elle-même du danger et le recours légitime au droit de retrait. La faute ici c'est le retrait qui est effectué dans des conditions telles qu'elles génèrent un danger pour autrui. Dans ce cas, la sanction du salarié est proportionnée à la faute et ce sera une sanction mineure quand cela consiste dans un défaut de signalement du danger.

En revanche, le retrait dangereux pour autrui est un grief plus sérieux, pour le sanctionner il faut déterminer le lien de causalité entre la faute du retrait dangereux et la survenance du danger pour autrui.

B/ Les garanties du droit de retrait

Ces garanties résultent d'une jurisprudence de 2009, ces garanties ont été posées par la Cour qui se prononce sur un problème juridique pas encore élucidé : le sort du licenciement prononcé en raison de l'exercice de droit de retrait.

L'article 4131-3 pose un principe selon lequel il est interdit à l'employeur d'opérer une retenue sur salaire et de prendre des sanctions disciplinaires à l'encontre d'un salarié, sachant qu'il a légitimement exercé son droit de retrait. La loi pose ici un principe d'immunité disciplinaire en faveur du salarié qui exerce son droit de retrait. La loi ne dit rien si l'employeur prononce quand même des sanctions ne méconnaissance de la sanction posée. On avait admis très tôt bien avant 2009 que les sanctions disciplinaires étaient frappées de nullité. En revanche, on ne savait pas quelle était la sanction en cas de licenciement. Est-ce qu'il s'agissait d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou s'agissait-il d'un licenciement nul ?

Les Cours d'appel avaient estimé que le licenciement était certes privé de cause mais n'était pas annulable, la Cour de cassation a alors ici posé une jurisprudence selon laquelle est nul le licenciement prononcé pour un motif lié à l'exercice légitime du droit de retrait de son poste de travail dans une situation de danger. Cette position prise a été largement approuvée par la doctrine, elle estime que le droit d'agir pour préserver sa sécurité et sa santé doit être protégé du plus haut niveau et tout acte attentatoire à un tel droit doit être sanctionné par la nullité. C'est un arrêt du 28 janvier 2009.

Ainsi, à chaque fois qu'un salarié exerce son droit de retrait, c'est à ses risques puisque rien ne lui garantit que ce droit de retrait sera considéré comme légitime. Dès lors qu'il est légitime, ce droit de retrait est assorti d'une véritable immunité, c'est le droit de désobéir aux ordres, d'abandonner son poste, sans même que l'employeur puisse retenir sur le salaire les heures et jours non travaillés.

Si d'aventure un accident du travail survenait pendant ou après un tel droit de retrait, ça validerait la légitimité du droit de retrait et ça rendrait inévitablement l'employeur coupable d'une faute inexcusable.

Chapitre 5 : Le temps de travail

En 1 siècle, on a parcouru un chemin considérable en matière de temps de travail en droit du travail, pendant longtemps le travailleur est concentré essentiellement sur son labeur, on travaille très jeune, on meurt tôt, c'est toute sa vie qui est consacré au travail et le repos est considéré comme simplement un temps de récupération de la force de travail. Les temps ont changé et en 1 siècle, le temps de travail ne représente plus qu'environ 1/3 du cycle de vie et c'est 10% de son temps de vie.

Plusieurs facteurs :

- ❖ l'âge de rentrée dans le monde du travail a été considérablement repoussé.
- ❖ en France, on arrête de travailler à environ 62 ans, ce qui est le record européen d'âge de retraite le plus bas
- ❖ cela se cumule à l'augmentation de l'espérance de vie

On va vers un système où les jeunes vont travailler de plus en plus longtemps si on considère les années mais moins d'heures que nos aînés. Cette réduction constante depuis un siècle, on se dirige vers un basculement au sens inverse.

Il y a un intérêt économique à faire partir les gens en retraite jeunes, l'argument invoqué est de dire que la retraite jeune libère des places pour les jeunes. L'intérêt en droit économique et en droit de la consommation fait que ça aboutie à un phénomène de la civilisation des loisirs, c'est lié à la réduction du temps de travail, à des droits accru comme les congés, tout cela milite vers une réduction du temps de travail pour financer l'industrie du tourisme.

Exemple : les pièces de théâtre qu'on nous force à voir au lycée

Le temps de travail s'articule en 3 thèmes :

- ✚ la durée du temps de travail,
- ✚ l'aménagement du temps de travail
- ✚ les temps de repos.

Section 1 : La durée du travail

Historiquement, le travail est considéré comme une menace pour la santé du salarié, si on ne limite pas la durée du travail. Mais, depuis les années 70 :

- ❖ apparition de la notion de temps libre, de temps de loisir pour épanouir sa vie personnelle
- ❖ et puis un autre aspect : c'est l'idée selon laquelle le travail doit être partagé, le paradigme de dire que le travail est rare donc il faut le partager.

Depuis 1982, en matière de durée du travail, les partenaires sociaux ont une autonomie croissante pour négocier la durée du travail, en ayant la possibilité de déroger dans les entreprises aux durées légales dans certaines conditions. Ce socle obligatoire a tendance à s'amenuiser. Tout ce qui n'est pas d'ordre public, en terme de durée du travail, les partenaires sociaux peuvent établir leurs propres règles sous réserve d'un certain socle.

§1. La limitation de la durée de travail

Le mouvement est allé dans le sens d'une réduction continue des durées de travail maximales autorisées.

A/ Le droit commun des durées de travail

Prévue aux **articles L321-18 et suivants**, il y a de principes de base.

- 1^{er} principe :

La durée maximale du travail par jour est de **10 heures**. Mais des dérogations sont possibles pour aller **jusqu'à 12 heures par jour** soit :

- ❖ par des accords
- ❖ Par des sources conventionnelles
- ❖ Ou même si il n'y a pas d'accords dans ce sens, sur autorisation de l'inspection du travail en cas de surcroît exceptionnel d'activité.

- 2^{ème} principe :

La durée maximale du travail de la semaine est de **48 heures**. Mais des dérogations dans le sens d'un dépassement de cette limite existe pour aller **jusqu'à 60 heures par semaine**.

Il y a en réalité une double limite, car sur **12 semaines consécutives**, la moyenne ne doit **pas dépasser 44 heures par semaine**.

Ce dont on parle, c'est la **limitation du temps de travail subordonné**, ce qui est limité dans la semaine et dans le jour c'est le temps de travail subordonné. On en déduira donc que pour les **professions indépendantes**, le **temps de travail n'est pas limité** et même pour le salarié, au-delà des limites légales, il est parfaitement libre de travailler pour lui-même. La limitation de la durée du travail ne s'applique qu'au travail subordonné.

B/ Le temps de repos minimal

L'**article L331-1** pose un principe : chaque salarié doit bénéficier d'un temps de repos minimum quotidien de 11 heures par jour. Autrement dit, il reste 13 heures, et elles sont ce qu'on appelle l'amplitude de la journée de travail.

Il y a des dérogations liées à la nature de l'activité. Dans certaines activités de garde, de surveillance, de permanence pour les biens et les personnes, il est alors possible de déroger à cette durée minimale de 11 heures. En réalité, l'**amplitude** de la journée de travail peut aller **jusqu'à 15 heures** ce qui nous donne donc une **durée minimale de repos qui n'est plus que de 9 heures**.

C/ Le repos hebdomadaire

L'**article 332-1** prévoit un minimum, prévu par, c'est un temps de repos de **24 heures tous les 7 jours**, c'est ce qu'on appelle le **droit au repos hebdomadaire**. Ce repos minimum s'additionne avec les 11 heures minimum de repos quotidien ce qui nous fait donc 35 heures de repos minimum hebdomadaire.

Contrairement à l'idée reçue, le samedi n'est pas un droit (ah bon ?).

Les 24 heures de repos quotidien sont en principe prises le dimanche, avec l'éternel débat de savoir pourquoi le dimanche ? Depuis 30 ans, ce principe est constamment remis en question.

1^{ère} catégorie :

De nombreux décrets fixent des catégories d'établissements qui sont concernés par des dérogations permanentes. C'est-à-dire que depuis bien longtemps, cette règle du repos dominical ne fonctionnait pas pour toutes les entreprises jugées indispensables au quotidien :

- ❖ Les hôtels, les restaurants
- ❖ Les spectacles, les musées
- ❖ Les soins
- ❖ Les commerces alimentaires et notamment les boulangeries
- ❖ Les bureaux de tabac...

Cette catégorie n'a cessé d'augmenter d'une manière récente.

Par exemple, on a eu les magasins de bricolage qui sont indispensables le dimanche. Dans la foulée, **arrêt de 2018** qui a accepté par extension que le décret sur les magasins de bricolage s'étendrait aussi dans les magasins d'ameublement. C'était IKEA, ils ont eu gain de cause.

Dans la liste des établissements qui peuvent ouvrir le dimanche par décret il y a :

- ❖ Les moulins à vent
- ❖ Les fabriques de paille pour les chapeaux
- ❖ Les réparations de voile pour les navires
- ❖ Les chamoisières (fabrique des peaux de chamois)

2^{ème} catégorie :

Dans certaines entreprises industrielles, la convention collective peut prévoir que les salariés travailleront par roulement le dimanche car il y a nécessité (centrale nucléaire).

3^{ème} catégorie :

Ce sont les dérogations e sources administratives, c'est-à-dire que le préfet peut déterminer des zones touristiques à certaines périodes voir toute l'année, ces zones touristiques étant caractérisées par des affluences particulières.

Dans ce cas, les salariés doivent bénéficier de certaines contre-parties à leur travail le dimanche. Normalement, les entreprises concernées doivent faire appel au volontariat, et normalement, une entreprise dans ce cas ne peut pas refuser de recruter une personne qui refuse de travailler le dimanche car cela serait une mesure discriminatoire.

