

Note de TD : 1 travail remis au chargé de TD + participation orale + oral à la 10^e séance (pas devant son chargé de TD : l'autre ou M. Chenu)

- **Partiel** : écrit de 3h, commentaire d'arrêt cas pratique dissertation choix entre deux sujets, Code du Travail autorisé (nécessaire)

Manuels : *mémento* (clair et rapide mais superficiel), *manuel* (explique mais pas précis), *précis/traité* : le mieux.

Revue de droit : *droit social*, Dalloz (**mensuel**) : revue de référence + partie sur l'actualité juridique (commentaire des lois et de la JP), *droit du travail*, Dalloz (**mensuel**) : également revue de référence. **Revue hebdomadaires** plus réactives mais format plus réduit : *Semaine juridique sociale* (JCPS), Lexis Nexis, *La semaine sociale Lamy*, Lamy.

Le **droit social** étudie l'ensemble des relations sociales dans la société qui naissent d'une relation de travail : **droit de la protection sociale** (cotisations basées sur un lien de travail), **droit du travail** (relation de travail entre employeur et salarié), **droit de l'emploi** (étudie l'ensemble des formes d'emploi et des politiques de l'emploi comme les emplois d'avenir, les contrats de génération, les emplois francs, etc.).

Introduction

Malgré son nom, le droit du travail ne régit pas l'ensemble des situations de travail. Seuls les **salariés** sont soumis au droit du travail, on exclut donc les fonctionnaires et les indépendants (commerçants chefs d'entreprise, artisans). C'est quand même **70% de la population active** qui est régie par ce droit c'est pourquoi il est un enjeu majeur de toute politique publique. Le travail est le moyen de subsister des individus. C'est un droit où les projets de réforme se succèdent sans cesse : il se **renouvelle continuellement**, c'est une matière vivante dans laquelle les situations évoluent.

CHAPITRE 1 : QUELQUES NOTIONS PREMIÈRES

Travail : Cela vient du mot latin *tripalium* qui désignait un instrument de torture. Le mot travail en français a longtemps conservé un lien avec **la douleur** : le travail de la femme qui accouche, dans l'ancien droit le travail était un mot employé pour désigner l'activité des **gens de bras** opposés aux gens de métier en raison du caractère supposé peu raffiné de leur **labeur** (c'était donc ceux qui souffraient). Mais ce n'est plus le cas aujourd'hui car le travail a connu une **évolution dans le vocabulaire** : de très nombreuses activités sont dénommées juridiquement travail sans que l'on trouve les racines de la douleur.

La Cass Soc a en effet admis dans un **arrêt du 3 juin 2009**, de même que la **1^e civ dans un arrêt du**

4 avril 2013 que les participants à **l'île de la tentation** étaient des travailleurs. Le travail regroupe donc aujourd'hui **quasiment toute activité**.

Subordination : le droit du travail est en réalité un droit du **travail subordonné** car il exclut les indépendants puisque l'on s'intéresse aux **rappports déséquilibrés** entre un employeur et ses salariés. Le droit du travail s'en en réalité construit pour **contrebalancer** les pouvoirs de l'employeur au profit du salarié.

Rémunération : le droit du travail ne traite que des rapports de **travail rémunérés**, nous étudions les rapports du salarié qui tire sa **subsistance de son travail** avec son employeur. On exclut alors le bénévolat ainsi que le travail domestique.

Le droit du travail se présente comme le droit régissant les rapports unissant le salarié qui se place sous la **subordination de son employeur**. Il se présente également comme une branche du droit social qui comprend l'étude des relations **individuelles et collectives** nées du **contrat de travail** mais aussi l'étude de la **protection sociale** des individus contre les risques sociaux (maladie décès chômage) mais aussi le **droit de l'emploi** (politiques mises en œuvre pour organiser l'emploi). C'est **un des droits les plus vastes** qui existe car grande production normative et JP.

CHAPITRE 2 : HISTOIRE SOMMAIRE

Jusqu'à 1789 le droit du travail n'existe pas, à l'époque les travailleurs sont dans leur majorité des **ruraux** qui travaillent la terre. Le travailleur est enfermé dans un **lien féodal** et est absolument extérieur au droit du travail. Le travail industriel va se développer à partir de la fin du XIXe.

En 1789 il y a environ 1 500 000 ouvriers de l'industrie pour 28 millions d'habitants, la catégorie des ouvriers est donc très disparate mais se retrouve sur des **conditions de travail extrêmes** : non seulement la condition des ouvriers est **absolument précaire** puisqu'ils peuvent être **révoqués discrétionnairement** par l'employeur mais également car la durée de leurs journées de travail oscille entre **14 et 16h** et les salaires étaient **très bas**. De surcroît l'ordre dans les ateliers est assuré par le patron mais aussi par la police puisque l'Etat considère l'ouvrier comme **naturellement suspect** et **fauteur de trouble**. La doctrine juridique se **désintéresse totalement** des rapports unissant les patrons et les ouvriers : dans l'ensemble du *traité du louage de Pothier*, il n'y a qu'une seule page sur les ouvriers des villes. Les auteurs ne s'y intéressent pas car aucune règle n'est souhaitable pour laisser le salarié **complètement soumis à son employeur** dont les pouvoirs ne sont pas contrebalancés.

Ce rapport va se modifier **à partir de 1789**. En droit civil, il y a une révolution avec le Code Civil, contrairement à ce qui se passe en droit du travail dont le CC se désintéresse totalement. En effet dans le code civil, seul **l'article 1781** du Code Napoléon est véritablement destiné au contrat de travail « *le maître est cru sur sa simple affirmation pour la quotité des gages pour le paiement des salaires d'une année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante* ». C'est une **règle de preuve** qui donne toute **liberté à l'employeur** en matière salariale : si le salarié conteste la

date ou le montant du versement de son salaire, le maître est **cru sur sa simple affirmation**. Le Code civil n'est donc pas une révolution pour le droit du travail tout simplement car il ne s'y intéresse pas ou de façon très réduite pour consacrer des **règles coutumières**.

La **loi d'Allarde** et la **loi du Chapelier** mettent **fin aux corporations** (on interdit donc le syndicalisme). Le salarié va donc devoir **négozier de façon individuelle** et ne pourra plus le faire de façon collective (plus de **déséquilibre**). La fin du XVIIIe va accentuer la paupérisation des salariés. Ce mouvement va toucher son paroxysme dans les années 1830.

La première loi sociale va finalement intervenir le **22 mars 1841**, elle fixe l'âge d'entrée dans les manufactures à **8 ans**. Elle permet quand même de faire travailler les enfants de **12 à 16 ans 72h** par semaine. C'est principalement la **révolution de 1848** qui va permettre l'établissement d'un véritable **programme social** qui s'intéresse à la condition particulière des travailleurs. C'est la III qui permettra **l'émancipation des salariés**.

- **1874** : on limite le travail des enfants et on crée un corps d'inspecteurs du travail
- **1892** : on interdit aux femmes de travailler plus de 11h par jour, on interdit aux enfants de moins de 13 ans d'être embauchés
- **30 mars 1900** : on va vers la journée de 10h pour tout le monde
- **1906** : rétablissement du repos hebdomadaire
- **1884** : accorde la liberté aux syndicats professionnels
- **1936** : le front populaire, reconnaissance des conventions collectives instauration de la semaine de 40h premiers congés payés

Ce n'est **pas une révolution** mais une **progression**.

CHAPITRE 3 : LES SOURCES

SECTION 1 : LES SOURCES ÉTATIQUES

Elles servent à identifier l'articulation des normes en droit du travail (hiérarchie des normes, etc.).

§1 : Les bases constitutionnelles

A. Les textes

Il y a assez **peu de textes à valeur CC** qui s'intéressent au droit du travail. Dans le bloc de CC, il y a peu de choses sur le droit social : dans le préambule de 1946 on trouve le **droit d'obtenir un emploi** (mais droit très théorique). La **généralité** des normes constitutionnelles empêche généralement leur effectivité. On trouve malgré tout la **liberté syndicale** et le **droit de grève** qui s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent.

B. La JP du CC

En l'absence de textes les **interventions de la QPC sont modestes** ou réaffirment des droits contenus dans la constitution (droit de grève, liberté syndicale). En général l'apport du CC en matière de droit social **est modeste**.

§2 : La loi et le règlement

A. La loi

Aux termes des **articles 34 et 37 de la C de 1958** la loi détermine les **principes fondamentaux** du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale. Mais le législateur **ne se borne pas** à énoncer les principes fondamentaux. S'ajoute à cela que le gouvernement peut opérer par **décret ou par ordonnance**.

La principale particularité de la loi sociale est qu'elle doit être précédée aux termes de **l'article L1** du code du travail par une **concertation préalable** avec les organisations **syndicales de salariés et d'employeurs** représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle **négociation**. De ce fait tout projet gouvernemental doit être précédé d'une négociation entre les syndicats de salariés et les organisations patronales, c'est un **accord national interprofessionnel**. Cela peut **ralentir** le processus législatif d'autant plus que les syndicats ne sont pas toujours **très représentatifs**, de même que le résultat de cette négociation est **techniquement faible** et souvent en incohérence avec le reste du corps législatif.

B. Le règlement

Le corps réglementaire prend **beaucoup de place** : la fixation du SMIC et la procédure devant les prud'hommes relèvent à ce titre du pouvoir réglementaire. Il faut savoir que **tout le droit du travail n'est pas contenu dans le code du travail** qui contient 3 parties : Législative, réglementaire et décrétales.

§3 : La JP

En droit du travail plus encore qu'ailleurs, l'apport JP est **fondamental**. La Cass rend à elle seule plus d'arrêts que toutes les autres chambres civiles réunies (5 sans la Soc). C'est donc un **droit vivant** qui s'adapte au contexte économique et social mais le problème est qu'il y a un **contentieux de masse** (parfois 100 arrêts de la Soc dans une journée).

- **Tribunal des prud'hommes** en première instance : **relations individuelles**
- **TGI** : conflit **collectif**
- **TI** : conflit sur **l'élection d'un représentant syndical**
- **Tribunal de commerce**.

Aux termes de **l'article 55 de la C** « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». On distingue 3 domaines : le **droit international** du travail, les conventions du **conseil de l'Europe** et le droit **communautaire**.

§1 : Le droit international du travail

Il existe une institution particulièrement **dynamique** qui est propre au droit social qui est **l'Organisation Internationale du Travail**. Elle a pour principal objet de **préparer** et de **favoriser la conclusion de conventions internationales** du travail qui auront pour objet de régler les **relations de travail** dans les Etats parties aux conventions. Ces conventions sont préparées par le **Bureau International du Travail**. Il y a plus de **200 conventions** qui ont été prises dans le cadre de l'OIT. Les relations de la France avec l'OIT sont **paradoxales** car la France est l'un des membres les **plus actifs** de l'OIT, on considère généralement qu'en France on a une législation sociale qui est une **des plus avancées** du monde en terme de protection des salariés. Mais on avait tendance à considérer les conventions de l'OIT de façon condescendante car prises pour éviter le **dumping social**, c'est-à-dire pour éviter la **concurrence entre les pays** sur les conditions de travail. L'objectif de l'OIT est de **remonter les standards sociaux** dans les pays pour éviter que la concurrence entre les pays se fasse sur le dos des travailleurs.

Les standards étaient donc considérés comme **plus bas que ceux de la France** et donc ne nécessitaient pas une modification de la législation française. Malgré cela, la Cass a déclaré **l'inconventionnalité de certaines lois** sur la base des conventions de l'OIT.

S'ajoutent différentes autres conventions internationales qui ont **très peu d'impact** en droit interne.

§2 : Les conventions du conseil de l'Europe

La **CEDH** est la principale convention du conseil de l'Europe, de façon globale la **matière sociale** en elle-même est **exclue** des dispositions de la CEDH car en la matière l'état des marchés nationaux tellement **différents les uns des autres** rend **impossible un éventuel accord** entre les Etats européens. Toutefois quelques dispositions intéressent la matière sociale : **l'article 4** proscrit la **peine de travail forcé** et **l'article 11** qui garantit la **liberté syndicale**. La législation de la CEDH est donc **très modeste** en matière sociale. Les deux principaux articles invoqués devant les juridictions sociales en France sont **l'article 6** (droit à un procès équitable) et **l'article 11** sur le respect de la vie privée. Il va sans dire que l'influence de la CEDH sur le droit du travail est **très limitée**.

Il existe une autre convention qui est la **charte sociale européenne** qui a été adoptée par la France en 1999 et sa valeur est supra législative. Contrairement à ce qui s'est passé pour la CEDH on a **exclu la compétence d'une cour** : lorsque cette charte est violée, il n'y a **aucune sanction** prévue.

Puisque non sanctionné, ce droit n'est donc **pas effectif**.

§3 : Le droit communautaire

Il s'intéresse au droit du travail, mais globalement il reste **relativement mesuré** en la matière. Il ya des textes précis (discrimination, égalité hommes femmes) mais globalement il est mesuré car il est extrêmement difficile **d'accorder tout le monde** en matière du droit du travail. Il est donc relativement **peu important** sauf dans le **domaine de l'égalité** et en matière de **lutte contre les discriminations** (nombreuses directives)

SECTION 3 : LES SOURCES PROFESSIONNELLES

Le droit du travail va se distinguer des autres matières civiles par le fait qu'il a des **sources professionnelles**.

§1 : Les conventions et accords collectifs

En droit du travail on parle de **convention** lorsque l'acte juridique aura pour objet de traiter **l'ensemble des conditions d'emploi de travail et des garanties sociales**, une convention a donc un **objet large**. Lorsque l'on parle **d'accord**, on s'intéresse à un **sujet précis**. Cette distinction est propre au droit du travail mais elle ne doit pas cacher une identité de nature car au niveau de la nature, la convention et l'accord ont la **même nature**. Le monopole de la négociation collective appartient aux **organisations syndicales** et aux **organisations patronales**.

§2 : Les usages

L'usage s'entend d'une pratique caractérisée par une répétition régulière même sur une assez courte période et tenue pour obligatoire par ceux qui s'y soumettent. Le Code du travail et la JP sociale s'accordent à conférer un **caractère obligatoire** à l'usage. Lorsque l'employeur répète régulièrement un acte et que les salariés comme lui-même s'y soumettent, alors cet usage va devenir obligatoire. Exemple : *le 13^e mois* : la répétition régulière jusqu'à la fin d'exercice d'une prestation unilatérale oblige l'employeur à la répéter **sans qu'il s'y soit engagé** : c'est l'habitude qui donne force à l'usage. On trouve également un usage dans le **sport professionnel** de **recourir aux CDD** et non pas aux CDI ce qui permet le système des transferts. De même on trouve des **usages locaux**, dans certaines villes il est d'usage pour les employés de commerce de recevoir une prime à Noël.

- L'usage ne s'impose que dans la mesure où il est **favorable au salarié**
- L'employeur peut se libérer de l'usage mais il devra le **faire explicitement** et laisser un **délai suffisant** aux salariés pour en prévoir les conséquences.

§3 : L'engagement unilatéral de l'employeur

Etant observé que le monopole de la négociation collective appartient aux organisations syndicales,

il se trouve des situations dans lesquelles l'employeur et ses salariés ne **peuvent pas conclure de convention collective** dans leur entreprise car le seuil de salariés pour avoir une organisation syndicale est de **50 employés**. Si pas de syndicats, l'employeur prend des **engagements unilatéraux** (à faire bénéficier d'une assurance, à verser une prime, etc.). Il ne doit **pas nécessairement être écrit** mais le plus **souvent il l'est** mais sa validité n'est pas conditionnée à l'existence d'un écrit.

CHAPITRE 4 : LES INSTITUTIONS ADM ET JURIDICTIONNELLES

Le droit du travail s'illustre notamment par la présence d'institutions qui contribuent à la création de règles.

SECTION 1 : L'INSPECTION DU TRAVAIL

Elle est née à la **fin du XIXe en 1873**. La création de l'inspection du travail répond à un besoin des salariés qui sont placés sous la **dépendance de leur employeur** et qui peuvent difficilement poursuivre l'employeur devant le juge sans **mettre leur emploi en péril**. Si un salarié agit devant le juge il est souvent menacé de **perdre son emploi** par un licenciement, or **contester un licenciement** ce n'est pas retrouver son emploi mais **demander l'indemnisation** du préjudice subi. Cette menace pèse toujours sur le salarié, c'est l'une des composantes du lien de subordination. A cet égard le rôle de l'inspection du travail est de faire respecter les règles dans l'entreprise **de façon indépendante**. Le rôle des inspecteurs du travail est d'autant plus important dans les entreprises qui ne possèdent **pas de représentants du personnel** dont le rôle est de porter la voix des salariés, lorsqu'il n'y en a pas souvent c'est l'inspecteur du travail qui s'y substitue.

Elle est régie par les **articles L8112-1** et suivants du Code du travail. C'est un **corps interministériel** qui dépend de plusieurs ministères. Ce sont des fonctionnaires présents localement, autrefois dénommée **Direction régionale et départementale de l'emploi** elles sont remplacées par les **directions régionales des entreprises de la concurrence de la consommation du travail et de l'emploi (DIRECCTE)**. Chaque DIRECCTE comporte plusieurs pôles dont l'un est dédié au travail.

Leur mission est principalement de veiller au **respect de la législation et de la réglementation du travail** ainsi que les **conventions collectives**. Ils disposent à ce titre de nombreuses prérogatives notamment une **totale liberté de visite** des entreprises sous la réserve des **consignes de sécurité**, c'est un **droit quasi-absolu**. Leurs missions sont souvent des missions **d'information et de conseil**, outre leur **pouvoir de sanction**, on peut leur demander d'intervenir pour valider un plan de sauvegarde de l'emploi. Les inspecteurs ont un pouvoir très puissant qui est le pouvoir de **constater les infractions** à la législation du travail. Lorsqu'ils constatent, ces constats font foi **jusqu'à preuve du contraire**.

SECTION 2 : LES JURIDICTIONS DU TRAVAIL

§1 : Les juges occasionnels

- **Le TI** a une compétence au regard des **élections professionnelles** au sein de l'entreprise, s'il y a litige dans la **constitution des listes** ou le **déroulement du scrutin**.
- **Le TGI** est compétent en matière de **conflit collectif** : plusieurs employés contre un employeur, un syndicat ou un représentant contre un employeur etc.
- **Le tribunal de commerce** a compétence pour une **liquidation judiciaire**.
- **Le Tribunal Administratif aux Affaires Sociales** est compétent en matière de **cotisations**.
- **Le Tribunal de police, le tribunal correctionnel** en matière de **harcèlement** ou de **discrimination** qui est un délit de droit du travail.
- **Le tribunal administratif** est compétent notamment et surtout depuis la **loi du 14 juin 2013**, également pour **contester les actes administratifs** pris par les **inspecteurs du travail**.

§2 : Le juge naturel : le conseil de prud'hommes

Dans leur grande majorité les actions formées devant les **conseils de prud'hommes** sont formés **par les salariés** car c'est l'employeur qui décide. Le plus souvent la décision qui va entraîner le litige **provient de l'employeur** donc sa contestation provient du salarié.

A. Organisation

Depuis 1978 il existe en principe **un CPH par ressort de TGI** (un par département) donc en principe il y a au moins **1 CPH par département**. Chaque CPH est divisé en **5 sections** :

- Industrie
- Commerce et services
- Agriculture
- Activité diverses
- Encadrement (cadres)

1. La juridiction

Principale caractéristique du CPH : c'est une **juridiction élue**, ce ne sont pas des magistrats professionnels. Les conseillers PDH sont **élus par leurs pairs** c'est-à-dire **salariés d'une part et employeurs d'autre part**. Les listes sont présentées soit par des **confédérations syndicales** soit par des **groupements d'employeurs**. Sont irrecevables les listes présentées par un **parti politique** (problème d'indépendance et car c'est une juridiction professionnelle) ou par une organisation prônant la **discrimination**. L'électorat au CPH est accordé à partir de 16 ans même aux chômeurs et sans distinction de nationalité, on est éligible à partir de 21 ans. Les CPH sont **renouvelés tous les 5 ans**.

Ce sont des **juridictions paritaires** qui comportent un nombre égal de conseillers salariés et de

conseillers employeurs, il y a donc un **risque de partage des voies**, deuxième conséquence : il y a une **alternance des présidences**, en fonction des audiences soit le président est un conseiller employeur soit il est un conseiller salarié. La parité dans la composition de la juridiction entraîne un fort risque de partage des voies : mais pratiquement on se rend compte que lorsqu'ils revêtent la médaille des CPH les conseillers **sont objectifs**. Lorsque l'on arrive à une situation de partage des voies, on fait appel au **juge des partiteurs** (TI) qui viendra départager les voies, cet appel concerne **moins de 10% des jugements**. Les conseillers arrivent donc à s'entendre la plupart du temps.

Le Code du travail précise que le CPH règle les différends par **voie de conciliation** principalement devant le bureau de conciliation, s'il y a échec de cette conciliation on a affaire au **bureau de jugement**.

2. Les juges

Les conseillers sont au moins au nombre **de 8 par section**, il y a en a donc **~ 40 par ressort de TGI**. Ils sont rémunérés à la vacation à savoir au **nombre d'heures passées**. C'est un **salarié protégé** : l'employeur ne peut prononcer une sanction à son encontre que dans la mesure où il a **sollicité préalablement l'inspecteur du travail** pour lui demander son autorisation. Ce ne sont pas des magistrats professionnels, ils ont donc des **emplois/des entreprises à gérer** à côté, le code du travail indique à ce propos que le conseiller prud'hommes doit bénéficier dans son entreprise du **temps nécessaire à l'exercice de sa mission**. Cela signifie que son employeur doit lui réserver des temps où il ne travaillera pas pour qu'il puisse aller **instruire et juger**. Le juge est élu, or lorsqu'il est en mission il n'est pas le mandataire des personnes qui l'ont élu, il devient un magistrat et est donc soumis à une **obligation d'impartialité**. Des textes qui relèvent du droit pénal sanctionnent la partialité du juge...

B. Compétence

Selon **l'article L1411-1** du code du travail, « *le CPH juge des différends qui s'élèvent à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs et les salariés* ». Le socle de la compétence du CPH est donc le **contrat de travail** (naissance conclusion exécution rupture), c'est pourquoi il y a **plusieurs juges** car plusieurs types de contentieux social. Les appels dirigés contre les jugements du CPH sont de la compétence de la **chambre sociale de la CA** compétente. Le CPH peut en outre être saisi dans certains cas pour **qualifier un contrat de travail**. **Cass 19 octobre 1937** confère la compétence de qualifier les contrats de travail aux CP

La relation de travail

Comme pour le mariage, la question se pose de savoir si la relation unissant l'employeur au salarié est une **adhésion à une institution** ou la **conclusion d'un véritable contrat**. La différence entre une institution et un contrat est la liberté : *est-on libre de la forme, du contenu de la rupture ?* En droit du travail il y a **énormément de règles impératives** sur la formation le contenu et la rupture, on a donc le même débat que pour le mariage. Pour résoudre ce débat, on a deux solutions : soit on

choisit donc on renonce, soit on envisage les deux. On va avoir un **contrat conclu dans le cadre d'une institution**.

Titre 1 : le cadre institutionnel

La relation de travail qui lie l'employeur au salarié est fondée sur le **contrat de travail**. Néanmoins un certain nombre de solutions ne sont compréhensibles que si l'on admet que le contrat de travail s'imbrique dans une **autre relation de nature institutionnelle**. En tant que chef d'entreprise, l'employeur possède **certains pouvoirs** (chapitre 1) en réaction, s'est développé un mouvement de protection du salarié par une **promotion de sa liberté** (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR

Attachées à sa **fonction de chef d'entreprise**, les prérogatives de l'employeur lui permettent d'exercer sa mission de **direction et de gestion** de l'entreprise.

SECTION 1 : FONDEMENTS DES PRÉROGATIVES

Deux thèses s'affrontent pour expliquer le pouvoir de direction de l'employeur. La première idée est de rattacher les pouvoirs de l'employeur au **contrat de travail**. De la sorte la conclusion du contrat sellerait l'acceptation par le salarié de **l'autorité du chef d'entreprise**. Ce sont des **droits potestatifs** qui sont des droits que l'un des contractants possède et donc il peut jouir **quasiment de façon absolue**, l'employeur en possède beaucoup que l'on nomme pouvoirs. Mais en droit du travail ces pouvoirs sont tellement importants qu'ils **dépassent largement le contrat**. L'idée de rattacher les pouvoirs de l'employeur au contrat a été **finalement abandonnée**.