4^{ème} catégorie :

Ce sont les commerces de détail dans lesquels le maire peut accorder des dérogations occasionnelles. C'était 4 dimanches par an et maintenant c'est passé à 12 dimanches par an. Dans ce cas, les salariés ont droit à un salaire double plus un repos compensateur équivalent.

§2. Le temps de travail effectif

Qu'est-ce que le travail effectif ? Les enjeux sont importants car les heures qui ne sont pas considérées comme du travail effectif ne comptent pas pour la rémunération et surtout, ces heures ne sont pas acquittées sur les durées maximales du travail.

A/ La notion de travail effectif

C'est une **définition difficile à cerner** car on serait penser que le travail effectif c'est le travail dans lequel on est rentable, ou le temps où on travaille vraiment.

Il y a trois conceptions possibles :

- **Le travail effectif, c'est uniquement le travail productif ce qui exclu tous les temps hybrides.**
- On pourrait considérer que **le travail effectif est tout le temps qui est mobilisé pour le travail**, au sens large.
- **Le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles.**

Le travail effectif, c'est finalement le temps soumis au lien de subordination. C'est le temps que l'employeur peut faire travailler mais qui n'est pas nécessairement travaillé.

Une multitude d'exemples dans lesquels la question du travail effectif peut se poser :

- ❖ C'est le cas du salarié qui est hôte de caisse pendant les temps morts, c'est du temps effectif car c'est du temps soumis au lien de subordination
- ❖ Tous les exemples dans lesquels le salarié est présent physiquement sur le lieu de travail mais n'exerce pas effectivement son activité professionnelle. Dans ce cas, c'est l'intégralité du temps qui est considéré comme du temps de travail effectif car on a cette idée selon laquelle le salarié est à la disposition de l'employeur : Professions dans lesquelles il y a des services de garde.

Le salarié pendant son temps de pause, si il doit rester à proximité immédiate de son lieu de travail et si cette pause peut être interrompue à tout moment pour exécuter un travail, ça ne sera plus un temps de pause, cela devient du travail effectif.

B/ Les temps annexes (hybrides)

Ce sont :

- ❖ les temps d'habillage et de déshabillage,
- ❖ les temps de déplacement
- ❖ et les temps d'astreinte.

1) Les temps d'habillage et de déshabillage

Avant les lois AUBRY, la loi a prévu expressément que désormais les temps d'habillage et de déshabillage ne serait plus considéré comme du temps de travail effectif, même lorsque des tenues spéciales sont exigées par l'employeur et même si l'opération doit s'effectuer sur le lieu de travail (cf Romane a KFC ♡).

Mais en échange, le salarié a droit à des contreparties en repos ou en salaire, mais ces contreparties sont fixées non pas par la loi mais par :

- ❖ des convention collectives,
- ❖ soit par le contrat de travail
- ❖ soit par l'employeur lui-même.

Autre problème, lorsque l'employeur n'impose pas que l'habillage ou le déshabillage se fasse sur place. L'employeur autorise l'habillage et le déshabillage, dans ce cas, aucune contrepartie n'est due.

2) Le temps de déplacement

Le temps de trajet domicile-travail n'est pas en principe du temps de travail car il dépend de la vie privée du salarié (liberté de choisir où on habite).

En revanche, il a toujours été admis que les trajets que fait un salarié depuis son lieu de travail habituel jusqu'à un lieu d'intervention demandé par l'employeur, on a toujours admis que ce temps étaient du travail effectif.

De la même manière, on avait aussi admis que les temps de déplacement à partir du domicile jusqu'à un lieu de travail situé beaucoup plus loin que le lieu de travail habituel, ce temps de trajet devenait du temps de travail effectif, car il y a un dépassement du temps normal de trajet.

Exemple : le salarié qui a la demande de l'employeur le lundi matin se rend chez des clients aux 4 coins de la France, ce temps de travail était considéré comme du temps de travail effectif.

Même chose pour le salarié qu'on envoie en mission à l'étranger, qui part de son domicile, c'était considéré comme du temps de travail effectif.

La loi du 18 janvier 2005 codifiée à l'article 3121-4, a prévu que ces temps de trajet qui excelle, à considéré que ça ne serait plus du temps de travail effectif.

Ces temps de transport font l'objet d'une simple contrepartie dès lors qu'il dépasse le temps habituel du trajet domicile-travail. Ces contreparties sont fixées par accord ou par décision unilatérale de l'employeur.

3) Les temps d'astreinte

C'est juridiquement le temps le plus difficile à appréhender, le fait d'astreindre c'est obliger, bloquer, condamner quelqu'un.

En droit du travail l'astreinte c'est le temps pendant lequel le salarié n'est pas à la disposition immédiate et permanente de l'employeur mais le salarié a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité disant la loi afin d'être en mesure d'intervenir à tout moment sur demande de l'employeur.

En 2016 le législateur a pris en compte les nouvelles technologies pour ajouter dans la loi « sans être sur son lieu de travail ». Cela permet de distinguer l'astreinte avec la garde.

L'astreinte est un temps à mi-chemin entre le repos et le travail et c'est un temps qui vient brouiller la frontière entre la vie privée et la vie professionnelle.

C'est intuitivement que ces temps ne sont pas des temps de repos car techniquement l'astreinte se divise en 2 finalement. Il y a les temps d'attente et les temps d'intervention.

Les temps d'intervention sans difficulté sont considérés comme des temps de travail effectif, les temps de déplacement pour se rendre au lieu d'intervention sont eux aussi considérés comme du temps de travail effectif. Alors, ce temps de travail effectif interrompt le temps de repos quotidien et hebdomadaire. Cela fait que le salarié doit bénéficier de ses repos minimum une fois les interventions achevées.

Les temps d'attente eux, pendant longtemps la Cour de cassation a considéré que l'astreinte en général n'est pas un temps de repos. En effet, le repos est un temps pendant lequel le salarié est totalement exonéré d'accomplir une prestation de travail.

Cette jurisprudence était destinée à garantir l'autonomie de la vie privée et le droit à une vie familiale normale. Il en résultait que les salariés d'astreinte en fin de semaine n'étaient pas considérés comme ayant bénéficié de leurs 11h de repos quotidien et pouvaient prétendre après l'astreinte à 11h de repos et 24h hebdomadaire. Pourtant la loi de 2003 codifiée à l'article L3121-10 est venue affirmer le contraire et transforme l'astreinte en temps de repos.

En même temps, l'employeur ne peut pas appeler le salarié pendant le temps de repos minimal quotidien. Le législateur finalement a permis de placer en astreinte les salariés pendant leur temps de repos quotidien mais on aboutit à une incohérence car durant le temps de repos l'employeur ne peut appeler le salarié car ça reviendrait à violer le délai minimal de repos quotidien.

L'astreinte en cours de repos minimum est donc une astreinte qui ne peut être utilisée que dans des cas très limités dans lesquels une atteinte au temps de repos est autorisée. C'est le cas des activités de sauvetage ou cas de certains accidents imminents.

Il n'en reste pas moins que d'une manière générale, lorsque l'astreinte n'est pas prise sur le temps de repos minimal, les temps d'attente ne sont plus des temps de travail. Il y a des conditions pour mettre en place dans une entreprise des périodes d'astreinte normalement il faut un accord d'entreprise pour fixer l'organisation des

astreintes ainsi que les compensations en repos ou financières.

A défaut d'accord sur cette question, l'employeur peut mettre unilatéralement en place celles-ci mais il doit consulter le CSE et informer l'inspection du travail.

Concrètement les périodes d'astreintes doivent être programmées individuellement et portées à la connaissance de chaque salarié concerné au moins 15 jours à l'avance.

De la même manière, en fin de mois dans les entreprises utilisant l'astreinte, l'employeur remet à chaque salarié concerné un document qui récapitule ces heures d'astreinte ainsi que la compensation correspondante.

Alors, est-ce qu'un salarié peut refuser une astreinte ? Est-ce que c'est une modification du contrat de travail ?

D'après la Cour, il semble qu'en présence d'un accord le salarié ne puisse pas s'opposer à l'astreinte.

En revanche, lorsqu'une astreinte est mise en place unilatéralement par l'employeur et qu'elle n'était pas prévue au contrat de travail, la jurisprudence semble considérer qu'il s'agit là véritablement d'une modification du contrat de travail.

Depuis la loi de 2003 également, les temps d'attente ne sont plus des temps de repos, par conséquent, ils sont déduits du décompte des durées de repos quotidien et hebdomadaire.

Ainsi, les accidents qui pourraient survenir durant ces temps d'attente ne bénéficient plus de la présomption d'accident de travail.

§3. Le travail de nuit

Le travail de nuit c'est celui effectué entre 21 heure et 7 heure du matin, sachant que cette définition peut être aménagée de source conventionnelle.

Même si les conventions collectives aménagent un minimum, il y a quand même un minimum légal qui est de minuit à 5 heure du matin, ça sera toujours du travail de nuit.

A la qualité de travailleur de nuit, celui dont le travail quotidien habituel comporte au moins 3 heures de travail de nuit, au moins deux fois par semaine. En outre, on peut aussi être travailleur de nuit lorsque l'on exécute plus de 270 heures de travail de nuit par an.

Prenons l'exemple d'un salarié à temps partiel, qui travaille 5 jours par semaine de 2 heure du matin à 4 heure du matin, il ne sera pas considéré comme un travailleur de nuit.

Ou encore, un salarié qui travaille un jour par semaine de 22 heure à 8 heure du matin.

La mise en place du travail de nuit doit faire l'objet d'un accord ou d'une autorisation de l'inspection du travail et le recours au travail de nuit doit être motivé par l'employeur.

C'est un droit exceptionnel. De la même manière, un certain droit au refus de faire des heures de nuit est reconnu au salarié. En d'autres termes, lorsque le travail de nuit est nouveau, et lorsqu'il est incompatible avec des obligations familiales impérieuses, le salarié peut refuser de travailler.

Depuis la loi du 6 août 2015, on remet en cause les protections traditionnelles en créant un nouveau concept, ce n'est plus le travail de nuit c'est le travail en soirée.

Les établissements qui mettent à disposition du public des biens et services et qui sont situés dans des zones touristiques internationales peuvent employer des salariés entre 21 heure et minuit sans être soumis au régime général du travail de nuit. La loi prévoit que ce travail de soirée repose sur le volontariat, chaque genre travaillée entre 21 heure et minuit, est payé le double et un repos compensateur identique en temps et donné au salarié.

§4. Les heures supplémentaires

La durée hebdomadaire du travail légal de 35 heures n'étend rien d'une durée maximale, il s'agit seulement d'une durée légale d'une norme de référence. Sa mise en place a varié dans le temps : ce sont les lois AUBRY 1 et 2 qui ont mis en place les 35H.

Pourquoi on passe à 35H ? Quelle est l'idée qui domine ?

Le travail est une denrée rare donc comme tout ce qui est rare, il faut le partager = c'est une bêtise ⚠

Est-ce que c'était une idée novatrice ?

C'est une vieille lune, c'est une théorie du 19^{ème} siècle. Dans les faits, si ça marchait, ça se saurait. La grande question qui s'est posée c'est d'être moins payé car on travaille moins que les 39H de base.

Exemple : une entreprise a 9 salariés qui travaillent 39H chacun (jusqu'aux lois AUBRY). Si les salariés acceptent de passer à 35H, à eu 9, ils dégagent 36H de travail donc en théorie il est possible d'embaucher **un salarié de plus**.

La réalité est tout autre : il aurait fallu que les salariés acceptent de partager leur travail, mais qu'ils acceptent d'être payé 35H au lieu de 39H, ce qui engendre une baisse de salaire de 10%, c'est plus difficile.

La plupart des négociation dans les entreprises à l'époque s'est faite d'un passage des 35H, payées 39H. Pour les entreprises ce passage n'a donc pas permis de faire une embauche de plus car le temps dégagé est continué à être payé aux autres salariés.

Les employeurs ont obtenu des syndicats = gel des salaires. Finalement, ce gel des salaires c'est la conséquence des lois AUBRY. Cette loi a **appauvri tout le monde** et à cause d'elle, ça fait plus de 20 ans qu'on a pas de revalorisation salariale.

Cette durée des 35H va servir à définir la notion d'heures supplémentaires. L'heure supplémentaire c'est **toute heure réalisée au-delà de la durée légale**. Autrement dit, la 36^{ème} heure de travail est en réalité une heure supplémentaire.

Les heures supplémentaires ont fait l'objet de réformes successives.

Sujet polémique car dans un contexte de partage du travail, comment admettre que les salariés aient le droit de faire des heures supplémentaires, c'est contradictoire car on réduit le travail mais on laisse les salariés faire des heures supplémentaires.

Dans les premières années de cette loi, les heures supplémentaires, sans être interdites, n'étaient admises que d'une façon très restreinte, il y avait des conditions. Puis, progressivement, au nom de la flexibilité du travail, les possibilités pour les employeurs de recourir aux heures supplémentaires ont été largement étendu. En outre, les heures supplémentaires peuvent être imposées unilatéralement par l'employeur.

Il faut savoir que l'employeur, cela relève de son pouvoir de direction d'imposer des heures supplémentaires aux salariés.

Cela pose le **problème de la saisine du temps libre**.

Pendant longtemps, le nombre d'heures supplémentaires que pouvait demander un employeur était tellement limité que la jurisprudence avait décidé que finalement ces heures relevées du pouvoir de l'employeur. Au début de la loi, le contingent d'heures supplémentaires se situaient aux environs de 60H/an/salarié (5 heures par mois).

Petit à petit, les contingents ont augmentés et l'employeur peut de plus en plus facilement demander des heures supplémentaires.

La seule limite finalement, à cet empiètement sur le temps de repos, c'est le **délai de prévenance**, la jurisprudence dans un but de protection du salarié, elle impose à l'employeur de prévenir les salariés, cela permet d'imposer à l'employeur de ne pas empiéter, de ne pas troubler un temps de repos qui est en cours.

L'employeur qui ne respecte pas le délai de prévenance se verra imposer ce recours aux heures supplémentaires comme temps d'astreinte.

Il faut savoir également que ce recours unilatéral aux heures supplémentaires est de plus en plus encouragé par le législateur ce qui est paradoxale dans un contexte de RTT.

On se rend compte qu'au cours de ces 10 dernières années, le recours aux heures supplémentaires a été autorisé mais parfois même encouragé par certaines lois par le biais d'incitations fiscales et sociales.

Le régime juridique des heures supplémentaires peut également être contourné par deux techniques :

- ❖ L'annualisation du temps de travail
- ❖ Les conventions de forfait

Dès lors que ces heures supplémentaires deviennent systématiques, l'exigence de l'employeur s'analyse en offre de modifier le contrat de travail.

A/ La notion d'heures supplémentaires

C'est l'article L3121-8 du code du travail qui prévoit que « toute heure accomplie au-delà de la durée légale constitue une heure supplémentaire ». Cela amène deux précisions :

1) Permet d'exclure les heures d'équivalence

Elles sont mentionnées à l'article L3121-13 du code du travail.

On est parti de la constatation que dans certains emplois, il y a des périodes improductives, d'inaction qui répondent à certaines spécificités des activités professionnelles en question. Ces dernières heures sont entrecoupées de temps « morts » et de temps de travail « réel ».

Les employeurs ont trouvé judicieux de dissocier le temps de présence du temps de travail rémunéré, car quoique présent, le salarié ne fournit aucun travail effectif. Ce temps, même subordonné, pourra être soustrait de manière forfaitaire du temps de travail effectif.

Il y a un décompte spécifique à chaque catégorie sociaux-professionnelles, une durée plus élevée que la durée légale.

Une durée plus élevée que la durée légale est alors équivalente à celle-ci, et ce temps de présence est assimilé à la durée légale. Le système revient donc à compter les heures de présence et ensuite à les pondérer.

C'est un mécanisme qui va s'appliquer dans certains secteurs économiques et ce système est instauré par convention collective ou accord de branche étendu. L'accord détermine la rémunération des heures d'inaction.

C'est un système qui permet toujours à certains secteurs d'activités d'échapper à la loi des 35H.

Exemple : dans le secteur de l'animation, un accord a été conclu en 2005 et qui va concerner les salariés qui accompagnent un groupe de musique/ troupe de théâtre, les salariés doivent souvent être présents y compris la nuit. Et bien, dans ce secteur, une journée de présence de 13H équivaut seulement à une journée de travail de 7H de travail effectif.

2) Retrancher les heures récupérées

Dans certaines circonstances, l'employeur peut faire travailler et sans que ça compte comme des heures supplémentaires, les heures de travail perdu à la suite de certains éléments :

- ❖ Force majeure
- ❖ Accident
- ❖ Certaines intempéries
- ❖ Inventaire
- ❖ Chômage partiel
- ❖ Les ponts

La récupération intervient au-delà des 35H, ça ne comptera pas comme des heures supplémentaires.

B/ Le régime des heures supplémentaires

L'employeur peut imposer des heures supplémentaires à ses salariés, et en cas de refus d'effectuer ces heures, constitue un motif de licenciement. Mais l'employeur peut imposer ces heures dans certaines limites, c'est ce qu'on appelle : le **contingent annuel des heures supplémentaires**.

Le nombre d'heures supplémentaires que peut demander un employeur est doublement limité :

- ❖ D'une part : limité par les durées maximales de travail
- ❖ D'autre part : limité par le contingent

Comment fonctionne le contingent ?

La possibilité a été largement ouverte car pendant longtemps, il existait un contingent annuel fixé par la loi qui était de 220H/an/salarié, un peu plus de 15H par mois. C'est toujours le cas, ce contingent existe toujours mais désormais, il peut également être fixé par une convention collective sans maximum légal.

Au niveau de la rémunération :

- ❖ Il y a d'abord **une majoration du salaire**
- ❖ le système est un peu compliqué car cette majoration peut éventuellement être remplacée par ce que l'on appelle **du repos compensateur de remplacement**.
- ❖ Le troisième système c'est ce qu'on appelle **une contrepartie obligatoire de repos**.

1) La majoration de salaire

Au minimum, c'est 10% de plus quand c'est fixé par une convention collective.

A défaut d'accord, la majoration est de 25% à partir de la 36^{ème} heure jusqu'à la 43^{ème} incluse.

Et ensuite, chaque heure est majorée de 50% à partir de la 44^{ème} et ce jusqu'à la 48^{ème}.

SAUF, si la convention collective est moins favorable. Mais dans les faits, chaque heure supplémentaire est mieux payée.

2) Le repos compensateur de remplacement

Le paiement des heures supplémentaires et leur majoration peut être remplacé en tout ou en partie par un repos compensateur de remplacement d'une durée équivalente.

Une heure de travail supplémentaire (36^{ème}H) entraîne une majoration de 25%, cela veut dire que le salarié a le droit à 1H15 de repos. Cela permet de limiter le coût des heures supplémentaires pour l'employeur.