Or aucun texte ne donne de pouvoirs à l'employeur. **Cass 31 mai 1956 arrêt Brinon** va décider que l'employeur bénéficie de **pouvoirs et de prérogatives** car il est à la tête d'une institution que l'on appelle **l'entreprise** : c'est un chef d'entreprise, il énonce que « *l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est le seul juge de ses choix de gestion* » La Cass a toutefois **modifiée cette solution** car elle décide maintenant que le pouvoir de direction de l'employeur doit être exercé dans **l'intérêt de l'entreprise**. L'entreprise dépasse l'employeur, elle ne lui est pas associée mais il en **porte la responsabilité** ainsi que celle des personnes qui travaillent pour exploiter l'activité de l'entreprise c'est pourquoi il a des pouvoirs. **L'employeur a des prérogatives car on lui reconnaît la qualité de chef d'entreprise**.

SECTION 2 : MANIFESTATIONS DES POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR

§1 : Pouvoir de direction

Dans **l'arrêt Brinon de 1956**, la Cass reconnaît à l'employeur un **pouvoir de direction** qui doit être exercé dans l'intérêt de l'entreprise. Cela signifie que l'employeur peut et même doit exercer les

choix stratégiques de l'entreprise. Il peut aussi exercer les choix de gestion de cette entreprise : il la dirige c'est-à-dire qu'il va **choisir un marché, recruter quelqu'un.** C'est donc l'employeur qui tient la barre de l'entreprise, mais de ce fait il en **porte la responsabilité.** La Cass déduit donc que lorsque l'employeur agit soit **contre l'intérêt de l'entreprise** soit avec une **légèreté blâmable** (quasi-délit) alors il engage sa **responsabilité civile.** Ce n'est donc pas un pouvoir discrétionnaire, il n'est **pas absolu** car lorsqu'il use son pouvoir sans égard à l'intérêt de l'entreprise il engage sa responsabilité civile. Ex : Le détournement de fonds, abus de biens sociaux, siphonnement d'entreprises (retrait de tous les éléments qui permettent de garder de l'argent pour faire plus de profit)

§2 : Le pouvoir règlementaire

Ce pouvoir permet à l'employeur de **fixer les règles** de discipline dans l'entreprise. Il ne s'agit pas de demander l'accord du salarié, c'est un **pouvoir unilatéral.** La manifestation du pouvoir règlementaire dans l'entreprise est principalement le **règlement intérieur.** Selon l'article **L1321-1 du CT** le règlement intérieur fixe exclusivement les règles relatives à **l'hygiène, la sécurité et la discipline.**

A. La nature du règlement intérieur

Cass 25 septembre 1991 qualifie le règlement intérieur d'**acte règlementaire de droit privé.** Il faut admettre que l'employeur bénéficie du fait de son statut de chef d'entreprise du pouvoir règlementaire. L'employeur de ce fait **élabore et édicte seul** le règlement intérieur donc ce dernier ne nécessite pas l'accord des salariés pour entrer en vigueur. La modification du règlement intérieur est par conséquent de la compétence du **seul employeur,** le salarié ne peut donc **jamais refuser la modification** du règlement intérieur.

B. Contenu

C'est le texte de **l'article L1321-1 du CT** « *le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement*

1. *Les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise*
2. *Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer au rétablissement des conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés*
3. *les règles générales et permanentes relatives à la discipline »*

+ **L321-2** « *le règlement intérieur rappelle :*

1. *Les dispositions relatives au droit de la défense des salariés*
2. *Les dispositions relatives au harcèlement moral et sexuel »*

La principale interrogation qui naît est de savoir qu'est ce qui **fait partie** du règlement intérieur et

qu'est ce qui n'en **fait pas partie**. On peut être sur que les clauses relatives aux horaires de travail, aux obligations de pointer, aux obligations de prévenance en cas de retard ou d'absence ou toute interdiction d'emporter des objets **peuvent être intégrée au règlement intérieur**. Au contraire, n'appartiennent pas au règlement intérieur les dispositions relatives à la période d'essai, l'obligation de non concurrence ou encore l'obligation d'heures supplémentaires. L'objet du règlement intérieur et du contrat de travail **ne se rejoignent donc pas**, ce sont deux objets totalement différents. Toute clause extérieure à **l'objet du règlement** intérieur est **nulle et réputée non écrite** sauf selon la Cass si elle est **au bénéfice du salarié**, elle le transforme en **engagement unilatéral**.

Le règlement intérieur connaît certaines limites contenues dans **L1321-3** « *le règlement intérieur ne peut contenir*

1. *Des dispositions **contraires aux lois et aux règlements** ainsi qu'aux stipulations des **conventions et accords collectifs** applicables dans l'entreprise*
2. *Des dispositions se rapportant au **droit des personnes** et aux **libertés individuelles et collectives**, des **restrictions** qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.*
3. *Des dispositions **discriminant les salariés** dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur **origine, de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap** »*

C. Elaboration

Aux termes de **l'article L1311-2** du CT l'élaboration du RI est une **obligation** pour l'employeur à la tête d'une entreprise ou d'un **établissement de plus de 20 salariés**. Lorsque l'entreprise comporte **plusieurs établissements** (sites) un **règlement unique** peut être adopté. L'employeur doit suivre une procédure pour élaborer le RI : tout d'abord **L1321-4** : consultation des **institutions représentatives du personnel** (soit CE, délégué du personnel si pas de CE, CHSCT), une fois ces avis recueillis, l'employeur **affiche le règlement intérieur** dans l'entreprise, il doit être **déposé aux greffes du CPH** compétent et communiqué à **l'inspecteur du travail**. L'entrée en vigueur est fixée à une date postérieure d'un mois à ces formalités.

D. Contentieux du RI

En droit social il est très souvent partagé entre un **contrôle judiciaire** et un **contrôle adm** du fait de l'intervention de l'inspecteur du travail.

- **Le contrôle adm**

Le premier contrôle est celui de l'inspecteur du travail qui a **deux missions** : **vérifier la présence d'un RI** pour une entreprise de plus de 20 salariés et ensuite **vérifier son contenu** : vérifier que les règles inscrites dans le RI sont licites. Le pouvoir de l'inspecteur est pourtant différent d'un **pouvoir judiciaire classique**. L'inspecteur du travail a simplement le pouvoir d'exiger le **retrait ou la modification des clauses** puisqu'il ne peut pas lui-même modifier l'acte. Il exige de l'employeur qu'il procède à la modification. **L'inspecteur ne peut lui-même procéder à la modification**. Si l'employeur un salarié ou même un syndicat n'est pas satisfait de la décision, il peut **recourir hiérarchiquement** devant le **directeur régional de l'emploi** ou encore devant le **ministre du travail**. Si cette décision du ministre ne satisfait pas l'auteur du recours, il y aura recours contentieux devant le **tribunal adm**. A partir du moment où l'inspecteur s'est prononcé on n'a plus le choix on est obligé d'aller faire des recours gracieux, hiérarchiques, etc.

- **Le contrôle judiciaire**

Le principal obstacle est l'intervention de l'inspecteur du travail en vertu de la **loi des 16 et 24 août 1790** sur la séparation des autorités adm et judiciaires. Or le règlement est un **acte réglementaire de droit privé**. **Soc 16 décembre 1992** précise « *le règlement intérieur est un acte juridique de droit privé que le contrôle de légalité dévolu à l'inspecteur du travail ne saurait lui ôter pour le transformer en acte administratif* ». Pourtant, la Cass ajoute que le pouvoir du juge J cesse à l'égard des **clauses modifiées à la suite d'une décision de l'inspecteur du travail**. C'est un acte juridique qui est une manifestation de volonté qui a pour but de produire des **effets de droit**. C'est un acte réglementaire dans la mesure où c'est un acte unilatéral qui a pour effet de contraindre les tiers. C'est un acte de droit privé car il est pris par une personne privée. Mais le pouvoir du juge cesse à l'égard des clauses modifiées par l'inspecteur du travail. C'est donc un arrêt qui commet une **erreur de droit** car cela signifierait que le juge judiciaire ne serait plus compétent pour les clauses modifiées après décision de l'inspecteur du travail qui n'a pourtant **pas changé la nature privée de ces clauses**.

Le juge judiciaire peut toutefois demeurer compétent dans ce cadre. Deux juges judiciaires sont principalement compétents. Les **prud'hommes** vont être compétents en cas de litige sur le **contrat de travail**, on va contrôler par exception le RI : on forme un recours contre une sanction individuelle et on soulève **l'illégalité du fondement de cette sanction**, fondée en outre sur le RI. Le **TGI** quant à lui peut être compétent si un **syndicat conteste la légalité** du RI (litige collectif donc compétence du TGI).

§3 : Le pouvoir disciplinaire

C'est la dernière des **expressions de ses pouvoirs**. Le pouvoir disciplinaire permet à l'employeur de prononcer des sanctions envers le salarié ce qui constitue l'une des composantes du **lien de subordination** qui l'unit à l'employeur. C'est l'une des particularités les plus remarquables du lien de subordination. C'est ce qui change le plus entre le contrat civil et le contrat de travail.

A. La faute

En droit civil c'est le **manquement à une obligation préexistante**. En droit disciplinaire c'est différent : la notion de faute disciplinaire n'est pas définie par la loi, de plus l'employeur **n'a pas à prévoir dans le RI toutes les fautes** disciplinaires qui pourront être prononcées contrairement au droit pénal où une infraction ne peut être considérée comme une faute si elle n'est pas **inscrite dans une loi**. En social on considère que certaines fautes ne peuvent pas être inscrites mais **doivent être sanctionnées**. La notion n'est donc pas définie. Le juge ne se mouille pas : **mixte 18 mai 2007** La Cass dit qu'une **faute contractuelle** au sens du droit du travail est un **manquement aux obligations de son contrat**, cette faute se rapproche alors très clairement de la faute contractuelle de **droit commun/civil**. Toutefois le contexte spécifique au contrat de travail modifie la situation. En effet l'employeur a le pouvoir de **donner des ordres** au salarié. Donc la faute contractuelle sera non seulement un manquement aux **obligations du contrat** mais aussi toute **désobéissance à un ordre licite**. Dans certains cas toutefois le droit du travail va s'écarter du droit civil : **refuser d'exécuter une obligation est une faute**. En droit du travail on peut refuser d'exécuter sans que ce soit une faute avec le **droit de retrait et le droit de grève**. Donc même si même définition de la faute qu'en droit civil on est dans un **contexte particulier**.

B. La sanction disciplinaire

1. Notion

L'enjeu de l'identification de la sanction disciplinaire est de déterminer si une mesure **doit être considérée comme suspecte** et donc ainsi répondre aux exigences du droit disciplinaire. Qualifier des faits est leur donner une **qualification juridique**, c'est mettre une espèce dans une catégorie, définir ses critères afin de lui appliquer un **régime particulier**. Au regard de **l'article L1331-1 CT** « *Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.* »

Nature de la sanction : « *toute mesure autre que les observations verbales* » les observations verbales sont exclues car sinon **trop de contentieux** : si chaque observation est une sanction il y a **trop de procédure** dans les rapports en entreprise. Mais « *toute mesure* » (modification du contrat de travail, mise à pied : suspension temporaire du contrat de travail, blâme, licenciement). Une sanction peut **ne pas être défavorable** même si cette idée est souvent présente : une promotion peut être une sanction.

Cause de la sanction : « *agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif* ». Si on avait pris objectivement la faute du salarié on serait parti du principe qu'il **devait y avoir faute pour sanction**, on se fiche de savoir si c'est une faute, pour savoir si c'est une sanction il faut savoir si l'employeur **considérerait cela comme une faute**. Cela permet donc d'aller **au-delà des apparences**.

L'objet de la sanction : « *que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la*

présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». Cela signifie qu'il **doit y avoir un effet à la sanction** qui doit modifier quelque chose. **Fonction** : rétrogradation, promotion. **Carrière** : modalités de calcul de l'ancienneté, ne pas promouvoir quelqu'un alors qu'il le mériterait. **Rémunération** : tout ce qui touche à la contrepartie de la prestation de travail. L'objet de la sanction est donc **très large** mais l'on veut éviter que sur les petits rapports humains, il n'y ait pas trop de procédure.

Ass plén 6 janvier 2012 : un conducteur de tram s'est vu retirer son habilitation à conduire les tramways et affecté à la **conduite d'un bus** consécutivement à un accident qu'il avait provoqué avec une voiture. La question qui se posait était de savoir si la mesure était une **sanction disciplinaire**. L'employeur disait que c'était juste une **mesure de sécurité** contrairement au salarié qui considérait que c'était une sanction. La Cass déroule un raisonnement en 3 étapes : elle analyse tout d'abord le **comportement du salarié**, le comportement qui lui était reproché était un **manquement involontaire aux règles de sécurité**. Ensuite elle détermine l'objet de la mesure qui réside dans la **sécurité des usagers**, du personnel et de l'exploitation et des tiers. Enfin la Cass analyse **l'intention de l'employeur** : pour la Cass l'intention de l'employeur n'est pas de punir mais de **préserver la sécurité**. Elle va déduire de ces éléments que la mesure dirigée contre le salarié n'est **pas une sanction disciplinaire**. Dans le RI de la société le retrait de l'habilitation et l'affectation à un autre service **figurait parmi les sanctions**.

La Cass a une **notion restrictive** de la sanction disciplinaire. Il faut déduire de cet arrêt que bien que le code du travail ait une **conception large** de la notion la JP peut adapter en fonction de **l'intention de l'employeur**.

2. Le régime de la sanction disciplinaire

L'article L1321-1 CT exige que Le Ri contienne « *les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur.* », **on ne peut pas prononcer une sanction qui ne figure pas dans le RI**

L'employeur est donc libre de prononcer les sanctions prévues au RI néanmoins certaines de ces facultés sont **strictement limitées** par ex l'employeur ne peut pas sanctionner un même fait **deux fois**, on considère que l'employeur épuise son pouvoir de sanction. Il peut prendre en compte un fait **préalablement sanctionné** dans le cadre d'une sanction ultérieure. L'accumulation aggrave le comportement. L'employeur possède aussi un **pouvoir d'individualisation** de la sanction, c'est ainsi qu'il peut prononcer des sanctions **différentes contre les salariés** ayant participé aux **mêmes faits fautifs**. Les sanctions doivent être **proportionnelles** à la gravité de la faute.

L1333-2 CT : « *Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise.* » l'employeur doit donc **user de proportion** entre la faute et la sanction. En ce domaine les juges disposent d'un **pouvoir d'appréciation important**. La principale limite au pouvoir de sanction de l'employeur réside toutefois dans la **prohibition des sanctions pécuniaires**. **L'article 1331-2 CT** dispose d'ailleurs très clairement que

« les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites, toute disposition ou stipulation contraire est réputée **non écrite** » A ce titre l'employeur ne peut sanctionner le salarié **sur son salaire**. Mais toutes les sanctions ayant une conséquence sur la rémunération sont elles interdites ? Non, seules les **sanctions pécuniaires directes** sont interdites, sont autorisées celles qui ont une influence sur la rémunération du salarié sans qu'elle ait été **visée directement**. La Cass valide ainsi la **rétrogradation** (baisse du salaire) et la **mise à pied** du salarié (suspension du salaire).

La pratique a vu naître la question des **sanctions disciplinaires déguisées** notamment **Soc 19 mai 1988** : en l'espèce il s'agissait des **primes d'assiduité** versées aux salariés à l'issue du dernier exercice et qui est versée simplement aux salariés qui n'ont **pas eu d'absence**. *Est-ce que le fait de priver un salarié d'une partie de son salaire car il a été absent peut il être considéré comme une sanction pécuniaire ?* **Cass 18 janvier 2008** : le versement des **primes d'assiduité** sont licites dans la mesure où l'employeur ne distingue pas d'une part les **bonnes absences** qui sont les absences pour maladie ou maternité des **mauvaises absences** comme la grève.

Il y a une influence très claire du **droit pénal** (proportionnalité de la sanction, individualisation de celle-ci).

3. Procédure

Toute sanction disciplinaire est soumise à la mise en œuvre d'une procédure. Depuis la **loi du 4 aout 1982**, tout employeur qui envisage de prononcer une sanction disciplinaire doit suivre une procédure. La procédure disciplinaire est régie par **les articles L1332-1 et suivants du code du travail**. On trouve deux procédures : la **normale** et la **simplifiée**. La **simplifiée** est décrite à **l'article L1332-2 CT**, elle est applicable aux sanctions n'ayant pas d'incidence immédiate sur la **présence du salarié dans l'entreprise**, sa **fonction** sa **carrière** ou sa **rémunération**. C'est une procédure qui va être applicable à toutes les sanctions telles que le **blâme**, **l'avertissement**, **la réunion du conseil de discipline**. Cette procédure est simple car elle tient en une mesure : la **notification de la sanction**. L'employeur doit donc pouvoir apporter la preuve que le salarié a **été mis au courant** de la sanction.

Pour toute autre sanction l'employeur doit suivre la **procédure normale** qui est exactement la **même qui sera applicable au licenciement**. La procédure normale comporte trois étapes :

- Convocation à l'entretien préalable

L'employeur doit convoquer le salarié à un entretien, la convocation **doit être écrite** préciser **l'objet la date et le lieu** de l'entretien et rappeler à l'intéressé qu'il peut se faire **assister**. Cette convocation doit être **remise en main propre** au salarié ou par **lettre recommandée avec AR**. Au jour de la convocation les motifs de l'employeur ne sont pas communiqués au salarié, on mentionne simplement l'objet (éventuelle sanction disciplinaire) donc **le salarié ne connaît pas les faits qui lui sont reprochés**.

- Entretien préalable

C'est là que l'employeur doit **indiquer au salarié les motifs** de son éventuelle sanction. Pendant l'entretien le salarié peut **répondre s'il le souhaite aux allégations** de l'employeur. Le salarié peut **se faire assister** par une personne de son choix **appartenant à son entreprise** ou par un **conseiller de salarié**.

- Notification de la sanction

En toute hypothèse, le prononcé de la sanction ne peut intervenir **moins d'un jour franc ou plus d'un mois** après le jour de l'entretien. L'expiration du délai interdit à l'employeur de prononcer une **nouvelle sanction**.

Les droits du salarié de se défendre sont relativement **peu respectés** car il n'a pas la possibilité de **préparer l'entretien** préalable car il ne connaît pas les faits qui lui sont reprochés. En matière pénale ce serait une violation de **l'article 6** de la CEDH.

4. Le contrôle judiciaire

a. *Objet du contrôle*

Pour la Soc, la distinction entre un **défaut de forme** et un **défaut de fond** n'est pas opérante, ce qui fait que le plus souvent, la Cass va traiter un défaut de forme **comme** un défaut de fond. Le juge doit alors contrôler la forme mais si la procédure n'a pas été respectée c'est comme un défaut de fond. Il échoit également au juge de contrôler **l'existence de la faute** c'est-à-dire que le CPH apprécie selon **L1333-1** « *si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier la sanction* ». Tout d'abord il faut vérifier **l'existence matérielle des faits** et ensuite contrôler **leur qualification**.

Au niveau de la **charge de la preuve** il y a un système spécifique en droit du travail puisque l'employeur doit apporter au juge tous les éléments suffisant à **former sa position**. La charge de la preuve des éléments **appartient à l'employeur**. Si un doute subsiste, il **profite donc au salarié** **L1333-1 al 3**. Lorsque le juge contrôlera la qualification des faits, il disposera d'un **pouvoir très important d'appréciation** : puisque le juge n'est pas lié par les dispositions du règlement intérieur, il **peut aller contre**. Troisième étape : le contrôle de la **licéité de la sanction** : *la sanction fait-elle partie des sanctions licites ? (pécuniaire ?) est elle proportionnée à la faute ?* Le juge peut contrôler et émettre son avis sur le caractère proportionné de la faute à la sanction.

b. *Sort de la sanction irrégulière*

Le sort de la sanction irrégulière est **l'anéantissement par l'annulation**. Une question se pose cependant : si un employeur **sanctionne pécuniairement un employé**. Cette sanction est nulle. Mais on sanctionne un **fait non fautif**, annulation également. Mais si on sanctionne un **fait fautif** et que la sanction est disproportionnée, *l'employeur a-t-il la faculté de prendre une autre sanction ?* La

Cass juge que **c'est possible** dans la mesure où la nouvelle sanction intervient dans un **délai de deux mois**, or c'est purement virtuel. La sanction se **prescrit par deux mois**. Mais c'est très rare que le juge statue dans les deux mois.

CHAPITRE 2 : LES LIBERTÉS DU SALARIÉ

L'article de référence est **L1121-1 CT** qui est au début du Code : article à **vocation générale** « *nul ne peut apporter au droit des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restriction qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché.* » **nul ne peut** : valeur importante donnée au texte, on pose un **principe**, ce genre de phrase est plutôt utilisé dans les déclarations. Les libertés individuelles et collectives ne peuvent faire l'objet d'une **liste exhaustive** car ils sont en **constante évolution**. Pour limiter exceptionnellement ces droits, on doit avoir un motif tenant à la **nature de la tâche** à accomplir, c'est-à-dire au travail à faire qui va modifier le **pouvoir de restriction** de l'employeur. Il doit exister un rapport entre le **but recherché** par l'employeur et la **limitation qu'il impose**. On a donc un système de limitation des droits et libertés des salariés mais qui est émancipateur car dans le contexte historique c'est une **possibilité d'émancipation**. Mais c'est un texte adapté au contexte du droit du travail car c'est une **réaction aux pouvoirs de l'employeur**.

SECTION 1 : LE DOMAINE DE L'ARTICLE L1121-1

Bien que le mécanisme de l'article soit un domaine particulièrement large, il existe des libertés qui vont **échapper à ce mécanisme** puisqu'il existe des libertés qui sont **insusceptibles de restriction**, ce sont des droits subjectifs exclus du champ d'application.

§1 : Les exclusions

- Liberté syndicale
- Droit de grève
- Droit à la participation (**d'être élu** représentant du personnel **ou d'élire**)
- Libertés publiques non mises en œuvre dans le cadre du **contrat de travail**
- Liberté d'opinion : **Soc 28 avril 2006** : attaché parlementaire (salarié chargé d'aider le parlementaire) salarié du député mais payé par l'assemblée donc salarié de droit privé. *Bénéficient-ils d'une liberté d'opinion ?* Le parlementaire avait interdit à ses attachés de **donner leur opinion** l'un n'avait pas respecté donc licencié. Le licenciement est-il justifié dans ce cas ? **non.**
- Secret de la correspondance : **Soc Nikon 2 octobre 2001** la salarié a droit même au temps et au lieu du travail au **respect de l'intimité de sa vie privée**, celle-ci implique en particulier le **secret des correspondances** ce qui signifie que l'employeur ne peut jamais prendre connaissance des **correspondances personnelles** du salarié (mail personnel, messagerie instantanée). Mais si l'employeur ne peut pas prendre connaissance de ces mail le fait de les **consulter sur son lieu de travail** constitue un **manquement à ses obligations**. L'employeur pourra donc licencier, mais pas lire les messages personnels.

§2 : Le contenu

La liberté d'expression : **sauf abus** le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa **liberté d'expression**, il ne peut y être apporté que des restrictions justifiées par la **nature de la tâche à accomplir** et proportionnées au **but recherché**.

Liberté de déplacement : **Cass 3 avril 2001**

Tenue vestimentaire : **Soc 28 mai 2003** rappel de la règle : l'employeur ne peut imposer au salarié des contraintes vestimentaires sauf **L1121-1**. **Soc 11 janvier 2012** : un salarié chef de rang dans un restaurant avait l'interdiction de porter des **boucles d'oreilles** pendant le service mais il a refusé de se plier à cette obligation il s'est donc fait licencier. Le salarié a **choisi de se placer sur le terrain de la discrimination** car une chef de rang femme pouvait porter des boucles d'oreille. La Cass a jugé le **licenciement discriminatoire** car placés dans une situation égale, un homme et une femme ne peuvent être **traités différemment**.