C'est intéressant car c'est un système qui va permettre de faire varier la durée du travail d'une semaine sur l'autre.

Par exemple : imaginons une semaine de travail où le salarié fait 4H de travail supplémentaire. Normalement, l'employeur devrait lui payer 25% des 4H, mais il peut choisir à ce moment là de remplacer ces heures supplémentaires en repos compensateur pour la semaine d'après, autrement dit, le salarié aura 5H de travail en moins la semaine d'après (5H parce que les 4H sont majorés à 25%), il travaillera 30H la semaine d'après.

C'est une solution intéressante pour l'entreprise surtout celles pour lesquelles la masse de travail fluctue fortement sur certaines périodes. Payer ces heures supplémentaires sous cette forme donne de la souplesse à l'entreprise surtout dans la mesure où l'organisation du repos compensateur peut être aménagée librement par l'employeur.

Ce système est mis en place soit par un accord, soit à défaut d'accord, l'employeur peut le mettre en place unilatéralement dès lors qu'il n'y a pas d'opposition de l'organisme représentatif de l'entreprise (CSE).

Mais les entreprises dans lesquels il n'y a pas de CSE, l'employeur peut unilatéralement mettre en place un tel système. C'est donc un système qui ne supprime pas les majorations mais les transforme en repos.

3) La contrepartie obligatoire de repos

Pour les salariés qui effectuent des heures supplémentaires au-delà du contingent, et bien chaque heure ouvre droit à une contrepartie obligatoire au repos majoré de 50% dans les entreprises de moins de 20 salariés, 100% dans les entreprises de plus de 20 salariés.

Les modalités de prise de ce repos compensateur sont fixées par accord collectif à défaut d'accord, le droit de prendre ces repos n'est ouvert qu'à partir du moment où on a cumulé 7H.

Ces repos compensateur sont normalement pris dans les deux mois qui suivent l'ouverture du droit.

L'intérêt dans cet accord du contingent permet de minorer le coût du travail, le coût des heures supplémentaires. Ce système n'est pas le seul qui permet de faire travailler plus ou moins selon les semaines sans rémunérer les heures supplémentaires.

C/ Les conventions de forfait

C'est un accord entre l'employeur et le salarié qui convient d'une rémunération forfaitaire globale pour un ensemble forfaitisé d'heures ou de jours de travail, y compris les heures supplémentaires, on fait un forfait.

A l'origine, cette technique était destinée aux cadres. Depuis 2000, la convention de forfait est permise à tous les salariés. Par exemple : la convention de forfait permet de faire varier la durée de travail.

Semaine 1 : Le salarié travaille 45H

Semaine 2 : 25H

Semaine 3 : 48H

Semaine 4 : 22H

Dans un cadre normal, sans convention de forfait, il faudrait payer des heures supplémentaires. Si il y a une convention de forfait, on va faire la moyenne et additionner les 4 semaines, et dans ce cas, cela fait 35H par semaine, donc il y a aucune heure supplémentaire, donc aucune majoration.

La convention de forfait peut s'établir sur une base hebdomadaire et mensuel mais on peut aller jusqu'à une base annuel.

1) La conclusion d'une convention de forfait

Il en existe 2 :

- ❖ Convention en jour
- ❖ Convention en heure

Toute convention de forfait est individuelle et doit faire l'objet d'une mention dans le contrat de travail. La convention collective n'impose pas automatiquement une convention de forfait à chaque salarié mais cela permet d'autoriser la conclusion individuelle d'une convention de forfait avec le salarié.

Pour les conventions de forfait qui n'ont pas été prévue par un accord collectif, il est toujours possible de signer une convention de forfait entre l'employeur et le salarié mais attention uniquement de forfait en heure la semaine ou sur le mois.

Il faut que la rémunération forfaitaire soit au moins égale à la rémunération minimale dans l'entreprise pour le nombre d'heures qui correspond au forfait.

En revanche, pour les conventions de forfait dans les entreprises qui ont conclu des accord collectifs, il est possible d'avoir un forfait pour l'année qui peut être en jour ou en heure.

L'accord dans ce type de contexte détermine des catégories de salarié concerné qui sont alors les cadres, mais aussi certains non cadres dès lors qu'il dispose d'une réelle autonomie dans leur emploi du temps.

Généralement, il est en jour il correspond à 218 jours de travail sur l'année en moyenne, on ne compte plus les heures de travail mais un forfait.

2) Les effets du forfait

Pour les forfaits en heure, le salaire doit être au moins égal à ce que percevrait le même salarié dans l'entreprise si il travaillait selon des heures réelles.

De plus, les durées légales du travail s'appliquent avec les maxima hebdomadaires et quotidiens.

Pour les forfaits en jours, ils échappent plus ou moins aux durées maximales hebdomadaires et quotidiennes. Il n'y a plus cette contrainte, en revanche le salarié garde le droit au recours quotidien et hebdomadaire. De la même manière, il conserve son droit aux jours fériés. Dans le forfait jour, la notion d'heures supplémentaires disparaît complètement. On a constaté dans ce forfait jour, un certain nombre de pratiques abusives mais il y a un garde fou, c'est l'article L321-61 qui prévoit que si un salarié perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les suggestions qui lui sont imposées. Il peut saisir le juge pour obtenir une indemnité proportionnelle au préjudice subi. Cela correspond à une rémunération de toutes les heures faites en raison du forfait n'ayant pas été payés.

D/ Les cadres dirigeants

Les cadres dirigeants sont ceux qui répondent à trois critères cumulatifs :

- ❖ Responsabilités importantes qui impliquent une indépendance totale dans l'emploi du temps
- ❖ Ils prennent des décisions de manière largement autonome
- ❖ Ils perçoivent une rémunération qui dans l'échelle de l'entreprise se situe dans les plus élevés.

Pour ces cadres dirigeants, tout ce que l'on a vu, les protections traditionnelles ne s'appliquent pas. C'est-à-dire, il n'y a pas de maximum hebdomadaire quotidien, pas de repos minimum, pas de jour férié, pas d'heures supplémentaires ni même de travail de nuit. Le seul cadre légal qui s'applique à eux c'est les congés payés et le congé maternité, même si en général ils ne les prennent pas.

On considère que son niveau hiérarchique, au sens juridique du terme ne fait pas de lui un salarié car le lien de subordination reste très faible.

Section 2 : La réparation du temps de travail

§1. L'horaire de travail

Il y a normalement une règle générale : l'horaire collectif de l'entreprise. Ce principe tend à se réduire de plus en plus, il y a en effet beaucoup d'exception à cette horaire.

Dans un premier temps, en raison de l'activité elle-même, dans certaines industries, on fonctionne de manière ininterrompue. Dans ces entreprises, les équipes de travail se succèdent.

Puis, dans les années 70 surtout, s'est développée la pratique des horaires individualisés ou à la carte.

Cela fonctionne selon des plages différentes :

- ❖ Il y a une **plage quotidienne** de présence obligatoire
- ❖ Ces plages sont suivies de **plages libres** où chacun choisit son horaire d'arrivée et son horaire de départ dans le respect des limites hebdomadaires avec des variantes qui permettent d'aller plus loin en prévoyant qu'il y aura des reports d'une semaine sur l'autre avec des limites (art L3121-48).

§2. La répartition du temps de travail sur la semaine

Cette répartition sur la semaine peut déborder sur des durées plus longues. Dans le cadre de la semaine, il existe en général trois modalités de réparation :

- ❖ Soit sur 6 jours
- ❖ Soit sur 5 jours et demi
- ❖ Soit sur 5 jours

L'horaire de travail sur la semaine est librement fixé sur l'employeur.

On peut maintenant aller sur 4 ou 4 jours et demi. On se rend compte au niveau de l'entreprise, dès lors que les limites légales sont respectées, il est possible de déroger à ces répartitions sur 5, 5 et demi ou 6 et aller jusqu'à 4 jours.

Chaque année, l'employeur doit engager des négociations avec les syndicats sur l'organisation du temps de travail.

§3. La modulation du temps de travail

Elle consiste à répartir le temps de travail sur une durée supérieure à la semaine. On distingue deux types de modulations :

- ❖ La modulation sans accord collectif
- ❖ La modulation

A/ La modulation sans accord collectif

Pendant longtemps, il n'était pas possible de moduler le temps de travail sans accord collectif préalable. C'est depuis 2008 que toute entreprise peut organiser la durée du travail sous la forme d'une durée maximale de quatre semaines consécutives, la semaine n'est plus la référence, maintenant c'est le mois. Cela relève du pouvoir de l'employeur. C'est l'exemple du salarié qui travaille à des heures différentes chaque semaine et qui a la fin du mois a travaillé sur une moyenne de 35H.

Cela paraissait insuffisant au point que en 2016, la loi a prévu que la période de 4 semaines pouvait désormais aller jusqu'à 9 semaines, mais uniquement dans les entreprises de moins de 50 salariés.

Pour les autres, un accord est nécessaire.

Il y a un garde fou : les salariés doivent être prévenu des changements d'horaires au moins 7 jours ouvrés avant la date du changement.

B/ L'existence d'un accord collectif

Les accords collectifs :

- ❖ les accords d'entreprise, d'établissement
- ❖ Convention collective
- ❖ Accord de branche

Ces accords peuvent définir des modalités d'aménagement du temps de travail sur une durée beaucoup plus longue, c'est-à-dire sur une durée d'un an et même depuis la loi de 2016, jusqu'à 3 ans si un accord de branche l'autorise.

L'accord prévoir en général une rémunération mensuelle égale à 1/12 de la rémunération annuelle. Il y a un lissage du salaire. Ce type d'accord aboutit à de grandes variations dans l'organisation du temps de travail qui sont parfois peut compatible avec la vie personnelle des salariés.

Alors, jusqu'en 2012, la jurisprudence s'est montrée très protectrice des salariés et en général, elle considérait à juste titre qu'il s'agissait d'une véritable modification du contrat de travail.

La loi du 22 mars 2012, article L3121-43 est venue mettre fin à cette jurisprudence en prévoyant que la mise en place d'un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine par un accord collectif, cette

mise en place ne constitue pas une modification du contrat de travail pour les salariés qui sont donc tenus de respecter les nouvelles modalités de travail. C'est très régressif pour le salarié.

Arrêt du 12 juillet 2018, toujours à propos de la disponibilité du salarié.

C'était un salarié dont l'employeur prévoyait l'obligation de rester en permanence son téléphone allumé pour pouvoir à tout moment répondre aux clients ou à d'autres salariés. L'entreprise ne considérait pas cela comme une astreinte.

La cour de cassation a considéré que le fait de rester connecté en dehors du travail suffit à définir une période d'astreinte.

La cour a condamné l'entreprise à titre de dédommagement à verser 60 mille euros.

Section 3 : Les congés

Les congés font partie du droit au repos et il faut mentionner un droit qui a été nouvellement concentré dans les années 2016. On le retrouve dans le code du travail par exemple à l'article 2242-17, c'est le droit à ce que l'on appelle à la « **déconnexion** ».

Ce droit c'est l'idée selon laquelle les repos et les congés doivent être effectifs pour ne pas menacer la santé mentale des salariés par une connexion permanente avec le travail qui altère la vie privée et familiale. L'employeur ne peut pas exiger que le salarié pendant ses vacances reste connecté.

Les congés sont de trois ordres :

- ❖ Les jours fériés
- ❖ Les congés payés annuels
- ❖ Une multitude de congés liés soient à la famille, soit personnel

§1. Les jours fériés

Ils sont énumérés à l'article 3133-1 du code du travail. Ce sont :

- ❖ 1^{er} janvier
- ❖ Lundi de pâques
- ❖ 1^{er} mai
- ❖ 8 mai
- ❖ L'ascension
- ❖ Lundi de Pentecôte
- ❖ Le 14 juillet
- ❖ Le 15 août
- ❖ La Toussaint
- ❖ Le 11 novembre
- ❖ Noël

Contrairement à une idée répandue, il n'est pas interdit à l'employeur de faire travailler ces jours là. Mais généralement, il y a des usages, des accords d'entreprise, sources conventionnelles, font chômer la plupart des jours fériés (ce sont des **jours fériés chômés**).

Il n'y a qu'une exception : le 1^{er} mai est légalement chômé, les salariés ne doivent pas travailler sauf certaines activités qui ne peuvent pas être interrompues et dans ce cas, les salariés qui travaillent le 1^{er} mai ont le droit à un salaire double.

La journée de solidarité qui est prévue à l'article 3133-7 qui a été instituée le 30 juin 2004. La journée de solidarité, initialement, avait été fixée lundi de Pentecôte ; c'est le fait de travailler ce jour férié sans rémunération. En effet, on cherchait à financer les dépenses de dépendance des personnes âgées (c'était durant un épisode de canicule).

Ce n'est plus le lundi de Pentecôte maintenant, ça a changé.

§2. Les congés payés annuels

C'est en 1982 qu'on ajoute une 5^{ème} semaine de congés payés. Ces congés revêtent une importance sociétal pour les français mais aussi pour l'industrie des loisirs.

A/ Les conditions d'obtention des congés payés

Ce sont les employeurs qui ont à la charge des congés payés et si le salarié n'a pas pris tous ses congés payés, cela ouvre droit à une indemnité compensatrice.

B/ La durée des congés payés

Le principe en droit commun, le droit aux congés payés est acquis d'une année sur l'autre selon la durée du travail effectif pendant une période dite de référence qui précède l'année des congés.

Depuis 2012, il est possible de déroger par rapport à cette période de référence, avec des accords.

Le principe c'est que chaque salarié a droit à 2,5 jours ouvrables (ou 2 jours ouvrés) par mois, ce qui fait $2,5 \times 12 = 30$ jours ouvrables par an.

Les jours ouvrables sont les jours qui peuvent être travaillés dans le respect des règles de repos hebdomadaires (6 jours/semaine).

Les jours ouvrés sont ceux qui sont réellement travaillés dans l'entreprise (en général 5 jours/semaine).

Ce droit peut être réduit en cas d'absence. Certaines absences ne génèrent pas de congés payés alors que d'autres sont prises en compte.

Par exemple : les périodes d'absence pour maladie ne sont pas comptées comme du travail effectif. Mais à l'inverse, les périodes de suspension pour ATMP continues de produire des congés payés.

La loi prévoit des majorations de congés payés, par exemple : 2 jours supplémentaires de congés par enfant (longtemps réservé aux femmes mais maintenant étendu aux hommes également depuis 2016). Il faut savoir aussi qu'il existe de nombreux accords qui prévoient des majorations.

C/ Les modalités de prise de congés

Le congé est un droit et l'employeur doit donc mettre le salarié en mesure de prendre réellement ses congés.

Le salarié est lui obligé de les prendre et ne peut pas normalement les échanger contre une rémunération supplémentaire, c'est une obligation au repos. Sauf, la 5^{ème} semaine de congés, donc 6 jours ouvrables qui peut être mise sur ce qu'on appelle un **compte épargne temps** : des congés que l'on pourra prendre plus tard ou qui permettront de partir en retraite plus tôt.

L'époque à laquelle intervient la prise de congés, la loi prévoit qu'obligatoirement, cette période se situe du 1^{er} mai au 31 octobre. L'employeur est tenu de faire connaître la période de prise des congés au moins deux mois à l'avance.

L'ordre des départs en congés est fixé soit par des accords, soit par l'employeur, en prenant compte des critères familiaux. Cet ordre de départ en congés est communiqué aux employés au moins un mois à l'avance. Et normalement, pendant ce mois, l'employeur ne peut plus modifier cet ordre de départ.

La loi de 2016 permet maintenant qu'un accord dans l'entreprise puisse lui-même fixer le délai que doit respecter l'employeur qui veut modifier les dates de départ et la loi ne prévoit pas de minimum.

D/ Le fractionnement des congés payés

Est-ce qu'ils peuvent être pris en un seul bloc ou est-ce qu'ils peuvent être éclatés ?

La loi fixe trois grandes règles d'ordre public :

- ❖ Il n'est pas possible de prendre les 30 jours en une seule fois. Le maximum c'est 24 jours, soit 4 semaines.
- ❖ Le congé qui ne dépasse pas 12 jours doit être continu pour éviter l'éclatement des petits congés.
- ❖ Lorsque le congé principal dépasse 12 jours, il peut être fractionné avec l'accord du salarié. Sauf, si il a lieu pendant la fermeture de l'entreprise.

Cette fraction continue de 12 jours est toujours attribuée du 1^{er} mai au 31 octobre. En revanche, les jours restants (18 jours) l'employeur les accorde librement en une ou plusieurs fois et en dehors, si il le souhaite, du 1^{er} mai au 31 octobre. Ces jours ouvrent droit à des congés payés supplémentaires de 2 jours.

Que se passe-t-il lorsque l'entreprise ferme pendant les congés ?

Dans ce cas, l'employeur peut décider que les salariés devront prendre leur congés pendant la fermeture. Il peut décider également que la 5^{ème} semaine de congés payés sera prise entre Noël et le nouvel an.

Que se passe-t-il si un salarié est victime d'une maladie ou d'un accident avant la prise des congés qui était programmée ?

La loi n'a rien prévu mais en général, la jurisprudence décide que les congés payés acquis sont alors reportés après la date de reprise du travail.

En revanche, lorsque la maladie ou l'accident survient pendant les congés payés, la jurisprudence se montre moins favorable en disant que cette situation n'ouvre pas droit à des congés payés supplémentaires. La jurisprudence considère que l'employeur a rempli ses obligations, ce n'est pas de sa faute si le salarié est malade pendant ses congés. Dans ce cas, c'est lésionnaire pour le salarié.

§3. Les congés liés aux circonstances familiales

A/ Les congés liés à la maternité

Ces congés sont caractérisés par la dispense de travailler mais c'est aussi le régime spécial de la suspension du contrat de travail.

La dispense de travailler commence avant même le congé proprement dit, avec une réduction partielle de la durée du travail d'une heure par jour, avec également parfois des changements d'affectation ou même avec des changements d'horaires.

A partir de la 6^{ème} semaine avant la DPA (date présumée de l'accouchement), s'ouvre alors ce qu'on appelle le congé de maternité qui dure en principe 16 semaines : 6 semaines avant la DPA et 10 semaines après la DPA.

Mais, selon le rang de l'enfant, ou en cas de naissance multiple, cette durée de 16 semaines est allongée jusqu'à 22 semaines après la naissance.

De plus, à ces 16 semaines, peuvent s'ajouter 2 semaines pathologiques quelque soit le rang de l'enfant.

Que se passe-t-il si la naissance survient avant ou après la date prévue ?

➤ Avant la DPA

Dans ce cas, la période de suspension sera prolongée d'autant.

➤ Après la DPA

Le congé postérieur n'est pas pour autant diminué

Ces congés de maternité sont considérés comme du travail effectif pour le calcul des congés payés ainsi que pour le calcul de l'ancienneté.

La salarié n'est pas obligée d'user de l'intégralité de son droit a congés, elle peut prendre moins que les 16 semaines mais la loi prévoit quand même une période incompressible puisque l'employeur a l'interdiction d'accepter au travail la salarié pendant une période d'au moins 8 semaines avec une période d'au moins 6 semaines après.