Liberté religieuse : **2 arrêts 19 mars 2013, 1^{er} n° pourvoi : 1211690 CPAM Saint Denis, 2^e : 1128845 Baby Loup** : un salarié qui n'avait pas manifesté **d'appartenance religieuses** pendant son contrat de travail, elle revient à l'issue d'un congé avec un **voile presque intégral**. Or dans le RI de l'entreprise il était interdit de manifester son appartenance religieuse car crèche dans un quartier sensible et donc bannissement des **signes religieux** pour les enfants mais également car la crèche avait une vocation d'insertion des personnes qui vivaient dans le quartier : pour permettre à tout le monde de venir, pas de **signe ostensible** de religion. On lui fait un **rappel au RI** elle persévère, on

la menace de licenciement mais elle renvient comme ça donc licenciement disciplinaire pour faute grave. **1^{er} arrêt CPAM Saint Denis** : licenciement d'une femme voilée car elle a refusé d'ôter son voile, sur le **fondement du principe de laïcité**. *Le principe de laïcité peut-il être appliqué dans l'entreprise ? Peut-il justifier la sanction ? Le licenciement est-il proportionné au but recherché par l'employeur ?* Dans ces arrêts la Cass estime que le principe de laïcité n'est pas applicable dans des **entreprises privées non chargées d'un SP**. Donc application du principe dans CPAM mais pas dans la crèche : non application du principe de laïcité. Donc licenciement justifié pour CPAM et **licenciement discriminatoire** pour motif religieux dans la crèche.

La liberté de domicile : la Cass est assez rétive à approuver les **clauses de domicile** ou **de résidence** qui obligent à habiter à tel endroit ou à tant de temps de l'entreprise. Possibilité de limiter pour **effectuer des astreintes** (quelqu'un qui fait la maintenance d'une usine). La Cass commence à régler les cas de **géo localisation** : des entreprises géo localisent leurs salariés (routiers, VRP). Une géo localisation d'un VRP qui s'étend **au delà du temps de travail** n'est **pas légale** : elle doit d'arrêter aux frontières du temps de travail.

SECTION 2 : LE MÉCANISME DE L'ARTICLE L1121-1

C'est un mécanisme en 3 temps : restriction, justification, proportion.

Restriction : la restriction n'est **pas l'interdiction** c'est-à-dire qu'il est exclu que l'employeur supprime l'exercice d'une liberté. **25 janvier 1989 le CE** a annulé une disposition qui interdisait « *toute conversation étrangère au service* » c'est donc une **suppression de la liberté d'expression** donc pas validée.

Justification : elle doit être opérée selon le texte en raison de la **nature de la tâche à accomplir** soit en raison de la **prestation de travail** du salarié (clause de non concurrence dans un contrat de travail d'un laveur de carreaux impossible) soit en raison de **l'activité de l'entreprise** (entreprise de fabrication d'armes : liberté d'expression limitée quant aux clients dont on ne pourra pas révéler le nom).

Proportion : elle doit être **mesurée** en fonction du **but recherché** par l'employeur.

C'est dans ce contexte que va se couler le contrat de travail, c'est dans ce jeu de pouvoir de l'employeur et des libertés des salariés qui sont arrivées après, ce sont toutes des règles légales.

Titre 2 : le cadre contractuel : le contrat de travail

CHAPITRE 1 : LA QUALIFICATION DE CONTRAT DE TRAVAIL

Le Code du travail ne fournit **aucune définition** du contrat de travail. Le principal but recherché dans l'absence de définition légale du contrat de travail est de **permettre l'évolution de la notion**. C'est la JP qui va **combler ce vide**, c'est elle qui a construit la catégorie contrat de travail.

SECTION 1 : LA CATÉGORIE « CONTRAT DE TRAVAIL »

§1 : Les enjeux de la qualification

La définition du contrat de travail ne peut pas être une opération **exclusivement juridique** car le statut de salarié qui découle de la qualification de contrat de travail **fait des envieux** (artisans, chefs d'entreprise) et car le système de **protection sociale** en France est fondé sur des **cotisations professionnelles**. Le régime général est fondé sur des **cotisations professionnelles** or si l'indépendant facture lui-même ces cotisations il va **payer beaucoup de charges** sur ce qu'il va facturer. Le salarié lui, voit des cotisations payées pour une partie par son **employeur** (cotisations patronales). Le juge a du créer un statut du contrat de travail pour le **distinguer d'autres formes** d'activité qui connaissent un régime moins favorable mais en même temps il a du créer une définition de celui-ci assez **accueillante et ouverte** pour y faire rentrer un certain nombre d'activités qui s'en rapprochaient fermement. **Cette catégorie a été façonnée par le juge pour exclure ce qui n'a rien à voir avec le contrat de T mais également pour être accueillant.** **Berkani TC** les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un SPA sont des agents contractuels de droit public quelque soit la nature et les contributions de leur emploi, ce ne sont pas des salariés de droit privé.

§2 : Les éléments de la qualification

Bien qu'il n'existe aucune définition légale, **le contrat de travail est la convention par laquelle une personne physique s'engage à se mettre à la disposition d'une autre personne physique ou morale sous la subordination de laquelle elle se place moyennant une rémunération**. Le contrat de travail est une **convention** cela exclut donc les fonctionnaires et les personnes morales car le salarié ne peut être une **personne morale**. On note également un **lien de subordination** qui caractérise le droit du travail, le contrat de travail est également un contrat à titre **onéreux**.

A. La prestation de travail

Le contrat de travail a cela de commun avec le **contrat de louage d'ouvrage** qui exige une **prestation**. Cette prestation était à l'époque liée à la **notion de douleur**, désormais on en a une conception plus large : **Cass 24 avril 2013** les participants à **l'île de la tentation** sont des salariés de l'entreprise audiovisuelle qui les emploie. Mais la télé réalité n'est pas **l'activité professionnelle** des participants or les auteurs disaient que le contrat de travail c'était l'activité professionnelle or là il n'en est rien : la télé réalité est temporaire, on ne peut pas en faire son métier. **La question était de savoir si une activité exécutée à un titre non professionnel peut être un contrat de travail**. Mais on le savait déjà : job d'été des étudiants qui n'est pas leur activité pro malgré **contrat de travail**. 2^e intérêt : ce qui était attendu des participants était une **oisiveté quasiment totale** : on attendait d'eux qu'ils ne fassent rien. **Une oisiveté totale peut donc être considérée comme une prestation de travail**.

On a également des situations dans lesquelles la **nature de la prestation de travail** va exclure la qualification de contrat de travail. Ex le stagiaire est exclu de la qualification de contrat de travail car le stage **participe à sa formation**. Plus favorable à l'étudiant est le **statut d'apprenti**. La Soc a également exclu la qualification de contrat de travail **pour une religieuse** avec le couvent qui « l'employait » : la mission spirituelle d'une religieuse n'est pas compatible avec la **qualification de contrat de travail**. Mais aujourd'hui ce n'est plus l'aspect spirituel qui importe mais de savoir si on appartient à la **hiérarchie religieuse** ou pas, si oui on ne peut être parti à un contrat de travail. **Soc 25 juin 2013** : les participants à l'élection de **Mister France** sont des salariés. C'est donc une **notion entendue très largement** malgré quelques **frontières qui subsistent** : le critère de la **formation** reste celui qui exclut le plus grand nombre (stagiaires alors que l'apprenti est un salarié).

B. Contrat onéreux

Une rémunération doit être **versée au salarié** ou du moins elle doit être **prévue**. Les modalités de calcul de cette rémunération sont **relativement libres** : la rémunération peut être conclue **au temps** ou **à la tâche** ou bien même résulter d'une **combinaison** de ces modes. Elle peut être aussi constituée par une **somme d'argent** (le salaire) ou bien être **fournie en nature** : un logement, pour certains concierges parisiens le logement est la **principale rémunération**. L'intérêt du caractère onéreux du contrat est de distinguer le contrat de travail du **bénévolat** excluant **l'idée d'un salaire**. Ex : Un médecin qui fait du bénévolat à l'étranger mais qui se fait **payer son voyage**, ici il y a bien une contrepartie avec les frais de logement de nourriture etc. pris en charge par l'association : *est-ce vraiment du bénévolat ?* Il est de temps en temps difficile de distinguer le contrat de travail du bénévolat. La **principale limitation** au libre versement du salaire est le **SMIC R3233-1 CT**. Le fait de payer un salarié en dessous du SMIC est une **infraction pénale**, c'est une contravention (les infractions se cumulent) **Crim 15 janvier 2011** la société Carrefour a été condamnée au pénal au versement d'une contravention de 3 millions d'€ car **infractions cumulées**.

C. La subordination

C'est le critère **propre au droit du travail** que l'on ne retrouve **nulle part ailleurs** qui permet de le distinguer du contrat d'entreprise (louage d'ouvrage) mais aussi du mandat (effectuer des actes au nom et pour le compte d'autrui contre une rémunération possible). **Cass, 13 novembre 1996 Société Générale** va définir le lien de subordination, pour elle il se caractérise « *par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le **pouvoir de donner des ordres** et des directives, d'en **contrôler l'exécution** et d'en **sanctionner les manquements** » », le lien de subordination permet donc à l'employeur de **diriger, contrôler et sanctionner**. On admet par la subordination que l'employeur dispose de pouvoirs **exorbitants du droit commun** qui sont le pouvoir de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. La Cass sur ce point rend une JP **quasi constante**, il faut toutefois remarquer que la Cass a pu se **détourner de cette qualification** dans un arrêt au moins **Labanne 19 décembre 2000** dans lequel elle reconnaît l'existence d'un lien de subordination d'un **chauffeur de taxi** qui **déterminait lui-même ses horaires, la durée de son travail** et les **zones géographiques** dans lesquelles il souhaitait travailler. Depuis la Cass est revenue à une conception plus orthodoxe et conforme à son arrêt Société Générale.*

§3 : Le Forçage de la qualification

De temps à autres la loi et la JP vont forcer la qualification de contrat de travail en lui ajoutant des espèces qui ne relèvent pas de sa définition. Législateur : c'est principalement le cas des **VRP** qui selon **l'article L7313-1 du CT** bénéficient d'une **présomption irréfragable** de contrat de travail. Elle pose également des présomptions simples pour les **journalistes pro les artistes de spectacle et les mannequins** : la question est de savoir si même en étant **indépendant** on peut être **salarié et subordonné**. La JP force également la qualification de contrat de travail, c'est toute la JP qui fait entrer dans la qualification de contrat de travail, les **participants à des jeux**. En réalité il n'y a guère de subordination, simplement les règles d'un jeu mais la Cass considère qu'il y a **contrat de travail**.

SECTION 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA QUALIFICATION

Elle fait figure d'aimant qui attire les **différentes relations** périphériques : le statut de salarié fait de nombreux envieux. Pour distinguer le contrat de travail des contrats voisins il faut scruter les principaux traits du contrat de travail mais également sa configuration contentieuse.

§1 : Les traits principaux du contrat de travail

A. Distinction avec les situations voisines

Contrat de travail et contrat d'entreprise : ce sont deux **contrats consensuels à titre onéreux** qui exigent une **prestation de travail**. C'est le **lien de subordination** qui va distinguer ces deux contrats, le contrat d'entreprise est régi par les articles **1710 et s Civ**.

Contrat de travail et contrat de mandat **1984 et s Civ**, pour cet article le mandat est un acte par

lequel une personne donne à une autre le **pouvoir de faire quelque chose** pour le mandant **en son nom**. Ex : un avocat qui n'a **qu'un seul client** (une entreprise) : rémunération prestation, dépendance économique mais il n'y a pas de **lien de subordination** ni de **sanction**.

B. Les caractères du contrat de travail

C'est un contrat à titre **onéreux** (1106), **synallagmatique** puisque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres, c'est un contrat **consensuel** qui se forme par la seule volonté des parties sans besoin d'écrit, c'est également un contrat **commutatif** (pas d'aléa). C'est également un contrat à **exécution successive** dont les prestations sont étalées dans le temps. C'est ensuite un contrat conclu **intuitu personae** en fonction des qualités de la personne, il ne peut donc pas être transmissible à cause de mort.

§2 : La configuration contentieuse

Comment la situation se présente s'il y a procès ? Souvent, le contrat est conclu et exécuté mais ça s'est **mal terminé** pour le salarié potentiel on va donc avoir le salarié qui va demander la requalification du contrat en contrat de travail. On a donc une explosion de ce contentieux avec les **auto-entrepreneurs**. Il existe deux techniques : **la qualification de contrat de travail est dite indisponible on ne peut donc pas l'exclure**, l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la **volonté exprimée par les parties** ni de la **dénomination** qu'elles ont donné à leur convention mais des **conditions de fait** dans lesquelles ont été exercées les activités des travailleurs. **Soc 3 juin 2009**. Cela signifie que la volonté des parties est « *impuissante à soustraire les travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de sa tâche* » **Ass plén 4 mars 1983**. Là est une différence fondamentale avec le droit civil où les parties peuvent lier le juge par la **qualification de leur convention**.

Deuxième règle : **la règle du faisceau d'indices**. Bien souvent il va être **difficile de caractériser précisément l'ensemble des critères de qualification** du contrat de travail. En effet dans certains cas il n'y a **pas de rémunération** ou de prestation, il n'est donc pas évident qu'il y ait contrat de travail. On applique alors la technique du faisceau d'indices en disant que si l'on a **suffisamment d'indices** pour se convaincre de l'existence du contrat de travail alors cela va en être un. **Si ce faisceau est assez important en volume et qu'il se dirige vers une qualification on va appliquer la qualification**.

- *Le comportement des parties* : si elles se comportent comme un employeur et un salarié (recruter par petites annonces, réaliser des bulletins de paye)
- *L'absence d'entraide familiale* (212 214 prescrivent devoir de secours à la famille)
- *Le lieu de travail* : quelqu'un qui va venir tout le temps au même lieu pour le compte d'un autre
- *Fourniture d'une prestation personnelle et exclusive*
- *Fourniture du matériel des matières premières ou des produits* : lorsque son salarié fournit lui-même son matériel etc. alors c'est un travailleur indépendant donc pas de contrat de

travail

- *Direction et contrôle du travail* : lorsque le travailleur est intégré dans un **service organisé** c'est un indice du contrat de travail

Lorsque ces indices sont **suffisamment nombreux**, on a le faisceau d'indices suffisant pour la qualification de contrat de travail.

SECTION 3 : L'AVANT CONTRAT DE TRAVAIL : LA PÉRIODE DE RECRUTEMENT

La période de recrutement se caractérise par un temps où l'un **cherche à recruter** et l'autre à **être embauché**. En droit des contrats, l'**offrant** est très souvent l'**employeur** dans la mesure où c'est à lui de **rédiger le contrat**. En droit civil, cette période est régie par la **liberté d'accepter ou non** une offre sauf abus qui pourrait engager sa responsabilité extracontractuelle. Il ne faut pas faire naître l'illusion que l'on va contracter alors que l'on **ne veut pas** contracter. En droit du travail la situation est différente puisqu'il existe une **législation spéciale** du recrutement.

§1 : Les modes de recrutement

Que le recrutement se réalise **directement** ou par l'**intermédiaire d'un tiers**, les opérations de recrutement ne sont pas laissées à la **discretion de l'employeur**, le recrutement n'est **pas libre**. Notamment la **loi informatique et liberté du 6 janvier 1978 et l'article 9 du code civil** accompagnent le code du travail pour faire échec à **certaines pratiques** de recrutement comme l'**astrologie, la morphopsychologie, la numérologie ou encore la graphologie**. En réaction à ces pratiques, en 1992 le législateur a consacré dans le code du travail des règles protégeant la **vie privée des candidats** à l'emploi. Ces règles ont un triple but : informer les candidats, limiter le domaine de la recherche de l'employeur, et assurer la confidentialité des résultats.

Information des candidats : **L1221-8 CT** dispose que « *le candidat à un emploi est expressément informé préalablement à leur mise en œuvre des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard* » cela signifie que si l'on a des **tests de rapidité, un entretien oral, une mise en situation**, le candidat doit être informé du déroulé du recrutement préalablement à la mise en œuvre de l'évaluation. Cet article est complété par **L1221-9** aux termes duquel « *aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à l'emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté à la connaissance du salarié ou du candidat à l'emploi* » la **collecte des informations** par l'employeur doit préalablement à sa mise en œuvre avoir été portée à la connaissance du salarié on dit que ces deux textes instaurent un **principe de transparence du recrutement**.

Limiter le domaine de la recherche de l'employeur : ici on va avoir un employeur qui va chercher à en **savoir plus** sur son candidat mais de l'autre côté on va avoir le **droit à la vie privée** du salarié qui va bloquer cette recherche. Selon les **articles L1132-1 du CT et 225-1 du code pénal**, sont prohibées les investigations relatives à la **santé du candidat, à ses convictions politiques, religieuses, syndicales, à ses origines, son appartenance à une ethnie ou une religion ainsi qu'à son**

état de grossesse. On a donc une **sphère personnelle** dans laquelle le candidat réside et à l'intérieur de laquelle l'employeur ne peut entrer. C'est une protection de la vie personnelle du salarié, cette protection débute **avant le contrat de travail**, pendant le recrutement. **L'article L1221-6 CT** vient poser une limite d'ordre général aux investigations de l'employeur : « *les informations demandées par l'employeur doivent répondre à une double exigence : finalité et pertinence* » cela signifie que les informations demandées ne peuvent avoir comme but que d'apprécier la **capacité du salarié** (ou candidat) à **occuper l'emploi** proposé.

Confidentialité : **L'article L1222-3 du CT** précise que les résultats obtenus à l'aide des méthodes et techniques d'aide au recrutement **doivent demeurer confidentiels**. *Est-ce que ce droit est respecté en pratique ?* Non, car le candidat est généralement **mal informé** et n'a pas grand-chose à gagner si le droit à la confidentialité n'est pas respecté. D'autant plus que le candidat n'a pas le statut protecteur de salarié **donc précarité**. Donc en pratique, il n'y a **quasiment pas de contentieux** relatif au recrutement.

§2 : Les limites à la liberté d'embauche

Pour le CC dans une **décision du 20 juillet 1988**, la liberté de l'employeur de choisir ses collaborateurs se rattache à la **liberté d'entreprendre** qui a une valeur constitutionnelle. Donc pour le conseil, la liberté de l'employeur de **choisir ses collaborateurs** a une **valeur constitutionnelle**, on ne saurait donc entraver cette liberté. Il existe cependant quelques limites : en principe l'emploi est interdit pour les **personnes de moins de 16 ans** mais il existe des exceptions. Il est également en principe interdit d'embaucher un **ressortissant hors UE sans titre de travail**. Toutefois globalement il faut reconnaître que la **liberté d'embauche** est assez **large**. En effet plus on ouvre les frontières du salariat, en principe plus il y a de **personnes employables**. Si les personnes sont employables cela signifie qu'elles ont de quoi subvenir à leurs besoins et donc qu'elles **peuvent financer l'Etat** et n'ont pas besoin de la solidarité nationale. Il existe d'autres interdictions : certains salariés qui ont subi un **licenciement pour motif économique** bénéficient d'une **priorité d'embauche**, cela signifie qu'un salarié licencié économiquement par une entreprise qui va mieux, elle va pour recruter se tourner en priorité vers ceux qu'elle a licencié. Autre limite : **la discrimination L1132-1 et suivants** interdit à l'employeur d'embaucher quelqu'un ou de refuser d'embaucher quelqu'un sur certains **critères personnels** au regard desquels l'employeur doit rester aveugle.

La liberté d'embauche est très large, malgré quelques limites le législateur encourage l'emploi car cela sert l'Etat et la prospérité générale

CHAPITRE 2 : LA FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Il s'agit des règles régissant l'accord de l'employeur et du salarié qui a pour objet de **faire naître la relation d'emploi** : *comment et à quelles conditions se forme le contrat de travail ?*

SECTION 1 : LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

De très nombreuses possibilités s'ouvrent à l'employeur qui souhaite recruter un collaborateur. La première de ces possibilités est la conclusion du contrat de droit commun qui est le **contrat de travail à durée indéterminée**. Mais l'employeur peut également faire appel à des contrats spéciaux qui sont **limités dans le temps** (CDD), qui mêlent **emploi et formation** (contrat d'apprentissage) mais l'employeur peut également solliciter l'aide d'un intermédiaire qui lui mettra à disposition ses **propres salariés** (contrat de travail temporaire, intérim via les agences d'emploi). En la matière il existe donc une **distinction fondamentale** entre le fait de recruter ses **propres salariés** (recrutement direct) et d'autre part par le recours de la main d'œuvre mises à disposition par un tiers : **recrutement indirect** que l'on ne va pas étudier (programme de M1). On va donc étudier le recrutement direct mais également seulement les **grands principes de l'intérim**.

§1 : Le CDI

Aux termes de **l'article L1221-1 CT** le contrat de travail est soumis aux règles du **droit commun**. Il peut être établi selon **les formes** que les parties contractantes **décident d'adopter**. **L'article L1221-2** dispose lui que le contrat de travail à durée indéterminée est la **forme normale et générale** de la relation de travail. Le droit commun c'est le code civil applicable au contrat. Au regard du droit civil les autres droits sont des **droits spéciaux**. Pour qu'il y ait contrat de travail il faut qu'il y ait *prestation de travail sous la subordination d'un employeur en contrepartie d'une rémunération*.

Les articles 1111 et suivants du code civil sont applicables au **contrat de travail** et à sa **formation**. Le Code du travail prend une disposition de renvoi pour toutes les règles concernant la formation du contrat notamment. Le contrat peut être établi selon les **formes que les parties**

décident : par principe le contrat de travail est soumis au consensualisme, il suffit de **l'accord verbal** pour que le contrat de travail soit valable. Si l'on a une contradiction entre d'une part une **règle de droit civil** et d'autre part une règle de **droit du travail**, c'est le droit spécial qui s'applique : le spécial déroge au général. **L1221-2** : on part du principe que le CDI a un **effet de norme**, donc à défaut de conditions spéciales un contrat de travail sera un CDI. C'est une **qualification générale** qui s'appliquera lorsque les qualifications spécifiques des autres contrats ne s'appliqueront pas donc à défaut de conditions spécifiques c'est le CDI qui s'appliquera. C'est ce que l'on appellera la **requalification en CDI**.

A. Conditions de forme

Une **directive européenne du 14 octobre 1991** impose aux Etats membres une **obligation écrite d'information** sur le **contenu du contrat de travail** pour le salarié. Cela signifie qu'au regard des dispositions européennes l'Etat français aurait du soumettre la conclusion du contrat de travail à une **exigence d'écrit**. Ce n'est pas du tout la conclusion à laquelle sont arrivés le législateur et le juge puisque ni l'un ni l'autre ne soumettent la validité du contrat de travail à l'exigence d'un écrit. *Comment arrive-t-on à articuler cette contradiction ?* Une directive doit être **transposée par le législateur**, mais lorsqu'elle n'est pas transposée elle a seulement une **valeur interprétative**. La règle de 1991 n'a donc **aucune force légale** aujourd'hui car le législateur en a décidé autrement. Si l'on transpose cette directive on soumet la validité du contrat de travail à **l'exigence d'un écrit**. Si l'on ne soumet pas la validité du contrat de travail à l'existence d'un écrit c'est à l'égard du salarié que cela va être défavorable car l'employeur ne recourrait pas à un écrit pour échapper à la **qualification de contrat de travail**. La transposition serait donc désastreuse pour des travailleurs travaillant dans des **conditions précaires** pour lesquels le contrat de travail est une émancipation.

1341 et 1325 Civ interdisent de rapporter la **preuve d'un contrat** lorsque les sommes prévues à ce contrat sont supérieures à 1500€ **par oral**, cette preuve doit être rapportée **par écrit**. Mais **la preuve est libre en matière prud'homale** où l'on peut rapporter la preuve d'un contrat de travail **sans écrit**, les articles du Civ ne s'appliquent pas.

L'article L1221-3 CT dispose que lorsque le contrat de travail est constaté par écrit, il doit être **rédigé en français**. Il faut par ailleurs noter que l'employeur est en toute hypothèse contraint d'adresser une **déclaration nominale** auprès des **organismes de protection sociale** avant l'embauche du salarié, c'est la **déclaration préalable à l'embauche**.