B/ Les congés liés à la paternité

Ce congé s'appelle le congé paternité et accueil de l'enfant. La loi a toujours prévu une période de congés de 3 jours qu'on appelait le congé de naissance, mais les lois successives lui ont donné des droits supplémentaires.

Pour chaque naissance, le père a droit à 25 jours calendaire consécutifs qui doivent être pris dans les 6 mois de la naissance. Il s'ajoutent aux 3 jours légaux qui existaient déjà, les pères ont donc 28 jours.

C'est le salarié qui choisit ses dates de la manière suivante :

- ❖ Il y a une première période de 4 jours + les 3 jours légaux, soit un total de 7 jours qui sont obligatoirement pris à la naissance.
- ❖ En revanche, les 21 jours restants sont fractionnables et sont pris dans les 6 mois après la naissance.

Selon certains auteurs, il y a encore une disparité entre les pères et les mères qui est discutable. Il a été répondu que ce n'est pas discriminatoire en raison d'une réalité biologique un peu différente.

C/ Les congés pour raison familiale

❖ Le congé parental d'éducation

C'est un congé non rémunéré par l'employeur qui est simplement partiellement indemnisé par un autre biais : les caisses d'allocations familiales. La durée varie de 1 à 3 ans au terme desquels le père ou la mère a vocation à trouver son emploi à l'identique.

❖ Le congé d'adoption

Il est calqué sur le congé maternité mais il n'est que de 10 semaines après l'adoption.

❖ Le congé de présence parentale

Les parents peuvent demander jusqu'à 14 mois pour soigner leur enfant, c'est un congé qui est non rémunéré.

❖ Les congés pour événement familiaux

Ils sont anciens et prévus dans le code du travail, rémunérés et à la charge de l'employeur.

- ❖ 4 jours pour un mariage ou un PACSE
- ❖ 1 jour pour le mariage d'un enfant
- ❖ 5 jours qui sont passés à 12 jours pour le décès d'un enfant
- ❖ 3 jours pour le décès du conjoint, père, mère, beau-père, belle-mère, le frère, la sœur.

§4. Les congés spéciaux

Ils sont relativement récents et répondent à l'objectif de permettre aux salariés pendant leur vie active de suspendre un contrat de travail (de façon non rémunérée), notamment pour travailler dans le milieu associatif, humanitaire, politique, autrement dit, lorsque ce congé a une finalité bien définie.

Ce sont des congés de convenance personnelle :

- ❖ Le congé pour création d'entreprise

- ❖ Le congé sabbatique
- ❖ Le congé de solidarité familiale
- ❖ Le congé de solidarité internationale
- ❖ Le congé pour les candidats à des élections ou les élus tout simplement

Section 4 : Le travail en temps partiel (TP)

Il est prévu aux articles L3123-1 et suivants du code du travail.

Les salariés en temps partiel représente en chiffre presque 4 millions de personnes et plus de 80% des travailleurs en temps partiel sont des femmes :

- ❖ D'abord, et souvent, quand les employeurs ont le choix, ils attribuent le temps partiel aux femmes.
- ❖ Les femmes elles-mêmes demandent du temps partiel car il y a encore et souvent une inégalité devant les tâches domestiques et familiales

Ces deux raisons expliquent la proportion. Le temps partiel représente d'une certaine manière une discrimination car parfois le TP est choisi mais souvent il est subi.

C'est la raison pour laquelle le législateur dans une loi du 14 juin 2013 est venu réglementer d'une manière assez pointilleuse sur le TP, dans un objectif de protéger le salarié.

Est considéré comme un travailleur à TP, le salarié qui travaille moins d'un temps plein, c'est-à-dire moins de 35 heures par semaine. Mais attention car si dans une entreprise, la convention collective prévoit une durée de travail de 32 heures, ne seront pas considéré comme travailleur à TP ce qui ont ces horaires là.

§1. Le formalisme du contrat de travail à temps partiel

Tout contrat de travail à TP est obligatoirement rédigé par écrit, écrit qui comporte des mentions obligatoires, et permis celles-ci : la rémunération, la qualification, la durée du travail et surtout la répartition de cette durée du travail.

La question qui se pose est celle de savoir comment sanctionner ce formalisme.

Ce formalisme est sanctionné par une présomption simple d'un contrat de travail à temps complet. Donc en l'absence d'écrit ou de mentions légales, le contrat de travail est présumé à temps plein mais l'employeur peut renverser cette présomption par tout moyen.

La sanction est moins sévère que le CDD, en revanche, la requalification en temps plein pourrait s'avérer très grave pour l'employeur. En effet, lorsque l'on re-qualifie en temps plein, cela entraîne l'obligation pour l'employeur de verser rétroactivement un salaire à temps plein. Sachant qu'en matière de salaire, la prescription est de 5 ans.

C'est la raison pour laquelle la re-qualification est réservé au cas où l'employeur est dans l'incapacité de renverser la preuve du temps complet. Pour se faire, il le démontre non seulement que le salarié a travaillé moins d'heures, mais en prouvant que le salarié connaissait à l'avance ces horaires de travail et se tenait pas en permanence à la disposition de l'employeur.

Du fait de la durée réduite du travail, le salarié recherche un autre travail pour compléter ses revenus, si l'employeur impose au salarié en TP des variations importantes dans son emploi du temps, et bien, le salarié ne peut pas prévoir une période où il pourrait travailler ailleurs et donc, de fait, il est au service exclusif d'un seul employeur pour un salaire naturellement restreint.

Idem, temps plein lorsque les durées de répartition du travail ne sont pas respectées.

On remarque également que même si les horaires sont fixées, connus par avance mais en pratique rendent impossible toute recherche d'un autre emploi et bien de facto, le salarié est obligé de réserver tout son temps au même employeur.

En résumé, en l'absence d'écrit, le contrat peut être re-qualifié en temps complet. L'employeur pourra rapporter la preuve d'une stricte régularité de la durée de travail et de sa répartition. Mais la moindre irrégularité pourra entraîner la requalification. Même en présence de forme requise, la requalification pourra s'opérer également si le salarié démontre que l'organisation du temps de travail l'empêche d'exercer un autre emploi.

§2. Le principe de l'égalité des salariés à temps partiel et à temps plein

La loi est venue affirmer ce principe en affirmant une identité des droits. Autrement dit, tous les droits reconnus aux salariés en TC sont reconnus aux salariés en TP.

Par exemple : la période d'essai, le calcul de l'ancienneté, la rémunération (il faut qu'elle soit proportionnelle), de même, il est interdit à l'employeur notamment dans des licenciements collectifs de licencier en priorité les salariés à temps partiel. Il n'est pas non plus possible de priver un salarié à TP de certaines primes, l'employeur peut simplement les proratiser.

En revanche, il n'existe pas de droit au retour à temps plein pour le salarié qui a demandé un TP sauf accords collectifs en ce sens. Il existe cependant un droit de priorité pour l'attribution d'un emploi à temps plein qui devient disponible dans l'entreprise.

§3. La durée et la répartition du temps de travail

A/ Une durée minimale

L'article 3123-27 prévoit que tout contrat de travail à TP doit comporter une durée minimale qui est fixée depuis 2016 à 24 heures par semaine.

Mais, il existe bien sûr de nombreuses exceptions parmi lesquelles la convention collective qui peut prévoir une durée inférieure si elle est assortie d'une garantie de régularité dans les horaires et permet donc au salarié de cumuler avec un autre emploi pour atteindre les 24 heures de principe.

Deuxième exception, les CDD de moins de 7 jours, ou encore les CDD de remplacement.

Troisième exception, des dérogations sont possibles sur demande du salarié pour les moins de 26 ans qui poursuivent des études. C'est une demande motivée par deux raisons :

- ❖ Volonté de cumuler avec une autre activité
- ❖ Contrainte personnelle (sportive, bénévoles, vie privée, études...).

Cette exception permet d'échapper largement à cette obligation de principe de 24 heures.

Mais, ce qu'il faut mentionner, c'est que dans tous les cas, la loi exige le regroupement des horaires sur :

- ❖ Soit des journées complètes
- ❖ Soit des demi-journées

B/ Les heures complémentaires

Ce sont en réalité des heures supplémentaires. Elles se définissent comme les heures effectuées au-delà du temps partiel dont la durée a été contractuellement prévue.

Si le contrat de travail à TP prévoit 15 heures / semaine, la 16^{ème} heure travaillée devient une heure complémentaire.

D'abord, le contrat de travail à TP doit spécifier expressément les conditions et les limites dans lesquelles les heures complémentaires peuvent être demandées au salarié à TP.

Ces heures complémentaires ne peuvent pas avoir pour effet d'accroître de plus de 10% la durée du travail. Cependant, les conventions collectives peuvent augmenter ce ratio dans la limite d'1/3 de la durée.

Concernant le paiement des heures complémentaires, jusqu'en 2013, sauf disposition plus favorable, elles n'étaient pas mieux rémunérées. Depuis 2013, chaque heure complémentaire donne lieu à une majoration mais cette majoration est fixée par un accord collectif, la loi prévoyant que la majoration ne peut pas être inférieure à 10%.

A défaut d'accord, le taux de majoration sera de 10% et de 25% si les heures complémentaires excèdent les 10% d'heure pour aller jusqu'à 1/3.

Les heures complémentaires sont ordonnées par l'employeur et sont obligatoires, mais elles doivent être demandées au moins 3 jours à l'avance. Et puis, ces heures ne peuvent pas avoir pour effet de porter la durée du travail au niveau de la durée légale. Autrement dit, le salarié peut parfaitement refuser à travailler à temps complet dans l'entreprise.

Surtout, l'utilisation systématique d'heures complémentaires peut entraîner une modification du contrat de travail.

Dans quels cas ?

Si pendant 12 semaines, sur une période de 15 semaines l'horaire réellement effectuée à dépasser celui qui était prévu au contrat d'au moins 2 heures par semaine, la durée contractuelle est automatiquement modifiée, sauf opposition du salarié.

Le but évident de ce mécanisme c'est d'interdire à l'employeur de revenir à une durée moindre.

Il faut savoir aussi que depuis 2013, il est possible qu'un accord de branche prévoit d'augmenter temporairement la durée du travail par un avenant au contrat de travail, et ce d'une manière temporaire. Ce texte de 2013 revient sur une jurisprudence qui condamnait cette pratique.

C/ La variation de la répartition du temps de travail

L'équilibre des relations contractuelles exige que la fixation des horaires de travail échappe partiellement au pouvoir de l'employeur. Si l'employeur peut demander au salarié de travailler à n'importe quel moment en changeant sans cesse ses horaires, il ne peut pas disposer de son temps libre et on en tire comme conséquence que les horaires doivent être prévues par le contrat.

C'est la raison pour laquelle des clauses de variation permettent de modifier les horaires. Ces clauses doivent préciser l'ampleur des variations possibles, les cas d'intervention (les circonstances).

Surtout, ces clauses exigent un délai de prévenance d'au moins 7 jours. La loi va très loin puisqu'elle prévoit que le contrat de travail à temps partiel doit définir les cas dans lesquels une modification des horaires ou de la répartition des jours de travail dans la semaine peut intervenir, ainsi que la nature de cette modification.

Lorsque le contrat n'a pas prévu une telle clause, le refus du salarié d'accepter une modification de ces horaires, ne constitue ni une faute, ni un motif de licenciement.

La jurisprudence décide que même en présence d'une clause, exceptionnellement, le salarié peut refuser la modification de ces horaires en démontrant essentiellement trois choses :

- ❖ Des obligations familiales impérieuses
- ❖ Le suivi d'un enseignement
- ❖ Un travail chez un autre employeur

Il existe en matière d'horaire de travail une garantie essentielle : la **garantie contre les excès dans la répartition du temps de travail**. Elle est légale et figure dans la loi à l'**article L3123-30**. Elle prohibe cette disposition ce que l'on appelle le « **hachage** » du temps de travail tout au long de la journée.

Exemple : un salarié qui travaillera de 8H à 9H, ensuite de 12H à 13H et de 16H à 17H.

On comprend bien que de telles horaires bloquent toute la journée du salarié. Donc la loi interdit à défaut d'apport, que les salariés subissent plus d'une interruption de travail par jour ou une interruption supérieure à 2 heures.

Mais, les **sources conventionnelles peuvent déroger à cette protection**.

Par exemple : si un accord d'entreprise fixe des horaires en contradiction avec la garantie prévue, il doit alors définir les amplitudes horaires pendant lesquelles les salariés peuvent travailler et prévoir des contreparties spécifiques tenant compte des exigences propres de l'activité exercée.

Finalement, la protection la plus importante dans le temps partiel, c'est finalement l'**éventuelle requalification du temps partiel au temps plein**, et ce sera le cas chaque fois que la loi est violée dans l'exécution du contrat.

Exemple :

- ✓ l'employeur qui demande au salarié des heures complémentaires au-delà des limites légales
- ✓ l'employeur qui impose des horaires de travail en contradiction avec l'interdiction que l'on vient de voir
- ✓ l'employeur qui modifie unilatéralement les horaires de travail et il le fait fréquemment avec de grandes amplitudes.

Dans tous ces cas, on se rend compte que la répartition qui est imposée au salarié, **lui interdit de fait, la recherche d'un travail complémentaire**.

L'exécution irrégulière d'un contrat à temps partiel peut être sanctionnée par la requalification au même titre que l'irrégularité dans la conclusion du contrat de travail.

Cette protection reste fragile car il existe un moyen de la contourner : il faut une convention collective certes, mais le temps partiel peut maintenant être modulé. Il est désormais possible de signer des conventions collectives qui prévoient que le temps partiel pourra être modulé (c'était un D normalement mais on n'a pas le temps de le traiter).

Cas pratique :

Une dame embauchée il y a deux ans et elle est embauchée pour s'occuper de deux enfants, par contrat de travail à temps partiel de 9H par semaine, avec un CDD. C'est la deuxième année de son CDD renouvelé du 1^{er} septembre au 30 juin. Il est bien spécifié que si les horaires des enfants changent, l'employeur pourra lui modifier les horaires de travail. Au mois de février, l'employeur qui a lui-même perdu son emploi, n'a plus besoin de cette dame. L'employeur opère un licenciement ou il précise bien qu'il n'y a pas de faute.

Chapitre 6 : Les conflits collectifs du travail

La notion de grève doit être distinguée de la notion de conflit collectif. Bien sûr, les deux sont des moyens d'expression et de défense des salariés. Mais, si la grève manifeste l'existence d'un conflit collectif, elle n'est qu'une des ses modalités. Autrement dit, la notion de conflit collectif est beaucoup plus large et englobe d'autres procédés de lutte du type : appel au boycott, blocage de route, séquestration...

Ce n'est pas une notion juridique, c'est plus une notion « **journalistique** ». La grève ne concerne que les droits des salariés dans leur rapports contractuels avec l'employeur.

La grève engendre des perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise ou d'un service et constitue donc un **préjudice pour l'employeur**, et c'est d'ailleurs le but. Mais, elle porte également **préjudice aux salariés** qui la font car elle les **prive de leur salaire** pendant les heures de grèves, et parfois même dans les cas extrême, elle va les priver de leur emploi. C'est également un **préjudice pour les clients** des entreprises ou dans le secteur public, les usagers du service.

La grève n'a pas toujours été autorisée, il a fallu attendre 1864 pour qu'elle soit dépénalisée.

Jusqu'en 1950 on attaché à la grève, un effet de rupture du contrat de travail. Ce n'est que à partir des années 50 que la grève ne fait que surprendre le contrat de travail.

Et puis, le **préambule de la Constitution de 1946** en fait un droit juridiquement protégé.

Dans la grève, il y a très peu de dispositions légales. Il y a dans le code du travail essentiellement les **articles 2511-1 et suivants** et on a des dispositions qui ne figurent pas dans le code, ce sont des règles pour les services publics.

Sous les articles qui concernent la grève, il y a une multitude de notes de jurisprudence, c'est un droit principalement jurisprudentiel.

§1. La notion juridique de grève

L'enjeu est important car si le mouvement que l'on croit être une grève, venant à être disqualifié (ou requalifié) devient alors une faute qui peut être sanctionnée par l'employeur.

La grève c'est l'arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles.

Il y a certaines pratiques que l'on a tendance à appeler des grèves, mais ce ne sont pas des grèves, la définition est étroite.

A/ Il faut un arrêt collectif du travail

L'arrêt collectif est assez large et peu importe le moment. Contrairement à une idée répandue, il n'existe pas nécessairement de préavis de grève, autrement dit, **la grève surprise est possible et légale**. Il n'est pas nécessaire d'attendre le résultat des négociations.

La seule exigence, il faut que des **revendications soient énoncées**. Si un préavis est stipulé dans la convention collective, il est inopposable au salarié. Ce libre choix du moment implique donc l'absence de toute formalité préalable, il n'y a aucune procédure. Et contrairement à une autre idée répandue, il n'y a pas besoin de représentation de syndicat. Car le droit de grève appartient à chaque salarié même si son exercice est collectif.

Peu importe la durée de l'arrêt de travail, la grève peut être brève ou plus longue, elle peut durer 1H comme elle peut durer 10 jours. Quand elle est courte, on parle souvent de « **débrayage** », ce sont quand même des grèves.

La plupart du temps, la grève peut avoir lieu sur le lieu de travail, on parle de « **grève sur le tas** » mais elle doit être conciliée avec la poursuite du travail des autres employés qui ne sont pas grévistes. La grève sur le tas avec occupation des locaux **ne doit pas désorganiser complètement l'entreprise**.

La grève peut être a durée déterminée, mais peut aussi être a durée indéterminée, jusqu'à la satisfaction des demandes.

Peut importe l'ampleur de la grève, elle peut être le fait d'une infime minorité, il suffit que plusieurs salariés arrêtent le travail en même temps : **sur le principe, il faut être au moins deux pour faire grève**, on ne peut pas faire grève tout seul. Mais ce principe connaît deux exceptions :

- ❖ **Les entreprises dans lesquelles il n'y a qu'un seul salarié.**
- ❖ On peut également être **le seul à faire grève** dans l'entreprise lorsque **la grève obéit à un mot d'ordre de règle formulé au plan national.**

Quelque part, ce n'est pas juridiquement une grève.

La grève peut être limitée dans l'entreprise à telle ou telle catégorie de personnel, à tel ou tel service. Alors, cette grève peut engendrer des perturbations pour les autres services. Elle est quand même licite sauf si elle entraîne une impossibilité absolue de travailler dans les autres services.

Peut importe les modalités de la grève, elle peut en effet affecter tour à tour une catégorie de personnel, chaque service qui se met en grève à son tour, c'est ce qu'on appelle une « grève tournante ». Cette grève est licite sauf si elle aboutit à une exécution défectueuse du travail, et dans ce cas, il y aurait abus du temps de grève.

Il ne faut **pas confondre une grève sur le tas avec une réunion.**

Par exemple : une réunion organisée par un syndicat sur le lieu de travail pendant le temps de travail est irrégulière si elle n'a pas été précédée de revendications.