Il y a peu de conditions de forme.

B. Conditions de fond

Les conditions de formation du contrat de travail sont celles du **code civil** : article **1101 et suivants** du code civil : dol, erreur, violence, objet illicite (**1108**). Il y a globalement **peu de contentieux** sauf sur la question du dol avec la question des **CV truqués**.

§2 : Le CDD

Le législateur en la matière poursuit le but de **limiter le recours au contrat de travail à durée déterminée**. En effet on considère généralement que le CDD est un **contrat précaire** même si ce n'est pas toujours le cas. Ce que l'on sait c'est que la relation d'emploi **va se terminer** un jour. On limite donc le recours au CDD au **profit du CDI**. Cette réticence a été complétée récemment par la loi de sécurisation de l'emploi qui a introduit une **contrainte supplémentaire** à la conclusion des CDD : une **taxation** pour les employeurs. C'est une augmentation de la contribution d'assurance chômage à la charge de l'employeur. On recherche la conclusion du CDI et de donner au recours au CDD un **caractère onéreux** et **pénaliser financièrement l'employeur** qui recours au CDD.

A. Le recours au CDD

Le CDD étant un contrat spécial il répond à certains motifs qui sont également accompagnés d'interdictions.

1. Les motifs

La loi du 12 juillet 1990 prévoit que le recours au CDD est limité à une énumération de motifs dont la liste est fixée au **code du travail**. On peut avoir un motif temporaire, un motif de remplacement, le CDD d'usage (CDD conclus dans des secteurs où il est d'usage de recourir aux CDD ex sport professionnel).

Le principal motif de recours au CDD est en pratique le remplacement **L1242-2 CT**, cet article prévoit que le CDD motivé par un remplacement peut être conclu pour les raisons suivantes : *absence, passage provisoire à temps partiel, suspension du contrat de travail, etc.* l'employeur va pouvoir recruter quelqu'un par le biais d'un CDD dans la mesure où il a un **besoin causé par l'absence** d'un salarié (congé payé maladie maternité). On ne peut pas recourir au CDD en cas de **mouvement de grève** car il perd de son intérêt.

L'accroissement temporaire d'activité : **L1242-2 Deuxièmement**. C'est en pratique le motif fourre-tout puisque le contentieux enseigne que lorsque l'employeur veut recourir au CDD mais qu'il n'existe **pas de motif**, il se réfère généralement à **l'accroissement temporaire d'activité** qui de surcroît est entendu très largement par la Cour de Cassation puisque celle-ci permet le recours au CDD que l'accroissement soit **régulier ou non, habituel ou exceptionnel**. C'est tout ce qui est accroissement **sauf pour les saisons** : les soldes, l'inventaire.

Un motif y ressemble et qui est visé à **l'article L1242-2 Troisièmement** qui est le contrat saisonnier c'est-à-dire celui qui est conclu pour des tâches normalement appelées à se répéter **chaque année** à des **dates à peu près fixes** en fonction du **rythme des saisons** ou des modes de vie collectifs comme les *tâches agricoles l'activité dans les stations balnéaires, la restauration*.

Les contrats d'usage : les contrats d'usage visés à **l'article L1242-2 Troisièmement** sont des

contrats conclus dans un secteur d'activité qui a pour **habitude de recourir au CDD**. Le principal exemple est le *sport professionnel, le spectacle*. Ici c'est l'habitude qui va donner la possibilité de conclure des CDD.

2. L'interdiction

Le code du travail interdit le recours au CDD dans des **situations différentes** : tout d'abord un motif général d'interdiction **L1242-1** dispose que « *le CDD quelque soit son motif ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pouvoir **durablement** des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ». Il s'agit de délimiter le frontière entre le CDD d'une part et le CDI d'autre part : à partir du moment où l'emploi est **lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise**, le contrat doit être un CDI. On trouve également d'autres interdictions à **l'article L1242-6** en aucun cas le CDD ne peut avoir pour objet le remplacement d'un salarié dont le **contrat est suspendu** à la suite d'un **conflit collectif** de travail (**grève**). Dernière interdiction, il est fait interdiction à l'employeur de conclure un CDD pour réaliser des **travaux particulièrement dangereux**

3. La sanction

Quelle est la sanction d'un vice dans la formation d'un contrat ? **La nullité**. Si l'on applique cette sanction au CDD cela signifierait qu'en l'absence d'écrit ou de motifs le contrat serait nul et donc **restitution des prestations réciproques**. Or le salarié doit restituer une partie de son salaire et l'employeur indemniser. La sanction d'un vice dans la formation d'un CDD ne sera pas la nullité pas la **requalification en CDI**. Aux termes de l'article **L1245-1 CT** « *est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance des dispositions L1242-1 et L1242-4 et suivants* ». De ce fait le contrat de travail se maintient à **l'issue de l'échéance** et si l'on veut se séparer de l'employé il faut le licencier et donc avoir un **motif de licenciement**. Non seulement le CDD se transforme en CDI mais lorsque la requalification du contrat est décidée à **titre de sanction**, l'employeur est condamné au surplus à verser au salarié une **indemnité d'un mois de salaire**.

B. La rédaction du CDD

L1242-12 CT prévoit que le CDD est établi **par écrit** et comporte la définition précise de **son motif** à défaut, il est réputé conclu pour une **durée indéterminée**. Sur la forme, le CDD se distingue dans une mesure exceptionnelle du CDI puisqu'il **doit être écrit** : ce n'est pas le consensualisme qui préside mais **le formalisme**. A défaut (on retrouve la vocation générale du CDI) le contrat est réputé être à durée indéterminée. **L1242-12a12 CT** précise qu'il doit comporter un certain nombre d'informations qui s'ajoutent aux **conditions de validité du CDD**. Pour la plupart de ces dispositions la Cass considère que leur omission doit être sanctionnée par la **requalification en CDI** mais pas pour toutes les omissions. Au contraire du CDI pour lequel les conditions de formation sont **très ouvertes et souples**, le recours au CDD est d'une **grande rigidité** : c'est le formalisme qui préside.

La validité du CDD est également soumise à la précision par les parties de la **durée du contrat**. Cette durée est en principe de **18 mois maximum** même s'il existe des **exceptions** notamment la Cass accepte que le contrat de travail excède 18 mois en cas de **remplacement** et en cas de **contrat d'usage**. **L'article L1242-7** du CT dispose que le CDD comporte un **terme fixé avec précision**. Toutefois le contrat pourra comporter ce que l'on appelle un **terme imprécis** lorsqu'il est conclu pour l'un des cas visés à **l'article L1242-7** donc par exemple en cas de **remplacement** car l'employeur dans la plupart des hypothèses ne **connait pas** la date de retour de son salarié. C'est également le cas pour les emplois à **caractère saisonnier** pour lesquels l'employeur a une vague idée de la durée du contrat (ex dans l'agriculture dépendra du rythme des récoltes). Dans les contrats de travail à **terme imprécis** il existe toutefois une garantie au bénéfice des salariés, c'est la fixation d'une **durée minimale** en deçà de laquelle l'employeur ne peut se placer. **Lorsqu'il s'agit de rédiger le CDD il faut être précis sur la forme et préciser le terme du contrat sauf exception.**

C. La rupture anticipée du CDD

Une fois la période d'essai passée, les parties doivent **respecter leur engagement** et ne peuvent plus rompre leur contrat précocement. **L'article L1243-1 CT** dispose que le CDD ne peut être rompu **avant l'échéance du terme** sauf *accord des parties, faute grave, force majeure ou inaptitude*. Au-delà de ces motifs, le contrat doit perdurer et les parties **ne peuvent rompre le contrat** : dans un CDD un salarié ne peut en principe pas démissionner sinon c'est une **rupture illicite** du contrat de travail qui peut justifier le versement de **dommages-intérêts**. Cette liste de motifs est commune à l'employeur et au salarié. Toutefois le salarié bénéficie **L1243-2 CT** d'une possibilité de rompre le CDD lorsque celui-ci justifie de la **conclusion d'un CDI**. Cette rupture est conditionnée par des délais contenus à l'article **L1243-2**. Si l'employeur rompt le CDD de façon anticipée sans motif il devra au salarié **l'ensemble des salaires qu'il aurait du lui verser** : c'est une **sanction dissuasive**. Si c'est le salarié qui rompt le contrat de façon anticipée, il devra à l'employeur la prestation de travail mais on ne peut pas obliger quelqu'un à exécuter une obligation de faire il devra donc **l'ensemble des salaires prévus jusqu'à la fin du contrat**.

D. Renouvellement ou succession de CDD

Il serait facile contourner la **vocation générale** du CDI si on permettait à l'employeur ou au salarié de conclure des CDD **l'un après l'autre** de façon indéfinie. On aurait une succession indéfinie de CDD sans recourir au CDI si les **motifs tiennent toujours**. Il existe donc des règles spécifiques aux questions de renouvellement et de succession de CDD : **L1243-13 et suivants**.

- Le renouvellement du contrat

Le CDD est **renouvelable une fois** pour une durée déterminée, en toute hypothèse le renouvellement d'un CDD ne pourra être effectué qu'une seule fois. **L1243-13** : la **durée du renouvellement ajoutée à la durée du contrat initial** ne peut excéder la **durée maximale prévue**. Cela signifie qu'en toute hypothèse le renouvellement ne permet pas de déroger aux **durées maximales** du CDD. Si on conclut un CDD pour 6 mois et qu'on veut le renouveler, le

renouvellement pourra être sur **un an maximum**. Il n'y a pas de durée maximum de renouvellement au regard de la durée initiale mais il fait le faire dans la **limite de la durée maximale d'un CDD qui est de 18 mois**. *Le motif doit-il persister au jour du renouvellement du CDD ? Doit-il toujours être valable ou bien considère-t-on que le motif s'apprécie au jour du renouvellement du CDD ?* Il faut que le **motif initial persiste**. Le renouvellement c'est le **report du terme** d'un contrat pour le même motif (ex pour une commande exceptionnelle puis pour une autre commande exceptionnelle). Au jour du **renouvellement du contrat le motif doit être le même** et persister.

- La succession de CDD

Elle est traitée aux **articles L1844-1 et suivants** du CT. Le cas de la succession de CDD consiste en la conclusion successive de **plusieurs CDD dans le temps**. Deux situations doivent être distinguées :

Les contrats successifs avec le même salarié : **L1244-1** dispose que « *la conclusion de contrats successifs avec le même salarié est possible dans plusieurs cas limitativement prévus : le remplacement d'un salarié absent, le remplacement d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu, les emplois saisonniers et les emplois d'usage* ». Cela signifie qu'à l'inverse, la succession de contrats avec le même salarié dans les autres cas n'est en principe pas possible.

Les contrats conclus pour le même poste : cette interdiction de contrats successifs est exprimée à **l'article L1244-3** « *à l'expiration d'un CDD, il ne peut être recouru pour pourvoir le poste du salarié dont le contrat a pris fin ni à un CDD ni à un CTT avant l'expiration d'un délai de carence* ». Le délai de carence est le délai qui va nécessairement séparer la **fin d'un CDD** et le **début d'un autre**. Le délai de carence est calculé de la façon suivante : il est égal à **un tiers de la durée du contrat renouvellement inclus si celui-ci est de 14 jours ou plus** ou alors à la **moitié du contrat venu à expiration si la durée de celui-ci renouvellement inclus est inférieure à 14 jours**. C'est pour éviter de **précariser un poste**.

Ce système de délai de carence est **assez rigide** mais protège de la précarisation de postes de travail qui verrait se succéder des **salariés précaires**. Ce délai de carence est exclu dans les hypothèses de **l'article L1244-4** : le délai de carence n'est pas applicable aux *contrats d'usage, aux contrats saisonniers, pour l'exécution de travaux urgents*. **Cass 13 décembre 1978** : un salarié est employé tous les étés pendant 22 ans dans un restaurant. La Cass dit qu'il y a eu entre les parties des relations de travail d'une durée globale indéterminée, peu important que le salarié eut été employé chaque année pendant la période fixe de la saison et que l'exécution du contrat eut été suspendue dans l'intervalle (*arrêt isolé*). La récurrence de CDD **pendant 22 ans** permet de considérer que le contrat est en **réalité un CDI**. En effet un CDD ne doit pas avoir pour objet de pourvoir un emploi durable lié à **l'activité normale et permanente** de l'entreprise or ici c'est le cas donc requalification en CDI.

§3 : Le CTT

Bien que la fourniture de main d'œuvre à but lucratif soit en principe prohibée par **les articles L8231 et L8241-1** du CT, le contrat de travail temporaire est un **usage extrêmement répandu** en France. Le travail temporaire en principe permet à une entreprise de mobiliser **rapidement** un personnel qualifié pour une mission temporaire et le tout **sans embaucher directement** ces salariés. Le trait principal de l'opération est l'existence de **3 acteurs différents**. Ici le CTT vient instaurer une relation à 3 parties : *le travailleur, l'entreprise de travail temporaire mais également l'entreprise « utilisatrice ».*

A. Les rapports entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire

L'ETT et l'EU sont **unies par un contrat**, ce n'est pas un **contrat de travail** dans la mesure où l'on a souvent affaire à **deux personnes morales**. L'EU va demander à l'ETT de trouver de la main d'œuvre et de lui confier. La substance de la relation est **la mise à disposition du personnel**. Leur relation est qualifiée par le code du travail de **contrat de mise à disposition**. Ce contrat doit être **conclu par écrit** au plus tard dans les **deux jours ouvrables** suivant la **mise à disposition du salarié** et doit être établi **pour chaque salarié**. Il doit mentionner **le motif** pour lequel il est recouru à l'intérim. Le code du travail et **l'article L1251-6** prévoient que les motifs de recours à l'intérim sont les **mêmes que pour le CDD**. Le contrat de mise à disposition doit aussi prévoir certaines mentions comme *par ex le nom et la qualité de la personne remplacée le cas échéant*. On peut qualifier ce contrat de **contrat commercial de prestation de service**

B. Rapports entre l'entreprise de travail temporaire et le travailleur temporaire

C'est un contrat de travail à **durée déterminée** qui est conclu **entre le travailleur et l'ETT**. C'est un **CDD spécial** mais il fait partie de la famille des CDD. Il peut donc avoir un terme imprécis, sa durée ne peut excéder 18 mois et peut être **renouvelé une fois**. Les conditions de validité du CTT sont les mêmes que celles du CDD. Le contrat doit par exemple être **constaté par écrit** et adressé au plus tard au salarié dans les **deux jours du commencement de la mission**. Le contrat doit également comporter un certain nombre de mentions obligatoires comme pour le CDD. Il existe toutefois une **différence importante de régime** entre le CTT et le CDD. Le code du travail prévoit deux solutions au cas de la **rupture anticipée** du contrat de travail temporaire. Lorsque le contrat est rompu avant le terme de la mission, en **l'absence de force majeure** ou de **faute grave**, l'entreprise de travail temporaire doit proposer au salarié **dans les 3 jours** un nouveau contrat de travail sans modifications substantielles : même salaire, même prestation et dans un même secteur géographique. Dans le cas contraire, l'entreprise de travail temporaire doit **payer l'ensemble des salaires** jusqu'au **terme prévu** au contrat.

C. Rapports entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur temporaire

La nature de la relation entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur temporaire n'est **pas contractuelle**, il n'existe **aucun contrat** entre l'entreprise utilisatrice d'une part et le travailleur temporaire d'autre part. Il y a un **contrat entre l'ETT et l'EU**, il y a un **contrat entre l'ETT et le travailleur** mais il n'y a pas de contrat entre l'EU et le travailleur, c'est une **relation de fait**. C'est

une manifestation très visible de la dualité de relation entre le contrat de travail comme contrat et **comme institution** car même en l'absence de contrat l'entreprise utilisatrice va pouvoir **exercer son pouvoir de direction**, son **pouvoir réglementaire** sur le salarié. En effet c'est bien l'entreprise utilisatrice qui va donner des ordres au salarié, le RI applicable sera celui de **l'entreprise utilisatrice**, or si le salarié doit respecter ce RI ce n'est pas en vertu d'un contrat de travail mais parce qu'il existe un **pouvoir réglementaire de l'employeur** qui va toucher des personnes qui ne sont pas salariés par l'entreprise. Si le salarié se blesse/subit un dommage au temps et au lieu du travail, le responsable ne sera pas l'ETT mais **bien l'EU**. Au-delà des relations contractuelles on peut avoir des relations de travail qui soient fondées sur le simple exercice du pouvoir et le jeu des responsabilités. Même s'il est **salarié par l'ETT** le salarié **travaille pour l'EU**

Dans quels cas l'entreprise va-t-elle conclure un CDD et dans quels cas va-t-elle conclure un CTT ? Souvent ce sont pour des **raisons de recrutement** : une entreprise ne peut pas recruter 500 CDD, mais le travail temporaire malgré cet intérêt **coute très cher**.

SECTION 2 : LES CLAUSES DU CONTRAT DE TRAVAIL

C'est s'intéresser à la **substance du contrat**. Aujourd'hui on appelle ça **l'ingénierie contractuelle** : savoir et construire un contrat de travail de la meilleure des façons pour prévoir au mieux les éventuels changements qui pourraient se produire et pour permettre à l'employeur **d'occuper la position la plus favorable** puisqu'il s'agit pour lui de s'arroger un certain nombre de prérogatives, la plupart des clauses contractuelles servant à **faire bénéficier à l'employeur des prérogatives spéciales**.

§1 : Les clauses relatives au lieu de travail

Il existe de nombreuses clauses de ce type.

A. Les clauses fixant un lieu de travail précis

Sur ce point, la JP distingue les clauses qu'elle intitule « *informatives* » des clauses *contractuelles* du contrat de travail. **Soc 3 juin 2003**, la Cass décide que la mention du **lieu de travail** dans le contrat de travail a **valeur d'information** à moins qu'il soit stipulé par une **clause claire et précise** que le salarié exécutera ce contrat de travail **dans ce lieu**. Cela signifie que la Cass distingue les clauses informatives des clauses contractuelles. Il faut en déduire qu'à priori **toute clause relative au contrat de travail est informative** sauf si les parties ont expressément stipulées que le travail s'exécutera exclusivement dans le lieu précisé. Toutefois la Cass vient apporter une **limite au pouvoir de l'employeur** de modifier le lieu d'exécution du contrat de travail puisqu'elle précise que si l'employeur peut **modifier unilatéralement le lieu de travail** en cas de clause informative, le lieu de travail doit demeurer dans le même **secteur géographique** que celui du lieu précisé au contrat. Cela donne un pouvoir assez important à l'employeur qui a des **établissements proches** les uns des autres.

Qu'est ce qu'un secteur géographique ? La Cass considère que la notion de secteur géographique est **laissée aux juges du fond**. Cela signifie qu'elle ne veut pas avoir à déterminer ce qu'est un secteur géographique. Le problème est que des CA en l'absence de contrôle de la Cass ne vont **pas uniformiser cette notion**, il peut y avoir autant de notions que de cours. On n'a **pas d'appréciation unitaire** de cette notion. Ex : sur l'île de la réunion, 2 sites distants de 25 km sont dans le même secteur géographique alors qu'en région parisienne deux sites distants de 30 km ne le sont pas. L'appréciation du secteur géographique va se déterminer par la **notion de temps de transport**. S'il est considéré comme raisonnable, alors les deux sites seront dans le même secteur géographique, à défaut ils ne le seront pas.

B. La clause de mobilité géographique

Lorsque l'employeur souhaite organiser une mutation dans un secteur géographique différent **sans avoir besoin de l'accord du salarié**, une clause de mobilité géographique est nécessaire. La clause de mobilité est celle qui permet à l'employeur de muter le salarié dans un secteur géographique différent de celui de son lieu de travail. En JP s'est posée la question du **sens exact** de la référence à la mutation. La mutation induit nécessairement un **caractère si ce n'est définitif, en tout cas continu**. Il doit y avoir une **certaine durée**. On distingue donc en JP d'une part la **mutation** et d'autre part les **déplacements occasionnels**. A ce dernier titre la Cass dans **Soc 22 janvier 2003** considère que le déplacement imposé à un salarié en dehors du **secteur géographique** où il **travaille habituellement** ne constitue pas une modification de son contrat de travail dès lors que la mission est **justifiée par l'intérêt de l'entreprise** et que la **spécificité des fonctions exercées** par le salarié implique une certaine mobilité géographique. Cela va concerner toute personne dont le poste va être forcément **soumis à des déplacements**.

Pour tout le reste, à partir du moment où le déplacement acquiert un **caractère continu**, qu'il est effectué pour une **certaine durée**, alors la clause de mobilité géographique est nécessaire pour le **déplacement du salarié**. Cette clause est soumise à plusieurs conditions de validité.

1. L'insertion de la clause dans le contrat

La clause de mobilité doit avoir été **acceptée de manière claire et non équivoque par le salarié**. La Cass a ainsi jugé que la clause de mobilité insérée dans un contrat de travail **non signé** ne peut être valablement opposée au salarié. En revanche la Cass juge qu'une clause de mobilité insérée dans une **convention collective** peut être **opposée au salarié** dans la mesure où le salarié a été **mis en demeure d'en prendre connaissance**. Soit la clause est **matériellement** insérée dans le contrat et a été acceptée par le salarié soit elle est insérée dans la convention collective auquel cas le salarié doit avoir été mis en demeure d'en prendre connaissance. La plupart du temps on trouve dans les contrats de travail des **clauses de renvoi** qui renvoient à la **convention collective**.

2. Le contenu

La première exigence en matière de clause de mobilité est la **précision de son libellé et de sa**

rédaction. La Cass a très régulièrement l'occasion de sanctionner des clauses imprécises. Ainsi d'une clause prévoyant que le salarié s'engage « à accepter au plus tard dans les 8 jours suivant la notification un changement de lieu de travail » **18 septembre 2002**, cette clause n'est pas assez précise car elle ne détermine pas le lieu. **18 mai 2005 La Cass** juge qu'est imprécise la clause suivante « une nouvelle affectation vous sera proposé dans l'un des magasins de la région ou de notre société », une clause de mobilité doit définir de **façon précise sa zone géographique d'application.** La Cass ajoute que cette clause ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en **étendre unilatéralement la portée.**

3. Mise en œuvre

La question de la mise en œuvre de la clause de mobilité géographique est l'étape la **plus importante** car c'est au moment de la mise en œuvre de la clause que celle-ci devient **concrète pour le salarié.** C'est donc logique que le contentieux soit le plus fourni à l'occasion de la **mise en œuvre** de la clause. **Soc 14 octobre 2008 :** La Cass considère que le juge doit rechercher si la **mise en œuvre** d'une clause de mobilité ne constitue pas une **atteinte aux droits du salarié à une vie personnelle et familiale** et si une telle atteinte peut être **justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.** Une clause de mobilité géographique porte atteinte au droit à une vie familiale normale mais également à la liberté de domicile. Ce sont sur ces **deux droits et libertés** que le contentieux est le plus important, contentieux qui naît au jour de la mise en œuvre de la clause. Si une clause peut être **valable au jour de conclusion** du contrat sa mise en œuvre peut être paralysée au jour de la mise en œuvre de la clause. Le salarié va faire jouer l'article **L1221-1** du code du travail, la décision du juge dépendra sur quel plan on se place : la **validité de la clause** ou la **violation des libertés.** **En effet la clause est valable mais sa mise en œuvre peut être entravée par son atteinte aux droits et libertés.**

§2 : Les clauses de non concurrence

Pour l'employeur l'intérêt d'insérer une **clause de non concurrence** dans le contrat est de se prémunir contre une éventuelle activité concurrente de son ex-salarié. Ce qu'il faut comprendre, c'est que la clause de non concurrence est une clause **post-contractuelle** puisqu'elle produit ses effets au **jour de la rupture** du contrat de travail. Elle ne s'intéresse pas à la période d'exécution du contrat de travail.

A. Identification de la clause de non concurrence

L'objet de la clause de non concurrence est **d'interdire l'exercice d'une activité professionnelle** donnée. Toutefois l'employeur peut préférer des **restrictions moins importantes** par le biais de clauses de **non démarchage** ou des clauses de **non détournement de clientèle.** La clause de non concurrence existe dans plusieurs domaines, elle prend donc naissance dans de **très nombreux contrats** mais elle va avoir des **régimes différents** selon les contrats. Dans le contrat de travail la clause de concurrence a un régime spécifique, il s'agit alors de savoir pour la Cass si des clauses sont valables alors **qu'importées d'un autre domaine** comme les clauses de non démarchage et de

non détournement de clientèle qui sont différentes car elles visent les anciens clients du salarié dans l'entreprise. En droit commercial **ces deux clauses** (non concurrence et autres) ont un **régime différent**. En droit du travail, la Cass considère que toutes les clauses sont des clauses de non concurrence, **on ne distingue pas**. En effet la Cass considère qu'elles ont toutes pour point commun **d'atteindre la liberté du travail**.

B. L'existence de la clause

Comme pour la clause de mobilité, la CNC doit être soit insérée dans le **contrat de travail** soit être contenue dans la **convention collective** dans le cas où le salarié a été **mis en demeure d'en prendre connaissance**. Le législateur s'est relativement **désintéressé de la CNC**, il est donc revenu à la JP de définir les conditions d'existence de la clause. Dans plusieurs arrêts **Soc 10 juillet 2002 (importants)**, la Cass a décrit les **conditions de validité** de la clause de non concurrence « *une clause de non concurrence n'est licite que si elle est*

- *Indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise*
- *Limitée dans le temps*
- *Limitée dans l'espace*
- *Elle tient compte des spécificités de l'emploi*
- *comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière*

Ces conditions étant cumulables »

- Protection des intérêts légitimes d'une entreprise

On ne peut insérer cette clause que dans le contrat de travail de salariés qui sont **susceptibles de produire une concurrence préjudiciable** pour l'entreprise. Il faut qu'il existe un **risque sérieux** de concurrence. Cass a décidé à ce titre qu'une clause insérée dans le contrat d'un *laveur de vitres, d'un télévendeur ou d'un employé magasinier* était illicite.

- Limitation dans le temps

Il faut simplement que la clause soit **limitée dans le temps**. La Cass ne dit pas **combien** de temps car ce n'est pas son rôle, on peut en déduire que la limitation dans le temps de la clause doit **être raisonnable**, en JP on constate souvent qu'une clause ayant une **durée de 3 ans** est raisonnable.

- Limitation dans l'espace

La CNC doit fixer une **limite géographique** à l'obligation de non concurrence. La Cass veille à cet égard que la zone géographique n'ait pas pour effet d'empêcher le salarié de **retrouver un emploi** correspondant à ses **possibilités professionnelles**. Cela signifie que la Cass va faire attention à ce que la zone géographique ne soit **pas trop importante** car cela exclurait que le salarié puisse retrouver du travail. La clause ne pourra donc **pas concerner toute la France**. Il paraît cohérent de

penser à la zone réelle de concurrence d'EDF (à l'échelon départemental souvent), il faut voir dans quel **secteur géographique réel** la concurrence se déploie.

- La limitation de l'activité / Les spécificités de l'emploi selon la Cass

La CNC est limitée à **l'activité déployée par le salarié** pour le compte de son employeur. S'il souhaite devenir salarié dans un **tout autre secteur**, il n'y aura pas de problème de concurrence car ce n'est pas la même activité.

- La contrepartie financière

C'est l'apport essentiel des **arrêts de 2002** et celle qui distingue la CNC en droit du travail des **CNC commerciales et civiles**. La contrepartie financière est due au jour de la cessation du contrat quelque soient les **circonstances de la rupture** : même si le salarié est **licencié pour faute grave**, la contrepartie financière est **toujours due**. La Cass considère qu'une contrepartie financière **dérisoire** équivaut à une **absence de contrepartie financière**. *Quel alors doit être le montant d'une clause de concurrence ?* La Cass a déjà jugé qu'une clause de concurrence avec contrepartie financière **équivalente à 10%** des salaires qui auraient été touchés pendant la **durée de la clause** n'est **pas suffisante**. Il faut prévoir une contrepartie à hauteur à peu près **d'un tiers des salaires** qu'aurait touché le salarié.

Le juge a la possibilité de modifier les stipulations de la clause de non concurrence s'il les trouve soit **trop dérisoires** soit **trop importantes**. La sanction n'est donc pas la nullité mais la **réfaction judiciaire**.

CHAPITRE 3 : L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

C'est la période la **plus importante** : c'est à ce moment que les parties vont **échanger leurs prestations**. L'exécution du contrat de travail est plus intéressante en droit du travail qu'en droit civil car on est dans un contrat à **exécution successive**, c'est-à-dire un contrat qui s'exécute dans le temps tout comme le bail ou un abonnement.

SECTION 1 : LA MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Si un salarié pouvait autrefois exercer son emploi dans des **conditions identiques tout au long de sa carrière**, les modifications technologiques modernes rendent de plus en plus hypothétique ce type de schéma. La question de la modification du contrat de T **pendant son exécution** est aujourd'hui **fondamentale**. En droit civil on n'en parle pas car modifier le contrat suppose l'accord des parties, en droit du travail c'est différent car il y a les **pouvoirs de l'employeur** : on est dans

une situation **inégaie et déséquilibrée**. La question de la modification va se poser sous le jour suivant : *dans quelle mesure l'employeur peut-il imposer à son salarié une modification de son contrat de travail ?*

Cette question va recevoir une double réponse.

§1 : La qualification de modification du contrat de travail

Le régime sur ce point est purement JP. Autrefois la JP distinguait entre deux questions : d'une part la **modification substantielle** du contrat de travail qui était soumise à un **accord des parties** de la modification **non substantielle** qui pouvait être **imposée par l'employeur**. Aujourd'hui on distingue entre la **modification du contrat de travail** et le **changement des conditions de travail**. Cette distinction était **peu pertinente** car lorsque l'on modifie un contrat de travail on modifie **nécessairement sa substance**. Cette distinction était telle depuis x arrêts de la **Soc du 10 juillet 1996**. Il s'agit de distinguer d'une part ce qui doit être **soumis à l'accord des parties** et d'autre part ce qui peut être **imposé par l'employeur**. Au titre de la modification du contrat de travail, seront visés par la Cass les éléments qui participent soit du noyau dur soit du **socle du contrat** de travail.

Au titre du changement des **conditions de travail** seront visés les **éléments périphériques du contrat de travail**. Contrairement au droit commun, la Chambre sociale distingue entre des **éléments noyaux durs** du contrat (accord des parties) et des **éléments périphériques** (peut être imposé par l'employeur). Cela ressemble au régime de l'erreur en droit civil.

A. Le domaine de la modification

Au cours de ses arrêts, la Cass a esquissée les contours de ce qui va être le **socle contractuel** ou le noyau dur du contrat de travail : les éléments, dont la modification devra être soumise à **l'accord du salarié** comme la rémunération, le temps de travail, les fonctions du salarié.

- La rémunération

Elle ne peut être modifiée **qu'en cas d'accord du salarié** car elle est la **cause de l'engagement** du salarié. La Cass précise à cet égard que le salaire de base est nécessairement contractuel. Mais on peut avoir des **clauses de rémunération variable** : on aura une rémunération fixe et une **part variable**.

- Les fonctions du salarié

La prestation de travail du salarié ne peut être modifiée sans accord du salarié : la JP est **ferme et constante**. Si on veut que l'employé change de fonctions, au cours de l'exécution de son contrat de travail, on définit ses **fonctions largement** dans le contrat de travail.

- Le secteur géographique

L'employeur ne peut modifier unilatéralement le **secteur géographique** dans lequel le salarié est appelé à travailler. *Comment contrer cela ?* Avec une **clause de mobilité géographique**

- La durée du travail

C'est l'**addition des heures de travail**. L'**horaire et la durée** peuvent coïncider en cas de temps de **travail continu** mais bien souvent elles ne coïncident pas du fait des **pauses**. La durée du travail est **toujours contractuelle** et donc devra toujours être soumise à l'accord du salarié pour modification. Aujourd'hui la parade est celle des **heures supplémentaires** dont le quota est de **plus de 200h par an**.

L'**horaire de travail** quant à elle participe en principe des **conditions de travail** sauf le passage d'un horaire **de jour** à un horaire **de nuit** qui supposera l'accord du salarié.

B. Le régime de la modification du contrat de travail

En pratique, l'accord des parties prendra les traits de l'**acceptation du salarié** : si le salarié refuse, plusieurs conséquences en découlent.

1. L'acceptation du salarié

La modification du contrat est **proposée** par l'employeur, le salarié **doit l'accepter** pour qu'elle prenne effet. Depuis *Soc Raquin 8 octobre 1997* l'acceptation du salarié **ne peut être déduite de son silence** et de la **continuation de l'exécution** de son contrat de travail : le silence ne vaut pas acceptation sauf si *circonstances particulières*. Avant l'arrêt on considérait que le fait pour l'employeur de continuer à exécuter le contrat vaut acceptation. Mais cela peut donner lieu à des **abus de la part de l'employeur** qui peut ne pas laisser le choix à son employé. La situation est donc inéquitable car le salarié étant dans une situation plus faible **il ne peut s'opposer à son employeur**. Désormais les **circonstances particulières** tenant à l'exécution du contrat ne sont **pas suffisantes** pour en déduire l'acceptation du salarié.

L'employeur doit proposer au salarié la modification de son contrat de travail, le salarié doit avoir le **temps nécessaire pour apprécier l'offre** de l'employeur. Au terme de ce temps nécessaire, le salarié accepte. C'est un **régime JP** donc pas d'article du code. Néanmoins en pratique on a une **lettre recommandée avec AR** de la part de l'employeur et l'employé a **5 jour pour accepter par écrit** et le remettre en **main propre**. L'acceptation du salarié emporte **novation du contrat** de travail (modification).

2. Le refus du salarié

La JP (*Soc 4 février 1988*) déduit du refus que l'employeur ne peut sans l'accord du salarié **modifier le contrat** de travail et il lui incombe soit de **maintenir les conditions** contractuellement

convenues soit de **tirer les conséquences** du refus opposé par l'intéressé. La première de ces conséquences est le **maintient du contrat de travail** : l'employeur doit **renoncer à la modification** et permettre l'exécution du contrat dans les termes originaux. Bien souvent ce refus va amener la **rupture du contrat de travail**. Le refus du salarié ne constitue pas en lui-même une **cause de licenciement**, dès lors l'employeur qui souhaite rompre le contrat de travail à la suite du refus du salarié doit trouver un **motif différent** c'est-à-dire doit motiver le licenciement par une raison qui n'est pas le refus du salarié. En matière de licenciement pour motif personnel il paraît **difficile de trouver un motif**, en revanche l'employeur pourra arguer de **raisons économiques** (*ex si on a une modification dans un service du logiciel employé par les salariés, il licenciera l'employé qui refuse la modification pour cause de mutation technologique*). Souvent le licenciement du salarié sera motivé par des **raisons économiques** et plus particulièrement pour cause de **mutation technologique**.

§2 : Le changement des conditions de travail

La décision de changer les conditions de travail du salarié relève du pouvoir **de direction de l'employeur**. Ce changement se fera donc **unilatéralement** sans que l'acceptation du salarié ne soit nécessaire. Néanmoins il est tout à fait concevable et régulier que le salarié **refuse les changements** de ses conditions de travail. L'employeur peut dès lors adopter deux attitudes : soit il **accède aux demandes du salarié** et **renonce à changer les conditions** de travail (ce n'est **jamais le cas** en pratique) soit il **fonde le licenciement du salarié sur son refus** qui ici est **une faute**.

SECTION 2 : LE TRANSFERT DU CONTRAT DE TRAVAIL

Dans diverses hypothèses, la stabilité de l'emploi du salarié est menacée par des éléments qui pourraient affecter le **contrat de travail**. La principale d'entre elles est ce que l'on appelle le **changement dans la situation juridique de l'employeur**. Soit l'employeur **cesse** son activité qui est **reprise** par une nouvelle entreprise soit **l'entreprise est rachetée**, absorbée, fusionnée à une autre entreprise. **L'article L1224-1 CT** dispose que « *lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». Cela signifie que le Code du travail va **forcer le transfert** des contrats de travail de l'ancien employeur vers le nouvel, c'est un mécanisme propre au droit du travail. Cela permet le transfert des contrats de travail quelque soit la situation juridique de l'employeur, on va donc permettre aux contrats de travail de **se stabiliser**. En droit civil on considérerait que le nouvel employeur est **tiers au contrat** de travail et donc qu'on ne peut lui opposer, le Code du travail énonce ici une règle dérogatoire qui permet le **maintient du contrat**. Le principe de ce maintien en cas de transfert, de modification de la situation juridique de l'employeur date de **1928** et a donc été consacré **très tôt** par la JP.

§1 : Le domaine de l'article L1224-1

La question qui se pose est de savoir *qu'est ce que la modification dans la situation juridique de*

l'employeur ?

A. L'objet du transfert

L'article évoque une modification dans la situation de l'employeur. L'objet du transfert c'est donc l'entreprise au sens **d'une institution**. La Cass précise **qu'il faut qu'il y ait une cession** pour que l'article soit applicable, d'un ensemble organisé de moyens, de personnel et de matériel. La Cass précise que **l'article L1224-1** s'applique lorsque le **transfert affecte une entité économique**. Il s'applique à « *tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise* », elle précise encore que le transfert d'une entité économique suppose la cession d'éléments d'actif corporels ou incorporels significatifs. Ce qu'il faut voir c'est que l'objet du transfert doit être une **entité économique autonome**. Cette notion a été posée à de nombreuses reprises en JP qui donnent parfois des réponses insatisfaisantes. Il faut savoir si **l'entité économique autonome peut ne constituer qu'une partie de l'entreprise** : oui si l'on a une activité économique et des éléments corporels et incorporels.

Autre hypothèse : on est dans le cadre de **société de gardiennage** qui a pour activité d'être un centre qui installe des alarmes et assure le suivi en cas de déclenchement d'une alarme. Si cette entreprise **perd un marché important** qui lui prenait 5% de son activité, y a-t-il transfert d'une activité économique autonome des 5% ? Est-ce que la perte d'un marché peut constituer le transfert d'une activité économique autonome ? **Cass Ass Plén 15 novembre 1985 la modification dans la situation juridique de l'employeur ne peut résulter de la perte d'un simple marché**. Si l'entreprise perd un marché qui correspond à 30% de son activité de sorte que certains salariés étaient **spécialement affectés** au gardiennage du client. Y a-t-il transfert d'une activité économique autonome ? Lorsque le marché est si important que l'employeur a du lui **affecter des éléments d'actif** spécialement, **l'article L1224-1 CT** s'applique. Il faut toujours avoir en tête les **éléments d'actif**.

Indice du transfert : du côté de l'entreprise qui occupe désormais le marché, si elle procède au **recrutement** c'est qu'elle doit affecter à l'activité des **éléments d'actif** corporels/incorporels.

L'objet du transfert doit être une **activité économique autonome** (**cession d'activité à laquelle sont attachés des éléments d'actif corporels/incorporels**).

B. Les conditions du transfert

La première condition est que l'activité économique soit poursuivie, la deuxième est qu'elle conserve son identité.

1. Maintient de l'activité économique autonome

L'entreprise connaît un **arrêt d'activité** entre le départ du 1^{er} et reprise du 2^e. Il veut changer d'activité et fait des travaux. *Cette interruption affecte-t-elle le maintien de l'activité de*

l'entreprise et donc les contrats sont-ils transférés ? La JP est plutôt favorable au **maintien des contrats de travail** puisqu'elle permet leur transfert même quand l'interruption dure plusieurs mois.

2. Le maintien de l'identité

Cette question est différente dans la mesure où il s'agit de savoir si l'activité va garder une **autonomie** dans la nouvelle structure ou si cette activité sera **dissoute** dans cette nouvelle structure. Lorsqu'une activité est externalisée, le plus souvent il y a application de **l'article L1224-1 du CT** donc **pas de transfert des contrats de travail si le service est dissout dans l'entreprise.**

Il faut donc que l'activité économique **soit maintenue** et qu'elle **demeure autonome** et donc qu'elle **garde son identité.**

§2 : Les modalités de l'article L1124-1

Il s'applique **de plein droit**, c'est ce qui fait sa particularité : il s'applique **sans condition supplémentaire**. Dans le contexte, cela signifie **sans l'accord des parties** : on ne demandera cet avis **ni à l'employeur originaire, ni au nouvel employeur** ni même **aux salariés**. C'est une hypothèse de modification de contrat de travail sans l'accord du salarié. En conséquence, ni l'employeur ni salarié ne peuvent **écarter l'application de L1224-1**. Le contrat étant maintenu avec le nouvel employeur, le salarié garde l'ensemble des **avantages individuels** précédemment acquis : l'ancienneté, les modalités particulières de sa rémunération, il garde les dispositions les **plus favorables**.

Si le salarié s'y oppose, il **doit démissionner**, il doit rompre le contrat. Si le nouvel employeur s'y oppose il doit **licencier et justifier son licenciement** sur un motif valable. Cela se passe de plein droit. Le nouvel employeur bénéficie de toutes les **prérogatives de l'ancien** employeur, il pourra licencier un salarié qui a commis une faute grave la veille du transfert. L'employeur est tenu de tout le **passif de la relation de travail**, c'est à dire que si des **arriérés de salaire** sont exigibles par les salariés, c'est le nouvel employeur qui devra les verser. Toutes les **conséquences du salariat** s'appliquent au transfert.

SECTION 3 : LA SUSPENSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Ce n'est pas une technique connue du **seul droit du travail** puisqu'elle se retrouve en **droit civil** et en **droit commercial**. Néanmoins il se distingue par une utilisation particulièrement importante de ce mécanisme, la raison tient dans un souci de **préservation de l'emploi** car la suspension du contrat de travail permet de palier sa rupture. Depuis la **loi du 14 juin 2013**, un nouveau cas de suspension du contrat de travail a été adopté en plus de la grève & co, c'est la suspension des clauses du contrat de travail consécutives à la **passation d'un accord de maintien de l'emploi**. En droit du travail on a une utilisation extensible de la suspension dans une perspective du maintien du contrat de travail malgré l'apparition d'évènements qui pourraient **amener à sa rupture**. La suspension du CT permet de pallier les situations dans lesquelles une inexécution du contrat n'est

que temporaire et ainsi **éviter la rupture du contrat**.

Ex : *congé maladie, maternité, grève*.

En droit du travail tous les évènements qui ont une durée qu'on **sait temporaire** ne vont pas empêcher le **maintien du contrat** de travail

§1 : La suspension de droit commun

A. Les faits

La notion de suspension du contrat est une **notion fuyante** car il n'y a aucune **définition légale** de la suspension. Elle doit donc être définie au regard des **hypothèses JP**. Il y a donc suspension du contrat de travail chaque fois que le travailleur est fondé à **refuser sa prestation** de travail ou l'employeur à **s'abstenir de fournir du travail**. L'effet principal de la suspension est alors de suspendre l'exécution des **obligations principales** du contrat de travail. Si l'on entend suspension du contrat au sens large, on suspend l'ensemble des droits devoirs et prérogatives attachés au contrat de travail : de tous ses effets. *Or est ce le cas dans l'hypothèse d'une suspension du contrat de travail ?* La Cass admet que l'on puisse développer pendant un arrêt maladie **une activité** dans la mesure où elle n'est **pas concurrente** à celle de son employeur. Mais on ne peut pas travailler dans une **entreprise concurrente** car on a une **obligation de loyauté (1134al3 Civ)** envers son employeur.

Cela signifie en réalité que la **suspension du CT** n'emporte pas suspension de **toutes les obligations** du contrat. La suspension entraîne suspension des obligations principales : prestation de travail et rémunération. Les **obligations accessoires** au contrat se maintiennent. Si en cas de suspension du à un congé maladie un salarié travaille dans une **entreprise concurrente** l'employeur pourra le licencier à **titre disciplinaire** donc les pouvoirs de l'employeur et les libertés du salarié se maintiennent aussi. Donc on ne suspend que les **effets les plus visibles** du contrat.

La notion de suspension du contrat en elle-même n'existe pas puisqu'il se maintient toujours des **obligations accessoires** et dans le cas du CT les **pouvoirs de l'employeur et les libertés du salarié** se maintiennent : le **cadre institutionnel** se maintient. La suspension a une seconde particularité : elle est **toujours temporaire** puisque l'ensemble des causes de la suspension ne sont pas censées durer dans le temps. En effet l'employeur et le salarié vont avoir la possibilité d'y mettre fin. En cas de congé maladie **prolongé indéfiniment** l'employeur peut **licencier le salarié pour inaptitude**.

B. Les principales causes de suspension

1. La maternité

La **protection de la maternité** est une protection **fondamentale** en droit du travail, on la retrouve dans les 1^{ères} lois sociales. La principale mesure de protection de la maternité est la suspension du

contrat de travail qui dispense la femme enceinte et la jeune maman de son **obligation de travailler** mais également la **protège contre le licenciement**. Au-delà de la non discrimination, un régime particulier est prévu pour la salariée enceinte ou jeune maman. En cas de naissance unique, le congé maternité débute à partir de la **6^e semaine précédant la date présumée de l'accouchement**. Cette période de suspension a une durée légale de **16 semaines**. Très souvent les conventions collectives prévoient des durées plus longues.

Cette différence de traitement peut-elle être considérée comme de la discrimination ? **La Cass en 2008** considère que les avantages catégoriels contenue dans une convention collective, il faut regarder **l'avantage en l'espèce**.

La spécificité du régime de la suspension pour maternité c'est **L2225-4 CT** qui fait interdiction à l'employeur de **rompre le CT** d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constatée et pendant **l'intégralité des périodes de suspension du contrat** de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit ainsi que pendant les **4 semaines suivant l'expiration de ces périodes**. Il y a donc une protection de la femme enceinte pendant le temps de sa grossesse et pendant la période de suspension du contrat + 4 semaines.

2. La maladie et l'accident

Le régime des **maladies professionnelles** et des **accidents du travail** (ATMP) est proche de celui des maladies **non professionnelles** et des accidents de droit commun notamment pendant la période de suspension du contrat de travail. **L1226-1 et suivants CT** régissent le droit des congés pour motif de **maladie et d'accident**. Pendant cette période, le salarié n'est pas libéré de l'ensemble de ses obligations notamment il doit **informer rapidement l'employeur de son absence** en lui faisant parvenir un **certificat médical**. De surcroît le salarié s'interdit d'exercer une **activité professionnelle concurrente** à celle de son employeur.

La JP en déduit que le salarié pourra participer à une **activité de loisir**, à une **activité bénévole**. Corrélativement l'employeur n'est pas lui non plus libéré de l'ensemble de ses obligations aux termes de **l'article L1226-1 CT** il est tenu de verser au salarié une **indemnité complémentaire** à l'allocation journalière compensant la perte de salaire. L'arrivée d'un accident ou une maladie permet donc de suspendre le CT jusqu'à ce que le salarié soit en mesure de reprendre le travail. Le CT en déduit que le contrat de T est suspendu néanmoins elle n'emporte pas la suspension de **l'ensemble des obligations** : le salarié doit **justifier son absence** et l'employeur est tenu malgré tout de verser une **petite partie du salaire** du salarié. La période de suspension se termine dans deux hypothèses différentes : soit le salarié **reprend le travail**, cette reprise doit être précédée par une visite médicale de reprise soit la **reprise est impossible** et le salarié peut être **déclaré inapte**, l'inaptitude permet à l'employeur de **licencier le salarié**, licenciement qui ouvrira le droit au salarié à des conditions financières plus favorables qu'un licenciement disciplinaire.

La loi du 14 juin 2013 a introduit une cause spécifique de suspension du contrat de travail : les **accords de maintien de l'emploi**.

§2 : La suspension due à un accord de maintien de l'emploi

Ces accords font suite à **l'article 18 de l'ANI du 11 janvier 2013**, ils ont été insérés dans le code par **l'article 17 de la loi du 14 juin 2013**, il est codifié aux **articles L5125-1 et suivants CT**. Ces accords ont pour objet de permettre aux entreprises rencontrant « *de graves difficultés économiques conjoncturelles d'aménager temporairement la durée du travail et la rémunération de leurs salariés* ». En contrepartie il s'engage à **ne pas licencier pour motif économique** pendant toute la durée de l'accord. **L'article L5125-4 CT** dispose que les accords de maintien de l'emploi sont conclus par un **accord majoritaire**. L'accord de maintien de l'emploi peut être conclu avec les **organisations syndicales** (droit commun) mais aussi avec certains **représentants élus** ou encore même avec des **salariés mandatés** spécialement. Cet accord va avoir pour effet de modifier en **défaveur du salarié** un certain nombre de clauses de son contrat de travail. C'est la 1^e fois en droit du travail que l'on confère à un accord collectif cette portée.