En revanche, si le rassemblement pendant le travail est décidé pour appuyer des revendications, cette réunion devient alors une grève.

B/ Il faut des revendications

C'est la nature des revendications. En effet, une grève licite tend à obtenir des augmentations de salaire, de meilleures conditions de travail...

La difficulté c'est que les revendications politiques sont en principe illicites, même si il est souvent difficile de distinguer le professionnel du politique.

C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a enjambé l'obstacle en disant qu'il n'était pas nécessaire que la revendication se situe au niveau de l'entreprise. Après l'avoir pendant longtemps refusé, la Cour de cassation admet que la grève générale est licite et la participation à une journée générale de protestation peut prendre la forme d'une grève. Il suffit donc finalement que des choix politiques soient liés à des préoccupations professionnelles pour que la grève soit licite.

L'autre problème juridique concerne les grèves de solidarité, on se demande si elles sont licites alors mêmes qu'elles reposent sur des revendications qui ne sont pas propres aux grévistes eux-mêmes.

On va distinguer deux cas :

- ❖ **La grève de solidarité interne dans l'entreprise**
 - **La grève de pure solidarité** : les grévistes ne présentent aucune revendication les concernant personnellement, ils **prennent seulement la défense d'un salarié**. En principe, cette règle est **illicite**. C'est illicite car cette grève vient s'opposer frontalement au pouvoir disciplinaire de l'employeur, sauf si à l'évidence le licenciement est illicite.
 - **Les grévistes prennent la défense d'autrui et présentent en même des revendications qui les concernent eux-mêmes**. Dans ce cas, la grève devient **licite**.

❖ La grève de solidarité externe à l'entreprise

Les grèves qui sont plus politiques, qui visent la défense de l'emploi, pouvoir d'achat... parce que on estime que la grève peut avoir des motifs qui dépassent l'employeur.

On se pose aussi la question d'un caractère raisonnable : le juge peut-il exercer un contrôle sur le caractère déraisonnable de revendication ? Est-ce qu'il faut que les revendications soient nécessairement raisonnables ?

Il faut que l'employeur soit en mesure de pouvoir répondre aux demandes.

Cette question s'est posée dans l'**arrêt du 4 juillet 1986**. Les faits étaient relatifs à la suppression du poste d'officier mécanicien et du passage au pilotage à 2 pilotes seulement. Il y a alors eu une grève pour empêcher cela et l'employeur a dit que c'était une revendication déraisonnable et que la grève était illicite.

Les juges du fond ont au départ suivi l'employeur et que le juge peut apprécier le caractère ou non raisonnable des revendications. Finalement l'assemblée plénière a reculé et interdit désormais au juge du fond ce contrôle. La Cour de cassation considère que la grève est aussi un mode d'expression et le juge ne peut pas, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnel reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur le bien fondé ou non des revendications.

C/ La grève dans les services publics

Elle est réglementée dans le code du travail à l'article 2512-1 du code du travail. Il faut concilier le droit de grève et continuité du service.

1) Les règles communes à tous les services publics

Cela concerne les fonctionnaires mais également les agents qui travaillent dans des entreprises privées mais qui gèrent une activité de service public.

Il y a une différence fondamentale : il y a toujours un préavis obligatoire pour faire une grève. Il faut qu'il soit déposé au moins 5 jours francs avant le déclenchement de la grève. Ce préavis précise les motifs de la grève, le lieu, la date, l'heure et la durée limitée ou non.

En revanche, les salariés, individuellement ne sont pas tenus de faire connaître à l'employeur si ils participeront ou non à cette règle.

2) Les règles relatives à certains services publics

Depuis 2007, dans les transports terrestres de personnes, ainsi que dans les écoles primaires et maternelles et depuis 2012 étendu dans les transports aériens, dans ces secteurs, les salariés sont tenus de prévenir l'employeur de leur intention de se mettre en grève (préavis individuel) au moins 48H à l'avance.

Cette disposition concerne uniquement les salariés dont la présence détermine directement l'offre de service. Il faut savoir que le non respect de cette obligation par les salariés, les rends passibles de sanctions disciplinaires.

D/ La disqualification de certaines mouvements

Certains mouvements ne répondent pas aux critères exigés. La qualification de grève est importante car d'elle, dépend le régime juridique protecteur de la grève.

Le droit de grève n'autorise pas le salarié à exécuter son travail dans des conditions autres que les conditions prévues par le contrat de travail.

Liste d'exemple de mouvements illicites :

- ❖ La **grève perlée**, c'est le fait volontairement pour les salariés de ne pas cesser le travail mais plutôt une exécution au ralenti, le travail est exécuté d'une manière anormale pour abaisser le rendement. La jurisprudence considère que ce n'est pas une grève, donc les sanctions peuvent être encourues.
- ❖ Il y a aussi l'**exécution défectueuse du travail** : c'est une forme d'acte d'indiscipline. On exécute le travail mais d'une manière qui n'est pas prévue dans le contrat de travail. Tout ceci ne relève pas d'un exercice normal du travail, c'est une grève illicite.
Par exemple : le refus pour les agents de ne plus contrôler les billets.
- ❖ L'**autosatisfaction des revendications** : le salarié modifie lui-même et dans le sens qu'il revendique ses conditions de travail.
Par exemple : salariés qui sont obligés de travailler le samedi matin, ils refusent donc se mettent en grève chaque samedi matin. C'est typique du mouvement illicite, ils ont modifié dans le sens qui revendiquent leurs conditions de travail.

§2. Le régime de la grève

A/ L'immunité disciplinaire

Pendant la grève, le contrat de travail est suspendu, donc un licenciement qui serait prononcé parce que un salarié a fait grève, est nul de plein droit, sauf en cas de faute lourde.

C'est la faute d'une exceptionnelle gravité qui s'accompagne en général d'une intention de nuire, cela correspond à des actes qui sont détachables de l'exercice normal du droit de grève.

Exemple : **les piquets de grève** (cela consiste à se mettre à l'entrée de l'usine et à empêcher ceux qui veulent travailler, de travailler).

La faute lourde c'est donc une faute d'une **exceptionnelle gravité, imputable personnellement au salarié et indépendante des autres fautes imputables aux autres grévistes**. Certaines excès ne constitue pas une faute lourde, pause qui ne sera pas toléré dans un contexte normal comme les injures.

B/ La protection pécuniaire

Pendant la grève, le salarié suspend sa prestation de travail, par conséquent, les heures non travaillées ne sont pas payées mais le non-paiement doit respecter un principe de stricte personnalité.

L'employeur peut faire des retenus sur salaire mais ne peut en aucun cas faire des sanction pécuniaires (il ne peut pas retenir plus que les heures qui ne sont pas travaillées).

Cela nous amène au problème des primes. En effet, lors d'une grève, il arrive que l'employeur verse des primes supplémentaires à ce qui n'ont pas fait grève. Il est souvent invoqué que la grève des uns n'interdit pas le travail des autres et l'employeur est tenté de verser une prime exceptionnelle aux non-grévistes.

La question est de savoir si cette prime est discriminatoire ?

La réponse c'est de dire que cette prime est discriminatoire. Mais parfois, il faut comprendre que les non-grévistes ont eu énormément de travail. La jurisprudence admet ces primes si elles sont versées exclusivement à ceux qui ont réellement fait face à un véritable surcroît de travail et non pas à l'ensemble des non-grévistes.

L'employeur doit se montrer prudent dans l'attribution de cette prime et les réserver individuellement aux salariés dont il peut démontrer le travail supplémentaire qui a été demandé.

Il y a un cas dans lequel l'employeur peut être amené à payer des heures de grève : c'est lorsque les salariés ont été obligés de cesser le travail pour faire respecter des droits essentiels à la suite de manquements graves et délibérés de l'employeur à ses obligations.

§3. Les ripostes patronales

En l'absence de faute lourde, le pouvoir disciplinaire de l'employeur est suspendu, l'employeur peut riposter à la grève. L'employeur peut faire travailler les non-grévistes et même les réaffecter aux tâches des grévistes.

Si il y a des piquets de grève, ou si l'occupation des locaux par les grévistes empêche les non-grévistes de travailler, **l'employeur peut saisir le juge des référés pour obtenir leur expulsion**. La plupart du temps, il va l'obtenir, mais cette ordonnance doit être exécutée avec le concours de la force publique. Or, et d'une manière discrétionnaire, cette force publique peut se dérober si elle estime que son intervention pourrait entraîner des troubles sérieux à l'ordre public.

Finalement, pour l'employeur ça ne sert à rien de demander une ordonnance d'expulsion. Et bien si, car grâce à cette ordonnance, il prend date pour deux choses :

- Les **piquets de grève qui refusent de s'y soumettre, c'est une faute lourde**.
- Si l'ordonnance d'expulsion n'est pas exécutée, pour l'employeur, la grève devient alors un **cas de force majeure**, l'employeur n'est **plus obligé de payer les non-grévistes**.

- ❖ L'employeur peut pendant la grève recourir à la sous-traitance pour effectuer le travail des grévistes.
- ❖ En revanche, il est strictement interdit à l'employeur de remplacer les grévistes par des CDD ou intérimaires.
- ❖ Il n'est pas interdit non plus d'avoir **recours à des bénévoles** dans des circonstances qui démontrent un caractère d'urgence.
- ❖ **Le lock-out de l'entreprise** : cela consiste dans la fermeture de l'entreprise à l'occasion du conflit, c'est un façon de briser la grève et empêche également les non-grévistes de travailler.

Contrairement à certains pays, en France, cette pratique n'est pas autorisée.