Les accords de maintien de l'emploi peuvent aménager pour les salariés la *durée du travail, ses modalités d'organisation ainsi que sa rémunération*. Cela signifie qu'avec un accord collectif on peut modifier la durée du travail ce qui n'est pas sans effets **sur la rémunération** du salarié. Modalités d'organisation : fin du travail de nuit or la vie des salariés peut être organisée autour de cette répartition. Enfin on va permettre à cet accord de baisser la rémunération des salariés. Cette baisse de rémunération connaît toutefois un **plancher** : les dispositions d'ordre public relatives au **SMIC**. En contrepartie, l'employeur s'engage à ne procéder à aucune rupture de contrat pour motif économique.

L'économie de cet accord c'est **diminuer les charges de l'entreprise** pendant un certain temps, en contrepartie de la renonciation par l'employeur au recours au **licenciement économique**. Le moyen juridique qui est le fondement de la diminution des avantages du salarié c'est la **suspension des clauses du contrat de travail au profit de l'accord**. L'employeur s'interdit toute rupture de contrat pour motif économique, c'est une **hypothèse de flexisécurité** car les charges relatives à la main d'œuvre deviennent flexibles en contrepartie de la sécurité des emplois.

L5125-2 CT précise que pour les **salariés qui acceptent** l'application de l'accord, les stipulations de cet accord sont **applicables au contrat de travail**. Les clauses du contrat de travail **contraires à l'accord** sont **suspendues** pendant sa durée d'application.

Refus du salarié : possibilité pour l'employeur de **licenciement pour motif économique** (mais il va forcément licencier car juridiquement c'est instable de garder un salarié qui refuse la modification des clauses de son contrat).

CHAPITRE 4 : LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le contrat se rompt par **l'accord de volonté**, par la **résolution** (1184), par **l'échéance du terme**. On a donc des modes de rupture du contrat de travail qui sont **automatiques** mais également des modes **non automatiques**, on doit avoir des actes juridiques c'est-à-dire des **manifestations de volonté** des parties. Ces manifestations peuvent être **unilatérales** et **bilatérales**. Sur la rupture du contrat de travail à l'initiative des parties il y a de nombreux développements à étudier.

SECTION 1 : LES RUPTURES À L'INITIATIVE DE L'EMPLOYEUR

Sociologiquement, l'étude du contentieux démontre que cette rupture intervient le plus souvent à **l'initiative de l'employeur** qui dispose à cet égard de 3 modes de rupture principaux : le licenciement pour **motif personnel**, pour **motif économique** et la **mise à la retraite**.

§1 : Le licenciement pour motif personnel

Le licenciement désigne la résiliation du **contrat de travail à durée indéterminée** par l'employeur. La résiliation s'entend d'une **rupture unilatérale**. Ce vocabulaire de licenciement est donc réservé au **droit du travail**. On ne licencie pas un salarié sous CDD, on **rompt son contrat** de travail (pour faute grave), le licenciement est **réservé au CDI**. Le licenciement ne peut être qu'à **l'initiative de l'employeur**, le salarié ne licencie pas, il démissionne. Pendant longtemps, ce droit de résiliation unilatéral qu'est le licenciement a été considéré comme **inhérent au CDI** car pour respecter le

principe selon lequel il n'y a **pas d'engagements perpétuels** : on permet à chacun de sortir du contrat par un droit de résiliation unilatérale.

Néanmoins, ce droit n'est pas propre au droit du travail. La **loi du 13 juillet 1973** assorti pour la première fois une **obligation de motivation** pour exercer ce droit de résiliation contrairement au droit civil qui permet de sortir d'un contrat **sans le motiver**. En droit du travail on considère que cette situation serait **trop défavorable au salarié**, dès lors depuis 1973, on soumet ce droit de résiliation à une obligation de motivation que l'on va appeler la **cause réelle et sérieuse**. Le licenciement pour motif personnel se distingue du licenciement pour motif économique en ce qu'il est **nécessairement individuel** car le fondement du licenciement va résider dans les qualités ou le comportement de la personne que l'on va licencier il ne peut donc pas être collectif. Le licenciement éco peut quant à lui être collectif car il réside dans la **situation de l'entreprise**.

A. La cause du licenciement

Depuis la **loi du 13 juillet 1973** le licenciement doit être causé c'est-à-dire exprimer un motif que le **juge devra contrôler**. Le juge devra contrôler précisément son caractère réel et sérieux.

1. Sens de la cause réelle et sérieuse

La loi du 13 juillet 1973 ne donne **aucune définition** de la cause réelle et sérieuse, c'est donc au juge qu'il revient de combler le vide. Néanmoins, la Cass n'a jamais livrée une définition de la cause réelle et sérieuse. Pire, depuis plusieurs arrêts de décembre 1985 la Cass **ne contrôle plus la notion de cause réelle et sérieuse**, elle va considérer qu'il est impossible de poser une **définition générale**, elle va donc laisser au **juge du fond** la liberté de qualifier les faits de cause réelle et sérieuse. En l'absence de décision de la Cass on a un problème car on va avoir une **disparité** dans l'application des solutions, et c'est le cas. Toutefois la Cass va garder une sorte de **contrôle « restreint »** : cela ne sera pas un contrôle sur la définition de la cause réelle et sérieuse mais sur la **motivation des juges** du fond. Elle va limiter le contrôle à la motivation des juges du fonds. Grâce à ce contrôle de motivation, on va pouvoir esquisser une définition de la cause réelle et sérieuse.

a. Cause réelle

La notion de cause réelle a été explicitée dans les travaux préparatoires de la **loi du 13 juillet 1973**. Selon ces travaux la cause réelle doit être « *objective, indépendante de la bonne ou mauvaise foi de l'employeur et doit être à la fois une cause existante et une cause exacte* »

- Objective

Pour être objective la cause du licenciement doit se traduire par des **manifestations extérieures** qui sont susceptibles de modifications. On exige de l'employeur qu'il apporte une **preuve d'éléments objectifs**. Longtemps la Cass a permis à l'employeur de licencier un salarié pour **perte de confiance** : si la confiance est un élément nécessaire lors de la conclusion du contrat, la perte de

confiance doit être un élément permettant de rompre le contrat. Mais la perte de confiance n'est **pas un élément objectif**, donc lorsque l'on oblige l'employeur à faire la preuve d'un élément objectif on va en réalité combattre le licenciement fondé sur la **seule perte de confiance**, un élément qui réside seulement dans la tête de l'employeur. Cette pratique a perduré jusqu'en 1998. L'employeur peut toujours invoquer la **perte de confiance** mais elle doit **résulter d'éléments objectifs et vérifiables**.

- Réelle

Le licenciement doit être fondé sur des faits qui **existent réellement**. L'employeur ne peut se contenter d'évoquer un motif, ce motif doit pouvoir être **établi par des éléments de preuve**. Il va falloir précisément et soigneusement démontrer la **réalité des directives** et la **réalité du manquement** à ces directives.

- La cause exacte

Cela implique que les faits constituent la **véritable cause** du licenciement. Exiger une cause exacte c'est **pourchasser l'inavouable** (couleur de peau sexe possibilité d'être enceinte...). Le juge devra déterminer si la véritable cause de licenciement réside dans l'accumulation de retards par ex ou si la véritable cause réside dans la future maternité de sa salarié. Il va donc regarder si le retard peut être rattrapé pour l'exécution de son travail. Il va regarder s'il y a eu des retards et s'ils ont été sanctionnés : méthode du **faisceau d'indices**. **Soc 28 octobre 1981** La Cass juge non fondé le licenciement prononcé pour vol (femme de chambre qui avait volé des petits pots de confiture mais un an auparavant la salariée avait témoigné en faveur de l'épouse de l'employeur dans une instance en divorce). Le licenciement n'était donc pas fondé pour le vol qui avait malgré tout eu lieu mais pour un témoignage qui n'est pas une cause réelle et sérieuse.

b. Cause sérieuse

Le législateur précise que la cause de licenciement doit **être sérieuse** sans définir ce caractère. La cause sérieuse pour le ministre du travail de 1973 est la cause revêtant une **certaine gravité** qui rend impossible **sans dommages** pour l'entreprise la **continuation du travail** et qui rend nécessaire le licenciement. Cette définition serait aujourd'hui plus proche de celle retenue pour la **faute grave**, aujourd'hui on considère que la cause sérieuse est celle qui possède un **degré d'intensité inférieur à la faute grave**. Cela signifie qu'en réalité nous n'avons pas de définition de la cause sérieuse. Il appartient aux juges du fond de déterminer si une cause est sérieuse ou non. Le sérieux d'une cause est un **degré d'intensité**.

En droit du travail on connaît 4 types de fautes : la faute *légère, sérieuse, grave et la faute lourde*. C'est au juge qu'il appartient de **déterminer le curseur**. La faute légère peut être sanctionnée par une sanction disciplinaire qui n'est pas le licenciement. A partir de la faute sérieuse le **licenciement est possible**. Toutefois on sait que l'insuffisance de résultats ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement, au-delà on a du mal à définir la cause sérieuse qui est celle qui est

reconnue comme telle par le juge.

2. Absence de cause réelle et sérieuse

Ce sont l'ensemble des motifs et circonstances qui peuvent ôter à une cause son caractère réel et sérieux.

- La licéité du motif

La cause sérieuse doit être fondée sur un **motif licite** c'est-à-dire une cause réelle et sérieuse de licenciement ne peut être trouvée dans la **méconnaissance d'une directive illicite**. Ainsi le RI qui impose aux ambulanciers dans une entreprise le port obligatoire d'une cravate et qui précise pas de jean ni de baskets ne saurait être invoquée par l'employeur pour rompre le contrat. En effet en l'espèce cela n'est pas **proportionné au but recherché**, cette restriction est donc illicite donc la méconnaissance ne peut être licite. **L1132-1 et suivants CT**. Ces articles sanctionnent les licenciements infondés.

- Vie personnelle du salarié

Sont interdits les licenciements fondés sur des **discriminations sexistes** ou encore sur **l'état de santé** du salarié. Plus largement, il est interdit de se fonder sur un motif relevant de la **vie personnelle** du salarié pour le licenciement. Ex l'employeur ne saurait se fonder sur le contenu de correspondances, sur la situation matrimoniale, sur les opinions politiques, les engagements syndicaux, la situation géographique du salarié.

3. Le contentieux de la cause réelle et sérieuse

a. Preuve de la cause réelle et sérieuse

C'est au **demandeur** qu'il revient d'apporter la preuve de ses allégations. Concrètement l'employeur licencie le salarié, c'est donc le salarié qui **conteste cette mesure**. C'est donc à lui qu'il revient d'apporter la preuve de l'absence de cause réelle et sérieuse ou qu'elle participe d'un **motif illicite**. Le Code du travail va **partager la charge de la preuve** : en cas de litige, la Cass considère que la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement n'incombe pas particulièrement à l'une ou l'autre des parties. **L1235-1a13** dispose à cet égard qu'il appartient au juge d'apprécier la **régularité de la procédure suivie** et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur. Le juge forme sa conviction aux vues des **éléments fournis par les parties** et après avoir ordonné au besoin toutes les mesures d'instruction qu'il estime utile.

En droit du travail la charge de la preuve est donc partagée **entre l'employeur et le salarié**. Toutefois cette règle de procédure doit se lire avec l'obligation qui est faite à l'employeur de **motiver son licenciement**. **L1232-1 CT** disposant à et égard que le licenciement doit comporter une cause réelle et sérieuse. Somme toute, c'est **plutôt sur l'employeur** que repose la preuve de la

cause réelle et sérieuse.

La Cass précise qu'en matière prudhomme **la preuve est libre**. Le salarié va donc pouvoir apporter la preuve de toutes les manières qu'il estime utile. Mais il faut que l'employeur ait obtenu les preuves de **façon loyale**. Ex : ne pas enregistrer les salariés à leur insu, pas de géo localisation en dehors du temps de travail du salarié. Mais si l'employeur y est complètement soumis le **salarié n'y est presque pas** puisque la Cass considère que le salarié peut lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense dans le litige l'opposant à l'employeur produire en justice des **documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions** quand bien même il serait couvert par le **secret professionnel**. La Cass considère également que le **vol** par le salarié d'éléments de l'entreprise ne constitue pas toujours une **preuve déloyale**. Si un doute subsiste sur la cause réelle et sérieuse, **l'article L1235-1** dispose que le *doute profite au salarié*. Si l'on regarde le contentieux de la cause réelle et sérieuse et notamment la question de sa preuve est **très favorable au salarié** sur le fond et sur la forme en contrepartie du fait que l'employeur dispose du privilège du préalable et peut licencier sans passer par le juge.

b. Le contrôle

Depuis la fin des 80's, la Cass a abandonnée le **contrôle de la cause réelle et sérieuse**. On ne peut pas former un pourvoi en cassation sur une notion que la Cass ne contrôle pas. Vu que le pourvoi en Cass est un **recours extraordinaire** on ne peut pas lui demander de **revenir sur certaines considérations** qui sont appréciées par les juges du fond. Donc certaines notions restent au pouvoir souverain des juges du fonds comme le **quantum de la réparation**. La Cass en ayant abandonné le contrôle de la cause réelle et sérieuse laisse ce contrôle au juge du fonds.

L1232-6 CT c'est la lettre de licenciement qui fixe les **termes du litige**. Cela signifie que le juge du fonds devra déterminer si la cause est réelle et sérieuse au **regard des dispositions du contenu de la lettre** de licenciement. C'est donc en réalité à l'employeur qu'il échoit de rapporter la **preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement**.

Mais la lettre de licenciement enferme-t-elle le litige ? Le juge pour apprécier la cause réelle et sérieuse ne peut pas se fonder sur un **élément non contenu dans la lettre** de licenciement, il ne peut se fonder que sur les motifs contenus dans la lettre de licenciement qui **enferme le litige** car le juge ne pourra pas se placer **au-delà du licenciement** pour apprécier la cause réelle et sérieuse.

c. Sanction de la cause réelle et sérieuse

Le licenciement qui ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse est entaché d'une **irrégularité de fond**. La sanction de cette irrégularité varie en fonction de la **taille de l'entreprise**, et de l'ancienneté du salarié.

- Les sanctions applicables au licenciement d'un salarié ayant **plus de 2 ans d'ancienneté** et qui travaille dans une **entreprise de plus de 11 salariés**.

Dans ces entreprises et pour ces salariés, la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse est en principe **la réintégration**. Néanmoins, le code du travail permet à l'employeur de **refuser cette réintégration**. En cas de refus de réintégration, l'indemnité à la charge de l'employeur, qui sanctionnera le licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne pourra être inférieure au salaire des **6 derniers mois** : **L1235-3**. Cette indemnité est un minimum, c'est une indemnité « *plancher* » qui pourra **être augmentée** si le salarié rapporte la preuve d'un préjudice plus important. Ce préjudice pourra être constitué par les difficultés rencontrées pour **retrouver un emploi** : *préjudice matériel* mais on peut également avoir un *préjudice moral* du fait de devoir déménager.

Cette indemnité de 6 mois se **cumule avec les autres indemnités** de licenciement, de préavis et de congé payé auxquelles le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse a droit. En revanche, cette indemnité ne se cumule pas avec l'indemnité due au titre de **l'irrégularité de la procédure**.

Mais une autre charge peut poser sur les épaules de l'employeur : souvent dans le litige intervient une 3^e personne qui est **l'assurance chômage** qui va demander en vertu de **L1235-4 CT** à l'employeur le remboursement des indemnités payées au titre de l'assurance chômage. Si la cause est réelle et sérieuse il y a une faute de l'employeur il doit donc **assumer sa faute** et rembourser à l'assurance chômage les sommes qu'elle verse au salarié **à cause de l'employeur**. La sanction peut donc être très lourde pour l'employeur si l'employé ne trouve pas de travail pendant 1 an car il paiera 1 an d'indemnités de chômage.

- Le licenciement d'un salarié avec une **ancienneté de moins de 2 ans** **ou** qui travaille dans une **entreprise de moins de 11 personnes**.

On va considérer que l'indemnité d'au moins 6 mois peut être très dommageable pour une petite entreprise. **L1235-5** prévoit que ces salariés ne peuvent bénéficier de l'indemnité « *plancher* » de 6 mois de salaire. Le juge appréciera donc le **préjudice subi** par le salarié, l'indemnité pourra être **supérieure à 6 mois** mais il pourra également prononcer le versement d'une indemnité de **moins de 6 mois** en fonction de la **hauteur du préjudice** subi.

Le législateur exclut le remboursement dans ce cas des **indemnités chômage** car ce remboursement pour une petite entreprise pourrait constituer une dépense déraisonnable. C'est donc une **sanction indemnitaire**. Cette sanction ménage les intérêts de l'employeur et du salarié car on pourrait annuler le licenciement ce qui serait **très dommageable** pour le salarié.

B. Les motifs de licenciement

Que peut-on reprocher au salarié ? Le licenciement pour motif personnel relève soit du **pouvoir disciplinaire** soit du **pouvoir de direction**.

1. Le licenciement pour motif personnel non disciplinaire

Un licenciement pour motif personnel est-il possible sans faute du salarié ? Le cas le plus évident est **l'insuffisance professionnelle** qui est **l'incapacité** du salarié à réaliser la tâche qui lui incombe. On considère que l'insuffisance professionnelle n'est pas une faute car il manque le **critère intentionnel**. Cela arrive souvent à la suite d'une révolution technique et que le salarié ne s'est pas tenu au courant de cette révolution. Ce que l'on sanctionne ici c'est le **décalage** entre les **compétences du salarié** et les **exigences de son poste** de travail. En droit du travail on considère que le licenciement est prononcé à titre personnel mais non disciplinaire car il n'y a pas de faute.

Une insuffisance de résultat est-elle une insuffisance professionnelle ? **NON** la seule insuffisance de résultat ne constitue pas une insuffisance professionnelle. On peut licencier un salarié pour **insuffisance de résultat** que si c'est **une faute** soit une **insuffisance professionnelle** mais en lui-même ce n'est pas une cause de licenciement.

L'inaptitude : il existe des situations dans lesquelles la détérioration de l'état de santé du salarié va le placer dans une situation **d'inaptitude à réaliser sa tâche**. Dans ce cas l'employeur va pouvoir licencier s'il lui est impossible de reclasser le salarié. En réalité, ce n'est pas l'inaptitude le fait générateur du licenciement mais **l'impossibilité de reclassement**. Si la lettre de licenciement vise l'inaptitude, le licenciement **sera nul**.

Le trouble caractérisé dans l'entreprise : un salarié a un comportement **non fautif** qui est par exemple adopté en **dehors des murs de l'entreprise**. Cela peut également être des **absences** telles qu'elles désorganisent l'entreprise. Dans ce cas on va considérer que les conséquences du **comportement du salarié sur l'organisation de l'entreprise** permettent à l'employeur de le licencier. Ex *quelqu'un qui a une obligation de soins, il sera absent souvent même sans être déclaré inapte*. Il ne peut donc pas assumer la tâche qui est la sienne. Il ne peut s'agir d'une faute mais le problème c'est que la maladie du salarié **l'empêche de réaliser sa tâche**. Régime **purement JP** : la Cass considère qu'en cas de trouble caractérisé qui menace l'organisation de l'entreprise, l'employeur peut recourir au licenciement du salarié. C'est **injuste mais nécessaire** dans le cas d'une petite entreprise : plus la structure est modeste et plus le licenciement sera possible.

Le licenciement le plus important dans cette catégorie est le **licenciement économique** que l'on étudiera plus tard.

2. Le licenciement pour motif disciplinaire

Il s'agit d'un licenciement causé par la **violation des règles de discipline** de l'entreprise ou des **obligations du contrat de travail**. Le licenciement se présente alors comme la sanction ultime de la faute du salarié. C'est soit une faute de discipline soit un manquement aux obligations posées par le contrat de travail. C'est à l'employeur qu'il appartient **d'apprécier le caractère fautif** du comportement **sous le contrôle du juge**. Or il n'existe aucun catalogue législatif ou réglementaire qui prédéterminerait les comportements fautifs. Le code du travail est muet au regard des fautes disciplinaires. C'est donc à une appréciation **au cas par cas** que l'employeur et le cas échéant le juge doivent procéder. L'échelle de gravité des fautes comporte 4 barreaux : la faute légère, sérieuse,

grave et lourde.

a. La faute légère

C'est la faute qui n'est **pas sérieuse**. Or le code exigeant une **cause sérieuse**, la faute légère ne pourra pas entraîner le licenciement, son intensité n'est pas suffisante. Si le juge considère que la faute n'est **que légère**, il y a indemnité pour licenciement **sans cause réelle et sérieuse**.

b. La faute sérieuse

C'est la faute à partir de laquelle **on peut être licencié**. C'est celle qui est **reconnue comme telle** par le juge. Elle va donc être appréciée au cas par cas par les juges. Le problème est que l'on a rien du code du travail ni au niveau de la Cass, il revient donc aux juges du fond de **déterminer le caractère sérieux** ou non d'une faute.

c. La faute grave

La Cass a abandonné le **contrôle de la cause réelle et sérieuse** mais elle continue de contrôler la notion de **faute grave**. Elle considère depuis **Soc 27 septembre 2007** que « *la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Elle est d'une intensité supérieure à la faute sérieuse dans la mesure où elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* ».

Les **violences physiques** sont des fautes graves de même que les faits de harcèlement qu'ils soient **sexuels ou moraux** sont toujours des fautes graves. Les **insultes racistes** sont toujours des fautes graves. Au regard de la JP de la Cass ces 3 comportements constituent **toujours des fautes graves**. Pour les autres cela dépendra des **circonstances**.

Ce peut être un comportement qualifié **habituellement** de **faute sérieuse** mais qui aura une **certaine intensité**. Ex le fait de fumer dans une entreprise constitue une faute. Fumer sur son lieu de travail quand on est pompiste (station essence) est une faute grave. *Le vol par le salarié d'une chose appartenant à l'entreprise est-il toujours une faute grave ?* **Non** car il va falloir vérifier **l'intensité de la faute grave** : ex voler des petits pots de confitures dans l'hôtel où l'on fait le ménage. Mais lorsque l'on vole un ordinateur cela devient une faute grave. Certains comportements sont **toujours des fautes graves**, d'autres non. Le harcèlement constitue toujours une faute grave depuis un **arrêt de 2011**.

d. La faute lourde

Le CT précise ses **effets** aux **articles L2511-1 et L3141-6** mais n'en donne **pas de définition**, il appartient donc à la Cass de le faire. Depuis **Soc 29 novembre 1990**, on considère que la faute lourde se caractérise par **l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise**. La faute lourde est donc une faute intentionnelle, dolosive. *Quelle est la portée de ce caractère intentionnel ?* Ex vol qui est un délit intentionnel, la question s'est posée de savoir si l'exigence d'un caractère

intentionnel en faute lourde pouvait se confondre avec le caractère **intentionnel d'un délit**. Certains arrêts ont pu faire croire que la Cass se rangeait à cette idée. Mais le problème est que raisonner de la sorte ôte au juge du travail son pouvoir d'appréciation. Ex : une salariée va voler de la nourriture dans une entreprise car elle est dans une situation financière difficile, *est-ce toujours une faute grave, voire lourde ?*

La réponse est qu'il faut qu'il y ait une intention non pas **de réaliser un fait** mais une **intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise**, l'intention doit résider des les critères de l'acte. Il faut que le salarié ait eu la volonté de nuire à l'employeur. Cela signifie **l'intention de créer un dommage** pour l'employeur.

□ *Le gréviste qui interdit l'accès à l'entreprise, le salarié qui casse sa machine de travail, déverser de l'acier dans une rivière.*

Cette faute lourde doit être appréciée **in concreto**. Il faut se mettre à la place de l'auteur et savoir s'il a voulu **porter atteinte à l'employeur ou à l'entreprise**.

C. La procédure de licenciement

L1232-2 et suivants CT. Cette procédure tente de concilier deux objectifs à priori inconciliables qui sont **l'efficacité de la décision** et la **préservation des droits** du salarié. Cette procédure est **toujours obligatoire** quelque soient les faits qui sont reprochés au salarié ou à l'employeur.

1. La convocation à l'entretien préalable

L1332-2 CT dispose que « *l'employeur ou son représentant qui envisage de licencier un salarié doit avant toute décision convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge* ». C'est la première étape de la procédure de licenciement. Cette lettre de convocation doit mentionner **l'objet de l'entretien**. Néanmoins l'employeur n'est **pas obligé** de mentionner dans cette lettre les **motifs du licenciement** envisagé. Il va devoir indiquer que l'objet de la convocation est la convocation à un entretien préalable à un **éventuel licenciement**. Mais le salarié ne connaît pas les motifs précis du licenciement qui pourront lui être reproché. Les droits de la défense du salarié sont **moins protégés** que ceux du prévenu puisqu'en procédure pénale, le prévenu doit avoir accès au dossier et donc à l'ensemble de l'argumentation du ministère public. En droit du travail il ne s'est pas ce qui lui est reproché **jusqu'à l'entretien préalable**, il est donc dans l'impossibilité de préparer sa défense.

Dans la lettre il faut l'objet de l'entretien, **R1232-1** : la lettre doit contenir la *date l'heure et le lieu de l'entretien*. Il ne peut avoir lieu **moins de 5 jours ouvrables** après la **présentation de la lettre**.

2. L'entretien préalable

Il est **strictement individuel**, même lorsque les faits sont reprochés à plusieurs personnes. Au cours

de l'entretien, l'employeur est tenu d'indiquer le ou les motifs **L1232-3** de la décision envisagée et de **recueillir les explications** du salarié. **L1232-4** prévoit que le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au **personnel de l'entreprise**. Bien souvent ce seront des **représentants du personnel** et les représentants syndicaux. Lorsque l'entreprise est dépourvue **d'institution représentante du personnel** le salarié a la possibilité de se faire assister par un **conseiller du salarié**. Souvent c'est un salarié investi d'un mandat électif et qui est désignée dans cette fonction par le préfet.

Le salarié n'a pas la possibilité de se faire **représenter par un avocat** qui peut accepter qu'un avocat le représente mais il peut également refuser. L'employeur peut également **se faire assister** car dans les grands groupes c'est le manager qui sait ce qui est reproché au salarié, il se fait donc assister par une personne qui **connait le contexte** de la décision en sachant qu'il y a une limite : l'entretien ne doit pas se transformer en tribunal. L'idée est de permettre à l'employeur et au salarié **d'échanger leurs points de vue**. Attention la décision n'est toujours pas prise : à tout moment de la procédure l'employeur peut **revenir sur la décision** d'envisager un licenciement.

3. La notification du licenciement

L1232-6 « *l'employeur qui décide de licencier un salarié doit lui notifier sa décision par lettre recommandée avec accusé de réception. L'envoi de cette lettre est obligatoire et ne peut être expédié moins de 2 jours ouvrables après la date prévue pour l'entretien préalable* ». C'est la lettre par laquelle l'employeur va **notifier la rupture** du contrat de travail. Il faut souligner deux points principaux.

En premier lieu la lettre doit comporter les **motifs du licenciement** et la Cass est **extrêmement pointilleuse** sur le sujet. Elle considère que le défaut d'énonciation d'un motif précis équivaut à une **absence de motif**, l'absence de cette énonciation rend le licenciement nécessairement sans cause réelle et sérieuse. C'est une **condition substantielle** du licenciement.

Deuxième chose : la lettre de licenciement fixe les **limites du litige**, elle **l'enferme**, ce qui a pour conséquence d'interdire à l'employeur d'invoquer de **nouveaux griefs**. Seuls les motifs précisés dans la lettre de licenciement peuvent être évoqués pour **motiver le licenciement**, le reste doit être **ignoré par le juge**.

Ass Plén 27 novembre 1998 : La Cass a considéré que la lettre de licenciement doit contenir elle-même **l'énonciation des motifs** et ne peut faire référence à **tout autre instrument**. Ici on vise la lettre de convocation à l'entretien préalable à laquelle la lettre de licenciement ne peut renvoyer. Il ne peut également faire référence au **procès verbal** établi à la fin de l'entretien préalable.

La lettre de licenciement doit être envoyée au moins 2 jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable, pour **imposer un temps de réflexion** à l'employeur. Lorsque le licenciement est prononcé pour motif disciplinaire, la lettre de licenciement doit être **notifiée au salarié** dans un délai d'un mois après l'entretien préalable.

4. La sanction d'une procédure irrégulière

La JP distingue deux défauts : le **défaut de cause réelle et sérieuse** qui est un **défaut de fond** et la **procédure défectueuse** qui est un **défaut de forme**. La sanction du fonds est l'indemnité de 6 mois et la réparation du préjudice subi. La procédure défectueuse quant à elle appelle une **sanction particulière**. Cette réparation distingue également entre les salariés ayant plus de 2 ans d'ancienneté et qui travaillent dans une entreprise de plus de 11 salariés et les autres.

- **2 ans d'ancienneté et plus de 11 salariés**

La sanction prévue est une indemnité prévue par **l'article L1235-2 CT** est une indemnité qui **ne peut être supérieure à un mois de salaire**. *Se cumule-t-elle à l'indemnité pour défaut de cause réelle et sérieuse ?* **NON** Ces indemnités ne se cumulent pas

- **Entreprises de moins de 11 salariés ou salariés avec moins de 2 ans d'ancienneté**

L1235-5 CT précise que le juge doit octroyer une indemnité **réparant le préjudice subi**, donc c'est la même solution qu'en matière de défaut de cause réelle et sérieuse. Les indemnités **ici se cumulent** car on a **deux préjudices distincts** indemnisés par deux indemnités différentes.

§2 : Le licenciement pour motif économique

La notion de licenciement pour motif économique apparaît pour la 1^e fois dans la JP adm. Le législateur attendra la **loi du 3 janvier 1975** pour prévoir un droit spécifique du licenciement pour motif économique. Depuis cette loi, trois lois principales sont venues modifier les choses

- 17 janvier 2002
- 28 janvier 2005
- 14 juin 2013 (plus importante)

Toutefois la LSE (loi sécurisation de l'emploi) n'a pas touché tous les aspects du licenciement économique : elle ne touche pas au licenciement économique **individuel**, elle ne touche pas non plus les **motifs économiques** du recours au licenciement. Elle va donc toucher une part modeste des licenciements qui sont sur la plupart des licenciements individuels auxquels la LSE ne touche pas.

A. La notion de licenciement pour motif économique

L1233-3 « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des*

mutations technologiques ».

Cette définition commence par **une exclusion** : celle des motifs inhérents à la personne du salarié. Le licenciement économique est celui qui n'est pas prononcé pour un **motif personnel**. Mais dans l'hypothèse du licenciement pour **impossibilité de reclassement** découlant d'une inaptitude, l'impossibilité de reclassement ne tient pas à la personne du salarié mais de l'employeur, on aurait donc pu classer ce licenciement dans le **licenciement économique**. On exclut donc les licenciements pour trouble dans l'entreprise, fondés sur l'âge et tout ce qui relève de l'inaptitude. Cette exclusion va s'accompagner d'une **définition des motifs**. La Cass vise les difficultés économiques et les mutations technologiques.

1. Les motifs

On a 4 motifs : deux **prévus par la loi** et deux **ajoutés par la JP** (cessation de l'activité de l'entreprise et la réorganisation nécessaire à la compétitivité)

a. *Les difficultés économiques*

Elles sont visées à **L1233-3 CT**. C'est en pratique le motif **le plus courant** devant les juridictions. Il s'agit ici pour une entreprise de fonder la rupture du contrat de travail du salarié en raison de difficultés relatives à son activité. Selon la Cass, une **simple baisse du chiffre d'affaires** n'est **pas une difficulté économique** assez sérieuse, de même qu'une simple **baisse des bénéfices**.

Dans un second temps la Cass est venue apporter des précisions à cette notion. **Soc 29 janvier 1992**, la Cass est venue préciser que la loi n'exige pas que les difficultés économiques soient **imputables aux salariés**. Il en résulte que la source des difficultés économiques est en principe liée à **l'activité de l'employeur**. Souvent en réalité, la source de la difficulté est l'activité même de l'employeur en cas de **grosse concurrence** mais également en cas **d'erreur de gestion** ou de **stratégie**. Donc les difficultés économiques n'ont pas pour source l'activité du salarié.

Constituent notamment des licenciements réalisés par des entreprises mises en **redressement judiciaire**, par des entreprises victimes d'un **surendettement bancaire constant**, par des entreprises virtuellement en cas de **cessation de paiement**. La Cass va s'attacher à des *difficultés commerciales, stratégiques, etc.* ce qui importe c'est que la difficulté **soit sérieuse** et qu'elle **contraigne** l'entreprise à **réaliser des licenciements**.

Le juge doit se placer à la **date de la rupture du contrat** de travail pour **apprécier les difficultés**. Lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe, les difficultés éco doivent s'apprécier au niveau du **secteur d'activité du groupe**. Dans un groupe, une société qui participe à un secteur d'activité mais dont les difficultés éco sont **isolées** ne pourrait pas recourir à un licenciement économique. On prend en compte le groupe et le secteur d'activité de l'entreprise. Si le secteur d'activité **connait des difficultés**, même les entreprises qui ne sont **pas en difficulté** vont pouvoir recourir au **licenciement économique**.

Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, les difficultés économiques s'apprécient au niveau du **secteur d'activité** auquel elle appartient : **Soc 28 novembre 2007**. Relèvent d'un même secteur d'activité pour la Cass les entreprises dont l'activité économique a le **même objet** quelque soient les différences tenant au **mode de production** des biens ou fournitures des services comme aux caractéristiques des produits et des services. Il faut entendre la **coloration du secteur économique** (luxe, aéronautique). Un bon indicateur est la **convention collective de branche** professionnelle à laquelle l'entreprise est partie.

b. Les mutations technologiques

L1233-3 CT mentionne bien le licenciement effectué par un employeur résultant de **mutations technologiques**. Le recours au licenciement fondé sur la mutation technologique est donc bel et bien prévu par cet article. Il s'agit d'une **modification technique** du procédé d'exploitation de l'entreprise. Ex nouvelle machine qui nécessite moins de main d'œuvre qui entraîne une suppression d'emploi.

Le plus souvent en pratique c'est une **modification de logiciel** : on se retrouve face à une avancée technologique qui permettra d'automatiser un certain nombre de tâches. Cette mutation va donc entraîner un **recours moins important à la main d'œuvre** pour son fonctionnement. Autre cas : la situation dans laquelle la modification technologique est **tellement importante** qu'elle rend **obsolète la formation des salariés**. Cette hypothèse est bien **moins courante** que la première.

Dans ce motif de recours au licenciement il n'y a **aucune difficulté économique**, l'entreprise peut très bien dégager **d'énormes bénéfices**. Il faut s'interroger pour savoir s'il y a des changements de procédé.

La JP est venu préciser ce motif qui n'est **pas le plus courant** devant les juridictions : elle a considéré qu'une cause réelle et sérieuse de licenciement éco est caractérisée lorsque le salarié dont l'emploi a été transformé en raison de l'informatisation de l'entreprise n'a **pas pu s'adapter aux nouvelles technologies** afférentes à cet emploi. Il s'agissait d'informatiser un poste de travail or la personne n'avait pas la formation suffisante pour suivre cette transformation.

On peut donc avoir une **suppression d'emploi** aussi bien qu'une **transformation**. Dans cette hypothèse l'employeur est débiteur d'une **obligation d'adaptation** du salarié à son emploi. Cela signifie que l'employeur doit former le salarié à la **mutation technologique**. Si la formation initiale du salarié n'est pas suffisante pour suivre la modification, alors l'employeur peut recourir au licenciement si la transformation est **tellement importante** qu'on ne peut en réalité adapter le salarié.

Ce motif de recours au licenciement économique a connu un succès important dans la **vague d'informatisation** des entreprises (1985-1995). Aujourd'hui ce motif est moins important bien qu'il demeure utilisé.

c. La cessation d'activité

Ce n'est pas une condition légale, la liste de **L1233-3** est ouverte par le mot « *notamment* » c'est au juge de la compléter. **Soc 16 janvier 2001** la Cass use de cette faculté « *l'énumération des motifs économiques par l'article L1233-3 Code du travail n'est pas limitative dès lors que la cessation d'activité de l'entreprise quand elle n'est pas due à la faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable constitue un motif économique de licenciement* ». Par cet arrêt la Cass ajoute un motif à la liste de **L1233-3 CT**.

La CJCE est venue compléter cette JP dans **7 septembre 2006** que sa **directive du 17 février 1975** relative aux **licenciements collectifs** est applicable en cas de licenciement collectifs résultant de la **cessation collective** du fonctionnement d'une entreprise décidée à la seule initiative de l'employeur. Cette cessation peut être consécutive à une **proposition de cession** sans que l'on ne **trouve de repreneur**. Mais le cas qui donne le plus de contentieux c'est la **délocalisation** : on va fermer une usine, on va faire **cesser une activité** pour en transférer l'activité à l'étranger mais aussi sur le territoire national.

Avant le **16 janvier 2001** et que la Cass ne reconnaisse ce motif on se débrouillait : on invoquait des **difficultés économiques** sauf que celles-ci sont appréciées au regard du secteur d'activité du groupe de l'entreprise.

La Cass a précisé sa JP d'abord dans un **arrêt du 29 avril 2009**, elle a précisé que seule une **cessation complète** de l'activité de l'employeur peut constituer en elle même une cause économique de licenciement. Une **cessation partielle** ne justifie un licenciement qu'en cas de *difficultés économiques de mutations technologiques ou de réorganisation de l'entreprise nécessaire pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise*. La **cessation partielle** n'est donc pas un **motif autonome** de licenciement. La Cass précise qu'il faut que la cessation ne soit pas due à une **faute ou à une légèreté blâmable de la part de l'employeur**. Ex : en cas de siphonnement (organisation frauduleuse de l'insolvabilité de l'entreprise).

Dans un 1^{er} temps la Cass a considéré « *qu'il appartient au juge prud'homal saisi d'un différend né à l'occasion d'un licenciement de se prononcer sur le caractère réel et sérieux des motifs de la rupture du contrat de travail et non sur la cause de la cessation d'activité de l'employeur* », on ne peut donc pas rechercher la cause de la cessation d'activité : **arrêt Brinon 1956** c'est à l'employeur de **gérer son entreprise** et le juge n'a à s'immiscer dans cette gestion, l'employeur est le seul juge car il a la **propriété de son entreprise**.

Cette JP a prospéré **jusqu'en 2004** mais la Cass est revenue sur cette JP et dorénavant elle considère que si le juge ne doit pas s'immiscer dans la gestion de l'entreprise, il ne lui est pas interdit de prendre **en compte la situation économique** de l'entreprise pour apprécier la comportement de l'employeur : **Soc 1^{er} février 2011**. Un employeur qui cesserait son activité alors qu'elle **demeure profitable** dans le seul but d'augmenter sa rentabilité en délocalisant **commettrait une faute**.

C'est pour empêcher la **délocalisation sauvage** : sans motif, pas pour augmenter la rentabilité. Autre motif : l'employeur est **tellement négligeant** qu'il conduit son entreprise à la ruine et préfère faire cesser son activité plutôt que de la renflouer. A travers ce contrôle de la **faute ou de la légèreté blâmable**, il s'agit bien pour le juge d'une certaine manière d'apprécier la gestion de l'entreprise

Affaire Flo d'Or : l'entreprise n'allait pas très bien et lorsque les employés sont en congé, l'usine est vidée et à leur retour les salariés se voient notifier leur licenciement. La Cass estime que le licenciement ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse car **priver les employés de leur outil de travail** est le résultat d'une **légèreté blâmable** de la part de l'employeur.

d. La réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise

Cette cause économique n'est pas non plus précisée à **L1233-3 CT**, elle est d'origine JP. **Soc 1^{er} avril 1992** la Cass a considéré que « *à la condition d'être décidée dans l'intérêt de l'entreprise, une réorganisation de celle-ci peut constituer une cause économique de suppression ou de transformation d'emploi* ». Aujourd'hui elle considère qu'une « *réorganisation ne peut être une cause économique de licenciement que si elle est nécessaire à la sauvegarde de compétitivité de l'entreprise* ». Le CE a confirmé cette position dans **CE 7 mars 2006**. C'est un **motif autonome de licenciement** à l'instar de la cessation d'activité de l'entreprise. Il s'agit de permettre à l'entreprise de recourir au licenciement économique lorsqu'elle souhaite se réorganiser.

Cela permet à l'employeur de **licencier aujourd'hui** pour ne pas qu'il n'y ait **pas plus de licenciements demain**.

Arrêts Pages jaunes 11 janvier 2006 : La Cass dans ces arrêts va donner une **nouvelle dimension** à la notion de sauvegarde de compétitivité de l'entreprise. La Cass a publié un communiqué sur son site internet expliquant ces arrêts « *en affirmant que la réorganisation mise en oeuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi répond au critère de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, la Cass précise la portée de son critère dans une optique de prévention. Sur ce point, l'arrêt n'affirme nullement que pourraient être justifié par un tel motif des licenciements économiques effectués pour prévenir des difficultés économiques sans autres justifications en relevant que les difficultés économiques à venir étaient liées à des mutations technologiques, la Cass indique que la source des difficultés futures doit être démontrée et appelle des mesures d'anticipation* »

L'idée est que l'entreprise est fondée à estimer qu'elle va être confrontée dans le futur à des **difficultés économiques**, dès lors elle peut **par mesure d'anticipation** licencier ses salariés pour permettre de sauvegarder sa compétitivité. Ce recours au licenciement est comparable avec les **difficultés économiques** avec un mot clé : **anticiper**.

La JP se montre **très rigoureuse** pour le recours à ce motif de licenciement. C'est ainsi que la JP refuse le motif selon lequel les licenciements étaient nécessaires pour la **bonne gestion de**

L'entreprise, de même que l'employeur qui vise une logique de **meilleure organisation** et de **meilleure gestion**, ce ne sont pas des motifs tenant à la réorganisation de l'entreprise qui est nécessaire à la sauvegarde de compétitivité.

Elle a considéré que les licenciements pouvaient être justifiés par la nécessité de procéder à une **réorganisation des rémunérations** afin de supprimer les différences existant entre **deux établissements** industriels identiques et ainsi rendre les couts de fabrication comparables à ceux des **entreprises concurrentes**. Un licenciement est également justifié lorsqu'il entraîne la suppression de l'un des deux **postes de directeurs** lorsque la **direction bicéphale** de l'entreprise l'handicape. Cela suppose qu'il y ait une éventualité de difficultés économiques. La Cass va préciser tous ces motifs pour essayer de **sauvegarder l'emploi**, c'est aujourd'hui très précis car ce sont des enjeux très importants.

2. Les conséquences

L1233-3 CT : le législateur précise que le motif doit engendrer soit une **suppression**, une **transformation d'emploi** ou une **modification refusée** par le salarié d'un élément essentiel de son contrat de travail. En effet pour remonter la situation économique de l'entreprise il faut **réduire les charges salariales** et donc réduire le nombre de salariés quand une entreprise produit trop et ne vend pas assez.

Mutation technologique : la situation est la même, soit on a des employés qui ne **servent plus** soit on a une **transformation d'emploi** telle que l'on ne pourra pas garder le salarié.

Pour une transformation d'emploi par ex, on ne peut demander à un technicien de maintenance de devenir ingénieur. Pour une modification d'un élément essentiel du contrat de travail : ex on demande au salarié de **changer de mission**, la transformation d'emploi et la modification refusée par le salarié sont la **même chose**. La **modification du contrat de travail** est donc la conséquence de la **transformation de l'emploi**.

Pour la Cass, les motifs économiques doivent avoir pour conséquence soit une suppression, soit une transformation d'emploi pour pouvoir recourir au licenciement. La **réalité de la suppression ou de la transformation** de l'emploi est examinée pour la Cass au **niveau de l'entreprise** et non du groupe de société auquel l'entreprise peut appartenir.

Pour ce qui est de la suppression d'emploi, la Cass **distingue l'emploi et le poste**. Elle considère qu'on **supprime l'emploi** et non pas le poste. Si un poste est supprimé mais qu'il est occupé par un salarié bénévole ou que les **taches sont réparties** entre les salariés déjà présent alors il n'y a pas **suppression d'emploi**.

La Cass précise que la notion de **transformation d'emploi** implique un bouleversement de celui-ci ce qui signifie qu'elle est **toujours une modification du contrat de travail**. Lorsque l'emploi est transformé, l'employeur ne peut modifier unilatéralement le contrat de travail du salarié. En cas de

refus du salarié de la modification, soit l'employeur **renonce à la modification** soit il **licencie le salarié**.

*Le licenciement est-il un licenciement pour motif économique ? **Oui** car la transformation de l'emploi découle elle-même d'un **motif économique**. A cet égard, **L1222-6 CT** précise une disposition dérogatoire « lorsque l'employeur envisage une modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour un motif économique, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître de son refus. A défaut de réponse dans un délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée » : le silence **vaut acceptation** dans cette hypothèse.*

C'est une partie compliquée car il faut peser **l'intérêt de l'entreprise** et **l'intérêt du salarié**, cet équilibre est souvent très difficile à peser.

B. L'obligation d'adaptation et de reclassement

Un motif économique quel qu'il soit ne saurait présenter un caractère réel et sérieux si l'employeur n'a pas exécuté au préalable son **obligation d'adaptation** en vue d'un **reclassement** ainsi que son obligation de **reclassement**.

1. L'obligation d'adaptation

C'est au départ la JP qui a créé cette obligation dans **Soc 25 février 1992** « l'employeur tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi » c'est-à-dire de proposer des **postes accessibles** ou rendus accessibles par des mesures **d'accompagnement aux salariés** dont le licenciement est envisagé.

Cette reconnaissance JP a été reprise par la loi **L6321-1** qui énonce que « l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail, il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations ». Cela signifie que l'employeur est **débiteur d'une obligation de faire** ayant pour objet **l'adaptation des salariés** à l'évolution de leur emploi. Le moyen principal est la **formation professionnelle**, il faut assurer **l'employabilité** des salariés. **L6321-1** inaugure le titre du chapitre du code relatif du code du travail intitulé « *titre de formation professionnelle continue* ».

L'employeur doit donc former le salarié lorsque l'évolution de son emploi l'exige mais aussi **anticiper cette évolution** de l'emploi par des dispositifs de formation professionnelle. C'est le **droit individuel à la formation** opposable à l'employeur qui permet aux employés de se former et de prévenir **l'érosion de leur employabilité**.

En conséquence de ces dispositions, si l'employeur **manque à son obligation d'adaptation** et que cela entraîne un **licenciement du salarié** qui ne serait pas assez formé pour l'évolution de son

emploi, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

2. L'obligation de reclassement

Le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir en cas de suppression d'emploi que si le **reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible**. Il s'agit de la situation dans laquelle on a une **difficulté éco** (ou un des 3 autres motifs) qui engendre une conséquence (suppression transformation d'emploi), l'employeur a exécuté son **obligation d'adaptation** du salarié. Il doit quand même exécuter une **obligation de reclassement** qui est celle pour l'employeur de rechercher un emploi disponible pour le salarié menacé de licenciement.

C'est aujourd'hui l'une des obligations les **plus fécondes** du droit du travail. Cette obligation est visée par les articles **L1233-32** du code du travail et **L1233-61**. La Cass est venue préciser cette obligation, elle précise que dans le cadre de son obligation de reclassement, l'employeur doit proposer au salarié des emplois disponibles de **même catégorie** ou à défaut de **catégorie inférieure**. L'ensemble de ces exigences sont reprises à **L1233-4 CT** « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent avec rémunération équivalente. A défaut, ce reclassement, sous réserve de l'accord du salarié, s'effectue sur un emploi de catégorie inférieure. Les offres d'emploi proposées au salarié sont écrites et précises.* »

L'employeur ne satisfait pas à cette obligation si ces offres ne sont **pas écrites et précises**. C'est donc une proposition de **modification du contrat** de travail. La Cass analyse cette obligation comme une **obligation de moyens renforcée**. Cela signifie que non seulement on va exiger de l'employeur qu'il mette tout en oeuvre pour obtenir le **reclassement du salarié** (résultat) mais également on va le guider dans **l'exécution de cette obligation**. Ainsi on va exiger de lui que la recherche de reclassement soit **préalable, sérieuse et active**.

La question du périmètre de cette obligation est différente : *jusqu'où l'employeur doit-il aller pour reclasser son salarié ?* Il ne doit **pas aller au-delà du groupe**. **L1233-4 CT** ne limite pas la recherche d'un reclassement aux **frontières nationales**, donc si le groupe est présent dans 50 Etats l'employeur devra chercher à reclasser le salarié **dans les 50 Etats** sinon il ne respecte pas son obligation. Il doit être diligent dans l'exécution de cette obligation. La Cass a pu relever dans **Soc 30 janvier 2008** que l'obligation de reclassement puisse aller **au-delà du groupe** c'est-à-dire une recherche **extérieure au groupe**. Elle s'est basée sur des **conventions collectives**.

C. La procédure de licenciement pour motif économique

Il existe 3 procédures différentes de licenciement économique car l'on distingue le licenciement individuel, le petit licenciement collectif et le grand licenciement collectif (PSE).

1. Le licenciement individuel

Ici il n'existe guère de **différences fondamentales** avec la procédure de licenciement pour **motif personnel** : *convocation, entretien, notification*. Il existe toutefois quelques différences. En effet il existe un **entretien préalable supplémentaire** pour la mise en œuvre de la **conversion** du salarié, une **notification pour l'inspecteur du travail**, et une inscription sur le **registre du personnel**.

2. Le petit licenciement collectif

Il est visé aux articles **L1233-8 et suivants** du code du travail. C'est celui qui concerne **entre deux et 9 salariés** dans une **période de 30 jours**.

Lorsqu'un licenciement collectif est envisagé, les institutions représentatives du personnel doivent être consultées.

a. *La consultation des représentants du personnel*

Elle est **obligatoire** et même **pénalement sanctionnée**. L'employeur commet un *délit d'entrave au fonctionnement des IRP* s'il omet de consulter les IRP avant d'entamer la procédure de licenciement. Dans les entreprises de **moins de 50 salariés** on consulte les **délégués du personnel**. Pour les entreprises de **50 salariés et plus** on consulte le **comité d'entreprise ou d'établissement**. La Consultation des IRP va porter sur tout projet de **compression des effectifs**. L'employeur est tenu de fournir un certain nombre de renseignements précisés à **L1233-31 CT**. L'employeur doit préciser

- les **raisons économiques financières ou techniques** à l'origine du projet : ce sont les motifs
- le **nombre de salariés** dont le licenciement est envisagé,
- les **catégories professionnelles** concernées
- le **nombre de salariés habituellement présents** dans l'entreprise,
- le **calendrier des licenciements**,
- les **mesures de nature économique** (reclassement des salariés).

A ces 6 infos, il faut préciser un principe qui s'applique à toutes : la consultation des IRP doit être **préalable à toute consultation définitive**. Il en résulte que si l'employeur a pris définitivement sa décision de licencier avant de consulter les IRP, les licenciements seront **sans cause réelle et sérieuse**. L'idée qui préside est d'essayer **d'amender** le projet de licenciement, de **limiter les licenciements**. Donc si l'employeur a décidé de licencier cela rendra la procédure **sans objet**. L'employeur devra donc faire attention à proposer un **éventuel projet** de licenciement aux IRP car on cherche à éviter le licenciement.

b. *L'entretien préalable*

La procédure est la même que pour le **licenciement individuel**. La particularité est que dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, le salarié peut bénéficier d'un **contrat de transition professionnelle**, c'est-à-dire une mesure permettant de favoriser le **reclassement du salarié**. Le salarié a deux choix : **refuser** et le licenciement continuera sa procédure, soit le salarié **accepte**. Si c'est le cas, le contrat sera réputé rompu par **consentement mutuel**.

c. La notification du licenciement

Il s'agit pour l'employeur de notifier, **d'informer le salarié** de son licenciement, comme pour la procédure individuelle ce n'est que la notification du licenciement qui **emporte la rupture** du contrat de travail. Il existe des dispositions spéciales en matière de délai, ainsi la lettre de licenciement ne peut être envoyée avant l'écoulement d'un délai de **7 jours après l'entretien préalable**. Il faut un **motif précis** : il ne suffit pas de recopier le motif légal.

d. Information de l'autorité adm compétente

Il s'agira pour l'employeur de saisir le **directeur départemental du travail** dans les **8 jours suivant l'envoi des lettres de licenciement**. L'employeur devra à cette occasion mentionner *son nom et son adresse la nature de l'activité et l'effectivité de l'entreprise, la référence des salariés licenciés et la date de la notification du licenciement*. Cela permet à la DIRECCTE de pouvoir **exercer son contrôle** sur les licenciements collectifs, et de **faire des statistiques**.

3. Le grand licenciement économique

10 salariés et plus sur une période de 30 jours. Il s'agit d'établir un **plan de sauvegarde de l'emploi**, ce qui le distingue nettement des autres régimes de licenciement. Cette distinction s'est **encore affirmée** à l'occasion de l'adoption de la **loi du 14 juin 2013** relative à la sécurisation de l'Emploi. Cette loi instaure un régime nouveau qui dissocie radicalement le **fond et la procédure**. Le **fond** (motif du licenciement) reste sous la compétence du **juge judiciaire** alors que la **procédure** est soumise à un **contrôle adm** qui fait relever son contentieux de la compétence du **juge adm**.

SECTION 2 : LES RUPTURES À L'INITIATIVE DU SALARIÉ

Le salarié se trouve dans une situation **plus favorable** puisqu'il dispose de **plusieurs moyens** de rupture du contrat de travail.

§1 : La démission

Elle est visée aux **articles L1237-1 et suivants** du CT.

A. Les conditions de la démission

C'est l'acte par lequel le salarié fait connaître à l'employeur sa **décision de rompre le contrat de travail**. Cette décision doit résulter d'une **volonté sérieuse et non équivoque** de démissionner. La cause de la démission n'est jamais relative à l'employeur ou à l'entreprise mais se situe dans la **volonté personnelle du salarié de quitter l'entreprise**. La démission est le mode de rupture du contrat de travail du salarié qui ne **reproche rien** à son employeur.

Si le salarié reproche quelque chose à son employeur, sa démission sera requalifiée soit en prise **d'acte de rupture du contrat de travail** soit en **résiliation judiciaire**.

L'acte par lequel l'employé démissionne ne doit pas pouvoir être confondu avec un **autre comportement**, il doit être **non équivoque**. Il faut que le salarié ait eu le **temps de réfléchir** à son acte : la démission est exclusive d'un mouvement d'humeur.

Ex : un salarié informe son employeur d'un arrêt maladie de 8 jours sans qu'il n'y ait la cause (il n'y a jamais la cause) mais à la fin de cette durée le salarié ne revient pas mais revient au bout de 3 semaines. *L'employeur peut-il se baser sur une durée d'absence de plusieurs semaines pour déduire la démission du salarié ?* **NON** la décision **ne peut être tacite**, elle est **univoque et expresse**.

Lorsque la démission est **sérieuse et non équivoque**, elle est valable. On n'a **pas d'exigence d'écrit**, ce n'est pas une condition de validité mais il faut en faire une en cas de contentieux car il faut une **preuve de cette démission**.

B. Les effets de la démission

Elle marque le **point de départ** du préavis. Dans quasiment toutes les ruptures du contrat de travail on a un délai de préavis. Le contrat est juridiquement rompu mais ses effets sont décalés dans le temps par **l'effet de la loi** qui impose au salarié un délai de préavis.

La démission doit-elle être acceptée par l'employeur ? Non, qu'il l'accepte ou non cela ne change rien, c'est une rupture unilatérale du contrat de travail. La démission est **libre** contrairement au licenciement, elle **ne doit donc pas être justifiée** pour produire ses effets. Mais dans ce cas, *peut-il y avoir abus du droit de démission ?* Ici on fait référence à la **légèreté blâmable** du salarié. Ex : si le salarié part la veille de présenter un gros projet ou autre : cela cause un préjudice à l'entreprise. Donc la **démission est valable** mais le salarié devra **réparer le préjudice causé** à l'entreprise par sa démission abusive.

Autre ex : un mannequin démissionne 1h avant un défilé

Autre cas pour l'abus de démission : le débauchage illicite. Lorsqu'une banque veut investir un marché, elle va aller **piquer les salariés à la concurrence** pour ce marché. C'est possible sauf quand le salarié est débiteur d'une obligation de **non concurrence**. Lorsque le nouvel employeur se rend complice de la violation de l'obligation de non concurrence du salarié, on va considérer que le **salarié engage sa responsabilité** mais que le **nouvel employeur** engage également sa

responsabilité.

Le salarié qui démissionne est **en principe** privé de toute **indemnité de licenciement** (il a néanmoins ses primes et indemnités de congés payés). Surtout, la démission n'ouvre pas le droit à **l'allocation de retour à l'emploi** : aux **allocations chômage**. En effet le fait générateur de l'allocation de retour à l'emploi c'est la perte **involontaire** d'emploi. Or la démission est bien une démarche volontaire.

Pôle emploi considère certains **motifs de démission** comme légitimes et permet l'ouverture du droit à l'allocation de retour à l'emploi comme

- une personne de moins de 18 ans qui suit ses parents,
- un déménagement pour suivre son conjoint,
- un journaliste faisant jouer sa clause de conscience.

§2 : La prise d'acte de la rupture du contrat de travail

C'est un mode de rupture d'origine JP. La prise d'acte ressemble à la résolution extra judiciaire en droit des contrats (1184), c'est la résolution pour inexécution. Le salarié est à l'initiative de la rupture et il cherche à en imputer les conséquences à son employeur. Ce qui importe c'est donc la cause de ce mode de rupture qui réside nécessairement dans un fait que le salarié reproche à son employeur c'est pourquoi il va rompre lui même le contrat de travail.

La prise d'acte a donc 3 critères : la cause (inexécution de l'employeur) l'initiative de la rupture qui appartient au salarié et le fait que la rupture intervient sans l'intervention du juge, elle est extra judiciaire.

A. Les conditions

Fondamentalement, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'appartient qu'au seul salarié. L'employeur est irrecevable à demander la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. *Si l'on admettait la prise d'acte de la rupture au bénéfice de l'employeur, qu'est ce que cela impliquerait ?* Cela ressemble à un licenciement pour motif personnel. Reconnaître à l'employeur cette possibilité est inutile car il a la procédure du licenciement à sa portée mais justement il y a beaucoup de procédure pour le licenciement contrairement à la prise d'acte qui lui permettrait de passer outre la procédure de licenciement. L'employeur est donc exclu du domaine de la prise d'acte de la rupture.

Ensuite, la prise d'acte est ouverte à tous les salariés qu'ils soient ou non salariés protégés même lorsque leur contrat de travail est suspendu. Le salarié sous CDD ne bénéficie pas de la prise d'acte du contrat de travail car on a un motif particulier de rupture pour le CDD qui est la rupture anticipée pour faute grave.

La prise d'acte n'est soumise à aucun formalisme, il n'y a aucune procédure c'est pourquoi on ne le

reconnait pas à l'employeur qui pourrait se soustraire à la procédure de licenciement. La prise d'acte peut donc être présentée soit par le salarié soit même encore par un conseil. Elle doit toutefois être directement présentée à l'employeur, c'est-à-dire que le salarié doit notifier la prise d'acte à son employeur. Il doit permettre à l'employeur de prendre connaissance de sa prise d'acte. Il est donc conseillé même si ce n'est pas une condition de validité de prendre acte de la rupture de son CT par écrit ainsi que de notifier cet écrit soit par voie de lettre recommandée avec AR soit par voie de signification (notifier par exploit d'huissier pour être certain que la notification a eu lieu, c'est un mode intéressant car on peut refuser la lettre recommandée contrairement à l'emploi d'huissier)

La prise d'acte de la rupture du CT peut intervenir à n'importe quel moment de la relation de travail même s'il y a déjà eu une instance d'introduite par ex s'il y a une querelle entre l'employeur et le salarié. L'important dans la prise d'acte est qu'elle peut intervenir tant que le contrat de travail n'est pas rompu or le contrat n'est rompu qu'à compter de la notification de licenciement.

C'est donc un mode extrêmement libre de rupture du contrat de travail. La seule condition est qu'il y ait un reproche du salarié envers son employeur. S'il n'y a pas de reproche du salarié la prise d'acte est requalifiée en démission.

B. Les effets

Soc 25 juin 2003 0141150 Roto France 'Ilienne la Cass précise les effets de la prise d'acte de la rupture du CT « lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son CT en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués le justifiaient soit dans le cas contraire d'une démission ». Cela signifie que la prise d'acte de rupture du CT emporte cessation immédiate du contrat contrairement au licenciement où l'on a un délai avant la rupture. Ici la notification emporte rupture immédiate du CT.

Lorsque le salarié prend l'initiative de la rupture il contraint l'employeur à la passivité. On a donc plus de paiement du salaire, plus de prestation de travail ne de pouvoir de direction. Ici on n'a pas de période de préavis : la rupture du CT produit ses effets immédiatement contrairement au licenciement et à la démission dont les effets sont décalés dans le temps du fait du préavis.

L'attestation pôle emploi et l'attestation de travail sont exigibles immédiatement après la réception de la notification de la rupture, ces papiers permettent de toucher l'allocation de retour à l'emploi. La prise d'acte suppose nécessairement dans un 2nd temps la saisine du CPH après la rupture du contrat. Pour apprécier les effets de cette rupture de saisir le CPH, saisine qui incombe au salarié. On va lui demander de reconnaître la légitimité de la rupture et donc de lui faire produire les effets d'un licenciement sans cause et sérieuse. Le juge devra juger de la légitimité de la rupture (les faits étaient ils suffisamment graves ?) si oui le juge devra dans un 2nd temps statuer sur les indemnités à octroyer au salarié. Sinon la prise d'acte sera requalifiée en démission.

Quelle est la nature du fait susceptible de justifier la prise d'acte ? La Cass n'a pas répondu mais a

donné des éléments : elle juge qu'il faut que la faute soit suffisamment grave pour justifier une rupture du contrat de travail. On doit donc être à peu près entre la faute grave et la faute sérieuse. La prise d'acte a été reconnue justifiée en cas de non paiement d'heures sup, de non paiement de commissions ou de prise, de modification unilatérale des fonctions du salarié. Ce qui est automatique c'est que tout fait de harcèlement qu'il soit moral ou sexuel justifie nécessairement la prise d'acte de la rupture du CT par le salarié.

Ne justifient pas une prise d'acte une modification unilatérale du planning immédiatement modifiée, le prétendu manquement de l'employeur à son manquement de sécurité alors que l'ensemble des membres du CHSCT avaient refusé une nouvelle inspection. La justification doit donc au moins être une faute sérieuse.

- Les effets indemnitaires de la prise d'acte de rupture du CT

Lorsque la prise d'acte n'est pas justifiée elle produit les effets d'une démission donc pas d'indemnités. Mais l'employeur va pouvoir demander une indemnité de préavis car le préavis n'est pas exécuté par l'employé qui est débiteur envers l'employeur d'une indemnité de préavis.

Lorsque la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. D'abord on a les indemnités légales et conventionnelles, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnité compensatrice de préavis et l'indemnité de congé payé. La prise d'acte de la rupture du CT par un salarié protégé qui est considéré comme justifiée produit les effets d'un licenciement nul (3 causes : violation d'une liberté fondamentale, salarié gréviste, salarié protégé sans autorisation de l'inspecteur), on doit donc verser les salaires qui auraient dû être versés jusqu'à ce que le juge statue.

La prise d'acte de la rupture va donner droit à l'allocation de retour à l'emploi au salarié car elle va être considérée comme une perte involontaire d'emploi car licenciement.

§3 : La résiliation judiciaire du contrat de travail

La résiliation judiciaire du contrat de travail est l'application à ce dernier de l'article 1184 Civ qui dispose que « *la condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques dans le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement (...) la résolution doit être demandée en justice et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances* ». C'est un mode de rupture judiciaire du contrat, dans ce cas c'est le juge qui rompt le contrat de travail et non pas le salarié ni l'employeur.

A. Les conditions de la résiliation

Comme pour la prise d'acte de la rupture, la résiliation est limitée au bénéfice du salarié. Selon la Cass, l'employeur qui dispose du droit de résilier unilatéralement un CDI par la voie du licenciement n'est pas recevable hors les cas où la loi en dispose autrement à demander la résiliation judiciaire dudit contrat. Cela signifie que l'employeur ne peut recourir à la résiliation judiciaire car

il bénéficie déjà du licenciement. La différence avec le licenciement est que c'est le juge qui rompt le contrat de travail et non pas l'employeur. La résiliation est donc au bénéfice du seul salarié.

Le salarié peut-il rompre un CDD par cette voie ? Non on ne peut pas rompre un CDD par la résiliation judiciaire sauf faute grave mais c'est un mode spécifique de rupture du contrat de travail.

La cause de la résiliation : elle réside nécessairement dans un manquement par l'employeur à ses obligations. C'est le même critère que pour la prise d'acte du CT, il se distingue de la démission ou aucun fait n'est imputé à l'employeur.

Cass 14 avril 1891 : la Cass précise qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement si l'inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée ou si elle ne le sera pas. Le salarié saisit le tribunal d'une demande en résiliation judiciaire. On n'a pas besoin d'une notification à l'employeur. Le juge va apprécier si les faits que l'on reproche à l'employeur sont suffisamment importants pour prononcer la résiliation.

Il appartient donc au juge de rompre ou de ne pas rompre le contrat de travail. Cela signifie que pendant la période qui sépare l'introduction de l'instance (demande) et l'éventuelle rupture par le juge, pendant ce temps le contrat est maintenu donc les prestations continuent d'être échangées : prestation de travail et rémunération. C'est donc différent de la prise d'acte où le juge intervient après la rupture. De ce fait l'employeur peut licencier son salarié pendant cette période et c'est souvent le cas. Le salarié peut même prendre acte de la rupture du contrat de travail.

B. Les effets de la résiliation

Soit la résiliation est justifiée : le juge considère que les faits reprochés par le salarié sont suffisamment graves pour obtenir la rupture soit le juge considère que ce n'est pas le cas. Dans le cas d'une résolution judiciaire justifiée, le juge prononce la rupture du contrat qui est donc datée du jour du verdict, de la décision et non du jour de la demande (ce n'est pas rétroactif)

Conséquences indemnitaires : la Cass considère que la résiliation judiciaire du CT prononcée aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Donc indemnité légale ou conventionnelle de licenciement etc. ce sont donc les mêmes effets que la prise d'acte justifiée.

Si la résolution est considérée comme injustifiée, le juge ne rompt pas le contrat de travail, le contrat continu donc à s'exécuter.

C. Articulation avec les autres modes de rupture du CT à l'initiative du salarié

Cause de la rupture : la résiliation judiciaire se rapproche de la prise d'acte de rupture puisqu'elle réside dans une éventuelle faute de l'employeur. Elle se distingue en revanche de la démission dont la cause réside dans une raison personnelle au salarié qui ne peut être une faute de l'employeur.

Initiative de la rupture : on a une homogénéité : les 3 modes de rupture sont à l'initiative du salarié.

L'auteur de la rupture : la résiliation judiciaire est la seule à être prononcée par le juge. Elle se distingue donc de la démission et de la prise d'acte, qui sont des modes de rupture du CT prononcés par le salarié.

Les effets de la rupture : la démission produit les effets de la démission, la prise d'acte produit des effets différents selon qu'elle est justifiée ou non, la résiliation elle aussi produit des effets différents selon qu'elle est justifiée ou non. En revanche si elle n'est pas justifiée, le contrat n'est pas rompu et continue à s'exécuter.

SECTION 3 : LA RUPTURE CONVENTIONNELLE DU CONTRAT DE TRAVAIL

La **loi du 25 juin 2008** introduit un nouveau mode de rupture du CT à **l'article L1237-11** qui dispose que l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La rupture conventionnelle exclusive du licenciement ou de la démission ne peut être imposée par l'une ou l'autre partie. Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat, elle est soumise aux dispositions destinées à garantir le consentement des parties.

La rupture conventionnelle est une convention, elle suppose donc un accord entre l'employeur et le salarié. C'est un mode de rupture récent et c'est aujourd'hui l'unique mode de rupture du contrat de travail de façon consensuelle.

A. Le champ d'application

La procédure de rupture conventionnelle s'applique dans toutes les entreprises, à tous les salariés y compris les salariés protégés. Toutefois, la rupture conventionnelle ne saurait faire échec à un licenciement pour motif économique. **L1233-3a2** disposant que « *les dispositions consacrées au licenciement pour motif économique sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle* ».

En JP on déduit de cet article que l'on ne peut pas faire signer une convention de rupture du CT pour motif économique. On ne peut pas non plus en principe conclure une rupture conventionnelle au sens de L1237-11 pour un salarié qui bénéficie d'un CDD qui dispose de modes de rupture spécifiques.

B. La procédure

L1237-12 prévoit que les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens. Comme pour le licenciement il faut qu'il y ait au moins un entretien préalable. Ces entretiens ont pour objet de garantir l'intégrité du consentement du salarié pour qu'il comprenne bien ce qui est en cause : il va renoncer à son emploi.

Au cours de ces entretiens le salarié peut se faire assister soit par une personne de l'entreprise soit par un conseiller de salarié. L'employeur peut également se faire assister par une personne appartenant à l'entreprise. Au cours de cet entretien, l'employeur doit informer le salarié sur ses droits. Il convient donc d'envisager l'éventuel bénéfice des allocations, le calcul des droits et le montant de l'indemnité.

Lorsque les parties ont effectué ces entretiens, elles vont pouvoir établir une convention de rupture. Contrairement au licenciement il n'y a pas de formalisme selon la loi même si l'employeur a tout intérêt à faire signer un procès verbal au salarié pour sécuriser les choses.

C. La convention de rupture

L1237-13 définit la convention qui doit déterminer la date de la rupture et l'ensemble des conditions fixées à **L1237-13**, elle doit être établies en 3 exemplaires : un pour le salarié, un pour l'employeur un pour la DIRECCTE. Cass : l'absence de remise d'un exemplaire au salarié entraîne la nullité de la convention qui doit être signée par les deux parties. A compter de la date de la signature de la convention, chacune des parties dispose d'un délai de 15 jours pour se rétracter. Ce délai commence à courir le lendemain de la date de signature. La rétractation peut être exercée par tout moyen.

A l'issue de ce délai de 15 jours si aucune ne s'est rétractée, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à la DIRECCTE avec un exemplaire de la convention. La rupture conventionnelle est homologuée par l'autorité adm. Lorsque la DIRECCTE reçoit la demande, elle adresse à chacune des parties un accusé de réception. A ce moment la DIRECCTE bénéficie d'un délai de 15 jours pour instruire la demande d'homologation. Elle va contrôler certains points afin de vérifier la liberté du consentement des parties : le respect de la règle d'assistance, le versement d'une indemnité, la tenue du délai de rétractation etc.

A défaut de réponse de l'adm, dans un délai de 15 jours, l'homologation est acquise. Le silence de l'adm vaut donc acceptation. Une fois homologuée, la convention est valable. La date de la rupture du contrat de travail est fixée à défaut de mention contraire au lendemain du jour de l'homologation de la convention de rupture.

D. L'indemnisation du salarié

La rupture conventionnelle prévoit une indemnisation du salarié qui ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement. Il n'existe n revanche pas de plafond, l'indemnité est souvent de 6 mois, 1 an voire 18 mois de salaire.

Enfin, aux termes de **L5421-1**, les salariés ayant rompu conventionnellement leur contrat de travail bénéficient de l'allocation de retour à l'emploi. Enfin, le contentieux de la rupture conventionnelle relève de la compétence du CPH malgré l'homologation adm. Ce recours contre la convention doit être formé avant l'expiration d'un délai de 12 mois à compter de l'homologation.